

## IDEOLOGÍAS Y PROCESO

### *IDEOLOGIES AND PROCEEDING*

*Roberto Omar Berizonce*

Professor Emérito da Universidade Nacional *de La Plata*,  
Argentina. Presidente Honorário do Instituto Ibero-americano  
de Direito Processual. rberizonce@lpsat.com

**RESUMO:** O autor analisa a influência e as consequências práticas que a ideologia privatista e a publicista tiveram: nos escopos do processo civil, nos papéis do juiz e das partes, na estrutura do procedimento, na regulação do sistema probatório, nos métodos alternativos de resolução de conflitos, nas convenções processuais, no cumprimento de sentença e nos processos coletivos. Em seguida, descreve como o modelo cooperativo de processo adotado, por exemplo, pelo CPC brasileiro de 2015, caracterizado pela igualdade dos sujeitos processuais e pelo contraditório participativo, procura superar o modelo privatista, caracterizado pelo princípio dispositivo, assim como o modelo publicista, qualificado pelo princípio inquisitorial. Destaca a importância, nos sistemas de processo coletivo, de um constante controle judicial da legitimidade e da representatividade adequada dos que atuam em nome das coletividades para que seja respeitada a garantia do devido processo legal dos membros desses grupos que não participaram do processo. No caso do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos repetitivos, apresenta a convocação ao processo dos legitimados para a defesa dos direitos individuais homogêneos, inclusive do Ministério Público, como forma de administrar o problema do déficit de representatividade e de respeitar o devido processo legal. Por fim, defende que o processo civil deve ser pensado na perspectiva dos direitos fundamentais, como instrumento adequado, eficaz e eficiente para tutelar os valores supremos.

**PALAVRAS-CHAVE:** ideologias, processo, Direito probatório, métodos alternativos de resolução de conflitos, convenções processuais, execução, princípio da cooperação, processos coletivos.

**ABSTRACT:** The author analyzes the influence and practical consequences that privatist and publicist ideology have had: in the scopes of the civil process, in the roles of the judge and the parties, in the structure of the procedure, in the regulation of the evidentiary system, in alternative methods of dispute resolution, procedural conventions, execution of judgment and class actions. It then describes how the cooperative process model adopted for instance by the Brazilian CPC of 2015, characterized by the equality of the procedural subjects and the participatory contradictory, seeks to overcome the privatist model, characterized by the dispositive principle, as well as the publicist model, qualified by the principle of official enforcement. It emphasizes the importance, in the systems of collective process, of a constant judicial control of the legitimacy and adequate representation of those who act in the name of the collectivities so that the due process of the members of these groups that did not participate in the process is respected. In the case of the incident of resolution of repetitive demands and repetitive appeals, it presents the call to the process of those legitimized for the defense of homogeneous individual rights, including the Public Prosecutor's Office, as a way of managing the problem of the lack of representativeness and of respecting due process. Finally, he argues that civil proceedings must be considered in the perspective of fundamental rights, as an adequate, effective and efficient instrument to protect supreme values.

**KEYWORDS:** Ideologies, process, evidentiary law, alternative methods of dispute resolution, procedural conventions, execution, principle of cooperation, class actions.

**SUMÁRIO:** I. Las ideologías en su conceptualización objetivada. II. Ideologías en el derecho. III. Los fundamentos ideológicos del fenómeno procesal. IV. Los modelos típicos. V. Los fines y objetivos del proceso civil. VI. Los roles del juez y de las partes. VII. La estructura del procedimiento. VIII. La regulación del sistema probatorio. IX. Los métodos alternativos de solución de conflictos y la “desjudicialización” por la admisión de estructuras consensuales de normatividad. 1. *Los medios alternativos de solución de conflictos*. 2. *Contractualización y acuerdos procesales*. X. El proceso de ejecución de la sentencia. XI.

El principio o máxima de cooperación. XII. Los procesos colectivos y de interés público “estructurales”. XIII. Hacia una síntesis y en la búsqueda de un sistema de valores abarcador.

### **I. Las ideologías en su conceptualización objetivada.**

La ideología surca todas las vertientes de la vida en sociedad –la política, la economía, el desarrollo social, la cultura en todas sus manifestaciones, incluyendo naturalmente el derecho-. En sentido estricto, sin embargo, solo son consideradas ideologías las posturas comprometidas con el poder y su lucha.

a. En puridad, conceptualmente se trata de visiones o creencias generales que encuentran su sustento en principios y valores que, a su vez, expresan y son tributarios de profundas razones y condicionamientos sociales, económicos y culturales que inciden en determinado contexto histórico.

Esa conceptualización objetivada pretende superar y desentenderse tanto de la versión en clave marxista de dogmas falsos, cuanto del sentido peyorativo que expresa y recela del enmascaramiento de situaciones e intereses reales.

Desde luego, no es censurable el compromiso ideológico en sí, porque el pensamiento no se configura como axiológicamente neutro, sino en todo caso las posturas solapadas que no son francas y conscientes. El pensamiento se vuelve entonces cautivo intelectualmente y, por ende, incapaz de imaginar y construir alternativas superadoras, por el temor a pensar por su cuenta.

b. El tema de las ideologías se hace patente, a menudo de un modo perturbador, cuando se pone en cuestión el compromiso de los intelectuales. Es a ellos a quienes primariamente les corresponde el esfuerzo en favor de una desapasionada reflexión individual y crítica sobre las ideas, y sobre todo, de la fundamentación de las opciones morales. La crítica a las ideologías, o mejor su descalificación, asienta precisamente en la quiebra –que ellas implican- a esa regla de oro, y que conduce inevitablemente a opciones dogmáticas sesgadas, llevando a su desprestigio. Visiones maniqueas que, traicionando aquellas premisas que justifican su propia razón de ser, se enrolan en posturas ortodoxas burdamente parcializadas, y a menudo cínicas, que se construyen de espaldas a la razón crítica y al juicio moral desapasionado. Algunos quedan así atrapados en el compromiso

político militante, que implica un concepto deflacionado de la ideología, porque arrastra el peso del deber de seguir a pie juntillas y dogmáticamente la lógica de la política, cualquiera sea su color, a la que se sacrifica si fuere necesario la opción moral<sup>1</sup>.

De ahí que haya podido cáusticamente afirmarse que la ideología, en el sentido que varios filósofos le confirieron ya en el siglo XIX, entre ellos Marx, remite a un sistema de ideas que, bajo la apariencia de verdad absoluta, es en rigor un conjunto de relatividades que sirven –o están al servicio- a un Estado, a una clase dominante, a una secta. Todas ellas en el fondo son científicamente falsas, contaminadas, simples simulacros de la verdad que se sustentan en el pensamiento dogmático, que desdeña la libertad de pensar y crear, tanto como en el cinismo político y el nihilismo moral<sup>2</sup>.

c. No se trata, claro, de refugiarse en una mistificadora “neutralidad o pureza” frente a los contenidos de los grandes conflictos que acucian al ser humano. En todo caso, actitudes semejantes reflejan en el fondo, consciente o inconscientemente, una ideología que es la de la aceptación y la conservación del *statu quo*. Tampoco tiene asidero la proposición que afirma –bajo cualquier circunstancia o contexto- el “fin o la muerte de las ideologías”<sup>3</sup>, pues siempre más temprano que tarde han de sobrevenir otras ideologías que las sustituyan o, al menos, que replanteen bajo nuevas o renovadas perspectivas de las antes existentes. En todo caso podría afirmarse que solo quedaron superadas algunas construcciones políticas que se inspiraban en ciertas ideologías<sup>4</sup>.

d. La concepción objetivada presupone, entonces, estar en guardia de aquellos análisis sesgados que *desde las ideologías* tienden a desdeñar o infravalorar la incidencia de las transformaciones sociales, culturales y económicas, que a menudo responden a otras

---

<sup>1</sup> JUDT Tony, *El peso de la responsabilidad*, Aguilar, Bs. As., 2014, trad. J.R. Azaola, pp. 25, 26, 33.

<sup>2</sup> JUDT T., ob. cit., pp. 25 y ss.. CAMUS A., *El hombre rebelde*, ed. Losada, Bs. As., 2005, trad. Luis Echávarri, especialmente pp. 289 y ss.. SABATO E., *Apologías y rechazos*, Seix Barral, Bs. As., 2003, p. 170.

<sup>3</sup> BOBBIO N., *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus, Madrid, 1995, trad. A. Picone, pp. 49 y ss.. En todo caso puede hablarse de las sucesivas “crisis”. El árbol de las ideologías siempre está reverdeciendo. Además, no hay nada más ideológico...que la afirmación de la crisis de las ideologías (p. 51).

<sup>4</sup> TARUFFO M., *Ideologie e teorie della giustizia civile*, RePro, n° 24, São Paulo, 2015, pp. 49 y ss.. En versión castellana: *Ideologías y teorías de la justicia civil*, en *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, Univ. de Medellín, FUTC, Medellín, 2013, trad. D.M. Ramírez Carvajal, pp. 23 y ss.. Asimismo, en *Constitucionalismo y proceso. Tendencias contemporáneas*, R. González Álvarez coord., ARA ed., Lima, 2014, trad. L.A. Cárdenas Rodríguez, pp. 151 y ss.. Seguimos en adelante la versión de Medellín.

fuerzas que se desarrollan en las sociedades modernas sin depender (y aún de espaldas) de las ideologías –y sus concepciones binarias-<sup>5</sup>.

Una clasificación elemental y por ende difusa de las categorías ideológicas imaginadas para identificar principalmente las grandes líneas de pensamiento político y económico, pero también aplicable a los demás ámbitos de la cultura, indica al menos dos vertientes genéricas: la del *conservadurismo tradicionalista*, de sesgo liberal-individualista que comienza a perfilarse con el Iluminismo y ha perdurado con sucesivas adaptaciones y ropajes –neoliberalismo-; y la contrapuesta del *progresismo innovador*, igualmente presente en todas las instancias históricas bajo diferentes expresiones. Conceptos antitéticos que se expresan y traducen igualmente, en términos de la política como la dicotomía o díada omnicomprendensiva *derecha e izquierda*, distinción de fuerte connotación axiológica, útil aunque no deja de ser arbitraria y anacrónica<sup>6</sup>.

e. Como lo preconiza BOBBIO<sup>7</sup>, el análisis de las ideologías para el cientista, historiador, sociólogo, debe ser afrontado desde *la imparcialidad, al margen de todo juicio de valor*, de modo objetivo. Desde el atalaya del observador neutral e independiente, y no desde la visión inevitablemente sesgada del militante en cualquiera sea la causa. No se trata entonces de tomar partido, sino de dar testimonio de debates que siguen vivos y lo propio, añadimos, vale para el jurista; por ello aludimos antes a las ideologías en visión objetivada.

Claro que los ideales puros, por llamarlos de alguna manera, que nacen de la pasión y la razón, resisten el paso del tiempo; son irreductibles a pesar de los buenos oficios de la razón conciliadora. Pero no son absolutos, de modo que el cientista no debe pretender erigir sus preferencias personales, desde luego legítimas e irrenunciables, en criterios generales de razón o sinrazón<sup>8</sup>.

Precisamente, es desde aquella atalaya objetiva e independiente que un observador lúcido puede advertir mejor los múltiples entrecruzamientos y puntos de contacto que, en el devenir histórico, van acercando inevitablemente con mayor o menor intensidad las opuestas posturas dicotómicas. Así, *sin renunciar a los principios y valores que personalmente*

---

<sup>5</sup> MARINONI L.G., *Cultura e privisibilidade do direito*, RePro, São Paulo, n° 239, 2015, pp. 431 y ss., donde destaca la ideología del “patrimonialismo” en la formación de la cultura jurídica brasileña.

<sup>6</sup> BOBBIO N., ob. cit., pp. 49 y ss.. Sobre el liberalismo político: RAWLS J., *El liberalismo político*, Crítica, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1996, trad. A. Domenech, especialmente pp. 72-77.

<sup>7</sup> Ob. cit., pp. 98-99.

<sup>8</sup> Ob. cit., pp. 173-174.

*abraza*, puede –y debe- tentar aproximaciones y pergeñar opciones superadoras a partir de una visión triádica, la del tercero “incluyente”. Esas “terceras vías” de pensamiento no solo proliferan en el imaginario político<sup>9</sup>, sino también en las diversas expresiones de la cultura –piénsese, v.gr., en las artes-, y el derecho no puede constituir una excepción.

f. A partir de estas premisas abordaremos las influencias de las ideologías en sus distintas vertientes, sobre el fenómeno jurídico en general y en el proceso judicial en particular.

## II. Ideologías en el derecho.

El derecho, típica manifestación cultural, no se construye como un sistema puro pretendidamente exento de toda contaminación ideológica, ni al margen de los influjos del poder en cada circunstancia histórica o de las propias tradiciones que conforman las estructuras sociales y económicas<sup>10</sup>. Las diversas concepciones del derecho –incluso las teorías pretendidamente “puras”, que marcaron el apogeo del formalismo jurídico- son reflejo de las ideologías.

M. CAPPELLETTI destacaba en 1968 en la nota preliminar a su obra *Processo e ideologie*<sup>11</sup> su objetivo de llamar la atención sobre los fundamentos prejurídicos o metajurídicos (ideológicos) de las normas e instituciones del derecho, y en especial del fenómeno procesal, al igual que sobre los significados y valores y fines humanos, sociales, económicos, ideológicos ocultos tras las palabras de las leyes, que consciente o inconscientemente, inspiran toda la interpretación doctrinal y judicial, y constituyen, al fin de cuentas, el verdadero “espíritu” de todo el sistema jurídico.

Daba cuenta, también, del “compromiso” metodológico que cabe asumir frente al tradicional método de estudio típicamente escolástico, dogmático y formalístico (que tiene por objeto la búsqueda de una ciencia “pura” e ideológicamente “neutral”), para superarlo

---

<sup>9</sup> Ob. cit., pp. 53-55 y ss.. Entre el blanco y el negro puede estar el gris, que no reduce en lo más mínimo la diferencia entre aquellos (p. 55).

<sup>10</sup> TARUFFO M., *Ideologías y teorías...*, ob. cit., p. 33.

<sup>11</sup> CAPPELLETTI M., *Proceso, ideologías, sociedad*, EJEA, Bs. As., 1974, trad. S. Sentís Melendo y T.A. Banzhaf, pp. IX y ss., *Introducción*.

mediante una nueva concepción del derecho como fenómeno social y de la ciencia jurídica como ciencia sociológico-valorativa, y no formal, una ciencia de problemas prácticos y no de sistematizaciones conceptuales abstractas; de resultados concretos y de elecciones creativas, y por ende, responsables, y no de conclusiones automáticas.

Precisamente –afirma- la visión ideológica propone que el estudio del derecho no debe prescindir del análisis crítico de la función de las normas (y de los resultados concretos de su aplicación), en conexión con los valores inspirados en concepciones económicas, sociales y culturales [visión cuya necesidad se acentúa en épocas de crisis]. Cuando las estructuras jurídicas ya no respondan a las nuevas exigencias y necesidad sociales, el jurista (abogado, juez, doctrinario) tiene que asumir (compromiso) el deber científico –además de moral- de centrar su labor investigadora en aquellas exigencias, y partiendo de éstas hacer su propia contribución, por modesta que sea, a la construcción de un sistema “nuevo”, más realístico y más humano<sup>12</sup>.

### **III. Los fundamentos ideológicos del fenómeno procesal.**

a. Lo propio cabe a propósito de los fundamentos ideológicos del fenómeno procesal, a los que alude el recordado maestro italiano en *Giustizia e società* (1972). El análisis ideológico abierto y estimulado por la visión comparativa –sostiene-, muestra la relatividad de los principios, normas e instituciones procesales, por los condicionantes históricos [derecho anglosajón] e ideológicos [países socialistas]; y ha conducido a la enumeración de nuevas categorías que están en la base de una renovada ciencia del proceso. Así, la relación entre poderes del juez y atribuciones de las partes, que adquiere dimensiones salientes (publicización, privatización); el resurgimiento del ideal oralístico, la decadencia de las pruebas legales; la construcción del sistema de justicia constitucional, social y transnacional, en fin.

El proceso civil ha sido tradicionalmente considerado una rama extremadamente técnica del derecho, razón por la cual solo muy raramente se habían analizado sus fundamentos ideológicos, sus premisas filosóficas, sus reflejos políticos y sociales. Una

---

<sup>12</sup> Para un análisis crítico del legado de tendencia dejado por estas ideas: *GIUSSANI A., Alla ricerca dello spirito della sinistra degli anni 70 nella giustizia civile italiana*, RePro, São Paulo, n° 219, 2013, pp. 345 y ss..

análisis semejante se torna indispensable, una vez que se toma conciencia que ninguna técnica jurídica es un fin en sí misma, y que ninguna es neutral desde el punto de vista ideológico<sup>13</sup>.

Se reproduce, en definitiva, en el debate sobre las instituciones del proceso, el contrapunto central que se plantea entre el individuo y sociedad (o mejor el Estado), que enfrenta en el plano ideológico a varias visiones binarias: el liberal individualismo “privatista”, de la *conservación*, y a las diversas tendencias progresistas “publicistas”<sup>14</sup>; también aquella que contrapone a la tradicional concepción nacionalista el ideario transnacional o internacionalista<sup>15</sup>.

b. El proceso es esencialmente un instrumento al servicio de finalidades y objetivos de política jurídica en general, y de política judicial en particular. El diseño de una y otra, a su vez, depende de elecciones que en esencia son *ideológicas* y están influenciadas por valores que se consideran prevalecientes y dignos de ser realizados en un determinado contexto histórico y socio-político, antes que jurídico. Un modelo procesal nace de la combinación de opciones ideológicas y de instrumentaciones técnicas<sup>16</sup>. El código procesal –afirmaba COUTURE<sup>17</sup>–, no es una especulación académica sino una obra política, porque el proceso es una idea teleológica.

La dimensión ideológica incide directamente sobre los modelos de proceso civil, en diversos de sus elementos configurativos, en especial sobre: a) sus fines u objetivos; b) la distribución de papeles o roles que se asignan al juez y a las partes; c) la estructura del procedimiento; d) la regulación de las pruebas<sup>18</sup>. Vinculados con tales factores principales, operan asimismo, entre otros: e) los métodos alternativos de solución de conflictos y la “desjudicialización”; f) los mecanismos de ejecución de la sentencia; g) la operatividad del

---

<sup>13</sup> CAPPELLETTI M., *Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa occidental y oriental)*, en *Proceso, ideologías y sociedad*, ob. cit., pp. 34 y ss., especialmente pp. 83-90.

<sup>14</sup> Ob. cit., pp. 85-87. Sobre las corrientes de pensamiento dominantes en la actualidad, entre otras obras: GONZÁLEZ ÁLVAREZ R., *De los orígenes del proceso al neoprocesalismo*, en *Constitucionalismo y proceso. Tendencias contemporáneas*, R. González Álvarez coord., ARA ed., Lima, 2014, pp. 167 y ss..

<sup>15</sup> CAPPELLETTI M., ob. cit., pp. 87-88.

<sup>16</sup> TARUFFO M., *Cultura y proceso en Páginas sobre la justicia civil*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2009, p. 195.

<sup>17</sup> COUTURE E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª. ed. póstuma, R. Depalma ed., Bs. As., 1958, pp. 144-145.

<sup>18</sup> TARUFFO M., *Cultura y proceso*, ob. cit., pp. 196 y ss..



principio o máxima de cooperación; h) el tratamiento de la tutela de los derechos colectivos, incluyendo los derechos sociales, económicos y culturales. Hemos de analizarlos detenidamente para, finalmente, tratar de encontrar, si existiere, una síntesis superadora de las antinomias a partir de las líneas fundamentales del Estado Democrático de Derecho.

#### **IV. Los modelos típicos.**

Para el análisis de la configuración e incidencia de los distintos modelos, conviene distinguir sucintamente al menos las dos últimas etapas en que se consolidaron sus rasgos más típicos: i) aquella en la que se enfrentan las ideologías *liberal-individualista* –que en lo político y económico enraizan en el Iluminismo y se despliegan con los movimientos revolucionarios de fines de siglo XVIII-, y aquellas otras de tinte *social* (KLEIN), que asoman hacia la última mitad del XIX para afianzarse en el siguiente. ii) la más reciente en la que opera la transformación de los modelos procesales, aún en curso, que puede advertirse a partir de la segunda mitad del siglo anterior. Es el tiempo en que aquella visión binaria primigenia de los fenómenos procesales se transforma y enriquece desde nuevas propuestas para configurar el *neoliberalismo procesal*, de la “conservación”, de sesgo “dispositivista”, *vis a vis* la del *progreso social*, “publicístico”, enmarcada en el constitucionalismo y las convenciones humanitarias. Todavía, por último, los loables esfuerzos superadores y de síntesis para tratar de amalgamar al menos algunos elementos de las tradicionales visiones dicotómicas.

#### **V. Los fines y objetivos del proceso civil.**

La cuestión de establecer cuáles son los objetivos y finalidades del proceso civil remite a elecciones que son esencialmente ideológicas. Así, decidir que debe ser orientado a resolver controversias sobre la base de la libre competición de las partes privadas, o ya asumir, por el contrario, que debe ser orientado a la producción de decisiones justas. Un

modelo procesal nace de la combinación de opciones ideológicas y de instrumentaciones técnicas que, a diferencia de aquellas, son neutras a los valores<sup>19</sup>.

a. La ideología *liberal-individualista, de la conservación*, concibe al proceso como un ámbito en que se manifiesta y prevalece la autonomía de la voluntad y la libertad irrestricta de las partes, que tienen a su disposición todos los instrumentos procesales para desarrollar una competencia en la que se discuten cuestiones de su exclusivo interés, ante la cual el juez no puede pasar de ser un simple espectador –verdadero “convidado de piedra”– que se limita a asegurar la corrección del trámite y arbitrar el conflicto dándole la razón al vencedor. En el diseño técnico, por consecuencia, prevalece la forma escrituraria y la fragmentación del procedimiento.

b. En cambio, en el pensamiento superador que constituyó la ideología de la *función social* (KLEIN) se asignó al proceso la finalidad de realizar el derecho material, y con ello, su consustancial naturaleza pública<sup>20</sup> –publicismo– y no privada. De ahí que el juez pasaba a asumir un rol activo preponderante en la dirección e instrucción de la causa, precisamente para realizar aquellos objetivos que traían ínsitos la eficiencia y funcionalidad del proceso, a fin de asegurar la justicia y legitimidad de las decisiones.

c. Con la irrupción hacia mediados del siglo anterior de la “*edad de las garantías*”<sup>21</sup> y aún de la “*cultura de las garantías*”<sup>22</sup>, junto con la amplificación y perfeccionamiento del *bill of rights*, el catálogo de los nuevos derechos, especialmente, los derechos económicos, sociales y culturales, y su reconocimiento en las convenciones humanitarias, la jurisdicción se reafirma como función pública y el proceso civil adquiere nuevas notas típicas. En ese sentido, la constitucionalización de las garantías procesales puede considerarse como la máxima consolidación, o el punto de llegada de la concepción publicística del proceso civil<sup>23</sup>. La *tutela judicial eficiente*, con sus correlatos, pasa a integrar el “núcleo duro” de la Constitución y las convenciones transnacionales; y ello incide en los fines del proceso que,

---

<sup>19</sup> TARUFFO M., *Cultura y proceso*, ob. cit., pp. 194-196.

<sup>20</sup> COUTURE E.J., *Fundamentos...*, ob. cit., pp. 146-147. TARUFFO M., *Ideologías y teorías...*, ob. cit., pp. 25-27.

<sup>21</sup> MORELLO A.M., *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, LEP, La Plata, 1998, *passim*. COMOGLIO L.P., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, en *Studi in onore di Vittorio Denti*, Cedam, 1994, v. I, pp. 297-381. ANDOLINA I. y VIGNERA G., *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, G. Giappichelli ed., Torino, 1994, pp. 13 y ss..

<sup>22</sup> TARUFFO M., ob. cit., p. 197.

<sup>23</sup> TARUFFO M., *La justicia civil*, en la misma obra, pp. 177.

ahora, también debe satisfacer puntualmente los derechos fundamentales y aún los convencionales que provienen de los tratados sobre derechos humanitarios, que el Estado se obligó a cumplir ante la comunidad internacional. El compromiso consiste, en el nuevo escenario, en instrumentar el proceso civil de modo que resulte accesible a todos, rápido y sin demoras excesivas, con costos razonables y capaz de satisfacer adecuadamente las necesidades de tutela de todos los ciudadanos. Un régimen de enjuiciamiento civil, en suma, adecuado con el modelo constitucional de proceso<sup>24</sup>.

d. A despecho y a contrapelo de semejante evolución, en los años 90 se asistió en Iberoamérica al desembarco de un amplio y ambicioso “paquete” de reformas con pretensiones de erigirse en verdaderas políticas públicas<sup>25</sup>, imaginadas para la transformación de las estructuras y los procedimientos civiles. Ello en el marco de la búsqueda de transformaciones estructurales del Estado que, según sus inspiradores, encontraban obstáculo en el sistema de justicia. Desde el punto de vista estratégico, y no sin cierta ingenuidad, los programas auspiciados por las entidades crediticias internacionales partían de la premisa que en el sector judicial la transformación se lograría, más que modificando las leyes procesales y de organización judicial, por vía de trasladar las nociones de gestión moderna propias del sector privado al quehacer jurisdiccional. La incorporación de técnicas de gestión, de la mano de expertos en tales técnicas, sería el camino para las ansiadas soluciones<sup>26</sup>.

En verdad, más preocupante aún era la ideología de neto sesgo economicista, en boga por ese entonces, que se pretendía imponer con semejantes proposiciones en cuyo

---

<sup>24</sup> ZANETTI JUNIOR H., ob. cit., pp. 183 y ss.. FREITAS CAMARA A., *Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional*, Rev. Iberoam. Der. Procesal, Rev. dos Trib., São Paulo, v. I, enero-junio 2015, pp. 17 y ss.. NUNES G.E.S., *Proceso civil democrático, contradictorio e novo Código de Processo Civil*, RePro, n° 252, 2016, pp. 15 y ss.. SILVEIRA D.G. da, *Direito ao contraditorio...*, RePro, São Paulo, n° 248, 2015, pp. 69 y ss.. Hemos de seguir estas obras como sustento, entre otras, para el capítulo final conclusivo de estas reflexiones.

<sup>25</sup> VARGAS VIANCOS J.E., *Eficiencia en la justicia en Sistemas Judiciales*, CEJA, S. de Chile, N° 6, 2003, p. 68, donde se sostiene que la búsqueda de la eficiencia está íntimamente relacionada con la idea de la escasez y finitud de recursos, lo que ha de influir en la toma de decisiones, aún por encima de la concepción tradicional que ve en la justicia un tema de principios y de valores trascendentes, que inexorablemente deben ser cumplidos (pp. 68-99). Se trata, para nosotros, de una sesgada visión economicista, que desconoce principios básicos del acceso a la justicia y el sistema de valores fundantes de la función pública jurisdiccional, de raigambre constitucional en todos nuestros países. Sobre el tema, nos permitimos remitir a BERIZONCE R.O., *El costo del proceso (como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia)* en *Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1999, pp. 231 y ss..

<sup>26</sup> Lo que en el fondo suponía dejar de lado la visión de los procesalistas sobre los problemas judiciales para utilizar la de los expertos en gestión (VARGAS VIANCO J.A., *Eficiencia en la Justicia*, cit., pp. 76-78).

centro reaparecía, una vez más, la concepción decimonónica de la justicia civil como “bien privado”, cuyos beneficios son hechos suyos predominantemente por las partes litigantes<sup>27</sup>.

## **VI. Los roles del juez y de las partes.**

El papel que entre nosotros desempeña el juez en el proceso civil viene prefigurado por las variables estructurales de la tradición del *civil law* continental europeo, que aún perduran en Iberoamérica, en cuanto a la *naturaleza del órgano jurisdiccional*. Se trata de jueces técnicos –*juez jurista*– que se insertan en una carrera burocrática profesional, en la que ingresan por métodos diversos de selección, cuya misión, influida por lo anterior y especialmente por desenvolverse con sujeción a un esquema “pirámida” jerárquico, se ve acotada fuertemente en cuanto al poder de creación del derecho por interpretación pretoriana, insertos en un sistema que rechaza la formación y virtualidad de los precedentes. Son rasgos denotativos de una ideología más cercana a la liberal-individualista, que en este aspecto ha seguido prevaleciendo hasta el presente<sup>28</sup>.

El rol que se reserva al juez en el diseño del proceso civil ha sido, sin duda, el ámbito en el cual las ideologías se enfrentan con mayor ahínco. Siempre enmarcado en el principio dispositivo, la bilateralidad y amplia contradicción, se pone en cuestión la mayor o menor amplitud y densidad de los poderes-deberes judiciales, su activismo, en simétrica correspondencia con los que vienen reservados a las partes. La confrontación se libra principalmente en el terreno propio de la dirección, ordenación e instrucción probatoria, esparciéndose en otros segmentos del régimen procedimental –medidas cautelares y de urgencia, ejecución de la sentencia, entre otros–.

a. Es bien sabido que desde la perspectiva tradicional de sesgo liberal-individualista se alienta la negación, o la restricción en variada intensidad, de las potestades judiciales, sobremanera en punto a los poderes de iniciativa probatoria autónoma. En contraposición,

---

<sup>27</sup> TARUFFO M., *Ideologías y teorías...*, ob. cit., pp. 29-30, donde se resalta los efectos devastadores del neoliberalismo, sobre el modo de concebir y regular la justicia civil.

<sup>28</sup> BERIZONCE R.O. y FERRAND F., *Lois modèles et Traditions nationales en Procedural Justice. XIV IAPL World Congress*, Heidelberg, 2011, p. 115-116. OTEIZA E.D., *América Latina . Cultura y proceso civil en Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, Universidad de Medellín-FUTC, Medellín, 2013, coord. M. Bustamente Rua, pp. 199 y ss., donde se interroga sobre cuánto pervive del pasado en las formas de administración de justicia y especialmente de la tradición española (pp. 209 y ss.).

desde el modelo de la ideología “publicista” no solo se asienta al juez en función de dirección del proceso sino que, con no menos insistencia, se le atribuyen poderes de instrucción autónomos –tendencia que es sabido prevalece en la gran mayoría de los ordenamientos iberoamericanos<sup>29</sup>-. El reconocimiento al juez de un papel activo en el descubrimiento de la verdad de los hechos controvertidos, con la potestad de ordenar de oficio la adquisición de pruebas relevantes, aunque no hubieran sido propuestas por las partes, resulta consecutario necesario de los fines públicos del proceso civil que está orientado a la obtención de decisiones intrínsecamente justas, las cuales dependen casi siempre del esclarecimiento de la verdad de los hechos<sup>30</sup>.

b. En la confrontación entre ambas posturas afloró el denominado “garantismo procesal”<sup>31</sup>, considerado por sus críticos como una expresión sesgada del garantismo jurídico, por la ausencia de razón filosófica, política y epistémica<sup>32</sup>. Se trata en verdad de una corriente tardíamente pergeñada al margen de los avances del Estado constitucional de Derecho, y que puede afirmarse se agota en los postulados de la ideología liberal-individualista, privatista<sup>33</sup>.

Para desbaratar sus premisas, baste advertir –como se ha señalado agudamente<sup>34</sup>– que parece a esta altura de una lógica incontestable que “un sistema puede no inspirarse en la ideología del liberalismo del ochocientos, sin con esto dejar de ser democrático, y sobre todo sin resultar autoritario o totalitario solo porque atribuye un rol activo al juez en la

---

<sup>29</sup> PARRA QUIJANO J., *Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio*, Temis, Bogotá, 2004, pp. 93 y ss..

<sup>30</sup> TARUFFO M., *Cultura y proceso*, ob. cit., pp. 198-200. CHIARLONI S., *Reflexiones microcomparativas sobre ideologías procesales y comprobación de la verdad*, RDP, Santa Fe, Rubinzal Culzoni ed., 2010-A, pp. 559 y ss.; también en RePro, São Paulo, 2009, n° 176, pp. 105 y ss.. PARRA QUIJANO J., ob. cit., pp. 6-8. PEYRANO J.W., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Astrea, Bs. As., 1978, pp. 83, 337 y ss.; *id.*, *Sobre el activismo judicial*, La Ley, Bs. As., 2008-B, pp. 837 y ss.. PICO i JUNOY J., *El juez y la prueba*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 117 y ss..

<sup>31</sup> CIPRIANI F., *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, Rev. Trim. Dir. e Proc. Civ., Giuffré, Milán, 2003, n° 4; *id.*, *Batallas por la justicia civil. Ensayos*, trad. A. Deho, Cultural Curzo, Lima, 2003. VV.AA., *Proceso civil e ideología...*, J. Montero Aroca coord., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. ALVARADO VELLOSO A., *Debido proceso vs. pruebas de oficio*, Temis, Bogotá, 2004.

<sup>32</sup> MONROY GALVEZ J.F., *Y al final del día, ¿qué es el garantismo procesal civil?*, Rev. Iberoam. Der. Proc., n° 9, 2006, pp. 7 y ss.. GONZÁLEZ ÁLVAREZ R., *De los orígenes del proceso al neoprocesalismo en Constitucionalismo y proceso. Tendencias contemporáneas*, R. González Álvarez coord., ARA ed., Lima, 2014, pp. 191 y ss..

<sup>33</sup> PICO i JUNOY J., *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado* en Rev. Iberoam. Der. Proc., Bs. As., 2004, n° 4, pp. 253 y ss..

<sup>34</sup> TARUFFO M., *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, trad. E. Oteiza, en Rev. Iberoam. Der. Proc., n° 10, Bs. As., 2007, pp. 305 y ss., especialmente pp. 324-325; *id.*, *Cultura y proceso*, ob. cit., pp. 198-200.

adquisición de las pruebas”. Una cosa es el juez potencialmente “activo” al integrar las iniciativas probatorias de las partes, inserto en un contexto procesal en el cual estén aseguradas las garantías procesales en el ámbito de un sistema político democrático, mientras otra cosa completamente diversa es el juez inquisidor en un sistema político y procesal de estampa autoritaria. En los ordenamientos procesales propios del moderno Estado de Derecho Democrático, donde está asegurado el principio dispositivo y las garantías de la defensa y del contradictorio entre las partes, el reconocimiento al juez de poderes más o menos amplios de iniciativa probatoria no transforma el esquema procedimental en inquisitorial o autoritario, ni tiene absolutamente nada que ver con regímenes políticos de ese tipo. Si bien no se trata de una opción puramente “técnica”, sino por el contrario de una elección de carácter sustancialmente ideológica, en el reconocimiento de los poderes del juez, las ideologías que aquí están en juego no son aquellas que inspiran las concepciones políticas generales.

c. Lo que parece decisivo, en la actual instancia de desarrollo del Estado Democrático de Derecho, es la perspectiva de una nueva y superadora configuración de los poderes de los jueces<sup>35</sup>. En una etapa caracterizada por el encumbramiento de los derechos fundamentales humanitarios, a partir de su recepción explícita en los textos constitucionales –en los diversos países de Iberoamérica desde los años 80-, y en las convenciones humanitarias, la imposición de *acciones positivas* al Estado ha venido a repercutir decisivamente en la misión jurisdiccional y los poderes asignados a los jueces. No solo por la consagración de un generoso catálogo de nuevos derechos, sino especialmente por el reconocimiento del derecho de igual linaje a la *tutela judicial efectiva*, con su correlato del aseguramiento de las garantías fundamentales del proceso, que descansa en la magistratura. Se originan así renovadas responsabilidades reflejadas tanto en el compromiso por la fiel y concreta operatividad de aquellos derechos y garantías fundamentales sustantivos, como además por el manejo y aún el diseño pretoriano de técnicas y procedimientos adecuados. La constitucionalización de ciertos derechos y situaciones necesitadas del trato preferente – derechos económicos, sociales y culturales en general, derechos colectivos de tercera y

---

<sup>35</sup> Sobre el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional y los caracteres generales del Derecho Constitucional actual: ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil*, ed. Trotta, 6ª. ed., 2005, trad. M. Gascón, pp. 9 y ss..

cuarta generación, de consumidores y usuarios, del ambiente, etc.-, verdaderos derechos “sensibles” pertenecientes a personas o grupos vulnerables o desfavorecidos, incide directamente sobre la concepción de la propia jurisdicción –ahora de sesgo especialmente protectorio- y, por añadidura, en los poderes judiciales sustantivos –funciones de garantía- y procesales. Es en este último cuadrante que aquí nos ocupa, donde se asienta una inédita relación entre los protagonistas del proceso, caracterizada por el reconocimiento de mayores prerrogativas procesales en manos de los jueces, siempre supeditadas a la observancia irrestricta de la garantía del contradictorio. Bajo esa concepción aflora, entre sus deberes – como lo ha subrayado el más Alto Tribunal argentino<sup>36</sup>- el de asumir un rol activo y desplegar particular energía para hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a la protección de los derechos fundamentales. En el marco de una verdadera justicia “*de acompañamiento*” o *protección*<sup>37</sup>, se reconoce a los jueces poderes suficientes para articular por sí una forma de protección jurisdiccional capaz de impedir la violación de los principios y reglas que edicta la ley suprema<sup>38</sup>. Se los emplaza en el centro de la escena en una posición exorbitante como gestor activo, controlador y garante del interés general comprometido en el conflicto. Les cabe la aplicación de novedosos procedimientos y técnicas, diseñadas por la legislación o por los propios jueces, como instituciones equilibradoras y compensadoras de las situaciones concretas de las partes en litigio<sup>39</sup>, con la finalidad de asegurar el resultado útil de la jurisdicción. Bien que, enmarcados en los principios básicos del contradictorio y de la colaboración cada vez más ensanchada de las partes, que vienen a equilibrar aquellos poderes. Cuán relegadas y desacompañadas han quedado, entonces, aquellas visiones ideológicas puramente negativistas.

## VII. La estructura del procedimiento.

---

<sup>36</sup> CSN, 20-6-2006, “Mendoza B.A. y otros c. Estado Nacional y otros”, tratándose de la tutela del medio ambiente; 3-2-2009, “Rosniakowski R.C.”, La Ley, Bs. As., 2009-C, p. 272, vinculado a la seguridad colectiva de personas y bienes.

<sup>37</sup> MORELLO A.M., *La jurisdicción protectora...*, JA, Bs. As., 1986-II, p. 3005 y ss.; *id.*, *Un nuevo modelo de justicia*, La Ley, Bs. As., 1986-C, pp. 800 y ss.; *id.*, *La Corte Suprema en acción*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1989, pp. 11 y ss.; *id.*, *El proceso justo*, Lexis Nexis/LEP, Bs. As., 2005, 2ª. ed., pp. 651 y ss..

<sup>38</sup> MARINONI L.G., *De la acción abstracta y uniforme a la acción adecuada a la tutela de los derechos*, Rev. Peruana Der. Proc., Communitas, Lima, 2013, n° 17, pp. 370 -371.

<sup>39</sup> Es lo que DINAMARCO denomina instituciones de “neutralización de desigualdades” (*Instituições de Direito Processual Civil*, Malheiros, São Paulo, 2001, v. I, p. 208).

La incidencia de las distintas posturas ideológicas se manifiesta igualmente en los aspectos técnicos de la estructura de los procedimientos. Al menos –y sin perjuicio del clásico debate en torno de la oralidad<sup>40</sup>-, cabe resaltar dos aspectos centrales: a) la elaboración y rango de los *tipos procesales*; y b) en correlato con lo anterior, la configuración de los procesos especiales, los alcances de la “especialidad” y las razones en que se sustentan.

a. Desde la visión liberal-individualista “privatista” ha prevalecido el principio de la universalización, concebida como “ordinarización” de las técnicas y soluciones procedimentales, en paralelo con la búsqueda de las “uniformidades” de que se nutren las ciencias naturales y las ciencias lógicas. Sin embargo –como se ha resaltado agudamente<sup>41</sup>- al despreciarse las diversas situaciones que se ensalzan en el plano del proceso, la aplicación de las metodologías de las ciencias experimentales y la búsqueda de “generalidades” ha conducido a enarbolar el principio de *ordinariedad*, que supone conferir un mismo y único tipo procedimental para la canalización de todos los conflictos, con prescindencia de la materia o derecho sustantivo que se discute y, sobre todo, de la condición y situación de los sujetos involucrados. Concepción aquella que se inspira en la ilusión de la *neutralidad* del proceso en relación al derecho material.

Desde el hontanar “publicístico” se replica que semejante visión ideológica ha quedado superada en el Estado de Derecho contemporáneo, donde el principio de igualdad en concreto exige procedimientos diferenciados para tutelar derechos y situaciones preferentes en la escala valorativa. Como expresa el recordado maestro *gaúcho*, el principio de igualdad así entendido exige que se trate de modo desigual a los desiguales, instituyendo determinados “privilegios”. Y, de hecho, la “universalización” que supone el proceso ordinario se torna anacrónica y ha de ceder frente a los tipos diferenciados sumarios<sup>42</sup>. No cabe admitir que el proceso civil vaya a desligarse del papel que el derecho material y los

---

<sup>40</sup> Por todos: CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nell sistema dell’oralita*, Dott. A. Giuffré ed., Milano, 1962. Versión castellana *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, trad. T.A. Banzhaf, LEP, La Plata, 2002, *passim*; *id.*, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ejea, Bs. As., 1972, trad. S. Sentís Melendo, especialmente cap. I y II, Asimismo: TARUFFO M., *Cultura y proceso*, ob. cit., pp. 200 y ss..

<sup>41</sup> BAPTISTA DE SILVA O.A., *A “plenitud de defesa” no processo civil*, en *As garantias do cuidado na Justiça*, coord. S. de Figueiredo Teixeira, ed. Saraiva, São Paulo, 1993, p. 163/164.

<sup>42</sup> Ob. cit., p. 165. Asimismo: CHIARLONI S., *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Torino, 1975, pp. 24-15.



derechos fundamentales desempeñan en la sociedad. De ahí que el derecho al procedimiento adecuado se considere corolario del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>43</sup>.

b. La misma idea de neutralidad del proceso ha estado presente en la concepción de los procesos especiales. En esa perspectiva, las específicas técnicas procesales que se aplican para abastecer las diversas situaciones especiales, se sustentan en simples razones de celeridad procesal y mejor tratamiento de las causas, lo cual ha desembocado en la experiencia legislativa en una malsana proliferación de los procesos especiales, fenómeno siempre inquietante que se suma a la disfuncionalidad del proceso madre de cognición plena. Privatistas y publicistas han asistido sin otras respuestas a este escenario.

Con la irrupción del Estado Democrático de Derecho –como ya quedó resaltado– los derechos fundamentales suponen la configuración de ciertas *tutelas diferenciadas y preferentes* que los aseguren en su plenitud, en particular para los derechos “sensibles”. Tales preferencias valorativas a tono con los sentimientos y valores comunitarios que recoge la Constitución, se erigen entonces como fundamento válido prioritario y, como regla, excluyente que sustenta la especialidad del trato procesal<sup>44</sup>. El tipo procesal a través del cual se canalizan generalmente es el de cognición plena, aunque abreviado –plenarios abreviados y abreviadísimos–, con operatividad de las medidas satisfactivas o de urgencia.

### **VIII. La regulación del sistema probatorio.**

El tema de la prueba es tal vez el que presenta las más profundas implicaciones culturales, una de las cuales está conectada con la ideología del proceso civil y sus finalidades<sup>45</sup>. La determinación de la verdad de los hechos constituye el eje distintivo, según sea que se lo considere como un dato irrelevante –concepción privatista– o ya, por el contrario, se si erige como condición de su finalidad resumida en el logro de una decisión

---

<sup>43</sup> MARINONI L.G., ARENHART y MITIDIERO D., *Novo curso de processo civil*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2015, pp. 35 y ss..

<sup>44</sup> Sobre las tutelas diferenciadas en general: PROTO PISANI A., *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Jovene ed., Napoli, 1996, 2ª. ed., pp. 5 y ss.; *id.*, *Necessità di scogliere i nodi e gli equivoci della espressione: tutela giurisdizionale differenziata*, RePro, São Paulo, n° 240, 2015, pp. 281 y ss.. Hemos desarrollado ampliamente el tema en *Tutelas procesales diferenciadas*, ob. cit., *passim*.

<sup>45</sup> TARUFFO M., *Cultura y proceso*, ob. cit., pp. 202 y ss..

justa, en cuanto basada en una determinación verdadera de los hechos –concepción publicística-. Lo propio ocurre con el método, que lleva a la determinación de cómo descubrir la verdad sobre la base de las pruebas, que modernamente se propone que sea identificada aplicando un método controlable, que permita la efectiva participación de las partes, incluso discutir la eficacia de las pruebas aún antes de la evaluación judicial<sup>46</sup>. También inciden las implicaciones culturales en las regulaciones normativas de los diversos aspectos de la admisibilidad –o inadmisibilidad-, las modalidades de la práctica y la valoración de las pruebas.

a. Como lo explicaba CAPPELLETTI<sup>47</sup>, el *sistema de la prueba legal* característico del procedimiento común europeo del medioevo, adoptado por los tribunales eclesiásticos e imperiales, ilustra de modo acabado la cristalización en el campo procedimental, no solo de una estructura política, social y económica jerárquica y desigualitaria<sup>48</sup> –la superioridad del aristócrata, del eclesiástico, del pudiente-, sino además el reflejo directo y la imposición normativa de un método de pensamiento apriorístico, formal, escolástico, que se correspondía con la cerrada mentalidad de la época. La contrapartida del método “científico” de inspiración galileana, de la libre apreciación probatoria, se nutre, claro, en una postura ideológica palmariamente opuesta<sup>49</sup>, que terminó por prevalecer. Bien que habrá que estar no menos en guardia, se alerta<sup>50</sup>, por similares razones, contra un fenómeno más actual aunque igualmente perverso, una especie de autoritarismo procesal moderno de tipo tecnocrático, quizá peor que el que caracterizaba aquella época de las pruebas irracionales y de las pruebas legales, cual es modernamente el encumbramiento de la denominada fase “científica” de la prueba. Fenómeno que se manifiesta en relación a la superlatividad atribuida al valor probatorio de la prueba científica, que viene a invertir de hecho la regla de no vinculatoriedad del dictamen experto y que conduce al peligro de transformar al proceso en una suerte de laboratorio, dominado por la

---

<sup>46</sup> TARUFFO M., *Modelli di prova e procedimento probatorio*, en *Studi in onore di Vittorio Denti*, Cedam, Padova, 1994, v. II, pp. 377 y ss., especialmente pp. 393-395, 401 y ss..

<sup>47</sup> *Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil...*, en *Procesos, ideologías, sociedad*, ob. cit., p. 33, 83-84.

<sup>48</sup> Se trata , como se ha destacado, del modelo “patrimonialista” en el pensamiento weberiano (MARINONI L.G., *Cultura e previsibilidade do direito*, ob. cit., pp. 431 y ss.).

<sup>49</sup> CAPPELLETTI M., ob. cit., p. 84.

<sup>50</sup> DENTI V., *Significado de la expresión “cientificidad de la prueba”*, Rev. Der. Proc. (Argentina), La Ley, Bs. As., 1972, n° 4, p. 498-499; *id.*, *Estudios de derecho probatorio*, Ejea, Bs. As., 1974, trad. S. Sentís Melendo y T.A. Banzhaf, pp. 301-302.

técnica y neutro respecto de los valores que están en juego en la controversia y en los cuales se reflejan las valoraciones de la sociedad entera.

b. El paradigma protectorio de fuente constitucional que tutela de modo preferente ciertos derechos “sensibles” y situaciones de personas o grupos desfavorecidos, se plasma también en el sistema de evaluación de las pruebas. La igualación en concreto de las partes sustenta el sistema de presunciones legales que trasladan el *onus* probatorio para liberar a la parte tutelada –v.gr., en el proceso de trabajo y de la seguridad social, de familia, de consumidores y usuarios<sup>51</sup>. Y aún el poder genérico atribuido al juez para imponer fundadamente, al margen de las reglas ordinarias de asignación, que la carga de la prueba corresponde sea asumida por aquella que se encuentra en mejor situación para aportarla. Se trata de las denominadas cargas “interactivas”, fluyentes o dinámicas<sup>52</sup>, que si bien constituyen medidas de excepción, resultan útiles a la finalidad protectora de ciertos derechos de raigambre constitucional.

### **IX. Los métodos alternativos de solución de conflictos y la “desjudicialización” por la admisión de estructuras consensuales de normatividad.**

#### *1. Los medios alternativos de solución de conflictos*

La introducción a partir de la última mitad del siglo pasado de ciertos tipos de medios alternativos de solución de los conflictos, especialmente la mediación, ha planteado en este terreno un arduo debate ideológico. En el fondo la visión individualista-privatista aparece enfrentada a aquella otra publicista: autonomía de la voluntad vs. justicia intrínseca de las decisiones.

a. Los métodos de resolución de conflictos se encuentran profunda y recíprocamente conectados con los determinados y específicos elementos que configuran, de modo genérico, el contexto social y cultural y la idiosincracia de las sociedades en que se

---

<sup>51</sup> Así en el Código de Defensa del Consumidor brasileño, la facilitación de la defensa de tales derechos se lleva a cabo con la inversión de la carga de la prueba, que determina el juez bajo ciertas circunstancias (art. 6º, VIII CDC).

<sup>52</sup> El nuevo CPC brasileño establece la distribución dinámica de la carga probatoria (arts. 373, § 1º; 357, III). En el derecho argentino las cargas probatorias dinámicas han sido admitidas por la jurisprudencia y recientemente incorporadas al Código Civil y Comercial de la Nación, en vigencia desde 2015 (arts. 1735, 710, éste último en relación a los procesos de familia).

aplican<sup>53</sup>, lejos de constituir sistemas aislados producto de expertos, especialistas o burócratas de turno<sup>54</sup>. De ahí que cabe plantearse la cuestión esencial de su correspondencia con los valores y principios más arraigados en torno a la justicia.

En los años 90 se ha intentado en Iberoamérica, en diversas legislaciones, el trasplante del modelo de mediación norteamericana, fenómeno que es bien conocido. En verdad, la experiencia en el país del norte se insertaba en un amplio movimiento que sustentaba el progresivo abandono del método tradicional de enjuiciamiento jurisdiccional, bajo el influjo de complejas causas institucionales, políticas y culturales, con la especial incidencia de las políticas neoliberales en ese entonces en boga, pero sobre todo que expresaban en su conjunto ingredientes fundamentales de la cultura norteamericana<sup>55</sup>. Allí los ADR abarcan un abanico de métodos y procedimientos que incluyen la negociación, la mediación, el arbitraje, la evaluación neutral previa, los juicios sumarios con jurado e inacabables combinaciones de algunos o varios de ellos; y de hecho han sido impulsados por diversos programas gubernamentales para su utilización “intrajudicial”<sup>56</sup>.

b. Claro que el trasplante en nuestros países de cultura de *civil law* ha sido forzado y, en buena medida, traumático. El desembarque de la mediación llegó en los tempranos años 90 inserto en ambiciosos “paquetes” de reforma con pretensiones de erigirse en políticas públicas<sup>57</sup>. Bajo el paradigma de la eficiencia, pero encubriendo la más descarnada

---

<sup>53</sup> CAPPELLETTI M., *Aspectos sociales y políticos...*, ob. cit., pp. 34 y ss., especialmente pp. 83-90. Asimismo, sobre la profunda vinculación de las instituciones para la resolución de conflictos con su contexto cultural: DAMASKA M., *The Faces of Justice and State Authority...* Seguimos la versión castellana *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, ed. Juríd. de Chile, Santiago de Chile, 2000, *passim*. TARUFFO M., *Cultura y proceso*, ob. cit., pp. 206-207.

<sup>54</sup> CHASE O., *Law, culture, and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York University Press, New York, 2005. Seguimos la traducción castellana de F. Martín Diz, *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, *passim*.

<sup>55</sup> CHASE O., ob. cit., p. 133.

<sup>56</sup> CHASE O., ob. cit., pp. 135-140, donde reseña numerosas estadísticas que avalan sus conclusiones, como también significativos pronunciamientos del Tribunal Supremo y normativas legales que influyeran decisivamente en el desarrollo de los ADR; entre estas últimas la ADR Act de 1998.

<sup>57</sup> VARGAS VIANCOS J.E., *Eficiencia en la justicia en Sistemas Judiciales*, CEJA, S. de Chile, N° 6, 2003, p. 68, donde se sostiene que la búsqueda de la eficiencia está íntimamente relacionada con la idea de la escasez y finitud de recursos, lo que ha de influir en la toma de decisiones, aún por encima de la concepción tradicional que ve en la justicia un tema de principios y de valores trascendentes, que inexorablemente deben ser cumplidos (pp. 68-99). Se trata, para nosotros, de una sesgada visión economicista, que desconoce principios básicos del acceso a la justicia y el sistema de valores fundantes de la función pública jurisdiccional, de raigambre constitucional en todos nuestros países. Sobre el tema, nos permitimos remitir a BERIZONCE R.O., *El costo del proceso (como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia)* en *Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1999, pp. 231 y ss..

versión del individualismo privatista, los bancos multilaterales de crédito inyectaron préstamos restituibles bajo el pretexto de coadyuvar a la transformación de las estructuras y los procedimientos civiles.

En verdad, la instalación de la mediación resultó a la postre el único “logro” de tan interesados empeños. Claro que cada país trató de adaptar el modelo a sus necesidades, pero por cierto manteniendo sus características definitorias –confidencialidad, neutralidad de los mediadores “asistentes”, composición de los intereses-. El impulso de la mediación suponía una punta de lanza para la instalación de una cultura alternativa, en contraposición al tradicional método de composición judicial<sup>58</sup>. Poco importaba, bajo tan sesgada mirada, que el éxito de las soluciones alternativas viniera a ser directamente proporcional a la ineficiencia de la justicia estatal<sup>59</sup>. En todo caso, ni siquiera valdría la pena el esfuerzo por mejorarla si, de todos modos, el atajo de la mediación llegara a funcionar, aunque suponga la “fuga del proceso”, y aún, del derecho y la justicia<sup>60</sup>.

c. El sendero de la mediación no solo significaba dejar de lado otras experiencias que mostraba la legislación comparada, más acordes a nuestros valores y cultura –así, la mediación estructurada de Italia<sup>61</sup>, Alemania<sup>62</sup> y aún Inglaterra<sup>63</sup>-, sino también las propias instituciones vernáculas, como las que enraizaban en los viejos odres de la justicia de paz

---

<sup>58</sup> TARUFFO M., *Una alternativa a las alternativas...* en *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2009, trad. M. Aramburo Calle, pp. 114-115.

<sup>59</sup> Ob. cit., pp. 115-116.

<sup>60</sup> BIAVATI P., *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*, RDP, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2008-I, pp. 533-534.

<sup>61</sup> BIAVATI P., *Argomenti di Diritto Processuale Civile*, Bononia Univ. Press., Bologna, 2011, pp. 809 y ss.. En relación al régimen anterior vigente en Italia y en confrontación con las garantías constitucionales: COMOGLIO L.P., *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionale*, Rev. Dir. Proc., 2000, pp. 318 y ss.. VIGORITI V., *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, RePro, São Paulo, 2010, n° 181, p. 301. El régimen sustentado en la Directiva comunitaria de 2008 no instituye una mediación clásicamente entendida, sino un instrumento a través del cual se induce a las partes en conflicto a aceptar una propuesta de conciliación expresada por un tercero (DALLA BONTÁ S., *La original actuación en Italia de la Directiva 2008/52/CE...*, *Civil Procedure Review*, v. 2, n° 2, pp. 93 y ss., 2011, [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com)

<sup>62</sup> STÜRNER R., *Sobre as reformas recentes no direito alemão...*, RePro, São Paulo, n° 193, 2011, pp. 355 y ss., 364-365. Asimismo PÉREZ RAGONE A.J. y ORTIZ PRADILLO J.C., *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, K. Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, pp. 81-83. HAAS U. y BOCUCCI D., *Il rapporto tra il giudice e le parti nell diritto tedesco*, RePro, São Paulo, n° 197, 2011, pp. 235 y ss..

<sup>63</sup> ANDREWS N., *Controversie colettive, transazione e conciliazione in Inghilterra*, RePro, São Paulo, n° 169, 2009, pp. 81 y ss..

para encarnarse ahora en el modelo superador de la justicia vecinal o de pequeñas causas brasileña<sup>64</sup>.

d. En la confrontación ideológica aparecen nítidamente enfrentados el modelo norteamericano “americanizado” de la mediación “de intereses” tan solo “facilitadora” *bis a bis* el paradigma de la conciliación-mediación “valorativa”.

En el modelo teórico ortodoxo de la mediación (ADR), el conflicto se resuelve con prescindencia de la aplicación del derecho, y en atención tan solo de los intereses en pugna y cuyo balance se propugna, induciendo a las partes enfrentadas a arribar, por sí mismas, a una solución autocompuesta. La fuga del proceso no significa salir de la jurisdicción judicial –como en el sometimiento a árbitros-, sino lisa y llanamente salir de la justicia misma<sup>65</sup>, desentenderse de la justa y equitativa composición del conflicto. En buen romance, tanto como contentarse con una justicia “de segunda”, un pobre sustituto de la resolución judicial y, más aún, una retirada de la jurisdicción<sup>66</sup>.

En contraposición, los fines públicos del proceso judicial y consecuentemente la misión de los jueces –como afirma FISS<sup>67</sup>- es hacer justicia, dando fuerza y haciendo realidad los valores contenidos en la Constitución y la ley. En la conciliación, en cambio, aunque los contendientes crean indeliberadamente que el acuerdo satisface sus expectativas, bien podrían haber arribado al mismo sin que con ello se hubiere hecho justicia.

e. En definitiva, visto desde el prisma ideológico parece claro que la creciente utilización de los medios alternativos –y entre ellos, la mediación “facilitadora”, “de intereses”- constituye un indicador elocuente de la tendencia a la privatización de justicia estatal<sup>68</sup>, de sesgo claramente liberal-individualista, que tiende a percibir la justicia como “bien privado”. La mediación “valorativa”, en cambio, propone la intervención dirimente

---

<sup>64</sup> Para el análisis de la legislación brasileña: *Juizado Especial de Pequenas Causas*, Coordinador K. WATANABE, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985. DINAMARCO C.R., *Manual das pequenas causas*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1986. PELLEGRINI GRINOVER A., *Novas tendências do Direito Processual*, F.U., São Paulo, 1990, p. 175. MARINONI L.G. y ARENHART S.C., *Manual do processo de conhecimento*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2001, pp. 649 y ss.. ARRUDA ALVIM E., *Direito Processual Civil*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2008, 2ª. ed., pp. 573 y ss..

<sup>65</sup> BIAVATI P., *Tendencias recientes de la Justicia Civil en Europa...*, ob. cit., pp. 534. VIGORITI V., ob. cit., pp. 300-301.

<sup>66</sup> FISS O., *Contra la conciliación en El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs. As., 2007, trad. E. Restrepo Saldarriaga, p. 144.

<sup>67</sup> FISS O., ob. cit., pp. 140-142.

<sup>68</sup> FISS O., ob. cit., pp. 143.

del juez en el procedimiento para asegurar la igualdad real de las partes y, especialmente, en la evaluación ponderativa de los acuerdos. La jurisdicción no le “suelta la mano” a las partes ni las deja libradas a su suerte; no se coloca “de espaldas” sino que asume el compromiso de cara a la justicia, sin desentenderse de la más justa y equitativa resolución del diferendo.

El modelo de conciliación-mediación valorativa resulta más acorde con los principios y valores fundamentales porque rescata el valor de la legalidad<sup>69</sup>. Como ha expresado BIAVATI, nuestras sociedades manifiestan una fuerte necesidad de legalidad. La pérdida de los valores públicos y del bien común en nombre de un interés privado que se persigue a toda costa, es consecuencia también de la decadencia de la fuerza de la ley y de la falta de aptitud para aplicarla. El proceso jurisdiccional desempeña el rol de decir el derecho y de recordar qué cosa, para la comunidad, es justa y lícita y qué cosa no lo es. Se trata de un rol esencial al que no se puede renunciar<sup>70</sup>.

## 2. Contractualización y acuerdos procesales

a. La tensión entre la concepción del proceso civil como institución de derecho público y aquella otra tributaria de la visión privatista, se refleja y adquiere particular significación en el debate sobre la virtualidad de los genéricamente denominados acuerdos procesales. Contrapunto que viene a reflejar el problema mismo de la relación entre autonomía privada de las partes y regulación legislativa del proceso civil y, en el fondo, conlleva la cuestión de la medida y alcances de los márgenes de negociabilidad de las reglas formales. Debate que se da en un escenario que contemporáneamente exhibe el debilitamiento de la capacidad de regulación estatal y, en paralelo, la difusión de novedosas estructuras cooperativas y consensuales de normatividad<sup>71</sup>.

No se trata de acuerdos tendientes a la composición de la litis -como el caso de la transacción, o aquellos que se derivan de la mediación-, sino los que genéricamente inciden

---

<sup>69</sup> FISS O., ob. cit., pp. 131-133.

<sup>70</sup> BIAVATI P. *Argomenti di Diritto Processuale Civile*, ob. cit., pp. 816-817. En sentido similar: GUZMÁN N.L., *Análisis crítico de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos...*, RDP, Bs.As., 2010-2, pp. 17 y ss., especialmente pp. 24-29. Asimismo: COMOGLIO L.P., *Mezzi alternativi...*, ob. cit., p. 371.

<sup>71</sup> CAPONI R., *Autonomia privata e processo civil: gli accordi processuali*, *Civil Procedure Review*, v. 1., n° 2, julio-setiembre 2010; y en *RePro*, São Paulo, n° 228, 2014, pp. 359 y ss.. Seguimos en adelante esta última versión. Asimismo, CANELLA M.G., *Contrattualizzazione del processo civile...*, en *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, University Press, Bologna, 2012, pp. 155 y ss..

en el desenvolvimiento del proceso, como concesión del principio de legalidad. El análisis de la legislación comparada muestra diversos mecanismos o fórmulas orientadas a posibilitar ese tipo de acuerdos. Así, entre otros, los contratos de procedimiento del derecho francés, que posibilitan fijar un programa de actividades acordado por el juez y las partes, facilitando la gestión de la instancia a partir de la colaboración de los propios interesados<sup>72</sup>. El modelo francés se extendió, como es sabido, por varios países europeos<sup>73</sup>.

Prescindiendo de –o quizás conjugando- las ideologías que cruzan el proceso civil, se evidencia una tendencia orientada a la búsqueda de un equilibrio razonable entre el principio de legalidad que lo gobierna y las concesiones a la libertad de las partes, para enriquecer con su aporte el propio sistema procesal y su eficacia. Sin dejar de subrayar la vigencia del sistema normativo procesal que se asienta en la legalidad, se posibilita a los protagonistas, a las propias partes, participar, bajo ciertas reglas, en el quehacer procedimental<sup>74</sup>. Un primer criterio de divisoria de las aguas es aquel que proviene de la distinción entre normas procesales imperativas o impositivas, por un lado, y las meramente dispositivas, ya formuladas por la doctrina clásica<sup>75</sup>. Los preceptos imperativos se vinculan con el orden público del proceso y, por ende, resultan indisponibles e irrenunciables para las partes y aún para el juez. Son, en general, aquellos que provienen de los principios constitucionales, y ahora también convencionales, que tienden a asegurar las garantías judiciales. Al margen de ellos, y a condición que la ley procesal lo autorice, las partes entre sí y el juez pueden acordar en relación a puntuales actos del procedimiento. Naturalmente se requiere que las partes sean plenamente capaces y que el pleito verse sobre derechos disponibles. Bajo esos perfiles se viene construyendo una tipología de los diversos supuestos

---

<sup>72</sup> CADIET L. y JEULAND E., *Droit judiciaire civil*, Litce, París, 2009, 6ª. ed., pp. 616-618. CADIET L., *Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia en Reforma procesal civil*, AADP, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2009, pp. 109-111. BIAVATI P., *Tendencias recientes de la justicia civil en Europa*, ob. cit., pp. 509 y ss., especialmente, pp. 528-529.

<sup>73</sup> Sobre el desarrollo de la doctrina alemana ya con anterioridad a la reforma procesal de la ZPO de 2002 que, entre otros aspectos, autorizó la estipulación de contratos procesales: BARBOSA MOREIRA J.C., *Convenções das partes sobre materia processual*, Temas de Direito Processual, Terceira Série, Saraiva, São Paulo, 1984, pp. 87 y ss..

<sup>74</sup> CAPONI R., ob. cit., p. 375.

<sup>75</sup> CHIOVENDA G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1994, trad. Gómez Orbaneja, v. I, pp. 87 y ss..



que se insertan en el modelo<sup>76</sup>, y aún categorías de flexibilización del principio de legalidad procesal<sup>77</sup>.

b. Importa en este tramo consignar que el nuevo CPC de Brasil autoriza los negocios jurídicos procesales, que las partes plenamente capaces pueden acordar con el propósito de estipular modificaciones en el procedimiento para ajustarlo a las especificidades de la causa; como asimismo sobre las cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. El juez controlará la validez de las convenciones, de oficio o a requerimiento de parte, pudiendo negarles aplicación solamente en los casos que expresamente se indica (art. 190). Igualmente de común acuerdo, el juez y las partes pueden fijar calendario para las prácticas de los actos procesales (art. 191).

Asimismo, por libre convención y hasta el saneamiento del proceso, pueden también las partes modificar o alterar el pedido y la causa de pedir, asegurando el contradictorio (art. 329, II).

Se trata de instituciones innovadoras no solo para el derecho brasileño sino igualmente, en relación a los ordenamientos iberoamericanos, que han concitado el interés de la doctrina<sup>78</sup> y las expectativas sobre su operatividad en concreto.

c. Puede aseverarse, en definitiva, que la admisión de los acuerdos procesales –y aún más ampliamente, de las novedosas estructuras cooperativas y consensuales de normatividad-, supone puntuales concesiones que sin quebrar el principio de legalidad procesal, vienen incorporar un factor significativo para la satisfacción de los objetivos del proceso civil. La flexibilización del rígido esquema de legalidad para abrir espacio a la voluntad de las partes con tal objetivo superador, puede entenderse como una simple técnica ideológicamente neutra. O mejor, un novedoso esquema imaginado para conjugar armoniosa y equilibradamente principios que son caros a las ideologías dominantes en el proceso. Sin

---

<sup>76</sup> CAPONI R., ob. cit., p. 375. CANELLA M.G., ob. cit., p. 179 y ss..

<sup>77</sup> XAVIER CABRAL T.N., *Convenções em matéria processual*, RePro, São Paulo, 2015, n° 241, pp. 489 y ss..

<sup>78</sup> ARRUDA ALVIM T. y otros, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, Rev. dos Trib., São Paulo, 2015, pp. 351-357. ARENHART S.G. y OSNA G., *Os “acordos processuais” no projecto de CPC... en Desvendando o Novo CPC*, D. Guimarães Ribeiro y M.F. Jobín org., Lib. do Advogado ed., Porto Alegre, 2015, pp. 139 y ss.. XAVIER CABRAL T.N., ob. cit., pp. 489 y ss.. DI SPIRITO M.P.D., *Controle de formação e controle de conteúdo do negocio jurídico processual*, RePro, São Paulo, 2015, n° 147, pp. 137 y ss.; n° 248, pp. 89 y ss.; n° 249, pp. 141 y ss.. Sobre la alteración de la causa de pedir y la estabilización de la demanda: THEODORO JUNIOR H., *Estabilização da demanda no novo CPC*, RePro, São Paulo, 2015, n° 244, pp. 198 y ss.. ARRUDA ALVIM T. y otros, *Primeiros comentários...*, ob. cit., pp. 555 y ss..

dejar de señalar que en una línea superadora, aunque más genérica y abarcadora, se inscribe el principio o máxima de cooperación, que trataremos más adelante.

## **X. El proceso de ejecución de la sentencia.**

La historia de las medidas coercitivas propias de la ejecución de los mandatos judiciales –como se ha subrayado<sup>79</sup>- revela la virtualidad y operancia de los juicios de valor ínsitos en el rumbo legislativo, que se resumen en la contraposición entre autoridad y libertad. Como premisa general, si se admite pacíficamente el recurso a las medidas patrimoniales no puede dejarse de mirar con recelo la aplicación de las medidas de coerción en los supuestos que resulta viable la ejecución directa específica. De ahí que aquellas, por principio, deberían reservarse para ser aplicadas exclusivamente en relación a obligaciones de hacer o de no hacer en las cuales la prestación sea infungible, sin que pueda admitirse coerción o presión directa o indirecta alguna sobre derechos de la personalidad y otros semejantes que hacen a la libertad individual.

a. En especial, la visión que pone énfasis en la libertad de las partes para conducir la etapa de la ejecución, ensalza la posición del ejecutante a cuyo arbitrio queda, en el marco de la ley, no solo la selección de los medios sino, además, sus alcances en cuanto al grado e intensidad de agresión sobre los bienes del deudor. Pero no cabe coaccionar la voluntad del ejecutado para colaborar. Es el modelo que encaja en la ideología liberal-individualista y el servicio judicial, y aún el proceso civil, concebidos como un “bien privado”.

b. Desde la posición que enarbola la observancia preponderante de los fines públicos del proceso la percepción es obviamente diferente, incluyendo grados diversos de irrupción del Estado a través de la intervención de los jueces. En primer lugar, ha de admitirse que en la ejecución de los pronunciamientos judiciales no solo está en juego la propia autoridad y credibilidad de la justicia, sino además la efectividad del derecho material que brinda soporte a la ejecución forzada, cuando no opera el cumplimiento espontáneo. De

---

<sup>79</sup> TARZIA G., *Presente e futuro delle misure coercitive civile*, en *Esecuzione forzata e procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 1994, pp. 113 y ss..

ello se deriva la conclusión que cuanto más rápido opere la ejecución coactiva tanto más efectiva y justa será la prestación jurisdiccional<sup>80</sup>.

En ese camino, el juez puede quedar emplazado como autoridad para llevar adelante por sí el cumplimiento del mandato jurisdiccional, o bien ocupar una postura solo coadyuvante del ejecutante en esa faena. De su lado, el grado del compromiso de colaboración que la ley imponga al propio ejecutado, incide igualmente para facilitar el logro de los objetivos. Entre las diversas técnicas la individualización de los bienes del deudor<sup>81</sup> y aún la ampliación del conjunto de los bienes pignorable, incluyendo las previsiones para indisponer bienes típicos de las operaciones financieras en general<sup>82</sup>, constituyen aspectos instrumentales significativos. Y, desde luego, son medios típicos de coacción regulados en diversos ordenamientos las *astreintes* y el *contempt of Court*, siendo de subrayar en este aspecto la experiencia brasileña<sup>83</sup>, cuyas sucesivas reformas han conducido a incrementar considerablemente los poderes de coerción<sup>84</sup>.

Por otro lado, uno de los ejes de los debates de la doctrina europea e iberoamericana pasa actualmente por la cuestión de la *desjudicialización* total o parcial de la ejecución

---

<sup>80</sup> La Corte Europea de Derechos Humanos, afirmó en numerosos pronunciamientos la aplicabilidad del art. 6 de la Convención europea (similar al art. 8 del Pacto americano) a los procesos de ejecución forzada de las sentencias civiles, sobre la base de la consideración que el derecho de acceso a los tribunales “sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado contrayente permitiese que una decisión judicial definitiva y vinculante se tornase inoperante en daño de una parte... (de modo que) la ejecución de una sentencia, de cualquier jurisdicción, debe por consiguiente ser considerada como parte integrante del “proceso” en los términos del art. 6 (“Hornsby c. Grecia”, 13-3-97). Igualmente, se viola aquella preceptiva por la duración irrazonable de un proceso de ejecución inmobiliario tramitado durante trece años (“Estima J. c. Portugal”). TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, Riv. Dir. Proc., 2002, n° 2, pp. 329 – 330.

<sup>81</sup> PEYRANO J. W., *Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, U.N.LP., La Plata, 1994, pp. 267 y ss. Asimismo: LOUGE EMILIOZZI E., *La colaboración del deudor en el proceso*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2007, pp. 143 y ss., donde se analiza exhaustivamente el deber de información patrimonial en el proceso. En relación al derecho europeo: COMOGLIO L.P., *L'individuazione dei beni da pignorare*, Riv. Dir. Proc., 1992, pp. 83 y ss..

<sup>82</sup> TARZIA G., *Problemi attuali dell'esecuzione forzata* en II Congreso Brasileño de Derecho Procesal, Brasilia, 1997, *separata*.

<sup>83</sup> BARBOSA MOREIRA J. C., *O processo civil brasileiro entre dois mundos en Temas de Direito Processual*, Oitava Série, Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 50-51. PELLEGRINI GRINOVER A., *Ética, abuso del proceso y resistencia a las órdenes judiciales: el “contempt of Court”*, en XX Congreso Nacional (argentino) de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, 1999, en Zeus del 29-3-00 y también en *A marcha do processo*, Forense Univ., R. de Janeiro, 2000, pp. 62 y ss.. ARRUDA ALVIM, *Sobre as muitas instituídas nos arts. 14 e 18 do Código de Processo Civil en Estudos em homenagem á Prof. Ada Pellegrini Grinover*, DPJ ed., São Paulo, 2005, pp. 639 y ss.. Sobre el actual art. 774 del CPC en vigor desde 2016: ARRUDA ALVIM WAMBIER T. y ot., *Primeiros comentários...*, ob. cit., pp. 1117-1119.

<sup>84</sup> BARBOSA MOREIRA J. C., *Reformas processuais e poderes do juiz*, en *Temas de Direito Processual*, Oitava Série, ob. cit., pp. 62-63.

patrimonial forzada<sup>85</sup>. Los distintos sistemas giran en general en torno de la intervención de los agentes de ejecución, en sus diversas variantes<sup>86</sup>. Si bien no se elimina la *judicialidad* del cumplimiento de la sentencia, en verdad se reduce notablemente la intervención judicial en la fase de realización administrativa de la prestación a que el deudor fue condenado. Se trata, en realidad, de desjudicializar, no de “desjurisdiccional”.

c. El propio *interés público del proceso* brinda sustento a ciertos límites y condicionamientos infranqueables a la ejecución directa patrimonial. No solamente los genéricos derivados del principio general de razonabilidad o proporcionalidad<sup>87</sup>, sino además los que provienen del necesario resguardo de los derechos del ejecutado a la indemnidad de ciertos bienes primarios esenciales de la persona. Todo lo cual supone priorizar los *finés sociales del proceso civil*, de los cuales son tributarios el *favor debitoris*, el mínimo sacrificio de los derechos del ejecutado, la conservación de los bienes y, en paralelo, la proscripción de actitudes abusivas o innecesariamente vejatorias de parte del acreedor. Límites y condicionantes todos que provienen de la ley material o procesal y cuyo contralor y efectividad se confía a los jueces, aún para su actuación oficiosa.

d. En el balance prevalece la búsqueda de un equilibrio razonable de los legítimos intereses en confrontación, en un área en que el paradigma de la *publicización del proceso* apuntala a un mismo tiempo, el empeño por la satisfacción plena del mandato jurisdiccional en tiempo razonable, cuanto los límites y el imperativo no menos atendible de no dañar

---

<sup>85</sup> Las ideas para desjudicializar y profesionalizar la ejecución de la sentencia, especialmente dinerarias de cobranzas, han sido recomendadas en el marco de la tutela eficiente del crédito, por la Unión Europea. Pérez Ragona A., *Derecho a la tutela ejecutiva del crédito: entre mitos, temores y realidad en Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Chile, CEJ 23, 2012, pp. 285 y ss..

<sup>86</sup> En relación a la legislación española: SERRA DOMÍNGUEZ M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch ed., Barcelona, 2000, pp. 79 y ss.. ORTELLS RAMOS M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, 3ª. ed., pp. 713 y ss.. LOUGE EMILIOZZI E., ob. cit., pp. 164-166. Sobre las reformas al CPC italiano de 2005-2006 introducidas al tercer libro del proceso ejecutivo: CARPI F., *Alcune osservazioni sulla riforma dell' esecuzione per espropriazione forzata*, en Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ., 2006, pp. 215 y ss. SALETTI A., *Le (ultime?) novità in tema de esecuzione forzata*, en Riv. Dir. Proc., 2006, p. 193 y ss. BIAVATI P., *Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano*, en Rev. Der. Proc., Rubinzal-Culzoni ed., 2007-1, pp. 536 y ss.. Con respecto al solicitador de ejecución en Portugal: FERREIRA DA SILVA C. M. *Un novo operador judiciário: o solicitador de execução en Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*, DPJ ed., São Paulo, 2005, pp. 513 y ss. LEBRE DE FREITAS J., *Ação executiva depois da reforma*, 4ª. ed., Coimbra, 2004, pp. 27 y ss., cit. por TEODORO JUNIOR H., *As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado en la obra colectiva Aspectos polémicos da nova execução*, T. Arruda Alvim Wambier coord., ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo 2006, pp. 284 y ss..

<sup>87</sup> Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho de ejecución forzada y su recepción por la Corte Europea de los derechos del hombre: TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, ob. cit., p. 340.

innecesariamente al deudor. Se trata de conjugar armoniosamente ambos principios, lo que supone equilibrar finalidades públicas e intereses privados que se cobijan en el mandato judicial que se persigue cumplir. Búsqueda que se compendia, en definitiva –más allá de las ideologías- en el equilibrio, tan esquivo, entre eficiencia y justicia.

## XI. El principio o máxima de cooperación

1. El principio o máxima de *cooperación o colaboración*, originado en el derecho alemán, supone una nueva y superadora concepción del fenómeno procesal, que es considerado como un proceso de comunicación, formación de opinión y decisión, que por definición es abierto, argumentativo y flexible. El proceso consiste entonces en un discurso racional en el que el diálogo debe ser efectivo, basado en narrativas con pretensión de veracidad, claras y completas, de modo que se posibilite que las partes puedan ejercer su libertad (realicen elecciones, ejerzan opciones) de modo adecuado, p.e., realizando pedidos pertinentes y requiriendo la producción de pruebas conducentes y útiles. Es en ese contexto que se insertan y destacan los poderes del juez, que son de *colaboración (stricto sensu) o auxilio*, de *esclarecimiento*, de *información y advertencia*, de *debate* y de *indicación*. En ese marco y con una renovada visión del fenómeno procesal, se torna posible a las partes –por medio de un tipo de conducta frente al proceso- *participar* en la gestión procesal<sup>88</sup>.

Bajo ese prisma ha sido entendido como un *tertium genus* entre los principios dispositivo e inquisitorio, una fusión entre ambos, o bien descrito como una actividad de asistencia o de conducción desempeñada por el juez, condicionada o paralela al ejercicio de ciertos derechos y deberes que corresponden a las partes<sup>89</sup>. De algún modo, resulta funcional a un intento de superación de las visiones antitéticas clásicas.

---

<sup>88</sup> GREGER R., *Cooperação como principio processual*, RePro, São Paulo, n° 206, 2012, pp. 123 y ss..  
Kochén R., *Introdução as raízes históricas do princípio da cooperação...*, RePro, São Paulo, n° 251, 2016, pp. 75 y ss..

<sup>89</sup> Kochén R., ob. cit., p. 108. DE SOUZA A.C., *O princípio da cooperação...*, RePro, n° 225, 2013, pp. 65 y ss..

2. La doctrina brasileña ha trabajado insistente y fecundamente el tema<sup>90</sup>, que ahora se recoge en el nuevo CPC, con singular relevancia sistemática. Se adopta un modelo de colaboración con la explícita y amplia imposición a las partes del deber de cooperación entre sí y de cada una de ellas con el juez (art. 6º) y, al propio juez, el deber de dialogar con las partes (arts. 9º, 10 y conc.). El diálogo que, de ese modo, integra la garantía constitucional del contradictorio tiene cabal expresión en los trámites impuestos al juez, quien “no puede decidir, en grado alguno de jurisdicción, con base en fundamento respecto del cual no se haya dado a las partes oportunidad de manifestarse, aunque se trate de materia sobre la cual deba decidir de oficio” (art. 10).

El deber de cooperación de cada una de las partes con el juez reafirma el principio de lealtad, probidad y buena fe procesal, no agotándose en su expresión genérica sino que se explicita en varios supuestos. Así, en el derecho de influencia de las partes en el saneamiento del proceso (art. 357). O en relación a la conducta comisiva u omisiva del ejecutado en el curso de la ejecución forzada, que se considera “atentatoria a la dignidad de la justicia” (art. 774, V).

El nuevo ordenamiento instrumenta en definitiva una versión más refinada del contradictorio, que debe ser entendido como fuente de deberes sustentado en la cooperación entre todos los sujetos del proceso.

## **XII. Los procesos colectivos y de interés público “estructurales”.**

a. La irrupción de la litigación colectiva y su inserción entre los conflictos de interés general o público, dentro de la filosofía del Estado Social, planteó un nuevo escenario para la disputa ideológica. Claro que, a diferencia del tradicional conflicto individual binario, aquí se parte de ciertos presupuestos típicos de esencia, que asientan su autoridad en las propias constituciones y pactos humanitarios, y que, por ende, quedan al menos en su expresión dogmática fuera de toda disputa; sin perjuicio, claro, que la cuestión pueda renovarse en vías

---

<sup>90</sup> DINAMARCO C.R., *O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*, RePro, São Paulo, n° 247, 2015, pp. 63 y ss.. ARRUDA ALVIM T. y otros, *Primeiros comentários...*, ob. cit., pp. 62-63, 67-68, 1117-1119. DE PINHO H.D.B. y ALVES T.M., *O cooperação no novo CPC...*, REDP, v. 15, enero-junio 2015, www.civilprocedurereview.

de las leyes reglamentarias, sus alcances e interpretación. La legitimación extraordinaria y los efectos extendidos de la cosa juzgada son algunos de los rasgos, al que se suman ciertas particularidades de los conflictos –la “litigiosidad de masa”- que, por su naturaleza, exceden el interés particular de los contendientes y, en general, tiene relación con acciones u omisiones del Estado o de las grandes empresas productoras de bienes y servicios. Y de ahí que el desarrollo del proceso requiere de un juez activo, procesal y sustantivamente, que deviene gestor, aplicador y garante de los principios de interés público fundamentales que envuelve la contienda pluriindividual. Dicho activismo se manifiesta como acentuación de los tradicionales poderes concedidos a los jueces, irradiándose en la ordenación y dirección de la causa y, especialmente, en su instrucción probatoria incluso de oficio, el dictado de medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia y el propio contenido de la sentencia y sus alcances.

El fenómeno de los procesos colectivos, por lo demás, alienta la participación social en la actividad jurisdiccional por el empoderamiento de los derechos por parte de los propios interesados, con el correlato del fortalecimiento de la calidad institucional y la legitimación del propio Poder Judicial, especialmente tratándose de su intervención en los *conflictos de interés público o estructurales*<sup>91</sup>. En este tipo tan singular de procesos ocupa un lugar preponderante el diálogo interinstitucional, la democracia deliberativa en el ámbito judicial, la participación comunitaria en el debate público transparente y su contribución a la construcción de las políticas públicas, con avances experimentales y métodos de control de

---

<sup>91</sup> CHAYES A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L.Rev., 1281, 1976. FISS O., *The forms of justice*, 93, Harv. L.Rev., 1, 1979; *id.*, *The Law as It Could Be*, 2003 (traducción castellana: *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2007, trad. E. Restrepo Saldarriaga, que seguimos aquí). CAPPELLETTI M., *Vindicating the Public Interest Trough the Courts: A Comparativist's Contribution*, 25 Buffalo L.Rev., 643, 1976. Asimismo: CAPPELLETTI M. y GARTH B., *El acceso a la Justicia*, Rev. Col. Abog. La Plata, Argentina, 1983, trad. S. Amaral, pp. 58 y ss.. SABEL Ch. F. y SIMON W.H., *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*, 117 Harv. L.Rev., 1015, February 2004, p. 1019. FISS O., *El derecho como razón pública*, ob. cit., pp. 47-49. BERGALLO P., *Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público*, J.A, Bs. As., 2006-II, pp. 1165 y ss..

la ejecución de las decisiones, entre otras técnicas novedosas<sup>92</sup>. Se trata –como se ha señalado<sup>93</sup>- de un verdadero paradigma cooperativo de administración de justicia.

b. La confrontación ideológica muestra varias aristas en diversos escenarios: en el ámbito colectivo, desde la visión privatista se replantea como crítica lo que se considera la adjudicación de poderes excesivos a los jueces, embate inconsistente si se atiende a los singulares objetivos del proceso colectivo. Máxime que aquellas atribuciones deben ser ejercidas irrestrictamente en el marco del contradictorio y del debido proceso.

De modo diverso se plantea el mismo debate cuando se trata de conflictos colectivos estructurales y, en general, en los procesos colectivos en que es parte el Estado o sus organismos. La cuestión ideológica se cuela habitualmente dentro de un cuestionamiento que asienta en típicas cuestiones políticas, como son las relativas al principio republicano de división de poderes, la distribución de las funciones y especialmente las que corresponden al Poder Judicial. Semejante confrontación excede naturalmente el ámbito de los conflictos, desde que remite no solo a los diferentes esquemas constitucionales sino, también, al fenómeno de la judicialización, cada vez más acentuada, de los conflictos, que es causa y efecto de la excepcional y razonable –coadyuvante- participación de los jueces en la configuración de las políticas públicas. Claro que ello no excluye que en casos de omisión y otros semejantes se admita, desde una u otra vertiente, el involucramiento de la magistratura para contrarrestar los actos de los poderes políticos que menoscaban los derechos fundamentales.

Cuando los poderes políticos denuncian la “judicialización de la política”, en el fondo reivindican un poder absoluto que reclaman para sí como únicos representantes del pueblo. Pretenden revivir un debate que ya había quedado zanjado desde que se admitiera el control de constitucionalidad de las leyes y, con ello, la potestad judicial de revisión de los actos de los poderes políticos. Tal es el argumento contundente que enarbolan, desde la vereda opuesta, quienes reconocen a los jueces semejantes atribuciones. No es que solo

---

<sup>92</sup> De entre una muy amplia bibliografía destacamos: PELLEGRINI GRINOVER A., *O controle jurisdicional de políticas públicas o processo de interesse público*, RePro, São Paulo, n° 249, 2015, pp. 19 y ss.. Asimismo, nos permitimos remitir a BERIZONCE R.O., *Los conflictos colectivos de interés público*, Rev. Iberoam. Der. Proc., IIDP, Rev. dos Trib., São Paulo, año I, 2015, pp. 161 y ss..

<sup>93</sup> ZANETTI JUNIOR H., *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, ed. Lumen Juris, R. de Janeiro, 2007, pp. 60-61, 264. En sentido similar: JOBIN M.F., *Medidas estruturantes*, Lib. do Advogado ed., Porto Alegre, 2013, pp. 171 y ss., 183.



estuvieran en cuestión los poderes sustantivos de los jueces –la aplicación del derecho material–, sino que el desacuerdo incluye los alcances de las potestades procesales y su ejercicio, que es por donde ingresa también el debate ideológico. Ocurre que en la litis colectiva se entremezclan atribuciones de uno y otro tipo: cuando se dicta una medida cautelar, anticipatoria o de urgencia, los poderes políticos claman denunciando el juzgamiento *express* y el legislador suele reaccionar habitualmente de modo arbitrario, restringiendo por ley los poderes del juez.

La conciliación de las posturas antagónicas debería partir del entendimiento que el mayor protagonismo de los jueces en los procesos colectivos en general o de interés público, no solo es la correspondencia con una más acentuada participación social<sup>94</sup>, sino que presupone las correlativas responsabilidades políticas y sociales que corresponden a aquellos. Pero, además y por sobre todo, que en el Estado de Derecho Democrático contemporáneo se genera un nuevo equilibrio en las funciones públicas, un poder “compartido” como nunca antes que incluye al Poder Judicial junto con los estamentos de origen representativo<sup>95</sup>. Como que en los procesos de interés público el fluído diálogo institucional y el ejercicio de la democracia deliberativa en el escenario judicial, bajo reglas de debate equitativas y transparentes y sentencia adecuadamente justificada, legitiman no solo a los jueces en su quehacer, y aún al Poder Judicial, sino que contribuyen significativamente al afianzamiento del Estado Democrático de Derecho.

c. Una confrontación de sesgos ideológicos singulares se ha planteado recientemente en torno de la regulación de la tutela de los derechos individuales homogéneos. Es su particular naturaleza la que permite que, por razones estrictas de su mejor y más adecuado tratamiento procedimental para asegurar su tutela efectiva, se utilice la forma colectiva de tutela jurisdiccional- Desde la vertiente del pensamiento liberal individualista se denuncia el trasfondo de una ideología “colectivizante” que pone en riesgo no solo la protección de los derechos subjetivos individuales, sino al propio Estado de Derecho<sup>96</sup>. Lo primero, porque la eficacia y autoridad de la sentencia alcanza a personas que

---

<sup>94</sup> ZANETTI JUNIOR H., ob. cit., p. 46.

<sup>95</sup> FISS O., ob. cit., pp. 18, 19, 23, 26 y ss., 30, 78, 88, donde subraya la función judicial en cuanto tiende a dar significado y valor concreto a los valores públicos contenidos en el derecho.

<sup>96</sup> DANTAS B., *Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais*, RePro, São Paulo, n° 251, 2016, pp. 341 y ss..

no participaron del contradictorio, menoscabando sus derechos individuales que se ven sometidos a un tratamiento colectivo forzoso, masificado y homogeneizado, so pretexto de eficiencia del Poder Judicial. Lo segundo, desde que semejante sistema infringe el derecho fundamental del acceso a la justicia al sustraer al ciudadano “*his day on Court*”. Pretende verse, en definitiva, un conflicto que enfrentaría las opuestas ideologías liberal individualista y “colectivizante”<sup>97</sup>. Se preconiza, entonces, en relación al derecho brasileño, la superación de las técnicas de legitimación extraordinaria abstractas por otras racionales, que aseguren el tratamiento colectivo cuanto individual de los conflictos. En ese sentido, el nuevo CPC brasileño en vigor desde 2016 adopta diversas *técnicas de tutela pluriindividual* que tienden a prestigiar los derechos individuales que se integran a las tradicionales técnicas de tutela colectiva. Así, las que prevén el juzgamiento de recursos especiales y extraordinarios repetitivos, mediante la selección del “caso piloto”, inspiradas en las legislaciones inglesa y alemana y especialmente, el incidente de resolución de demandas repetitivas.

En verdad, parécenos, más que un conflicto estrictamente ideológico en los términos planteados, se trata de concepciones distintas en torno a la utilización de técnicas procesales<sup>98</sup>. Por un lado, ya no se pone en cuestión la admisión de las acciones colectivas para la tutela de derechos difusos o colectivos –y en torno a ello tampoco se debate en punto del reconocimiento de las legitimaciones extraordinarias y la virtualidad expansiva de la cosa juzgada-. En cualquier caso para que un sistema de procesos colectivos sea respetuoso de la garantía del debido proceso de los integrantes del grupo que no participaron de la litis, debe exigirse que quien legalmente represente sus intereses se comporte como un adecuado gestor de la clase<sup>99</sup>. En verdad ninguna de las variantes normativas asegura tal resultado, existiendo

---

<sup>97</sup> Ob. cit., pp. 344 y ss..

<sup>98</sup> La cuestión de la subprotección de ciertos grupos de intereses representados en las acciones colectivas subyace en toda la teoría de la representación extraordinaria y conduce, en última instancia a la búsqueda de respuestas que requieren de herramientas propias del análisis económico del derecho. Sea como fuere, no es posible esperar que factores ideológicos garanticen una efectiva y eficiente defensa en juicio de los derechos de incidencia colectiva; lo que importa son los instrumentos procesales aptos para garantizar la efectividad de la defensa de tales derechos e intereses (DE SALLES C.A., *Políticas públicas y la legitimidad para la defensa de intereses difusos y colectivos*, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, A. Gidi y E. Ferrer Mac-Gregor coord., Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003, pp. 118 y ss., 131).

<sup>99</sup> Sobre la muy amplia bibliografía existente, nos remitimos a PELLEGRINI GRINOVER A., *Ações coletivas iberoamericanas: novas questões sobre legitimação e a coisa julgada*, Rev. Iberoam. Der. Procesal, IIDP, año I, n° 1, Bs. As., 2001, pp. 11/27. Para un resumen de las diferentes posturas: GIANNINI L.J., *Los procesos colectivos...* en *Aportes para una justicia más transparente. Homenaje a la memoria de A.M. Morello*, R.O.

en todos los sistemas un riesgo concreto de indefensión para aquellos. De ahí la necesidad de un celoso control judicial, inicial y sucesivo, de la legitimidad y adecuada representación de los representantes grupales.

No podría sostenerse, estrictamente, un sesgo ideológico “colectivizante”, al menos en el sentido estricto político de la acepción. Por otro lado, las diversas técnicas parecen neutras, ideológicamente inocuas, por encima de sus diferencias. Unas y otras están enderezadas a asegurar la tutela judicial efectiva, resultan complementarias como en el sistema brasileño, más que antagónicas. No hay mengua del Estado de Derecho Democrático, según se prefiera una u otra.

En cuanto al incidente de resolución de demandas repetitivas y el mecanismo de recursos extraordinarios y especial, se ha destacado que la falta de intervención de los terceros en verdad restringe la posibilidad de participación de los litigantes en la discusión de las cuestiones sometidas, de modo que menoscaba la garantía del debido proceso; de ahí que se haya propuesto por vía interpretativa la convocatoria en el trámite de los legitimados para la tutela de los derechos individuales homogéneos, e incluso del Ministerio Público<sup>100</sup>.

### **XIII. Hacia una síntesis y en la búsqueda de un sistema de valores abarcador.**

Bien que la pretensión de bosquejar un sistema de creencias con aspiraciones de superar las ideologías que tradicionalmente han campeado en el proceso civil, pueda parecer *ad initio* un intento inevitablemente inútil, de todos modos, como cierre de estas reflexiones permítasenos proponer algunas consideraciones al respecto. Se trata, no obstante, del propósito del observador objetivo de encontrar, si existiere, una síntesis superadora de las antinomias, que se sustenta en las ideas y valores hoy prevalecientes, las líneas fundamentales del Estado Democrático de Derecho. Síntesis que, en definitiva viene a perfilarse a partir de algunas –las principales– conclusiones que hasta aquí hemos intentado extraer. Y que –como se memoraba al comienzo recurriendo al pensamiento de BOBBIO–

---

Berizonce coord., LEP, La Plata, 2009, pp. 105 y ss.; y también en *Los procesos colectivos. Argentina y Brasil*, R.O. Berizonce, J.M. Tesheiner y R.F.K. Thamay coord., Cátedra Jurídica, Bs. As., 2012, pp. 97 y ss..

<sup>100</sup> MARINONI L.G., *O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas...*, RePro, São Paulo, n° 249, 2015, pp. 399 y ss..

supone tentar aproximaciones y pergeñar opciones superadoras a partir de una versión triádica, “terceras vías” de pensamiento que proliferan en el imaginario político, tanto como –agregamos- en el jurídico y procesal.

1. En primer lugar, parece evidente que las proposiciones del “privatismo” procesal han ido perdiendo paulatinamente la envergadura y consistencia de antaño, más allá de su recreación de la mano del neoliberalismo que se recicla en todo tiempo. O, al menos, se vienen desdibujando en su incidencia sobre ciertos segmentos de la actividad jurisdiccional, particularmente en los procesos que versan sobre derechos fundamentales “sensibles” prohijados por las constituciones y pactos humanitarios –vida digna, salud, educación, vivienda, familia, menores, discapacitados, trabajo y seguridad social, derechos individuales y colectivos de consumidores y usuarios, del ambiente, de grupos desfavorecidos, y un largo etcétera que sigue abierto-. En todo ese ancho territorio la “publicización” ha avanzado notablemente, mientras siguen incólumes, con igual jerarquía, las garantías judiciales del contradictorio, debido proceso y aledañas, incluyendo el principio dispositivo. Se trata, entonces, del encumbramiento de los nuevos derechos y, particularmente la garantía fundamental de la tutela judicial eficiente –juez natural imparcial e independiente, acceso irrestricto a la jurisdicción, procedimiento y sentencia justa en tiempo razonable, medidas de urgencia en general-, que trae consigo nuevas concepciones de la jurisdicción, la acción y el proceso.

2. En segundo lugar, resulta no menos cierto –como señalan quienes recelan de la creciente publicización-, que el activismo judicial no puede llevarse al extremo del avasallamiento del derecho de defensa y del contradictorio de las partes. El principio de legalidad formal sigue constituyendo un vallado insorteable, último bastión de la seguridad jurídica.

3. Así críticamente delineadas las clásicas posturas contrapuestas, cabe preguntarse cómo ha de incidir sobre ellas –o, si se prefiere- qué nueva lectura les cabe bajo el tamiz de la concepción política del Estado Democrático de Derecho, expresión genuina de los valores contemporáneos. Se trata, entonces, de pensar el proceso civil en la perspectiva de los derechos fundamentales, como instrumento adecuado, eficaz y eficiente para tutelar los valores supremos.

Bajo este prisma asoma un factor de esencia: la concepción política de la democracia participativa, que se irradia novedosamente al propio poder jurisdiccional. Se denota entonces, por derivación si se quiere, la potencialidad institucional del Poder Judicial que, una vez impelido –por el ejercicio de la acción o pretensión- se torna un espacio privilegiado del discurso democrático, un “motor de democracia” participativa. El proceso civil pasa a ser entendido entonces como un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos, y aún un paradigma cooperativo de administración de justicia. La participación protagónica del juez junto con la que, con igual rango, se adjudica a las partes colocadas en posición de recíproca paridad, confluyen en un debate bajo reglas de transparencia, para desembocar en la justa decisión del conflicto. Con lo que la actividad del juez, y aún el activismo procesal creativo, vienen a contribuir no solo a la legitimación democrática de aquellas decisiones, sino también a la del propio poder jurisdiccional.

4. De su lado, el principio constitucional del contradictorio adquiere ahora una nueva dimensión, como soporte de la democraticidad del procedimiento. Se entiende como una garantía de participación en sentido sustancial, no solo formal, concretándose en el derecho que se reconoce a cada una de las partes a influir en la formación de las decisiones, en el resultado de la jurisdicción. A su vez y como correlato, todos los pronunciamientos judiciales deben ser fundados, sustancialmente justificados; y desde luego, no pueden ser sorpresivos. La dimensión sustancial del contradictorio supone reconocer a las partes no solo el derecho de hablar sino el de ser oídas. En su significado más profundo expresa, en realidad, la exigencia general y constante de controlabilidad sobre el modo cómo el juez ejerce el poder conferido por el ordenamiento jurídico. Se trata del mismo poder de controlabilidad que en el Estado Democrático de Derecho corresponde al ciudadano y sus representantes, respecto de los actos políticos. En esa perspectiva, el contradictorio es el soporte y basamento nuclear a partir del cual se construye el concepto de proceso.

5. Las tradicionales visiones ideológicas contrapuestas del proceso civil se asentaban en la superada concepción decimonónica del proceso como relación jurídica, que emplazaba al juez en una posición de preeminencia en relación a la situación de sujeción de las partes. Precisamente de la crisis de esa concepción, que se contrapone a los postulados igualitarios que nutren y se irradian desde el actual Estado Democrático de Derecho, emerge

un nuevo paradigma del proceso de matriz cooperativa y policéntrica, que se caracteriza y define como procedimiento en contradictorio. Un proceso que se construye entre todos, en el cual al juez no solo le corresponden poderes-deberes de dirección e instrucción, sino además, de necesaria intercomunicación y diálogo con las partes. De modo que el proceso se va edificando entre todos en una perspectiva intersubjetiva y co-participativa: más precisamente, de modo democrático. Premisa que implica no solo el deber del juez de examinar y pronunciarse, en sus decisiones, sobre todos y cada uno de los fundamentos relevantes invocados por las partes, sino que, además, le están vedadas las decisiones sorpresivas apoyadas en fundamentos que no se hubieren sometido antes al contradictorio – garantía de previsibilidad y no sorpresa-.

6. El presupuesto esencial de un contradictorio sustancial, fuerte, dinámico se irradia a todas las etapas del proceso y, si bien se ve, su actuación concreta termina por diluir, en buena medida, los principales ejes que sustentan las visiones ideológicas antagónicas que hemos analizado.

a. Quedan desdibujados roles atribuidos al juez y a las partes, ajustándose aquellos en un equilibrio dinámico en correlato con los mayores deberes de recíproca colaboración. Pervive el activismo aunque queda enmarcado y condicionado por la virtualidad del contradictorio, aún en los conflictos sobre derechos o situaciones de tratamiento diferenciado.

b. El procedimiento se ajusta sin menoscabo de su adecuación por el juez, en los límites de la ley y siempre con observancia del contradictorio sustancial. Lo cual vale tanto, v.gr., para la decisión sobre cuestiones de orden público –presupuestos procesales, cosa juzgada, litispendencia-, cuanto para las cautelares, tutelas de urgencia y de evidencia. Más aún, igual condicionante reconocen los pronunciamientos de medidas oficiosas y aún las que se dictan en aplicación del principio *iura novit curia*.

c. En el procedimiento probatorio, el contradictorio se ejercita en cada una de las sucesivas etapas como contrapartida de los poderes del juez, de modo que se reconoce a las partes en relación a la prueba propuesta por la contraria y, con más razón, frente a la ordenada oficiosamente, la prerrogativas de: i) contestar su relevancia y oportunidad; ii) participar en su asunción; iii) deducir pruebas contrarias; iiiii) discutir su eficacia aún antes de las decisiones. Ningún elemento de hecho puede ser llevado a la decisión sin haber sido

previamente conocido y discutido por las partes. Infringe igualmente el contradictorio las resoluciones judiciales que adjudican a una de las partes extemporánea o sorpresivamente la carga de la prueba –pruebas dinámicas o fluyentes-; siempre deberá conferírsele el derecho de oposición y la facultad de producir pruebas o contrapruebas.

De ese modo, hemos intentado dar testimonio de debates que siguen vivos, desde una visión objetivada útil para colocar sobre nuevos carriles las pujas ideológicas clásicas, mostrando cómo en el devenir histórico los múltiples entrecruzamientos y puntos de contacto han conducido, de modo quizás inevitable, a acercar posturas dicotómicas y, sobremanera, a impulsar la búsqueda de propuestas superadoras.

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

- ALVARADO VELLOSO A., *Debido proceso vs. pruebas de oficio*, Temis, Bogotá, 2004.
- ANDOLINA I. y VIGNERA G., *Il modella costituzionale del processo civile italiano*, G. Giappichelli ed., Torino, 1994, pp. 13 y ss.
- ANDREWS N., Controversie colettive, transazione e conciliazione in Inghilterra, *Repro*, São Paulo, nº 169, 2009.
- ARENHART S.G. y OSNA G., Os “acordos processuais” no projecto de CPC... en *Desvendando o Novo CPC*, D. Guimarães Ribeiro y M.F. Jobín org., Lib. do Advogado, Porto Alegre, 2015.
- ARRUDA ALVIM E., *Direito Processual Civil*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2008, 2ª. ed.
- ARRUDA ALVIM T. y otros, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, Rev. dos Trib., São Paulo, 2015.
- ARRUDA ALVIM, Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18 do Código de Processo Civil en Estudos en homenagem á Prof. Ada Pellegrini Grinover, DPJ ed., São Paulo, 2005.
- BAPTISTA DE SILVA O.A., A “plenitud de defesa” no processo civil, en As garantías do cuidado na Justiça, coord.. S. de Figueiredo Teixeira, ed. Saraiva, São Paulo, 1993.
- BARBOSA MOREIRA J. C., O processo civil brasileiro entre dois mundos en *Temas de Direito Processual*, Oitava Série, Saraiva, São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_, Convenções das partes sobre materia processual, *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, Saraiva, São Paulo, 1984.

BERGALLO P., *Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público*, J.A, Bs. As., 2006-II.

BERIZONCE R.O. y FERRAND F., Lois modèles et Traditions nationales en Procedural Justice. XIV IAPL World Congress, Heidelberg, 2011, p. 115-116.

\_\_\_\_\_, *El costo del proceso (como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia) en Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1999.

\_\_\_\_\_, El costo del proceso (como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia) en *Derecho Procesal Civil actual*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1999.

\_\_\_\_\_, Los conflictos colectivos de interés público, *Rev. Iberoam. Der. Proc.*, IIDP, Rev. dos Trib., São Paulo, año I, 2015.

BIAVATIP., *Argomenti di Diritto Processuale Civile*, Bononia Univ. Press., Bologna, 2011.

\_\_\_\_\_, Tendencias recientes de la justicia civil en Europa, *RDP*, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2008-I.

BOBBION., *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Taurus, Madrid, 1995, trad. A. Picone

CADIET L. y JEULAND E., *Droit judiciaire civil*, Litce, París, 2009, 6ª. ed.

\_\_\_\_\_, *Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia en Reforma procesal civil*, AADP, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2009.

CAMUS A., *El hombre rebelde*, ed. Losada, Bs. As., 2005, trad. Luis Echávarri.

CAPONI R., Autonomia privata e processo civil: gli accordi processuali, *Repro*, São Paulo, nº 228, 2014

CAPPELLETTI M. y GARTH B., *El acceso a la Justicia*, Rev. Col. Abog. La Plata, Argentina, 1983, trad. S. Amaral.

\_\_\_\_\_, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ejea, Bs. As., 1972, trad. S. Sentís Melendo.

\_\_\_\_\_, *La testimonianza della parte nell sistema dell'oralita*, Dott. A. Giuffré ed., Milano, 1962.



\_\_\_\_\_, *Proceso, ideologías, sociedad*, EJE A, Bs. As., 1974, trad. S. Sentís Melendo y T.A. Banzhaf

\_\_\_\_\_, *Vindicating the Public Interest Trough the Courts: A Comparativist's Contribution*, 25 Buffalo L.Rev., 643, 1976.

CARPI F., *Alcune osservazioni sulla riforma dell' esecuzione per espropriazione forzata*, en *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 2006

CHASE O., *Law, culture, and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York University Press, New York, 2005.

CHAYES A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L.Rev., 1281, 1976.

CHIARLONI S., *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Torino, 1975.

\_\_\_\_\_, *Reflexiones microcomparativas sobre ideologías procesales y comprobación de la verdad*, RDP, Santa Fe, Rubinzal Culzoni ed., 2010-A.

CHIOVENDA G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1994.

CIPRIANI F., *Batallas por la justicia civil. Ensayos*, trad. A. Deho, Cultural Curzo, Lima, 2003.

\_\_\_\_\_, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, Rev. Trim. Dir. e Proc. Civ., Giuffrè, Milán, 2003, n° 4.

COMOGLIO L.P., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, en *Studi in onere di Vittorio Denti*, Cedam, 1994, v. I, pp. 297-381.

\_\_\_\_\_, *L'individuazione dei beni da pignorare*, Riv. Dir. Proc., 1992.

\_\_\_\_\_, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionale*, Rev. Dir. Proc., 2000,

COUTURE E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª. ed. póstuma, R. Depalma ed., Bs. As., 1958.

DALLA BONTÁ S., *La original actuación en Italia de la Directiva 2008/52/CE...*, Civil Procedure Review, v. 2, n° 2.

DAMASKA M., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, ed. Juríd. de Chile, Santiago de Chile, 2000.

DANTAS B., *Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais*, *Repro*, São Paulo, n° 251, 2016.

DE PINHO H.D.B. y ALVES T.M., *O Cooperação no novo CPC...*, REDP, v. 15, enero-junio 2015.

DE SALLES C.A., Políticas públicas y la legitimidad para la defensa de intereses difusos y colectivos, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, A. Gidi y E. Ferrer Mac-Gregor coord., Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003

DE SOUZA A.C., O princípio da Cooperação..., *Repro*, n° 225, 2013

DENTI V., Estudios de derecho probatorio, Ejea, Bs. As., 1974, trad. S. Sentís Melendo y T.A. Banzhaf.

\_\_\_\_\_, Significado de la expresión “cientificidad de la prueba”, *Rev. Der. Proc. (Argentina)*, La Ley, Bs. As., 1972, n° 4.

DI SPIRITO M.P.D., Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual, *Repro*, São Paulo, 2015, n° 147.

DINAMARCO C.R. *Instituições de Direito Processual Civil*, Malheiros, São Paulo, 2001, v. I.

\_\_\_\_\_, O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente, *Repro*, São Paulo, n° 247, 2015

FERREIRA DA SILVA C. M. Un novo operador judiciario: o solicitador de execução em *Estudios em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*, DPJ ed., São Paulo, 2005.

FISS O., *Contra la conciliación en El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs. As., 2007, trad. E. Restrepo Saldarriaga

\_\_\_\_\_, The forms of justice, 93, *Harv. L.Rev.*, 1, 1979; id., *The Law as It Could Be*, 2003.

FREITAS CAMARA A., Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional, *Rev. Iberoam. Der. Procesal, Rev. dos Trib.*, São Paulo, v. I, enero-junio 2015, pp. 17 y ss.

GIANNINI L.J., Los procesos colectivos... en *Aportes para una justicia más transparente. Homenaje a la memoria de A.M. Morello*, R.O. Berizonce coord., LEP, La Plata, 2009.

GIUSSANI A., Alla ricerca dello spirito della sinistra degli anni 70 nella giustizia civile italiana, *Repro*, São Paulo, n° 219, 2013, pp. 345 y ss.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ R., De los orígenes del proceso al neoprocesalismo, en *Constitucionalismo y proceso. Tendencias contemporáneas*, R. González Álvarez coord., ARA ed., Lima, 2014, pp. 167 y ss.

GREGER R., Cooperação como princípio processual, *Repro*, São Paulo, n° 206, 2012

- GUZMÁN N.L., Análisis crítico de la implementación de los métodos alternativos de solución de conflictos..., *RDP, Bs.As.*, 2010-2.
- HAAS U. y BOCUCCI D., Il rapporto tra il giudice e le parti nell diritto tedesco, *Repro*, São Paulo, n° 197, 2011.
- JOBIN M.F., *Medidas estruturantes*, Lib. do Advogado, Porto Alegre, 2013.
- JUDT Tony, *El peso de la responsabilidad*, Aguilar, Bs. As., 2014, trad. J.R. Azaola.
- Juizado Especial de Pequenas Causas*, Coordenador K. WATANABE, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.
- KOCHEN R., Introdução as raízes históricas do principio da Cooperação..., *Repro*, São Paulo, n° 251, 2016
- LEBRE DE FREITAS J., Ação executiva depois da reforma, 4ª. ed., Coimbra, 2004
- Los procesos colectivos. Argentina y Brasil, R.O. Berizonce, J.M. Tesheiner y R.F.K. Thamay coord., Cátedra Jurídica, Bs. As., 2012.
- LOUGE EMILIOZZI E., *La colaboración del deudor en el proceso*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2007.
- MARINONI L.G. y ARENHART S.C., Manual do processo de conhecimento, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2001.
- \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ y MITIDIERO D., *Novo curso de processo civil*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2015.
- \_\_\_\_\_., Cultura e privisibilidade do direito, *Repro*, São Paulo, n° 239, 2015, pp. 431 y ss.
- \_\_\_\_\_., De la acción abstracta y uniforme a la acción adecuada a la tutela de los derechos, *Rev. Peruana Der. Proc.*, Communitas, Lima, 2013, n° 17.
- \_\_\_\_\_., O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas..., *Repro*, São Paulo, n° 249, 2015.
- MONROY GALVEZ J.F., Y al final del día, ¿qué es el garantismo procesal civil?, *Rev. Iberoam. Der. Proc.*, n° 9, 2006, pp. 7 y ss.
- MORELLO A.M., *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, LEP, La Plata, 1998.
- MORELLO A.M., *El proceso justo*, Lexis Nexis/LEP, Bs. As., 2005, 2ª. ed., pp. 651 y ss.

- \_\_\_\_\_. *La Corte Suprema en acción*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1989, pp. 11 y ss.;
- \_\_\_\_\_. *La jurisdicción protectora...*, JA, Bs. As., 1986-II, p. 3005 y ss.
- \_\_\_\_\_. *Un nuevo modelo de justicia*, La Ley, Bs. As., 1986-C, pp. 800 y ss.
- NUNES G.E.S., Proceso civil democrático, contradictorio e novo Código de Processo Civil, *Repro*, n° 252, 2016, pp. 15 y ss.
- ORTELLS RAMOS M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, 3ª. ed.
- OTEIZA E.D., América Latina . Cultura y proceso civil en Proceso judicial y cultura. *Una mirada global*, Universidad de Medellín-FUTC, Medellín, 2013, coord. M. Bustamente Rua.
- PARRA QUIJANO J., Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio, Temis, Bogotá, 2004.
- PELLEGRINI GRINOVER A. A marcha do processo, Forense Univ., R. de Janeiro, 2000.
- \_\_\_\_\_. Ações coletivas iberoamericanas: novas questões sobre legitimação e a coisa julgada, *Rev. Iboeram. Der. Procesal*, IIDP, año I, n° 1, Bs. As., 2001.
- \_\_\_\_\_. Ética, abuso del proceso y resistencia a las órdenes judiciales: el “contempt of Court”, en XX Congreso Nacional (argentino) de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Novas tendências do Direito Processual*, F.U., São Paulo, 1990;
- \_\_\_\_\_. O controle jurisdicional de políticas públicas o processo de interesse público, *Repro*, São Paulo, n° 249, 2015
- Pérez Ragone A., *Derecho a la tutela ejecutiva del crédito: entre mitos, temores y realidad en Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Chile, CEJ 23, 2012.
- PÉREZ RAGONE A.J. y ORTIZ PRADILLO J.C., Código Procesal Civil alemán (ZPO), K. Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006.
- PEYRANO J. W., Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, *U.N.LP.*, La Plata, 1994.
- PEYRANO J.W., El proceso civil. Principios y fundamentos, Astrea, Bs. As., 1978.
- PICO i JUNOY J., *El juez y la prueba*, Bosch, Barcelona, 2007.

- PROTO PISANI A., *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Jovene ed., Napoli, 1996, 2ª. ed.  
\_\_\_\_\_. Necessità di scogliere i nodi e gli equivoci della espressione: tutela  
giurisdizionale differenziata, *Repro*, São Paulo, nº 240, 2015
- RAWLS J., *El liberalismo político*, Crítica, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1996, trad. A.  
Domenech
- SABATO E., *Apologías y rechazos*, Seix Barral, Bs. As., 2003
- SABEL Ch. F. y SIMON W.H., Destabilization rights: how public law litigation succeeds,  
117 *Harv. L.Rev.*, 1015, February 2004.
- SALETTI A., Le (ultime?) novita in tema de esecuzione forzata, en *Riv. Dir. Proc.*, 2006,  
p. 193 y ss. BIAVATI P., Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano,  
en *Rev. Der. Proc.*, Rubinzal-Culzoni ed., 2007-1
- SERRA DOMÍNGUEZ M., *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch ed.,  
Barcelona, 2000.
- SILVEIRA D.G. da, Direito ao contraditorio..., *Repro*, São Paulo, nº 248, 2015, pp. 69 y  
ss..
- STÜRNER R., Sobre as reformas recentes no direito alemão..., *Repro*, São Paulo, nº 193,  
2011.
- TARUFFO M., *Cultura y proceso en Páginas sobre la justicia civil*, Marcial Pons, Madrid-  
Barcelona-Bs.As., 2009.  
\_\_\_\_\_. Ideologie e teorie della giustizia civile, *Repro*, nº 24, São Paulo, 2015, pp.  
49 y ss.
- \_\_\_\_\_. Modelli di prova e procedimento probatorio, en *Studi in onere di Vittorio  
Denti*, Cedam, Padova, 1994, v. II, pp. 377 y ss., especialmente pp. 393-395, 401 y ss.
- \_\_\_\_\_. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa, trad. E. Oteiza, en  
*Rev. Iberoam. Der. Proc.*, nº 10, Bs. As., 2007
- \_\_\_\_\_. Una alternativa a las alternativas... en *Páginas sobre justicia civil*, Marcial  
Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2009, trad. M. Aramburo Calle.
- TARZIA G., Il giusto processo di esecuzione, *Riv. Dir. Proc.*, 2002, nº 2.  
\_\_\_\_\_. Presente e futuro delle misure coercitive civile, en *Esecuzione forzata e  
procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 1994.

\_\_\_\_\_, Problemi attuali dell'esecuzione forzata en II Congreso Brasileño de Derecho Procesal, Brasilia, 1997.

THEODORO JUNIOR H., As. vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado en la obra colectiva Aspectos polémicos da nova execução, T. Arruda Alvim Wambier coord., ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo 2006

\_\_\_\_\_, Estabilização da demanda no novo CPC, *Repro*, São Paulo, 2015, n° 244.

VARGAS VIANCOS J.E., *Eficiencia en la justicia en Sistemas Judiciales*, CEJA, S. de Chile, N° 6, 2003.

\_\_\_\_\_, *Eficiencia en la justicia en Sistemas Judiciales*, CEJA, S. de Chile, N° 6, 2003.

VIGORITI V., Giustizia e futuro: conciliazione e class action, *Repro*, São Paulo, 2010, n° 181.

VV.AA., *Proceso civil e ideología...*, J. Montero Aroca coord., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

XAVIER CABRAL T.N., Convenções em matéria processual, *Repro*, São Paulo, 2015, n° 241.

ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil*, ed. Trotta, 6ª. ed., 2005, trad. M. Gascón.

ZANETTI JUNIOR H., *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, ed. Lumen Juris, R. de Janeiro, 2007.