



LAS BASES DEL VERDICTO Y COMPLETO EJERCICIO DEL PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO

Francisco José Vilas Bôas Neto*
Tomiko Bôas Yoshimura Carvalho Maia**

Resumen: El presente texto aborda el concepto de algunas normas constitucionales, principalmente los fundamentos del veredicto y el pleno ejercicio del procedimiento contencioso previsto en la Constitución brasileña. El objetivo es identificar el impacto de la decisión sin fundamento. Se pretende mostrar que la base del veredicto es el procedimiento de confrontación. Se supera la idea tradicional del procedimiento de confrontación como un elemento formal del debido proceso.

Palabras clave: Democracia; Debido Proceso Legal; Procedimiento Contradictorio; Veredicto; Razones.

1 INTRODUCCIÓN

¿Qué legitima una decisión? En tiempos remotos, la legitimidad de la decisión estaba en la fuerza (bruta y violenta) advenida de la autoridad del monarca o imperador. Sin embargo, en una democracia contemporánea, la fuerza no podría ser el criterio de la legitimación de una decisión. Eso porque la propia idea de legitimidad evolucionó en el desarrollo y en la construcción de la sociedad democrática. La legitimidad que antes era descripta como la capacidad del monarca en imponer su voluntad, pasó a ser entendida a partir de la concepción de la cooperación y de la concepción de la construcción participada del proceso legislativo.

La famosa frase *El Estado soy yo* atribuida al rey francés Luiz XIV perdió vitalidad con la democracia, una vez que la antigua soberanía, entendida como la capacidad del imperador de dictar su voluntad nacional e internacionalmente, empezó a dar paso a la percepción de la soberanía popular, que trajo la visión de que el destinatario de la ley debe participar de su proceso de creación. En otras palabras, lo que diferenciaría la democracia (soberanía del pueblo) de una autocracia (soberanía del imperador) sería el hecho de que en el Estado Democrático el pueblo debería respetar solamente a la ley que él mismo creó. Hay una transferencia del poder del rey para el pueblo, que pasaría entonces, a decir cuáles serían las reglas del juego democrático.

En ese contexto, se añade la pregunta inicialmente hecha: ¿qué legitima una decisión judicial? Dichapregunta debe ser precedida y, paradójicamente, sucedida por otra: ¿por qué una

*Doctorando en Derecho, en línea de investigación Intervención Penal y Garantismo, por Puc Minas. Mestre en Filosofía por FAJE/MG; especialista en Derecho por UCAM/RJ; licenciado en Derecho por Puc Minas; abogado Criminalista. E-mail: vilasboas.f@hotmail.com

**Especialista en Derecho Procesual y licenciada en Derecho por Faculdade de Pará de Minas; Profesora de Filosofía. E-mail: vilasboas.f@hotmail.com

decisión judicial necesita de legitimidad? La respuesta sería simple y obvia. La decisión judicial necesita de legitimidad para que se eviten las arbitrariedades y abusos por el magistrado en el ejercicio de su jurisdicción.

¿Cómo legitimar una decisión judicial? El objetivo de este artículo es defender que, para la decisión ser legítima, se deberá observar los principios y garantías traídos por la Constitución de la República de 1988. Uno de esos principios, conforme previsión expresa del artículo 93, X, consiste en la fundamentación obligatoria de las decisiones. Será por la fundamentación que el magistrado mostrará a las partes de la sociedad cuales fueron los motivos que justificaron su acto, al fundamentar, el magistrado presenta las razones de hecho, y del derecho por las cuales tomó aquella decisión, destacando así, el ejercicio efectivo del derecho al contradictorio. (BRASIL, [2019])

De manera general, una decisión judicial que necesita de fundamentación es autoritaria y antidemocrática. Esa decisión autocrática será solamente una demostración de la voluntad-poder unilateral del magistrado, no teniendo cualquier legitimidad racional. Por otro lado, una decisión fundamentada a partir del principio constitucional del contradictorio tendrá su legitimidad materializada en la participación concreta de los demás sujetos procesales.

2 LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO Y DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

La actual Constitución Republicana, tiene por precepto básico la democracia, trajo diversas garantías hacia la protección de la libertad y de los derechos fundamentales. La fuerza imperativa de la Constitución, en razón de su naturaleza, contaminó todo el ordenamiento jurídico, dando vitalidad constitucional para todo el conjunto normativo. Ese efecto de irradiación constitucional permitió la afirmación de que toda legislación válida y toda discusión que afecta al derecho debería permearse por las premisas constitucionales.

Así, es necesario decir que no existe más un derecho puramente procesal. No se puede hablar solamente en Derecho Procesal Civil o Derecho Procesal Penal, sino en Proceso Civil Constitucional o Proceso Penal Constitucional etc. Concretamente, lo que pasó fue una constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Esa constitucionalización del derecho solidifica la percepción de que el proceso no puede ser más entendido solamente como un instrumento o camino de formalización de la decisión judicial. Antes de todo, el proceso deberá ser entendido como la garantía fundamental que el individuo posee ante el Estado.

Hubo, a partir de la Constitución de 1988, un cambio conceptual en la idea del proceso, de lo contradictorio y de la amplia defensa, entre muchos otros principios referentes al aprovisionamiento jurisdiccional. Ese cambio conceptual ante los principios es demostrado de la siguiente manera:

a) Principio del Debido Proceso Legal

El artículo 5º, LIV, de la CR/88, trae que "nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal". (BRASIL,[2019]). Ese principio funciona como dirección de todos los demás principios que deben ser observados en el proceso.

Es pacífico el entendimiento de que el debido proceso legal funciona como un supraprincipio, un principio-base, que direcciona los demás que deben ser observados en el proceso. Además del aspecto procesal, también se aplica actualmente el debido proceso legal como factor limitador del poder de legislar de la Administración Pública, como también para garantizar el respeto a los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas (NEVES, 2016, p. 113).

El *due processo of law* es una garantía constitucional al proceso regular equilibrado, asegurado a todos los ciudadanos. Básicamente, señala las condiciones mínimas por las que un proceso debe ser desarrollado. Sería el criterio a ser observado por el juez y por los demás sujetos en la dinámica procesal.

Si el acceso a la justicia se constituye materialmente en la visión de que el Judiciario está abierto al ciudadano en situaciones de amenazas o lesión al derecho, el debido proceso legal, básicamente, señala las reglas mínimas para el desarrollo de la persecución coordinada de actos. En las palabras de Bueno (2017, p. 49), el debido proceso legal de actuación del Estado-juez para lidiar con la afirmación de una situación de amenaza o lesión al derecho.

Afirma aún:

Se trata de conformar el método de manifestación de actuación del Estado-juez a un patrón de adecuación a los valores que la propia CF impone a la actuación del Estado y en conformidad con aquello que, dadas las características del Estado brasileño, esperan aquellos que se dirigen hacia el Poder Judiciario para obtener de él como respuesta, es un principio, consecuentemente, de conformación de la actuación del Estado a un especial (y percibido) modelo de actuar (BUENO, 2017, p. 49).

Es necesario entender que el debido proceso legal simboliza la obediencia a las normas procesales, garantizando a las partes un juicio equilibrado e igualitario, con todos los actos y decisiones motivadas, posibilitando un amplio control de los actos del magistrado.

El debido proceso legal, irradiado por la fuerza normativa de la Constitución, dejó de ser visto solamente como un conjunto ordenado y coordinado de actos que posibilitaría la formalización del aprovisionamiento jurisdiccional. El debido proceso legal, que, por esencia, ahora debe ser entendido como un debido proceso constitucional, pasa a exigir que ese conjunto de actos esté sometido a los principios constitucionales, principalmente al principio de lo contradictorio.

De forma simple, el conjunto ordenado y coordinado de actos que posibilitaría la formalización del aprovisionamiento jurisdiccional sería solamente un procedimiento. A su vez, el proceso es el procedimiento simple sometido a lo contradictorio.

b) Principio de la Isonomía

El artículo 7° del CPC disciplina el Principio de la Isonomía por el hecho de ser un deber del órgano jurisdiccional. (BRASIL, [2015]). La isonomía en el ámbito procesal refleja la percepción de la paridad de armas. La ley debe tratar a todos de forma igualitaria en el proceso, y el juez debe demostrar determinado alejamiento, para que trasparezca que no habrá favorecimiento a ninguna de las partes involucradas en el proceso.

La regla que la ley debe tratar a todos de forma igual (artículo 5°, caput e inciso I de la Constitución Federal) se aplica también al proceso, debiendo tanto a la legislación como al juez, garantizar a las partes una paridad material (artículo 139, I, del NCPC), como forma de mantener equilibrada la situación judicial entre ellas. La isonomía en el tratamiento procesal de las partes es la forma, incluso, del juez demostrar su *imparcialidad* (NEVES, 2016, p. 133).

Caso en la relación procesal no exista la isonomía entre las partes, lo que habrá será la imposición de la voluntad de una sobre la otra, negándose de esta manera, y, propio contenido democrático del proceso constitucional. Es necesario destacar que en lo que se refiere a la Constitución, el discurso de la isonomía no debe ser solamente un plan formal. La isonomía procesal debe ser materialmente garantida, para que concretamente las partes tengan la capacidad del debate igualitario. La isonomía formal es solamente el derecho al derecho de igualdad procesal. La isonomía material (constitucionalmente exigida), a su vez, garante no solo el derecho al derecho, sino también, la igualdad procesal de hecho.

c) Principio de la Imparcialidad del Juez

La imparcialidad judicial debe ser descripta como el alejamiento desinteresado del juez en relación a los demás sujetos procesales. O sea: el juez no podrá escoger uno de los lados del proceso. Su interés deberá ser solamente por la solución de los cuestionamientos suscitados. El tratamiento dado a las partes deberá ser dado con isonomía, garantizándose lo contradictorio y la amplia defensa en situación de paridad. Además de imparcial, el juez tiene que ser también, “imparcial”.

Como dice Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 185), el presupuesto esencial de la imparcialidad es la independencia. La independencia es un “statut” que hace posible la “vertu” imparcialidad. Por la visión constitucional, la independencia judicial está ligada a la

imparcialidad. El alejamiento del juez, consiste en su imparcialidad o en su desinterés, sería consecuencia y al mismo momento condición para la observación del principio de la isonomía. La imparcialidad procesal permitirá al magistrado analizar las tesis y antítesis procesales sin una preferencia por esta o por aquella parte. No habría un prejuicio por una o por otra parte y su concepto será determinado por lo que fue construido durante el debate procesal.

d) Principio de la Publicidad de los Actos Procesales

La publicidad de los actos procesales posibilita la fiscalización sobre las actividades practicadas por los jueces, permitiendo un mayor alcance de la confianza por la sociedad. Está prevista en el artículo 5º, LX (BRASIL, [2019]), que prevé que la ley solo podrá restringir la publicidad de los actos procesales cuando la defensa de la intimidad o el interés social lo exijan, y también en el artículo 93, IX, al describir que todos los juicios de los órganos del poder judicial serán públicos.

El principio de la publicidad permite que los actos procesales sean susceptibles de conocimiento por los interesados e involucrados en el proceso, como también por cualquier persona, pudiendo manejar los autos, asistir a audiencias y juicios, sean en primero o en segundo grados de jurisdicción (JORGE JUNIOR, 2008, p. 7).

El principio de la publicidad de los actos procesales tiene la función de dar conocimiento de los actos procesales a los litigantes y también de dar conocimiento a la sociedad sobre la actuación del Judicial, permitiendo a los interesados, caso quieran, manifestar en el proceso. La publicidad es una garantía del respeto a los derechos fundamentales, pues ella se propone a limitar, principalmente, las arbitrariedades y violencias que a la sordina podrían ser cometidas. La publicidad permite la visibilidad. A su vez, la visibilidad tiende a limitar el abuso.

e) Principio de lo Contradictorio y principio de la Amplia Defensa

La amplia defensa es el derecho de defenderse mediante todos los medios y recursos previstos en el ordenamiento jurídico. Su fundamento está en la disposición de alegar los hechos relevantes jurídicamente con todas las posibilidades de comprobarlos por todos los medios admitidos en el derecho. Es un derecho constitucional subjetivo, asegurado al acusado como parte figurada del polo pasivo. Comúnmente la amplia defensa está descrita por la autodefensa, consistente en la defensa personal de aquel que está acusado, por medio del interrogatorio y en la defensa técnica, promovida por aquel que tiene la habilitación jurídica (abogado, procurador, defensor público etc.).

A su vez, lo contradictorio está descrito por la expresión *audiatur et altera pars* (óyeme la parte contraria) y tiene una función inclinada al esclarecimiento del litigio. No es puesto solamente a las partes, pero también al propio juez. Él permite al juez ajustar a su decisión con la mayor cercanía posible, de lo que sería razonable.

Según el artículo 5º, LV, da CR/88 (BRASIL, [2019]), a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general son asegurados lo contradictorio y la amplia defensa, con los medios de recurso a ella inherente.

Tradicionalmente, se considera que el principio de lo contradictorio está formado por dos elementos: la información y la posibilidad de reacción. Su importancia es tan grande que la doctrina moderna entiende tratarse de un elemento componente del propio concepto del proceso (...) En esa perspectiva, las partes deben ser debidamente comunicadas de todos los actos procesales, abriéndose a ellas la posibilidad de reacción como forma de garantizar su participación en la defensa de sus intereses en juicio. Así lo contradictorio es aplicable a ambas partes, suele emplearse la expresión “bilateralidad de la audiencia”, representativa de la paridad de armas entre las partes que se contraponen en juicio (NEVES, 2016, p. 115).

Barroso enseña (2010), que la amplia defensa es analizada como garantía del individuo (acusado), mientras que lo contradictorio sería una garantía del propio proceso.

Sin prejuicio de entender lo contradictorio como garantía asegurada a las partes de tener conocimiento de todos los actos que se realizan en el proceso, para, a partir de esa ciencia producir reacción, es necesario comprender que es indisoluble de su concepto la coparticipación de los sujetos procesales.

La actividad procesal desarrollada por las partes, con la presentación de argumentos, con requerimientos de las pruebas, construyendo tesis, consustancia auténtica contribución para la formación del convencimiento del juez, también beneficiado con la exploración contradictoria (BARROSO, 2010, p. 6).

En otras palabras: lo contradictorio es el ejercicio dialéctico desarrollado por los sujetos procesales, consistente en la construcción participada de las decisiones. Es necesario entender, conforme dicho arriba, que lo contradictorio no pertenece solamente a las partes (autor – acusado), pero también al juez. Para el proceso democrático, lo contradictorio, que interesa no deriva del verbo contradecir, sino del verbo “construir”. Afirmar que el proceso es el procedimiento sometido a lo contradictorio no es lo mismo que decir que el proceso es el procedimiento sometido a su contradicción. El proceso sometido a la contradicción es el proceso sometido a su negación. La negación del proceso, a su vez, es la negación de la democracia.

Proceso solamente es proceso si sometido a lo contradictorio. Proceso solamente es proceso si sometido a la cooperación de las partes en el ejercicio dialéctico consistente en la construcción participada de las decisiones. Lo contradictorio no puede ser entendido como la

competencia entre la tesis y la antítesis. La tesis es completada por la antítesis y esta es el presupuesto de la tesis. Es de esta forma que el magistrado llega a la síntesis (sentencia).

f) Principio de la buena fe y principio de la lealtad procesal

Muchas veces, el proceso judicial es visto y comprendido como un concurso de ideas o como una competencia de tesis, en la expectativa de que venza el mejor argumento. Sin embargo, a pesar de esta perspectiva de competencia, el proceso es en verdad el ejercicio de la mutua cooperación entre los sujetos que allí demandan. Esa mutua cooperación es decurrente de la propia concepción anterior en la que fue descrito el concepto de contradictorio.

Entendiendo lo contradictorio como la construcción participada de las decisiones, aunque las tesis de los sujetos procesales sean divergentes, ellas no serán competitivas, sino, cooperativas. Sería del ejercicio dialéctico entre tesis-antítesis que surgirá las síntesis (decisión).

La oposición de ideas es sinónimo de competencia de ideas. Es la oposición a una idea que posibilitará reforzarla o rechazarla. Es este el papel de lo contradictorio. Papel de cooperación y no de competencia. La antítesis es el presupuesto de la tesis y no su negación. Para que eso sea posible, la lealtad (verdad) procesal es fundamental. Un sujeto procesal necesita de confiar en el otro, aunque sus tesis sean diferentes. La confianza está en saber que el otro también respetará las reglas del juego y que las pruebas, contrapruebas y las antítesis serán producidas de buena fe.

g) Principio de la fundamentación de las decisiones

El principio de la Fundamentación de las decisiones está previsto en artículo 93, IX de la Constitución Federal:

Art. 93. [...]

[...]

IX – todos los juicios de los órganos del poder Judicial serán públicos, y fundamentadas todas las decisiones, bajo pena de nulidad, pudiendo la ley limitar la presencia, en determinados actos, a las propias partes y sus abogados, o solamente a estos, en caso en los que la preservación del derecho a la intimidad del interesado en sigilo no perjudique el interés público a la información (BRASIL, [2019]).

Todas las decisiones judiciales deben ser fundamentadas de forma explícita, posibilitando a la parte saber cuál fue el motivo que proporcionó el convencimiento del juez.

Así se ve que la motivación de los actos jurisdiccionales exigida por la Constitución causa la limitación de los poderes ejercidos por el magistrado, exigiéndose adecuada aplicación del principio de la legalidad, demostrándose no tener aquel incumplido los derechos fundamentales o decidido contra la ley o haber sobrepasado la garantía de conocer las razones que convencieron al juez a juzgar, cuya decisión, si correcta, será aplicada en virtud de la aplicación de los efectos del principio de la cosa juzgada. La motivación de las decisiones judiciales refleja, repercute la verdad del pensamiento empleado por el juez

para alcanzar la solución del caso conflictivo y caso contenga error será este rápidamente verificado por el contenido de la motivación, pudiendo ser impugnada (JORGE JUNIOR, 2008, p. 6).

La fundamentación de las decisiones judiciales es una exigencia constitucional, que se trata de una observación al principio del debido proceso legal, lo que es un deber del juez, un derecho de las partes y una garantía del poder público. Su no observación causa nulidad de la decisión:

Cuanto, a la exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales, se trata al mismo tiempo de principio procesal, deber del juez, derecho individual de la parte y garantía de la Administración pública. Es un principio constitucional porque la Constitución prevé como un patrón impuesto a los órganos jurisdiccionales, en carácter general, cuya no observación causa la nulidad del acto decisorio. (CF, art. 93, IX). Es un deber de quien juzga, porque deriva del debido proceso legal, también asegurado constitucionalmente (CF, art., 5°, LIV), y forma parte esencial de la respuesta formal que el juez no puede dejar de darle a la parte, según la estructuración legal de la sentencia y de las decisiones en general (NCPC, art. 489, II). Es un derecho de la parte, porque, en el proceso democrático, el litigante tiene el derecho subjetivo de participar de la formación del aprovisionamiento judicial y de exigir que su participación sea considerada en el acto de composición del litigio (NCPC, art. 6°, 9°, 10 y 11), además de constituir expediente necesario al control de la regularidad y legitimidad del ejercicio de los deberes del juez natural, cohibiendo abusos e ilegalidades. Como garantía para la Administración Pública, la exigencia de la motivación va más allá de la garantía endoprocesal, en beneficio de las partes, funcionando como una garantía política de existencia y manutención de la propia jurisdicción, en lo que se refiere al control de su ejercicio (BUENO, 2017, p. 56).

Al paso que la legislación procesal civil anterior el juez no necesitaba de enfrentar todas las tesis acusadas, con el Código de Proceso Civil de 2015, hay la obligatoriedad del enfrentamiento, por el juez, de todos los puntos que se le presentan.

La fundamentación de la decisión debe posibilitar, también, que el que está bajo jurisdicción pueda entender su razonamiento y cuáles fueron los motivos relevantes que llevaron al juez a decidir de aquella forma.

Es importante destacar que los jueces, como agentes públicos, deben considerar que son pasibles de errores y que su función debe ser controlada por la sociedad. Los miembros del poder judicial deben justificar sus decisiones, deben exponer claramente cómo y por qué deciden de determinada forma. La decisión no se justifica por sí misma, necesita de fundamentación, de explicación sobre el camino que fue recorrido para llegar a dicho veredicto, construyéndose las estructuras y pavimentando el terreno, por medio de las razones de decidir expuestas en el lenguaje clara y enfrentando todos los argumentos levantados por las partes. El juez puede al decidir, a partir del presupuesto de que todos tienen la obligación de adivinar su razonamiento, de entender las razones por las que concluye por la procedencia o improcedencia de un pedido. Muchas veces – varias involuntariamente – los jueces imaginan haber sido suficientemente claros al decidir una causa o un incidente en el proceso. Tal vez la claridad y la precisión existan solamente para quien juzga, no para quien recibirá el veredicto. Es necesariamente en ese punto que el magistrado debe preocuparse: ponerse en la posición de las partes, situarse

como ciudadano común y verificar si entendería aquella sentencia (BARROSO, 2010, p. 8).

El principio de la fundamentación de la decisión está explícito en la percepción de que la decisión no se justifica en sí misma. La premisa de que “es así porque es” no funciona para las decisiones judiciales. El “no sé, sé que es así” no puede servir para la jurisdicción. Es derecho del que está bajo jurisdicción saber la esencia de la decisión judicial, no siendo suficiente conocer solamente su sustancia.

Conocer la esencia de una decisión judicial es conocer las razones por las que la decisión fue tomada. Para que esto sea posible, es imprescindible, principalmente, que la decisión sea fundamentada con raíces en lo contradictorio. Como dicho anteriormente, lo contradictorio no pertenece solamente a las partes (acusado). Lo contradictorio pertenece a los sujetos procesales, entre ellos el juez.

A causa del principio de la imparcialidad y también de la inercia jurisdiccional, la fundamentación de las decisiones deberá ser construida a partir de lo que fue puesto y contrapuesto por las partes durante la instrucción procesal.

Que decisión judicial debe ser fundamentada está claro. Las preguntas que serán formuladas ahora son otras. ¿Cuál es la fundamentación que interesa? ¿Cómo se dará la fundamentación?

Esa es la perspectiva de este trabajo.

3 LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES COMO MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LO CONTRADICTORIO.

El principio de lo contradictorio ya fue descrito anteriormente en este trabajo como el ejercicio dialéctico de los sujetos procesales, consistente en la construcción participada de las decisiones. Este concepto es traído en diversos manuales, artículos y trabajos académicos. El problema es que ese concepto, metafísicamente traído, no es suficiente para un Estado que se pretende verdaderamente democrático. Decir que lo contradictorio es un derecho fundamental en la relación procesal es importante, pero no suficiente.

Admitir que las partes examinen las pruebas presentadas y produzcan sus propias pruebas y contrapruebas es necesario, pero, aun así, lo contradictorio es presentado solo formalmente.

Para que el Debido Proceso Constitucional exista de hecho, será necesaria la materialización de lo contradictorio. Y, ¿cómo se da la materialización de lo contradictorio? Es importante aclarar que la decisión judicial que ve solamente un lado de la historia no es democrática. Y al no ser democrática, no hay que hablar en materialización de lo contradictorio.

Imaginar que la parte ejerció lo contradictorio simplemente porque tuvo la oportunidad de manifestarse sobre la prueba contraria, o simplemente porque tuvo la disposición de producir

la propia prueba es, como mínimo, inocencia. Esa situación refleja nada más que la presentación formal o metafísica del principio de lo contradictorio. Es el derecho a tener el derecho, pero no el derecho a tener de hecho el contradictorio.

¿De qué vale la parte producir su prueba si ella siquiera fue apreciada por el juez? ¿De qué vale presentar la antítesis, si el fundamento de la decisión judicial nada más es que la transcripción de la tesis? Para que lo contradictorio exista de hecho (y no solamente en el mundo de las ideas), es necesario que la decisión judicial esté en él fundamentada. La materialización de lo contradictorio es su demostración concreta en la decisión judicial. Entonces, ¿cómo eso será posible?

3.1 La observación de los principios constitucionales para la legitimación de las decisiones judiciales

La decisión es legítima cuando atiende a todos los requisitos necesarios para su concretización. Es importante que el juez, esté atento a los principios constitucionales, para que la decisión no sea corrompida de adicciones.

[...] pero aunque el respeto como los principios, no habría sentido ser proferida una decisión judicial sin que el magistrado hubiera explicado, demostrado como llegó a la conclusión necesaria para señalar o determinar el derecho correcto al caso concreto, es decir, sin que hubiera fundamentado, motivado la decisión, pues sin el respeto al principio de la fundamentación de las decisiones judiciales, se corre el riesgo de lo arbitrario, del subjetivismo del juez, lo que no se puede permitir. Pero conociendo la motivación, la fundamentación de la decisión proferida judicialmente, pueden todos tomar conocimiento de ella y concluir haber sido proferida conforme la ley, las pruebas, lo que lo convencieron, aplicándose la decisión justa, correcta y verídica (JORGE JUNIOR, 2008, p. 2).

La decisión legítima debe ser fundamentada. El juez debe demostrar cuales fueron las razones que lo convencieron a aquella decisión.

La legitimidad de la decisión jurisdiccional depende no solamente de estar el juez convencido, pero también del juez justificar la racionalidad de su decisión con base en lo concreto, en las pruebas producidas y en la convicción que formó sobre las situaciones de hecho y de derecho. O sea, no es suficiente que el juez esté convencido – debe demostrar *las razones de su convencimiento a partir del diálogo entretenido con las partes* a lo largo del proceso, como, mejor dicho, destaca en el nuevo Código de Proceso Civil en sus artículos 7º, 9º, 10 y 489, § 1º. Eso permite el control de la actividad del juez por las partes o por cualquier ciudadano, ya que la sentencia debe ser el resultado de un raciocinio lógico-argumentativo capaz de ser demostrado mediante la relación entre el informe y la fundamentación, la parte dispositiva, las alegaciones formuladas y las pruebas producidas por las partes del proceso (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016, p. 115).

Es necesario comprender, que el respeto a los principios constitucionales no es una facultad del magistrado, sino, un deber. Un deber no solamente deóntico en el sentido de “deber ser”, sino un deber óntico, un deber material. Es el deber de respeto a los principios constitucionales-procesales que transforman el proceso en la garantía del ciudadano frente al eventual abuso del Estado.

El primer paso para que la decisión judicial consista en la materialización del principio de lo contradictorio es saber que cabe al magistrado respetar los principios y normas descriptos por la Constitución. La observación de los principios constitucionales es presupuesto para una decisión judicial que pretende ser democrática.

3.2 Del necesario enfrentamiento de todas las tesis presentadas

Es necesario que el magistrado, en la fundamentación, demuestre que hubo el enfrentamiento de todas las cuestiones suscitadas.

La motivación de la decisión del Estado Constitucional, para que sea considerada completa y constitucionalmente adecuada, requiere una articulación mínima, en síntesis: (i) la enunciación de las elecciones desarrolladas por el órgano judicial para, (i i) individualización de las normas aplicables; (i ii) accertamiento de las alegaciones de hecho; (i iii) calificación del jurídico del soporte fáctico; (i iv) consecuencias jurídicas decurrentes de la calificación jurídica del hecho; (ii) el contexto de los nexos de implicación y coherencia entre dichos enunciados; y (iii) la justificativa de los enunciados con base en criterios que evidencian tener la elección del juez haber sido racionalmente correcta. En “i” deben constar, necesariamente, los fundamentos calificados por las partes, de manera que se pueda aferir la consideración seria del órgano jurisdiccional a respecto de las razones comentadas por las partes en sus manifestaciones procesales (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016, p. 514).

La necesidad de la completa motivación transcurre del derecho a lo contradictorio de los sujetos procesales, entendido como siendo un derecho dado a las partes para influenciar al juez, poniéndolo como uno de los sujetos de lo contradictorio. La fundamentación debe, así, estar debidamente estampada en la decisión.

[...] sobre las decisiones judiciales, se concluye que para que se tenga una decisión justa, el juez debe respetar las garantías constitucionales listadas en la Constitución Federal, por respeto a lo contradictorio, ya que la parte vencida deberá recurrir, el juez debe mencionar los motivos que lo llevaron a su convencimiento, además de facilitar el juzgado en la instancia superior y dar al público en general entender las causas de la decisión (KRIEGER, 2012).

Humberto Theodoro Junior (2015), sobre la participación de las partes en la decisión judicial, enseña que la democracia y lo contradictorio están ligados íntimamente. En el campo de la jurisdicción y del proceso, tiene inmediata repercusión, exigiendo una nueva fase metodológica, orientada para el modelo de lo contradictorio democrático, fortaleciendo el papel

de las partes y del juez, en el dominio de los hechos y en la valoración jurídica del derecho. Aduce que la lógica deductiva es sustituida por la lógica argumentativa y lo contradictorio es el espacio para ejercer un derecho de influenciar el magistrado en su decisión:

[...] la lógica deductiva de resolución de conflictos es sustituida por la lógica argumentativa, haciendo que lo contradictorio, como derecho de información/reacción, dé paso a un derecho de influencia. En la idea de democracia representativa es complementada por la de democracia deliberativa en el campo del proceso, reforzando así, el papel de las partes en la formación de la decisión judicial (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 108).

Y a través de la fundamentación de las decisiones que se podrá verificar la observación de los principios constitucionales aplicados, demostrando que fue efectivado el derecho a lo contradictorio.

Es importante tener siempre presente que lo contradictorio asegurado por la Constitución comprende la posibilidad de influencia de todos los sujetos del proceso (incluso las partes) en la formación del provisionamiento pacificador del litigio. Sin la motivación adecuada, no se podrá aferir si la sentencia apreció, realmente, las razones y defensas producidas por las partes, ni se permitirá el necesario control del comportamiento del juez por los interesados a través de mecanismos de doble grado de jurisdicción (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 117).

Como dicho anteriormente, al optar por una tesis, sin considerar la antítesis, el magistrado estará hiriendo la concretización de lo contradictorio. El no enfrentamiento de todas las tesis condiciona lo contradictorio solamente a su concepción física. Sin embargo, para un Estado Democrático de Derecho, lo que se espera es la aplicación contra-metafísica de lo contradictorio.

Decir que en determinada relación procesal hubo la aplicación de lo contradictorio simplemente porque una parte pudo presentar sus pruebas y analizar las pruebas contrarias, es reducir el principio constitucional a la concepción meramente formal de lo contradictorio es importante, para que así sea posible saber lo que es y cómo funciona. No obstante, esa concepción ideal no es suficiente.

Para que de hecho y materialmente se pueda hablar en contradictorio, es necesario que el juez, al decidir, enfrente las cuestiones que le son puestas. Es necesario destacar que ese enfrentamiento no puede ser meramente descriptivo, pues eso también no sería lo contradictorio. Este enfrentamiento debe ser analítico, debiendo el magistrado decir las razones y los fundamentos que justifiquen el rechazo de una tesis por la otra.

La lógica es muy simple: el no enfrentamiento analítico de todas las tesis implicaría en irrespeto material al principio de lo contradictorio; el irrespeto a lo contradictorio viola el debido proceso legal; la decisión que viola el debido proceso legal es inconstitucional y, a la vez, sería

pasible de nulidad.

Como dicho en la introducción, la legitimidad está en la posibilidad de aquel que es destinatario de la ley, ser al mismo tiempo, su creador. Así, la legitimidad de una decisión judicial está en la posibilidad de su destinatario haber participado de su proceso de construcción a partir de lo contradictorio. La decisión que viola el principio material de lo contradictorio no es democrática. Ella sería autocrática, abusiva y arbitraria.

3.3 De la nulidad de la decisión por falta de fundamentación

La fundamentación de la decisión es un acto esencial y su ausencia es una falta grave, de manera que la sentencia no fundamentada es absolutamente nula. En ese sentido se puede decir que la completa fundamentación no puede ser dispensada, pues es en ella que el juez enfrentaría todas las cuestiones relevantes del hecho y del derecho.

Reforzando la previsión Constitucional, el CPC, en su artículo 11º, también muestra la gran importancia de la fundamentación de las decisiones aduciendo que todos los juicios de los órganos del Poder Judiciario, serán públicos, y fundamentadas todas las decisiones, bajo pena de nulidad. (BRASIL, [2015]).

Se destaca que la fundamentación es indispensable para la fiscalización de las actividades judiciales. Gonçalves e Lenza (2016) enseña que sin la fundamentación, las partes, los órganos superiores y la sociedad no conocerían el porqué del juez haber tomado aquella decisión. Se destaca, que el legislador pasó a exigir que de la fundamentación fuera posible extraer todas las cuestiones que fueron enfrentadas.

La fundamentación de la sentencia, ante su esencialidad, se hizo obligatoria por la Constitución (artículos 93, IX, de la CF, y 11 del CPC). Eso evidencia una absoluta diferencia entre la norma creada por el legislador y la sentencia. La norma general no es justificada. Llamada "exposición de motivos" que por veces la acompaña no integra la ley (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016, p. 116).

El artículo 489 del CPC enumera los elementos esenciales de la sentencia. La observación de estos elementos esenciales causa su nulidad.

Se observa:

Artículo 489. Son elementos esenciales de la sentencia:

I – el informe, que contendrá los nombres de las partes, la identificación del caso, con la suma del pedido y de la contestación, y el registro de las principales ocurrencias existentes en el proceso;

II – los fundamentos, en los que el juez analizará las cuestiones del hecho y del derecho;

III – el dispositivo en que el juez analizará las principales cuestiones que las partes le sometieron (BRASIL, [2015]).

Se nota que los requisitos esenciales de la sentencia dicen respecto a su estructura. Es un resumen de todo lo que pasó en el trascurso del proceso, debiendo contener la exposición de los hechos y de las razones suscitadas por las partes y también las ocurrencias relevantes surgidas durante la sucesión de los actos, de manera que cualquier persona pueda comprender como la decisión fue proferida. Elementos esenciales son obligatorios y, por lo tanto, la falta de cualquier uno de ellos causará la nulidad de lo decidido. En ese sentido, camina los Tribunales patrio:

Embargos de declaración en apelación criminal. sentencia omisa. sentencia anulada por ausencia de fundamentación. no manifestación sobre la mantención de la medida socioeducativa de internación.(tj-go - apl: 634048120168090052, relator: dr(a). sival guerra pires, data del juicio: 07/11/2017, 2a camara criminal, fecha de publicación: dj 2430 de 19/01/2018)

Rescisión contratual y reintegración de pose. exploración de quiosco en la orilla marítima. sentencia anulada por ausencia de fundamentación. (tj-rj - apl: 00272342420118190209 rio de janeiro barra da tijuca regional 4 vara civil, relator: ricardo rodrigues cardozo, fecha deljuicio: 26/07/2016, décima quinta cámara civil, fecha de publicación: 28/07/2016)

Seguridad socila. jubilación por invalidez o auxilio por enfermedad. sentencia anulada por ausencia de fundamentación (art. 489, § 1º, iv, del cpc) aplicación del art. 1.013, § 3º, iv. incapacidad total y temporaria. beneficio debido. parcial procedencia del pedido (trf-3 - ac: 00134818820174039999 sp, relator: desembargador federal david dantas, fecha de juicio: 26/06/2017, octavogrupo, fecha de publicación: e-djf3 judicial 1 fecha:10/07/2017) (BRASIL, [2018]; [2016]; [2017]).

Se observa que en todos los casos la ausencia de fundamentación causó la nulidad del juicio. Por las jurisprudencias presentadas, es posible darse cuenta que hay una búsqueda por la concretización del proceso democrático. El “decidir por decidir” no es más suficiente. Es necesaria la búsqueda incesante por la democratización del proceso judicial y eso solamente será posible cuando efectivamente lo contradictorio sea observado como elemento esencial de la decisión judicial. Es necesario destacar que la redacción del artículo 489 del CPC no le quitó al juez la característica de la personalidad de su decisión. Al enfrentar el proceso, tras analizar el conjunto probatorio, él proferiría personalmente una decisión.

Quiero coneso decir que, diferente de lo que entiende parte de la doctrina, el artículo 489 del CPC no quita de la decisión judicial su característica de acto de creación solitario por el magistrado. El juez puede hasta estar más controlado y su actuación más supervisada por la ley, pero al final del día siempre el juez, en el aislamiento de su gabinete o casa, quien profiere la decisión. Yes allí que él hace interpretaciones a respecto del Derecho que obviamente están influenciadas por sus opiniones personales. Al final, ¿adoptar un entre varios entendimientos doctrinarios plausibles no es acto humano que expresa opinión personal? Una opinión fundada en argumentos sólidos, pero, una opinión personal (NEVES, 2016, p. 124).

Por otro lado, ocurre que con base en el proceso cooperativo (y no el proceso competitivo), el juez pasó a ser el sujeto del proceso, actuando en igualdad en la construcción del aprovisionamiento jurisdiccional. La materialización de lo contradictorio en el momento de la decisión condiciona el magistrado a juzgar con base en el debate isonómico ocurrido durante la instrucción procesal. No podrá el magistrado descuidarse para juzgar solamente con base en su consciencia, o sea, para juzgar con base en una idea de responsabilidad intersubjetiva.

Con esto, está evidente que no cabrá al magistrado, aisladamente, encontrar un camino para el aprovisionamiento jurisdiccional. El juicio de Salomón, heterónimo y puramente impositivo, no interesa para la democracia. El proceso democrático exige autonomía. Exige la construcción participada de las decisiones.

4 CONCLUSIÓN

Es necesario comprender que no toda victoria es honrosa y no todo éxito es decente. A pesar de comprender el proceso como competencia de tesis o como victoria del mejor argumento, sería necesario respetar la concretización del principio de lo contradictorio. A pesar de estar en la competencia, los competidores deberán estar posicionados en una situación de paridad. Caso contrario no sería competencia. Sería una demostración de fuerza.

No hay mérito cuando se vence a aquel que no tenía condiciones de vencer. Esa también es la lógica procesal. Si a las partes no les son garantizadas las situaciones de paridad e isonomía y si, en el momento de juzgar, no son enfrentadas todas las tesis, no hay nada que hablar en contradictorio. El proceso sería solamente un instrumento formal de la imposición de una voluntad sobre otra. El proceso no sería nada más que un instrumento de poder. Si una de las partes nunca tuvo la posibilidad de vencer, entonces no hubo victoria del ganador. Hubo solamente un árbitro.

¿Existe contradictorio en ese tipo de proceso? Si existe, ele sería un disfraz. Sería un concepto simulado e hipócrita. Felizmente, el proceso está siendo visto, aunque tímidamente, como cooperación y nomás como competencia. Ese proceso judicial cooperativo presupone lo contradictorio en su aspecto material y como descrito durante el texto, esta cooperación no inhibiría la oposición de tesis o ideas. Las antítesis no sería la negación de la tesis, pero un presupuesto de ella. Juntas, la tesis y la antítesis posibilitarían la formulación de las síntesis (decisión judicial).

Sería la máxima de cuidar para que el Estado (juez) cuide. Sería descentralizar el poder que antes estaría concentrado en las manos del juez y compartirlo entre todos los sujetos procesales. Está claro que en la perspectiva presentada la previsión abstracta de lo contradictorio no garantiza el derecho a lo contradictorio. La previsión abstracta de la norma no es más que una meta, un camino. Estar en la abstracción, sería legitimar un derecho vacío.

El principio de lo contradictorio debe ser considerado a partir de un contenido que está

insertado en el contexto social. Es decir, lo contradictorio debe salir del mundo platónico de las ideas y ser puesto en el mundo concreto y real del proceso judicial. Al salir del círculo vicioso del formalismo y al dar aplicación concreta a lo contradictorio, el sujeto estará inserido en el debido proceso constitucional.

La comprensión formal de lo contradictorio es de mucha importancia y relevancia. Es importante para definir su concepto y su ámbito de aplicación. Pero, permanecer en el formalismo es negar la propia existencia del instituto creado. Es por eso que la fundamentación de las decisiones con base en lo contradictorio rompe las barreras del formalismo y le da coherencia práctica al principio que es tan basilar para la democracia.

Al enfrentar toda las tesis, pruebas, contrapruebas y antítesis y al respetar los principios constitucionales, el juez dará practicidad a lo contradictorio. Transformará lo abstracto en concreto y así, promoverá el debido proceso legal y constitucional. La materialización de lo contradictorio no está en la simple oposición de ideas. Existirá lo contradictorio solamente cuando la decisión sea constitucionalmente fundamentada.

REFERENCIAS

BARROSO, Marcelo Lopes. Contraditório e motivação das decisões judiciais. **Revista Acadêmica da ESMP-CE**, Fortaleza, v. 2, n. 10, p. 20-35, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação**. Processo APL: 634048120168090052. Embargos de declaração em apelação criminal. Acórdão omisso. Sentença anulada por falta de fundamentação. Não manifestação acerca da manutenção da medida socioeducativa de internação. Relator: Dr. Sival Guerra Pires, 07 de novembro de 2017. Goiânia: Segunda Câmara Criminal, [2018]. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/537568219/apelacao-eca-apl-634048120168090052?ref=serp>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação**. Processo APL: 00272342420118190209. Rescisão contratual e reintegração de posse. Exploração de quiosque na orla marítima. Sentença anulada por falta de fundamentação. Relator: Ricardo Rodrigues Cardozo, 26 de julho de 2016. Rio de Janeiro: Décima Quinta Câmara Cível, [2016]. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/366986579/apelacao-apl-272342420118190209-rio-de-janeiro-barra-da-tijuca-regional-4-vara-civel>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Apelação Cível**. Processo AC: 00134818820174039999. Previdenciário. Aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

Sentença anulada por falta de fundamentação (art. 489, § 1º, iv, do cpc). Aplicação do art. 1.013, § 3º, iv. Incapacidade total e temporária. Benefício devido. Parcial procedência do pedido. Relator: Desembargador Federal David Dantas, 26 de junho de 2017. Brasília: TRF3, [2017]. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/498671524/apelacao-civel-ac-134818820174039999-sp>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BUENO, Cássio Scapinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios; LENZA, Pedro (coord.). **Direito processual civil esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção Esquematizada).

JORGE JUNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, São Paulo, v.1, n.1, p.21-32, jan./jun. 2008.

KRIEGER, Mauricio Antonacci. **Das garantias constitucionais: motivação das decisões**. Conteúdo Jurídico, Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/28540/das-garantias-constitucionais-motivacao-das-decisoes>. Acessado em: 25 de maio de 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. (Teoria do Processo Civil, v. 1).

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

Artículo recibido el: 2019-03-28

Artículo reenviado el: 2019-06-11

Artículo aceptado para publicación en: 2019-06-18