

**COGNICIÓN DILUIDA EN FRAGMENTOS PROCESALES:  
VENTANAS DE OPORTUNIDAD  
PARA EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE SINCERIDAD JUDICIAL**

*COGNITION DILUTED INTO PROCEDURAL FRAGMENTS: WINDOWS  
OF OPPORTUNITY FOR FULFILLING THE DUTY OF JUDICIAL CANDOR*

GUILHERME PUPE DA NÓBREGA

*Instituto Brasileño de Enseñanza, Desarrollo e Investigación (IDP)*

*Brasil*

<https://orcid.org/0000-0003-0192-9631>

LUIZ FELIPE FERREIRA DOS SANTOS

*Instituto Brasileño de Enseñanza, Desarrollo e Investigación (IDP)*

*Brasil*

<https://orcid.org/0000-0002-1673-8398>

Fecha de recepción: 22-5-25

Fecha de aceptación: 16-12-25

**Resumen:** *El presente estudio tiene como objetivo describir la noción de que la cognición judicial debe ser entendida como una encrucijada que vincula la subjetividad y la intersubjetividad influenciadas por el consciente e inconsciente del juez. Se parte de la hipótesis de que la relación procesal debe establecer una calle de doble sentido, en la que sea posible una dilución de la subjetividad a través de la intersubjetividad, en la que se democratice el conocimiento judicial. La otra forma es a través de la necesidad de franqueza del juez. La metodología utilizada es la revisión bibliográfica y, a través del método inductivo, se presenta una propuesta conclusiva que se puede sistematizar en cuatro elementos, a saber, el deber de sinceridad judicial, la lucha contra las salvaguardas que limitan la cognición horizontal y vertical, con el aumento del uso de los actos procesales y el escrutinio por parte de diferentes autores, la percepción del proceso estructural y una mayor difusión de prácticas como el saneamiento procesal.*

**Abstract:** *The present study aims to describe the notion that judicial cognition should be understood as a crossroads that links subjectivity and intersubjectivity*

*influenced by the conscious and unconscious of the judge. It is based on the hypothesis that the procedural relationship should establish a two-way street, in which a dilution of subjectivity is possible through intersubjectivity, in which judicial cognition is democratized. The other way is through the need for frankness of the judge. The methodology used is the bibliographic review and, through the inductive method, a conclusive proposal is presented that can be systematized in four elements, namely, the duty of judicial sincerity, the fight against safeguards that limit horizontal and vertical cognition, with the increase in the use of procedural acts and scrutiny by different authors, the perception of the structural process and a greater diffusion of practices such as procedural sanitation.*

Palabras clave: cognición, dilución, sinceridad, juicio  
Keywords: cognition, dilution, sincerity, trial

“La verdad es un espejo que ha caído de las manos de Dios y se ha roto. Todo el mundo coge un trozo y dice que toda la verdad está en ese fragmento”.

(Proverbio iraní)

## 1. INTRODUCCIÓN

La premisa de esta investigación es una noción de cognición entendida como encrucijada que vincula subjetividad e intersubjetividad; el *iter* a través del cual tiene lugar la formación de una convicción por parte del juez, basada en aportaciones asimiladas consciente e inconscientemente.

La hipótesis que aquí se sostiene es que el procedimiento mediante el cual se desarrolla la relación procesal debe fomentar la cognición estableciendo una doble vía que, al mismo tiempo (i) posibilite la dilución de la subjetividad en la intersubjetividad, democratizando la cognición como condición para que su resultado pueda ser considerado una respuesta judicial constitucionalmente adecuada; y (ii) funcione como un mecanismo a través del cual el juez exprese un *candor*, una sinceridad de la que pueda extraerse una fundada percepción de la proximidad entre las razones de su convicción y aquellas razones íntimas que efectivamente le guiaron en la formación de su convicción.

En resumen, la idea es que la cognición no puede estar limitada únicamente por el procedimiento; el procedimiento debe servir a la formación de

la cognición, pero también ofrecer la oportunidad de demostrarla lo más ampliamente posible. En otras palabras, cuanto más cortos sean los procedimientos, o cuanto más horizontalmente limitada esté la cognición, mayor será la permeabilidad del rito para enriquecer el proceso de formación de convicciones y más ostentosa la evidencia de su paso a paso.

La cognición es menos un lienzo que de repente y por sorpresa se revela acabado, y más un mosaico que se forma cooperativamente.

## 2. EL DETERIORO DEL PROCESO COMO LÍMITE AL PODER<sup>1</sup>

El derecho procesal disciplina la jurisdicción como una actividad típicamente estatal y, al hacerlo, se convierte en un objeto privilegiado para analizar los reflejos del propio modelo organizativo del Estado, al tiempo que revela un escenario muy representativo de las estrategias a través de las cuales se apropian las restricciones en favor del propio poder<sup>2</sup>, al servicio de la estructura dominante.<sup>3</sup>

En cuanto a la influencia del modelo estatal, entre los siglos XVIII y XIX<sup>4</sup>, el proceso conoció una influencia liberal que instauró el modelo adversarial-dispositivo, deferente con las libertades de las partes y caracterizado por la pasividad judicial.<sup>5</sup>

Con los efectos de la Revolución Industrial y el creciente descontento ante la injusticia social, la ley pasó a considerarse un instrumento de transformación, allanando el camino para la segunda generación de derechos fundamentales, bien ilustrada en la Constitución mexicana de 1917, la Declaración

---

<sup>1</sup> Ver: NÓBREGA, Guilherme Pupe da, "O direito em suas entranhas: a discricionarieidade judicial no Brasil", *entre a estratégia e o arbitrio*, São Paulo, 2022.

<sup>2</sup> Sobre cómo el sistema político influye y a menudo utiliza estratégicamente el modelo procesal: DAMASKA, Mirjan R., *The faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*, Yale University Press, New Haven, 1986; SILVA, Carlos Augusto, *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*, Renovar, Rio de Janeiro, 2004.

<sup>3</sup> SILVA, Carlos Augusto, *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*, Renovar, Rio de Janeiro, 2004. p. 73.

<sup>4</sup> Antes, entre los siglos XIII y XVIII, prevalecía lo que Dierle Nunes denominó sistemas procesales preliberales, arbitrarios y complejos (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, Juruá Editora, Curitiba, 2012, p. 61).

<sup>5</sup> NUNES, Dierle José Coelho. cit. p. 73.

de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de la Rusia Socialista de 1918 y la Constitución de Weimar de 1919.

El ámbito procesal también se vio influenciado, migrando del liberalismo a la socialización procesal. La obra de Franz Klein es tal vez el gran hito inaugural de un discurso a favor de un “proceso de bienestar social”, con ámbitos metajurídicos y con un mayor protagonismo e intervencionismo judicial<sup>6</sup>, que acabaría desaguando en el ordenamiento procesal austriaco de 1875 y en las modificaciones de la ZPO alemana en 1909, 1924 y 1933.<sup>7</sup> En Brasil en particular, esta influencia también se haría sentir en el Código de Proceso Civil de 1939, en pleno Estado Novo de Getúlio Vargas, con un fortalecimiento del poder estatal bajo el signo del paternalismo.

Con las secuelas de la Segunda Guerra Mundial y la crisis de legitimidad del Estado derivada de la no aplicación de un catálogo de derechos, el Poder Judicial, brazo del propio Estado, se convirtió paradójicamente en el destinatario de promesas incumplidas de una estructura cada vez más hinchada y menos eficaz. La socialización procesal se enfrenta, por tanto, a una nueva fase, en la que las tendencias hacia la facilitación del acceso a la justicia y la simplificación procesal se erigen como potenciadoras de la realización de los derechos, al tiempo que conservan el protagonismo judicial.<sup>8</sup>

De hecho, en lugar de preservar el protagonismo judicial, se inicia en él una relación preocupante: en nombre de una mayor eficacia, se flexibilizan los procedimientos en favor de un flujo más facilitado de los poderes jurisdiccionales; en otras palabras, el propio proceso se asocia en cierta medida a una obstaculización de la acción estatal y a una realización (judicial) del bien común, reforzando la tesis de que debe ceder el paso a una jurisdicción más sustancial, material y efectiva.

En el modelo brasileño, este fenómeno dio lugar a la Ley de Acción Civil Pública de 1985, al Código de Defensa del Consumidor de 1990 y a las reformas del Código de Proceso Civil de 1973, además de encontrar su matriz teórica en la idea del proceso como *instrumento*<sup>9</sup>, en el que se aseguraría un

---

<sup>6</sup> KLEIN, Franz Z., - *und Geistesströmungen im prozesse*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958. p. 25.

<sup>7</sup> NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, cit. p. 88.

<sup>8</sup> NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, Juruá Editora, Curitiba, 2012. p. 88.

<sup>9</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, Malheiros, São Paulo, 1987.

papel activo y compensador del juez para reequilibrar los déficits de igualdad y promover el cambio social al servicio de “un ideal predefinido de vida buena, fruto de los sentimientos de la nación, con contenidos fijos (‘orden concreto’), atribuidos a la sensibilidad de su agente estatal”.<sup>10</sup> En resumen, y en aras de la eficacia, la idea de sofisticar la jurisdicción contemplaría una protección colectiva más amplia y un deseo de prácticas menos formalistas, consideradas como verdaderos obstáculos para el juez guardián de las promesas de bienestar del Estado.

Este punto de vista no estuvo exento de críticas. A este respecto, Menelick Carvalho Netto señaló el riesgo de que *la instrumentalidad* condujera al Poder Judicial a una misión de guardián ético de las virtudes y de un orden concreto de valores que podría corromperlo fácilmente. Una trampa capaz de conducir a un decisionismo insensible en el que los significados normativos serían instrumentalizados estratégicamente y políticamente en el día a día para convertir a los jueces en un “noble” Poder Constituyente original permanente.<sup>11</sup>

En su dimensión simplificadora, *la instrumentalidad* mereció también la aguda crítica de Calmon de Passos, que la consideraba una palabra mágica asociada a otras, como “rapidez”, “eficacia” e “informalidad”, en un proceso de producción del Derecho que corría el riesgo de convertirse en pura presdigitación.<sup>12</sup>

El diagnóstico de Dierle Nunes afirmaría también que el discurso burocratizante del proceso ha llevado a todos a creer que “es un mal, una enfermedad que debe ser extirpada a través de su supresión casi completa, reduciendo el espacio cognitivo que forma las decisiones y promoviendo la defensa de la celeridad procesal a cualquier precio”.<sup>13</sup> Cualquier visión garantista, fruto de una perspectiva democrático-constitucional, pasó a ser “vista y desnaturalizada por el discurso dominante como la defensa de una perspectiva formalista y burocrática, como si un proceso democrático que

---

<sup>10</sup> NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais* cit. pp. 142 y 147.

<sup>11</sup> CARVALHO NETTO, Menelick, “Prólogo” en FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud, *O Poder Judiciário e(m) crise*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. p. 12-13.

<sup>12</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de, “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”, *Revista Diálogo Jurídico*, vol. 1, num. 1, 2001, p. 12-13.

<sup>13</sup> NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, Juruá Editora, Curitiba, 2012, p. 150.

respetase todos los principios procesales-constitucionales no pudiese ser también rápido y funcional”.<sup>14</sup>

Todo el escenario se vuelve aún más complejo cuando, a partir de la década de 1990, el derecho brasileño experimenta los efectos del paradigma neoliberal que siguió a la agitada década anterior. El libre mercado y la defensa de la propiedad ganaron mayor relevancia y el proceso revigorizó el dogma de la eficacia acercando la jurisdicción a un bien de consumo, desde una “perspectiva interpretativa funcional preocupada con la máxima celeridad y productividad procesal”<sup>15</sup> y menos preocupada con garantizar la aplicación de los derechos fundamentales (incluso los de naturaleza procesal).

Se allana el camino para *decisiones uniformes* –despreocupadas de las especificidades de los casos a juzgar, pero buscando una alta productividad– y para una síntesis de la cognición que alaba la visión del mundo del juez y privilegia las “convicciones libres” en detrimento de la participación e influencia de las partes.

El resultado es ciertamente curioso. *En primer lugar*, un liberalismo que despoja sospechosamente a los jueces de un papel más activo y da paso a una socialización procesal que asigna al Poder Judicial una parte de la tarea de realización de los derechos sociales; *en segundo lugar*, un Estado del bienestar que, desacreditado, promueve la adaptación facilitando el acceso a los tribunales y simplificando los procedimientos frente a las promesas incumplidas, sustituyendo una falta de realización de los derechos-fin (sociales) por una mayor accesibilidad de un derecho-medio (acción); *en tercer lugar*, un Poder Judicial que, aun conservando sus competencias y su protagonismo, abdicar de un papel eminentemente orientado a la realización de los derechos, o que se ve igualmente incapaz de proporcionar una verdadera jurisdicción, empezando a utilizar estratégicamente la simplificación y la renuncia a los formalismos como medio de producir decisiones a escala industrial, en un simulacro de prestación judicial.

En cualquier caso, la paz que proporciona esta jurisdicción relámpago, de resumen cognitivo, se vuelve meramente ilusoria, relegando a lo público un clientelismo consumista que se satisface efímeramente, pero sin que los conflictos sociales y económicos se vean realmente reducidos por el ejercicio supervisor de controlar su naturaleza democrática. En las decisiones pasan a predominar no los hechos y fundamentos jurídicos del proceso, sino los

<sup>14</sup> Ibidem., p. 163.

<sup>15</sup> Idem., pp. 53 y 150.

valores neoliberales de pseudoeficacia entresacados de un mundo político ajeno al proceso.<sup>16</sup>

Es la era del *procesalismo tecnocrático*, en la que rige la racionalización cuantitativa del proceso, estableciendo los factores de tiempo y productividad como principales métricas de su eficacia<sup>17</sup> y cuyo capítulo más reciente es la *algocracia* –el gobierno de los algoritmos– y la amenaza de una automatización empobrecedora<sup>18 19</sup>, acrítica y amoral de la ley<sup>20</sup>, incluidos los riesgos constitucionales y democráticos.<sup>21 22</sup>

<sup>16</sup> LEAL, Rosemiro Pereira, *Teoria processual da decisão jurídica*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, pp. 28 y 109.

<sup>17</sup> HERZL, Ricardo, “A. Da discricionariedade (neo)processual à crítica hermenêutica do direito processual civil brasileiro”, STRECK, Lenio Luiz. (org.), *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*, JusPodivm, Salvador, 2019. p. 199.

<sup>18</sup> “La imposición de la velocidad le llevará a la rutina, a evitar procesos legales y áreas que requieren decisiones más complejas, innovadoras o controvertidas”, (SANTOS, Boaventura de Souza, *Para uma revolução democrática da justiça*, Cortez, São Paulo, 2007. p. 58).

<sup>19</sup> Como ya apuntado en otra nota, el tema de este trabajo –la discrecionalidad–, utilizado como locución so pretexto de justificación, incide en esta potencial nueva fase de la jurisdicción. Y es que la dispersión de decisiones auspiciada por la discrecionalidad produce niveles de entropía que dificultan, cuando no imposibilitan, algoritmos simples como el árbol de decisión: o los criterios más eficaces para obtener información no son legales (¿quién interpuso el recurso? ¿Hacienda o contribuyente? ¿Cuál es la etnia del demandado? Etc.) o la dilución de los niveles de inferencia en varias ramas no satisface la reducción de aleatoriedad.

<sup>20</sup> DANAHAR, John, “La amenaza de la algocracia: realidad, resistencia y acomodación”, *Philosophy & Technology*, vol. 29, num. 3, 2016, pp. 245-268.

<sup>21</sup> O'NEIL, Cathy, *Armas de destrucción matemática: cómo el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Crown, Nueva York, 2016.

<sup>22</sup> Sin desviarme del tema, pero tratando de hacer una puntualización que me parece relevante, la calibración del aprendizaje en inteligencia artificial y la base de datos en la que se basa sufren de una inevitable “contaminación” subjetiva humana. Hay muchos ejemplos de sesgos algorítmicos que reflejan sesgos humanos. Por ejemplo, un algoritmo que hoy replica los hallazgos empíricos demostrados en el capítulo anterior puede cumplir su objetivo de aumentar el rendimiento reproduciendo una norma, pero ¿son esas decisiones discrecionales una norma de calidad a seguir? ¿Se trata, por tanto, de un auge del realismo jurídico, o de un neorealismo en el que los robots, a partir de predictores de decisiones, empiezan a decidir, repitiendo a mayor escala “lo que los tribunales dicen que es la ley”. Así, cada vez cobra mayor relevancia una mayor transparencia y participación en la arquitectura de *diseño* de la inteligencia artificial en el ámbito de la jurisdicción. En este sentido, abordar la preocupación por la *gobernanza algorítmica* y la inteligibilidad del conjunto de criterios que determinan una decisión basada en algoritmos como condición para su impugnabilidad: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; FLORENCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco, “La inteligencia artificial aplicada al derecho y el derecho de la inteligencia artificial”, *Suprema - Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, vol. 1, num. 1, 2021, pp. 154-180. Además, proponiendo crite-

### 3. UNA JURISDICCIÓN QUE GARANTIZA UNA COGNICIÓN MÁS DEMOCRÁTICA NO ES MENOS EFICAZ

La corrupción de un reformismo socializante por una aplicación neoliberal del ordenamiento procesal ha producido una mezcla insólita, como ya se ha mencionado: la inflación de los poderes judiciales ya no para una acción activa a favor de la realización de los derechos, sino para una mayor autonomía judicial y una reducción del papel de las partes; la simplificación procesal no para facilitar el acceso a una realización judicial de los derechos, sino para una mayor productividad decisoria a gran escala.

El punto de convergencia era que, al reducir el proceso a un obstáculo burocrático, un obstáculo irrazonable para un Poder Judicial misionero de la eficacia, se vaciaba una dimensión procesal instrumentalizadora de los derechos fundamentales y limitadora de la arbitrariedad estatal.

La eficacia, elevada a objetivo supremo, al tiempo que acentúa la función ordenadora del formalismo, compromete también su alcance restrictivo. En nombre de un ideal de *eficacia*, las formalidades se atenúan no sólo en su carácter disciplinario, sino también como contrapunto al poder.

Todo lo que se interpone en la búsqueda obsesiva de resultados se convierte en un obstáculo para la jurisdicción, en una visión que acaba contaminando todo el proceso. La función formal de contrapeso al poder suele asociarse e identificarse, en todas las fases, con una inconveniencia para la realización de los fines estatales. Si, en el macrocosmos, el proceso se orienta hacia fines externos, “todos y cada uno de los actos del proceso se orientarían, en el microcosmos, hacia una decisión justa, de forma que el procedimiento en sí importaría menos, siempre que su resultado se prestase a la adecuada protección del derecho sustantivo”.<sup>23</sup>

---

rios interesantes para mitigar el sesgo en inteligencia artificial: LEE, Nicol Turner; RESNICK, Paul; BARTON, Genie. *Algorithmic bias detection and mitigation: best practices and policies to reduce consumer harms*. Disponible en: <https://www.brookings.edu/research/algorithmic-bias-detection-and-mitigation-best-practices-and-policies-to-reduce-consumer-harms/>. Consultado el: 14 sep. 2021; Carta Deontológica Europea sobre el Uso de la Inteligencia Artificial en los Sistemas Judiciales y su Entorno. Estrasburgo, 3 dic. 2018. Disponible en: [https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0#\\_ftn12](https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0#_ftn12). Consultado el 5 oct. 2021; BALAYN, Agathe B., GÜRSES, Seda. *Beyond debiasing: regulating AI and its inequalities*. European Digital Rights (EDRi), 2021; en Brasil, Resolución n. 332, de 21 de agosto de 2020, y Ordenanza n. 271, de 4 de diciembre de 2020, ambas del Consejo Nacional de Justicia.

<sup>23</sup> VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos processos cognitivos*, JusPodivm, Salvador, 2020. p. 44.

No es diferente la observación de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira de que el formalismo procesal tiene un doble sentido –eficacia, en la medida en que pretende ordenar y organizar, y seguridad, en la medida en que pretende disciplinar y limitar los poderes y facultades de los sujetos procesales–. En el pasado prevaleció su primer rasgo, estructurador de la dinámica de la prestación jurisdiccional. Con el paso del tiempo, sin embargo, la insuficiencia de un modelo organizativo rígido frente a litigios cada vez más complejos dio paso a un proceso civil de resultados, en el que la flexibilidad y la mezcla sincrética de remedios se opondrían a un supuesto “enyesar”. Sin embargo, una importante dimensión del formalismo quedó relegada a un segundo plano: la de la instrumentalización de una limitación de poderes, en particular judiciales.<sup>24</sup>

Similar es la posición de Calmon de Passos, una vez más, cuando nos recuerda que el debido proceso jurisdiccional constitucional “no es sinónimo de formalismo, ni de culto a la forma por la forma, al rito por el rito, sino un complejo de garantías mínimas contra el subjetivismo y la arbitrariedad de quienes tienen el poder de decidir”.<sup>25</sup> Es este contrapunto el que, relegado a un obstáculo sin importancia, y por lo tanto minimizado, establece un círculo vicioso en el que *más Poder Judicial y menos proceso dan como resultado aún más Poder Judicial*.

Es más, al predicar la eficacia como valiosa en sí misma, la preocupación deja de ser por la calidad de lo decidido, primando el mero hecho de decidir. “Desde este punto de vista, mencionar la eficacia de la tutela y la eficacia del proceso es sólo una forma de hablar de la necesidad (política) de hacer incontrovertible el acto de poder del magistrado”.<sup>26</sup> Más que eso, el mero hecho de que prevalezca el decidir por decidir retrotrae y empobrece cognitivamente la decisión, que deja de estar oxigenada por otras perspectivas en favor de un juicio rápido, singularizado y aún más empoderado.

Eficacia, del proceso o de la tutela, no puede significar eficacia de la sentencia como acto de poder, sino de la sentencia “que cumple la finalidad para la que se institucionaliza en un orden político democrático”.<sup>27</sup> En una organización democrática, el poder sólo se legitima dentro de los límites precisos de su otorgamiento, es decir, dentro del ámbito competencial previamente

---

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, num. 26, 2006, p. 59-86.

<sup>25</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de, *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*, Forense, Rio de Janeiro, 2003, pp. 69-72.

<sup>26</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de, *Ensaio e artigos*, JusPodivm, vol. 1, Salvador, 2014, p. 392-393.

<sup>27</sup> *Idem.*, p. 394.

delimitado y formalizado a la luz del pacto político que es la Constitución. Una relación jurídica de poder “establecida entre iguales sólo es legítima si el poder se teoriza como una función, un servicio, ejercitable exclusivamente en la medida en que es otorgado por la voluntad de quienes se han obligado a obedecer, de quienes se han dejado gobernar para el beneficio común”.<sup>28</sup>

Lo que da legitimidad a la jurisdicción no es el hecho de que se traduzca en un acto de poder, sino la fidelidad de aquello para lo que se le ha concedido servir según unas expectativas formalizadas de antemano, a lo que es “discursivamente definido por quienes participan en la tarea democrática de autorregulación de su convivencia política”<sup>29</sup>. La construcción del derecho no debe partir de algo metafísico, valioso en sí mismo, a ser revelado por un nuevo “hombre sagrado” y plenipotenciario de la modernidad. Por el contrario, debe ser una empresa colectiva, una construcción intersubjetiva que vincule las decisiones privadas.<sup>30</sup>

La democracia es un valor y una práctica “que no puede ser capturada por un ‘superhombre’ solipsista: o es plural, controvertida y pública, o simplemente no es democracia en absoluto”.<sup>31</sup> Una percepción democrática del derecho rechaza, por tanto, la idea de un sujeto solitario que capte, despótica y singularmente, la percepción de la vida buena en sociedades plurales y complejas. En el ámbito jurisdiccional, es necesario un procedimiento en el que todas las partes interesadas puedan influir en la formación de las decisiones.<sup>32</sup>

Por eso, la propuesta de revivir<sup>33 34</sup> el proceso como “medio de realización de los ideales democráticos”<sup>35</sup>, *locus* para la realización de los derechos

<sup>28</sup> Ibidem, pp. 394 y 395.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz, “A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial”, STRECK, Lenio Luiz (org.), *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*, JusPodivm, Salvador, 2019, p. 42.

<sup>31</sup> ABEL, Henrique, “Positivismo jurídico e discricionariedade judicial”, *Filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017, p. 141.

<sup>32</sup> NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 203.

<sup>33</sup> Es inevitable reconocer la importancia de la teoría de Elio Fazzalari, desarrollada en Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, quien, rompiendo con la reducción del proceso a una relación jurídica, empezó a ver en él la necesidad de un procedimiento desarrollado según un sistema adversarial simétrico capaz de garantizar a los participantes la posibilidad de dialogar y de ejercer controles, reacciones y opciones dentro de su estructura. Es cierto que esta visión es actualmente insuficiente, pero sin duda reveló una premisa indispensable para el desarrollo posterior. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução: Elaine Nassif.

fundamentales<sup>36</sup> (especialmente los procesales) que al mismo tiempo funcionan como límite a la arbitrariedad estatal, viene ganando cada vez más fuerza. El formalismo-valor ya citado de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira va en esta línea, en el sentido de destacar como subyacentes a la ordenación formal del proceso “valores constitucionales, especialmente el contradictorio sustancial, la participación y el diálogo entre los sujetos como fenómeno de democratización de la jurisdicción y de limitación del Poder Judicial”.<sup>37</sup>

No es distinto el modelo democrático de proceso participativo de Dierle Nunes,<sup>38</sup> con declarada inspiración en Karl August Bettermann<sup>39</sup> (*Kooperationsmaxime* o *Kooperationsgrundsatz*) y Rudolf Wassermann<sup>40</sup> (proceso civil social y comunidad de trabajo, o *Arbeitsgemeinschaft*), que ve en la cognición una instancia de oxigenación y restricción del trabajo de la cor-

---

Bookseller: Campinas, 2006, p. 441 et seq., GONÇALVES, Aroldo Plínio, *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

<sup>34</sup> Rosemiro Leal da el debido crédito a Fazzalari, de quien la decisión pasa a ser entendida como “una sentencia vinculada al espacio técnico-procesal-discursivo del proceso cognoscitivo de los derechos, como conclusión coextensiva de los argumentos de las partes, adquiriendo la connotación de acto integral final de la estructura procesal.” (LEAL, Rosemiro Pereira, *Teoria processual da decisão jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 23). Y va más allá, en otra obra: “(...) es la teoría del proceso como procedimiento adversarial (Fazzalari) la que nos ha permitido dar el salto de una subjetividad apofántica milenaria a una concepción procesal expresada en una relación espacio-temporal internormativa como estructuradora jurídica de la acción en paridad simétrica e instaladora del juicio discursivo preparatorio de la disposición (decisión).” (LEAL, Rosemiro Pereira, *Teoria processual da decisão jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 13).

<sup>35</sup> STF, ADPF 378 MC, Relator: Min. Edson Fachin, Relator p/ acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2015, processo eletrônico DJe-043 divulg 7.3.2016. public 8-3-2016.

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5º, LIV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira.; STRECK, Lenio Luiz (coords.), *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 430.

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo”; *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, num. 26, p. 59-86, 2006.

<sup>38</sup> NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, Juruá Editora, Curitiba, 2012, pp. 41 y 176.

<sup>39</sup> BETTERMANN, Der Artikel von Karl August, “Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses”, *Juristischer Blätter*, Jahrgang, Heft 3/4, 94, 1972, p. 56-68.

<sup>40</sup> WASSERMANN, R. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 103-109. No mesmo sentido: HAHN, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983.

te.<sup>41</sup> Una estructura que fomenta la democracia, la participación y la garantía de influencia de los ciudadanos, rechazando la idea de que una determinada persona, institución u órgano pueda tener una especie de privilegio cognitivo en la formación de las manifestaciones del poder estatal.<sup>42</sup>

En la misma línea, la teoría *neoinstitucionalista* de Rosemiro Leal<sup>43</sup>, matizada por una visión constitucional del derecho sobre “la base de la procesualidad discursiva de los contenidos de validez y legitimidad de las decisiones tomadas desde un *estatuto* democrático a considerar como un espacio de incesante comprobabilidad de las pretensiones de certeza (coerción) institucionalizadas en la normatividad (orden jurídico)”<sup>44</sup>. Este autor también propuso una teoría de la constitucionalidad que funcionara como un pacto de significación para regir y orientar la construcción del derecho desde una autocrítica instrumentalizada por el proceso acusatorio, la defensa amplia y la isonomía<sup>45</sup>, es decir, una verdadera asimilación procesal de la idea de la espiral hermenéutica.

Las anteriores matrices teóricas convergen a favor de recuperar la importancia del espacio procesal como espacio público, capaz de acreditar a todos los interesados en participar en la mejora del sistema jurídico. Una resignificación de la estructura procesal normativa frente a una reducción de los ciudadanos a la condición de clientes que no participan de la jurisdicción como servicio.<sup>46</sup>

Más allá aún, es la evocación de la percepción del procedimiento como constitutivo del proceso decisorio, democratizado por un policentrismo<sup>47</sup> que instituye derechos fundamentales y al mismo tiempo corrige y restringe

---

<sup>41</sup> Para más información sobre la evolución de la legislación alemana en materia de procedimientos contradictorios como influencia y participación, véase: KOCHER, Ronaldo, “Introducción a las raíces históricas del principio de cooperación (Kooperationsmaxime)”, *Revista de Processo*, vol. 41, num. 251, 2016, pp. 75-111.

<sup>42</sup> NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 39-40.

<sup>43</sup> O processo como instituição (lingüístico-autocritico-jurídica) constitucionalizante e constitucionalizada, enunciada pelo processo adversarial, defesa amplo e isonomia: LEAL, Rosemiro Pereira, *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjetural*, Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda., 2013. p. 40.

<sup>44</sup> LEAL, Rosemiro Pereira, *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjetural*, cit. p. 11.

<sup>45</sup> Idem., p. 40.

<sup>46</sup> NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, Juruá Editora, Curitiba, 2012, p. 251.

<sup>47</sup> FLETCHER, William A., “The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy”, *The Yale Law Journal*, vol. 91, num. 4, 1982, p. 645.

la jurisdicción como poder.<sup>48</sup> Es, en esencia, la viabilidad de “un control hermenéutico de la interpretación y de sus condiciones semánticas, superando la discrecionalidad”, parte integrante e indispensable de la idea de una respuesta constitucionalmente adecuada.<sup>49</sup>

No puede haber ley fuera del proceso de su producción.<sup>50</sup> En las democracias, la norma es exigible si el destinatario es su propio autor; en el derecho democrático, “no existe jurídicamente lo que no está previsto por el debido proceso legislativo procesalmente controlable por todos (due process of law)”.<sup>51</sup> Las secuelas históricas de una decisión legitimada por el poder aún se dejan sentir hoy en día: tendríamos que haber hecho la transición a un contexto democrático en el que, puesto que el poder procede del pueblo, la legitimación tendría que producirse mediante la aplicación procesal de directrices constitucionales, como la justificación, un proceso contradictorio, una defensa amplia y la isonomía, en lugar de la simple investidura y el compromiso con un ideal numérico y vacío de eficacia.

La legitimidad de la decisión, por tanto, no debe basarse (sólo) en la institucionalización del agente político que decide, sino también, y sobre todo, en la adecuación constitucional del procedimiento que culmina en ella, fuera del cual no puede haber legitimidad. Si la decisión, en un contexto democrático, no es soberana por la voluntad de la mayoría o el poder del Estado poderoso, sino basada en la previa escrituración de derechos procesalmente teorizados, “decidir ya no puede brotar del cerebro de un juez privilegiado que posee un sabio sentimiento de juicios de justicia y seguridad que sólo él, junto con sus pares, puede valorar, inducir o deducir, transmitir y aplicar”.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, cit. p. 143.

<sup>49</sup> El derecho a una respuesta constitucionalmente adecuada está en el centro de la crítica hermenéutica del derecho a que se refiere Lenio Streck. Esto significa una respuesta que preserve la autonomía de la ley, sujeta a un control hermenéutico de la interpretación y de sus condiciones semánticas, superando la discrecionalidad; que respete la integridad y la coherencia de la ley; que esté bien exenta del deber constitucional de razonamiento exhaustivo. (STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 690 et seq.

<sup>50</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*, Juspodivm, Salvador, 2012, p. 152.

<sup>51</sup> LEAL, Rosemiro Pereira, *Teoria processual da decisão jurídica*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 33.

<sup>52</sup> LEAL, Rosemiro Pereira, *Teoria processual da decisão jurídica*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 12.

No es que la legitimación esté simplemente encapsulada en el procedimiento, que se basta a sí mismo como garante de la adecuación constitucional. En democracia, los derechos fundamentales no se consagran simplemente porque estén impregnados en la conciencia colectiva, sino porque “son requisitos jurídicos para la instalación procesal del movimiento del sistema democrático, sin los cuales no puede enunciarse el concepto de Estado Democrático de Derecho”.<sup>53</sup> La consolidación de los derechos fundamentales no se produce por la mera asimilación de su incorporación a un catálogo; en la construcción permanente que es la democracia, la afirmación o negación de los derechos, especialmente en el ámbito procesal, tiene el poder real de testimoniar su verdadera existencia o su carácter puramente ilusorio. Es en el terreno del proceso, entre otros escenarios, donde los derechos fundamentales experimentan la concreción o la ruina.

Herramientas como el principio inquisitivo y la ausencia de un sistema arancelario preestablecido para evaluar las pruebas no son invitaciones al abandono judicial del razonamiento. No son en absoluto catalizadores de un enfoque desenfrenado o intransigente. Al contrario, son flexibilidades que orientan la apertura del tribunal a los hechos, las pruebas, las tesis y las alegaciones. La desfiguración de los mecanismos que permiten que el caso sea asimilado por sus interesados acaba resultando en la apropiación de estos institutos a favor de una visión solipsista, no dialógica e inconstitucional, porque socava el proceso contradictorio y el deber de motivación.

Eficacia por eficacia, prefiramos siempre hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales, especialmente los de repercusión procesal. *La actividad que los reafirma, preservando su núcleo, no es menos jurisdiccional, pero sin duda es más constitucional.*

#### 4. EL DEBER DE FRANQUEZA JUDICIAL

Como dice Margaret Canovan<sup>54</sup>, la democracia se encuentra en la tensión entre su dimensión pragmática (el funcionamiento ordinario de las instituciones) y su dimensión redentora (relacionada con las promesas constitucionales). La primera es siempre imperfecta, mientras que la segunda carece

---

<sup>53</sup> Idem., p. 27.

<sup>54</sup> CANOVAN, Margaret, *Trust the People! Populism and the two faces of Democracy*. *Political Studies*. Vol. 47, num.1, 1999, p. 14.

siempre de cumplimiento. Gargarella<sup>55</sup>, en una línea similar, se refiere a las constituciones latinoamericanas del siglo XX como poseedoras de “dos almas”, una democrática y progresista en lo que se refiere a los derechos, y otra anacrónica, conservadora y excluyente en lo que se refiere a la organización y el funcionamiento del poder estatal.

Como se preveía, la Constitución de 1988 mantuvo esta tensión. Producto de un pacto asimétrico de intereses mutuos, la Carta representó una concesión por parte de las estructuras tradicionales de poder a favor de las reivindicaciones sociales a cambio de la lealtad al nuevo pacto político por parte de las fuerzas de la transición y de una mayor conformidad de las percepciones de previsibilidad a los deseos del capitalismo, que en aquel momento se encontraba en fase de expansión mundial.<sup>56</sup>

Este intento de mitigación normativa y meramente retórica de las diferencias no ha conseguido, sin embargo, evitar que las desigualdades sociales, regionales, económicas y políticas acaben reproduciendo en la práctica desigualdades constitucionales en la realización del derecho, distinciones que fomentan una creciente e inevitable desconfianza/discrepancia hacia la democracia por parte de los excluidos y marginados.<sup>57</sup>

Ya se ha dicho que el efecto colateral fue producir una irritación social/sistémica en la que las demandas redistributivas e igualitarias empezaron a articularse *mediadas por la ley*, adoptando el inusual formato de las demandas judiciales. La ley se eleva entonces, en cierta medida, a elemento discursivo principal de los enfrentamientos sociopolíticos, asumiendo el Poder Judicial el estatus de arena de disputa de significados normativos.<sup>58</sup>

La cuestión es que la búsqueda de una atenuación procesal en favor de un mayor empoderamiento judicial para hacer frente a este nuevo papel de realización concreta de los derechos ha producido a menudo una aplicación errática de la ley encarnada en una *supralegalidad*. En otras palabras, la

---

<sup>55</sup> GARGARELLA, Roberto. *La derrota del derecho en America Latina. Siete tesis*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2021, p. 52.

<sup>56</sup> VIEIRA, Oscar Vieira; DIMOULIS, Dimitri, *O conceito e as bases teóricas da resiliência constitucional*. In: GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira (orgs.), *Resiliência e deslealdade constitucional: uma década de crise*, Contracorrente, São Paulo, 2023, pp. 26-27.

<sup>57</sup> GARGARELLA, Roberto, *La derrota del derecho en America Latina. Siete tesis*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2021, p. 52. En el mismo sentido, también de GARGARELLA, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2021, p. 61.

<sup>58</sup> LYNCH, Christian; CASSIMIRO, Paulo Henrique, *O populismo reacionário*, Contracorrente, São Paulo, 2022.

desigualdad socioeconómica que contribuye a la judicialización y sirve de pretexto para una acción judicial más eficaz ha acabado también, en cierta medida, siendo asimilada por el Poder Judicial como “un metacódigo que mediatiza todos los demás códigos”<sup>59</sup>. Como si la mitigación retórica de las diferencias por parte de constituciones y leyes sólo encontrara a veces una continuación más sofisticada en la esfera judicial.

Aquí y allá, el derecho ha cedido su autonomía y su propia lógica jurídica en favor de otras lógicas, políticas, financieras, morales y religiosas.<sup>60</sup> Una colonización del derecho en la que “la concreción jurídica es violada por códigos de las más diversas preferencias (...), siendo los textos jurídicos degradados semánticamente por mandatos particularistas”.<sup>61</sup> Haciéndose eco de la ley, la propia esfera pública se estructuraría de forma asimétrica, reproduciendo desigualdades basadas no en la ley, sino en el dinamismo de las relaciones de poder y de los proyectos sólo enunciados bajo el color o el pretexto de la ley.

Frente a la complejidad de estos dilemas, el simple deber de motivar las decisiones judiciales –norma constitucional presente en muchos ordenamientos jurídicos– parece muy opaco. Si este deber se ve sólo como un subterfugio para ocultar sus verdaderas razones a través de signos, símbolos y liturgias, ya no se trata de un deber de motivación, sino de un mero señuelo.

En este sentido, es importante la noción de sinceridad judicial (*candor*), enunciada por David Shapiro, que propone no sólo un cumplimiento formal del deber de motivación, sino un compromiso real para que la motivación de las decisiones refleje efectivamente algo que los jueces consideran la solución jurídica adecuada.<sup>62</sup>

No es que el deber de sinceridad inmunice el juicio incluso contra el autoengaño. Hay aspectos de nuestro inconsciente a los que ni siquiera podemos llegar y que, por tanto, somos incapaces de controlar o incluso de exteriorizar. Por otra parte, creo que la revisión continua de la cognición a la luz de las aportaciones hechas al proceso por otros sujetos permitiría incluso al

---

<sup>59</sup> NEVES, Marcelo, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, Martins Fontes, São Paulo, 2012, p. 252.

<sup>60</sup> MARCHIONI, Guilherme Lobo, *Autoritarismo líquido e anticorrupção*, Contracorrente, São Paulo, 2024, p. 129.

<sup>61</sup> NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*, Martins Fontes, São Paulo, 2007, pp. 236-244.

<sup>62</sup> SHAPIRO, David L., In Defense of Judicial Candor. *Harvard Law Review*, vol. 100, num. 4, p. 750, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1341091>

juez ejercer un mayor contacto con algunos de los elementos que se encuentran por debajo del umbral de la conciencia inmediata.

Del mismo modo, no soy tan ingenuo como para imaginar que el deber de sinceridad signifique *una revelación completa* o un desvelamiento total de todas las razones presentes en el juez. Hay elementos de los que uno es plenamente consciente, pero que no son articulables a los ojos de la ley. Aun así, el deber de sinceridad, en mi opinión, induce y agrava la carga argumentativa de aproximar todos y cada uno de los motivos de decisión a soportes y categorías válidos a los ojos de la ley.

Esto es lo que señala Shapiro cuando afirma que el deber de candor revela un cálculo utilitario que tiene en cuenta las grandes pérdidas institucionales derivadas de la falta de confianza en la honestidad de los jueces y la imposibilidad de debatir o criticar las verdaderas razones que subyacen a sus decisiones.<sup>63</sup> Yo añadiría: el Derecho pierde una oportunidad de enriquecer su historia institucional si la formulación de su discurso, en lugar de candor, se produce sólo en una dimensión superficial-formal.

Profundizando en el significado del término, Richard Fallon va más allá al definir el deber de franqueza no sólo como una obligación de evitar declaraciones falsas, sino también de aclarar vulnerabilidades y posibles influencias extrajurídicas en las cadenas del razonamiento jurídico.<sup>64</sup> En una dimensión ideal, existe la obligación afirmativa de realizar un esfuerzo consciente para hacer inteligible cómo y de qué manera se consideraron jurídicamente adecuadas las razones expuestas. Una investigación de las cuestiones relevantes de hecho y de derecho y de cualquier consideración moral y política que haya pesado en la decisión de un juez.

Además de un deber moral, la propuesta anterior establece una nueva capa del deber constitucional de motivar las decisiones judiciales. Un estrato que, en tiempos de escrutinio del Estado y sus instituciones, tiene también por objeto la autopreservación institucional mediante el celo por la legitimidad de la forma en que se ejerce el poder.

Puede parecer inocente imponer exclusivamente al juez una iniciativa y una proactividad capaces de erosionar todas las barreras erigidas de tal modo que separen las más sinceras razones de su convicción de lo que repetidamente se ha reforzado como un estándar legítimo de expectativas de lo

---

<sup>63</sup> David L. Shapiro. cit.

<sup>64</sup> RICHARD, H. Fallon, Jr., *A Theory of Judicial Candor*, num. 117, 2017, pp. 2265-2318.

que se consideraría una respuesta jurídicamente válida a dar por él. Lo que aquí se propone, sin embargo, es algo más plausible y embrionario: el rescate de una noción de procedimiento que convierta esas barreras en algo *poroso*; ventanas de oportunidad procesal a través de las cuales el juez se vea compelido a, de vez en cuando, revelar el proceso de formación de su convicción y, al hacerlo, facilitar una influencia cualificada de las partes a través de manifestaciones a las que habrá de mostrar aprecio en su siguiente intervención. Es decir, un procedimiento que opere en un diálogo más franco, abierto y periódico.

## 5. EL PROCEDIMIENTO COMO ENRIQUECIMIENTO DE LA COGNICIÓN Y COMO MECANISMO PARA FOMENTAR EL DEBER DE SINCERIDAD JUDICIAL

Haciéndonos eco de la parte final del subapartado anterior, el rescate de un modelo constitucional-democrático de proceso tiene como ámbito primordial la cognición, lo que determina una necesaria relectura con importantes repercusiones en el procedimiento por el que se desarrolla.

El primer ajuste que se propone, y que sesga muchos estudios sobre la cognición, es que los “momentos” cognitivos de conocimiento e interpretación no están rígidamente separados; no son actividades cognitivamente compartimentadas. Al contrario, son fases inseparables y simbióticas.

La cognición tampoco se limita a la fase final del proceso. El juez que decide no es neutral ni cognitivamente inmune a lo que se le presenta, sólo para empezar a construir sus convicciones cuando llega el momento de decidir. El juez ya aborda las cuestiones (sin distinguir entre “hecho” y “derecho”) desde el principio, con precomprensiones, prejuicios y una carga inherente de subjetividad. Asimismo, las aportaciones cognitivas que le lleguen siempre moldearán su visión, influyendo incluso en una mayor o menor apertura o cerrazón a lo que se le presente a lo largo del proceso.

Además, la cognición no puede reducirse a la preparación para el acto de tomar una decisión. Al observar elementos fácticos y jurídicos y proyectar conclusiones, el magistrado tiende a incurrir en sesgos de perseverancia que favorecen las decisiones preconcebidas y no valora los subsidios capaces de alejar la cuestión analizada de los resultados predeterminados. Peor aún: la vinculación de la cognición a la decisión alimenta la visión errónea de que el

juez, que tiene el monopolio de la decisión, también tiene el monopolio de la cognición.<sup>65</sup>

Es cierto que la cognición subvencionará la decisión, pero la cognición en sí es importante, ya que satisface derechos (especialmente el derecho a ser oído), independientemente de lo que se decida. Dicho más claramente, la cognición no es de menor relevancia, sumisa y orientada a una decisión futura. De hecho, es la cognición más relevante, resultante de ella, *como consecuencia*, y extrayendo su legitimidad de ella, la decisión. En otras palabras, no es la cognición la que da lugar a la decisión, sino la decisión la que deriva de la cognición, estando ambas vinculadas por el razonamiento.

Por ello, la teoría de la cognición<sup>66</sup>, así como el procedimiento, no deben seguir basándose en una premisa ilusoria que refleje una cognición concentrada o limitada en la fase de toma de decisiones o en una sola persona. De hecho, la teoría y el procedimiento deben acercarse más a la realidad para (i) instrumentalizar una “gestión cognitiva” que se extienda en el caso desde el principio y (ii) tener en cuenta un *desdoblamiento cognitivo* que disemine las fuentes que alimentan y construyen la verdad procesal en un *estado cognitivo comunitario*<sup>67</sup>, que, integrado por el juez, debe necesariamente reverberar en él para disolverlo en un todo en lugar de situarlo arbitraria y distanciamiento por encima de ese todo.

Una estructuración cognitiva que valore la pluralidad de los distintos orígenes de los que proceden las pruebas de cargo, es decir, que deje de escamotear la formación de la convicción en el actor que preside el proceso y arroje luz sobre las aportaciones realizadas por todos los intervinientes en el mismo. Una *fragmentación* procesalmente inducida que diluye la cognición en el tiempo, a lo largo del procedimiento y entre distintos sujetos, conden-

---

<sup>65</sup> VOGT, Fernanda Costa, *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos processos cognitivos*, JusPodivm, Salvador, 2020, p. 91.

<sup>66</sup> Es oportuno el concepto de cognición propuesto por Dhenis Cruz Madeira: “(...) instituto jurídico regido por los principios directivos de la función jurisdiccional y los principios institutivos del proceso, que permite la valoración y apreciación compartida de los argumentos y pruebas estructurados en el procedimiento y plasmados físicamente en el expediente (notarial o electrónico), cuyo ejercicio da lugar a la elaboración de sentencias.” (MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 119).

<sup>67</sup> VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos processos cognitivos*, JusPodivm, Salvador, 2020, p. 291-292.

sándola en la decisión sin que sea posible distinguir sus componentes ni reducirla a un único origen.

En las sociedades abiertas y democráticas existe un incesante discurso reconstructivo de las normas, que luego son reinterpretadas y revisitadas a la luz de los principios constitucionales. El teatro procesal es, por tanto, un ámbito privilegiado para escenificar esta oxigenación normativa, y no conviene encerrarla en un monólogo estatal refractario a la participación y a la fiscalidad.<sup>68</sup>

En esta intersubjetividad del sentido, el procedimiento desempeña un papel preponderante en la instrumentalización de una “difusión cognitiva”, ya sea para hacer más eficientes y eficaces los espacios de palabra y de contaminación positiva del juez, ya sea para sumar y ampliar el ámbito subjetivo del caso para incluir a más actores que participen en una construcción conjunta y cooperativa de la decisión.

Es cierto que ya existen importantes avances procesales en el ordenamiento jurídico brasileño que ilustran la preocupación por un mayor intercambio cognoscitivo, ejemplos de los cuales son el saneamiento y la organización compartidos (especialmente cuando existe un acuerdo procesal homologado), las sentencias de retractación resultantes del efecto regresivo de los recursos, la técnica de ampliación del órgano colegiado, la intervención de terceros en general (particularmente el *amicus curiae*), la intervención del Ministerio Público, la realización de audiencias públicas, entre otros.

No obstante, incursiones más audaces y vanguardistas han poblado actualmente el interés académico y dado testimonio de la democratización cognitiva aquí sustentada, como, por ejemplo, las tesis bastante ingeniosas de la *gestión cooperativa de casos* defendidas por Fredie Didier Júnior *et al*<sup>69</sup>, Antonio do Passo Cabral<sup>70</sup> y Fernanda Costa Vogt<sup>71</sup>. No obstante, estos avances teóricos y su innegable valor, ilustraré, de otra manera, lo que considero un buen ejemplo ilustrativo de una revolución procesal a favor de una

---

<sup>68</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz, *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito*, Curitiba: Juruá, 2008, p. 212.

<sup>69</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da., *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*, JusPodivm, Salvador, 2021, p. 91.

<sup>70</sup> CABRAL, Antônio Passo, *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*, São Paulo: RT, 2021.

<sup>71</sup> VOGT, Fernanda Costa, *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos processos cognitivos*, JusPodivm, Salvador, 2020.

cognición más democrática y constitucionalmente adecuada: los procesos estructurales.

Como técnica que favorece la oxigenación cognitiva a partir de la riqueza y complejidad del objeto a analizar, vi en los procesos estructurales un ejemplo prometedor de subversión procesal a favor de una cognición más democrática, quizá precisamente porque cuestiones de mayor sensibilidad política y que incorporan intereses plurales y diversos harían potencialmente más estresante recurrir a simulacros de jurisdicción, decisiones estándar o impermeabilidad judicial a la influencia de los actores implicados.

En otras palabras, cuanto más compleja es la realidad, menos estratégicamente eficaces y más dudosamente legítimas suelen ser las disposiciones que simplifican ilusoriamente la realidad; de ahí que esta renuncia al subjetivismo judicial y esta mayor apertura procesal-cognitiva probablemente encuentren menos resistencia a través de procesos estructurales.

## 6. QUÉ PUEDEN ENSEÑARNOS LOS PROCESOS ESTRUCTURALES

Los llamados procesos estructurales resultan de la inadecuación del modelo tradicional de toma de decisiones frente a un estado de cosas complejo que implica problemas y prácticas enraizados en las instituciones y que repercuten en intereses múltiples y polifacéticos, produciendo disputas irradiadas y despolarizadas en las que las distintas posiciones observan puntos de convergencia y divergencia refractarios a una lógica dual de antagonismo.<sup>72</sup>

En aras de la claridad, conviene subrayar que algunos contenciosos no son puntuales, derivados del mal funcionamiento de una estructura burocrática capaz de perpetuar el conflicto.<sup>73</sup> Tampoco esos conflictos se limitan a un maniqueísmo que separa los intereses en juego en sólo dos bandos opuestos. Por eso, en lugar de soluciones prefabricadas, en casos concretos se ha puesto de manifiesto la necesidad de disposiciones que establezcan una relación permanente con las instituciones y los agentes pertinentes, que se revise con frecuencia y pueda corregirse con el tiempo, y que tenga en cuenta también la cooperación y la participación de las partes y los interesados.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. JusPodivm, 2. Ed., Salvador, 2021, p. 326.

<sup>73</sup> Idem., pp. 56 y 61.

<sup>74</sup> FISS, Owen. *The civil rights injunction*, Bloomington, Indiana University Press, 1978, p. 28.

A pesar de su desarrollo más temprano en los Estados Unidos, el tema atraería en algún momento la atención de la doctrina brasileña.<sup>75</sup> Así, varios autores comenzaron a defender los procesos estructurales como una realidad y un *lugar* posible para que el Poder Judicial, también en Brasil, dejara de asumir unilateral y exclusivamente la tarea de construir planes para la protección gradual del bien jurídico relevante, y recurriera a un papel de supervisión y no de comando, permitiendo que los involucrados establecieran programas y etapas.<sup>76</sup>

El papel del Poder Judicial, por lo tanto, sufriría un cambio significativo en hechos de esta naturaleza, adquiriendo una característica continua y constante, entre otras cosas debido a la incertidumbre sobre las consecuencias que podrían derivarse de cada paso en el camino hacia la conformidad con un estado de cosas no conforme.<sup>77</sup>

Además, en esos casos, el Poder Judicial tendría que garantizar la plena participación de todos los intereses relevantes, recabando información y produciendo pruebas pertinentes, todo ello con el fin de garantizar una mayor proporcionalidad y adecuación de los impactos decisivos sobre el universo de intereses directa e indirectamente implicados. Es en esta línea que se dice que el proceso estructural se abre dialógicamente, expandiendo la dinámica procesal para ampliar los canales de debate y potenciar las ventanas de participación, a fin de proporcionar un ambiente democrático más capaz de contemplar la imbricación subjetiva que acompaña la complejidad del desafío a ser superado a lo largo del tiempo.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> MADUREIRA, Claudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes “Processos estruturais e formalismo-valorativo” en SICA, Heitor; CABRAL, Antonio do Passo; SEDLACEK, F.; ZANETI JÚNIOR, H. (orgs.). *Temas de Direito Processual Civil Contemporâneo*, Editora Milfontes, Serra, 2019.

<sup>76</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*, Thomson Reuters, São Paulo: Brasil, 2021.

<sup>77</sup> “El problema estructural se define por la existencia de un estado de no conformidad estructurado - una situación de ilegalidad continua y permanente o una situación de no conformidad, aunque no exactamente ilegal, en el sentido de ser una situación que no corresponde al estado de cosas considerado ideal. Sea lo que sea, el problema estructural está configurado por un estado de cosas que hay que reorganizar (o reestructurar)”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, num. 75, 2020, p. 104.

<sup>78</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*, Thomson Reuters, São Paulo: Brasil, 2021.

Acercándose a la idea de un verdadero *cabildo*, el proceso estructural parece favorecer la manifestación de los diferentes subgrupos sociales afectados, teniendo en cuenta los intereses de todos y cada uno de ellos. La premisa es que en el litigio irradiado –que es el objetivo preferido del proceso estructural– no cabe hablar de “un ‘punto de vista de la sociedad’ que nadie pueda pretender sostener en solitario”.<sup>79</sup>

Sin duda, más importante que aferrarse a ideas preconcebidas de separación y especialización de funciones es “desarrollar un proceso en el que los valores públicos, consagrados en la Constitución, desempeñen un papel protagonista, respecto al cual los distintos agentes que ejercen una cuota de poder, tanto públicos como privados, puedan dialogar”.<sup>80</sup>

El sustrato social representado en el proceso reflejaría una realidad innegable, una diversidad de perspectivas que, si no pueden despreciarse, deben cooptarse en favor de la construcción de una solución a tiempo. Se reconoce que las personas tienen intereses diferentes, por supuesto, pero también se reconocen recíprocamente sus capacidades deliberativas. “Todos los implicados esperan resultados sociales del diálogo procedimental, por lo que estarán más motivados para participar cuanto más claramente perciban esta conexión”.<sup>81</sup>

Cuanto más rico sea el problema y mayores sean las repercusiones de abordarlo, más abiertas tendrán que ser la insuficiencia y la deslegitimación de una jurisdicción desacreditada y ensimismada. Una mayor apertura, en consecuencia, no procede de una humildad institucional espontánea que demuestre que el Estado o sus agentes no son maestros de todas las ramas del saber, sino de una exposición vulnerable capaz de erosionar su autoridad a gran escala.

El conocimiento se genera a partir del procedimiento que se establece, y no a partir de normas, principios o ponderaciones abstractas. El valor de la decisión se produce según procedimientos creados para una elaboración discursiva de la solución; una construcción dialógica de preferencias. Las soluciones no son impuestas por la ley, sino inducidas por una estrategia procedimental-discursiva. No se modifican los objetivos, sino la forma de

---

<sup>79</sup> VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*, JusPodivm, 2. Ed, Salvador, 2021, p. 326.

<sup>80</sup> Idem., p. 97.

<sup>81</sup> Ibidem., p. 56-328.

perseguirlos. La preocupación se centra en la aplicación de soluciones, más que en preocupaciones normativas sobre cómo debe ser una política.

Esta visión alternativa de la cognición se opone a la materialización (legitimación de la decisión basada en una interpretación que ajusta el contenido de las normas a los valores) y también a la formalización (creación de normas jurídicas según una deducción axiomática). Se trata de un enfoque metodológico diferente, que tratará de asimilar todos los matices del problema y, en consecuencia, orientar mejor la construcción de la solución.<sup>82</sup>

Una democratización progresiva de los estratos del derecho sería la forma de garantizar la inclusión de determinados segmentos sociales en las condiciones ideales de comunicación bajo el espectro jurídico. Y aquí está el punto importante de este ensayo: el derecho procesal, a través del procedimiento y la cognición, tiene y debe desempeñar un papel en esta misión conjunta de inclusión (también) desde dentro del derecho.

Los tribunales deben actuar como árbitros de intereses, pero definiendo condiciones amplias de interacción entre instituciones y sujetos que reclaman una cuota de responsabilidad y la capacidad de contribuir a la construcción de la decisión.

La realidad actual, compleja, plural y fragmentada, revela la imposibilidad de comprenderla desde una única perspectiva.<sup>83</sup> La democracia posmoderna exige, por tanto, una multiplicidad de visiones, haciendo de los espacios de deliberación elementos importantes de nuestro “yo social”. Por tanto, las decisiones en la esfera pública deben tener en cuenta –y nunca cerrarse a– una concepción policontextual de la superposición de distintos sistemas funcionales.<sup>84</sup>

Sería mejor, por tanto, que el Estado admitiera su propia precariedad cognitiva como premisa en algunos casos, abriéndose al enriquecimiento que proporciona el otro, una alternativa más democrática, constitucionalmente adecuada e incluso más eficaz, porque es más sostenible como solución, con mayor legitimidad y aportaciones más cualificadas.

---

<sup>82</sup> WIETHÖLTER, Rudolf, “Materialization and proceduralization in modern law” en TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of law in the welfare state.*, Walter de Gruyter, New York, 1988, p. 222-225.

<sup>83</sup> ABBoud, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*, Thomson Reuters, São Paulo, 2021, p. 523.

<sup>84</sup> LADEUR, Karl-Heinz, “Globalization and the conversion of democracy to polycentric networks: can democracy survive the end of the nation State?” en LADEUR, Karl-Heinz (org.). *Public governance in the age of globalization*, Routledge, London, 2017, pp. 103, 204.

En lugar de perseguir una mayor reflexión, los Estados posmodernos prefieren a menudo eliminar los espacios de autoorganización social, interviniendo en ellos para dictar soluciones en tono de autoridad; en su lugar, deberían aprovechar el conocimiento y las aportaciones sociales. Como espacio social de deliberación pública, el proceso ha sido víctima en ocasiones de la castración de la reflexividad.

La lección dejada por los procesos estructurales, por lo tanto, es que la misma flexibilización procesal que puede patrocinar la amputación de una cognición más democrática en nombre de una mayor eficiencia puede funcionar para promover un *desintrincar* cognitivo de la autoridad pública, a saber, jueces y tribunales, permitiendo a otros actores la posibilidad de influir en el debate público y participar activamente en la construcción de soluciones más sostenibles.

Obviamente, esto no quiere decir que todos y cada uno de los procesos deban ser tratados como estructurales, sino que esta nueva forma de estar en la jurisdicción proporciona un interesante paradigma para inspirar no sólo casos complejos desde el punto de vista de cómo abordar soluciones a grandes retos.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN, UNA PROPUESTA

La visión del juez como “un platicador (descubridor) de un precepto ético diluido en la noche de los tiempos que sólo puede ser sensibilizado por un *sentire* adivinatorio del descubridor de la sentencia” ya no encaja.<sup>85</sup>

Si el juez es la suma de sus circunstancias y el producto de contextos históricos y espaciales que lo forjan bajo el signo de una intersubjetividad que lo acompaña desde su nacimiento, esta misma premisa debe prevalecer en la construcción del pensamiento sobre los problemas sometidos a su solución.

El procedimiento no debe convertirse en una vergüenza para una acción egocéntrica. Al contrario, sus etapas y su organización transmiten derechos fundamentales que imponen una verdadera apertura cognitiva, capaz de oponerse al subjetivismo arbitrario de un único sujeto.

La captura de los institutos procesales en favor del Estado y la perspectiva de un proceso civil de resultados denuncian la desnaturalización de los

---

<sup>85</sup> LEAL, Rosemiro Pereira, *Teoria processual da decisão jurídica*, 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 17.

límites, convertidos por la entidad limitada en formalidades sin importancia que obstaculizarían el ejercicio del poder. Esta alegoría, sin embargo, fracasa cuanto más complejos y plurales se vuelven los litigios y los problemas a resolver, tendencia muy marcada en la era posmoderna actual.

A riesgo de erosionar su legitimidad, la jurisdicción debe abrirse progresivamente, recurriendo a nuevas perspectivas que, aunque todavía contingentes, demuestren que es posible una mirada más democrática sobre la aplicación del derecho.

Por lo tanto, a favor de mejorar los códigos y las prácticas, la propuesta es:

- (i) el reconocimiento de un deber de sinceridad judicial como corolario de la motivación de las decisiones judiciales y que anima a los jueces a motivar sus conclusiones recorriendo el camino de la formación de sus convicciones y aproximándose, en la medida de lo posible, a sus creencias más íntimas y verdaderas acerca de por qué una determinada solución es la más adecuada a la que expresan en una decisión como su razón para decidir;
- (ii) el contrapeso de las tutelas diferenciadas que limitan la cognición horizontal y verticalmente con una mayor utilización de los actos procesales en el sentido tanto de compartir periódicamente visiones e impresiones del proceso como de abrir estas visiones e impresiones al escrutinio de otros actores;
- (iii) la percepción del proceso estructural como paradigma inspirador de una noción de flexibilidad procesal que propicie una mayor valoración de otras visiones y el reconocimiento de la precariedad cognitiva del juez por sí mismo, un ejercicio de humildad institucional que, cuando se trata de cognición, sitúa a los demás actores no como figurantes o actores de reparto, sino como coprotagonistas;
- (iv) más claramente, en Brasil, el saneamiento y la organización compartidos son una buena ilustración de esta formación en asamblea sobre la dirección y el calendario del proceso, y esta práctica debería extenderse a todo el proceso.

## 8. RESUMEN DE LAS PROPUESTAS Y CONCLUSIONES, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 8, 2, DEL REGLAMENTO DE COMPETENCIA

Esta exposición adopta una noción de la cognición como encrucijada que une subjetividad e intersubjetividad.

La hipótesis que aquí se sostiene es que el procedimiento mediante el cual se desarrolla la relación procesal debe fomentar la cognición estableciendo una doble vía que, al mismo tiempo (i) posibilite la dilución de la subjetividad en la intersubjetividad, democratizando la cognición como condición para que su resultado pueda ser considerado una respuesta judicial constitucionalmente adecuada; y (ii) funcione como un mecanismo a través del cual el juez exprese un *candor*, una sinceridad de la que pueda extraerse una fundada percepción de la proximidad entre las razones de su convicción y aquellas razones íntimas que efectivamente le guiaron en la formación de su convicción.

Las propuestas son: (i) el reconocimiento de un deber de sinceridad judicial como corolario de la motivación de las decisiones judiciales y que impulsa a los jueces a motivar sus conclusiones recorriendo el itinerario de la formación de sus convicciones y aproximando, en la medida de lo posible, sus creencias más íntimas y verdaderas acerca de por qué una determinada solución es la más adecuada a lo que expresan en una decisión como su razón para decidir; (ii) contrarrestando las salvaguardias diferenciadas que limitan la cognición horizontal y verticalmente con un mayor uso de los actos procesales, tanto en términos de compartir periódicamente visiones e impresiones del proceso como en términos de abrir estas visiones e impresiones al escrutinio de otros actores; (iii) la percepción del proceso estructural como paradigma inspirador de una noción de flexibilización procesal que conlleva una mayor valoración de otras visiones y el reconocimiento, muchas veces, de la precariedad cognitiva del juez en solitario, un ejercicio de humildad institucional que, en lo que a la cognición se refiere, sitúa a los demás actores no como figurantes o actores de reparto, sino como coprotagonistas; y (iv) más claramente, una mayor difusión de prácticas como el saneamiento y la organización compartidos en Brasil, que ilustra esta formación de una asamblea sobre la dirección y los tiempos del proceso.

GUILHERME PUPE DA NÓBREGA - LUIZ FELIPE FERREIRA DOS SANTOS  
*Instituto Brasileiro de Enseñanza, Desarrollo e Investigación (IDP)*  
SGAS II St. de Grandes Áreas Sul 607 - Asa Sul  
Brasilia - DF, 70200-670  
Brasil  
e-mail: [luizfelipe@sfnm.com.br](mailto:luizfelipe@sfnm.com.br)

