

PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO BRASILEÑO APUNTES INNOVADORES, BAJO EL DERECHO COMPARATIVO.

EMERSON NOE GUEVARA REYES ¹

COMISION I: NUEVOS PARADIGMAS DE LA JURISDICCION PROTECTORIA

TUTELA ANTICIPATORIA Y PROCESOS URGENTES

RESUMEN: El presente trabajo, está desarrollado principalmente bajo la óptica del derecho comparado donde hago uso de varios instrumentos procesales, con la finalidad de generar debates en cuanto a los escenarios, que nuestros compendios de derecho procesal civil de habla hispana están desarrollando bajo el instituto procesal de la producción anticipada de la prueba, utilizando como modelo de referencia, por su reciente vigor e innovación en muchos institutos procesales con carácter de orden Civil Law, el código de proceso civil Brasileño del año 2015. Lo cual oriento con la finalidad de crear criterios innovadores aprovechables sobre la figura de la prueba anticipada como derecho autónomo de la prueba dentro y fuera de un proceso judicial principal.

PALABRAS CLAVE: innovación, producción autónoma de la prueba anticipada, Requisito de peligro, Competencia, autocomposición.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Definición de la Prueba Anticipada.-3.- procedimiento de la prueba anticipada 4.- Prueba Anticipada en el derecho procesal de la república federal brasileña. 3.1.- Historia del derecho, constitucional y procesal a grandes rasgos brasileño. 4. Código de proceso civil 2015 brasileño bajo la luz de la constitución de la república federal de Brasil de 1988 (Cf/88). 5. Prueba anticipada bajo el contexto del CPC/2015 Brasil. 6. Conclusión. 7. Bibliografías.

¹ Abogado egresado por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH), Estudiante bolsista-Becario por la OEA, maestrando del programa de derecho procesal civil desarrollado por la Universidad Federal de Espírito Santo (UFES) Estado Espírito Santo república Federal del Brasil. E-mail: maidennoe@hotmail.com , Teléfono (504) 89744494 Dirección postal 29060/290, trabajo presentado para las ponencias del XXX Congreso Nacional de la Argentina.

1. INTRODUCCION

Teniendo como camino el derecho comparativo, utilizando compendios de códigos de proceso de habla hispana precisamente como ser el la Ley de enjuiciamientos criminales de España , El código de proceso civil de Honduras y el Código de proceso civil de la Argentina , esto por un sector, frente al reciente código de proceso civil Brasileño del 2015 , el cual cabe destacar, innova en muchos de sus instituciones procesales partiendo de la luz cultural de la realidad social brasileña.

En este trabajo pretendo traer al lector , variantes, que el Código de proceso civil Brasileño difiere sustancialmente en cuanto a las posturas que los códigos de proceso civil tipifican en relación a la figura de la producción anticipada de una prueba , a lo que oriento principalmente en tres elementos , eliminación del requisito de peligro , competencia , y la obligatoriedad de interponer una demanda solicitando un juicio principal para validez de la prueba anticipada y por supuesto el plazo estimativo todo como forma cautelar. Además del entendimiento de esta figura como un proceso autónomo conservando el respeto y fundamento del derecho a prueba como derecho fundamental de todo ciudadano Al tenor de lo expuesto, sigue el siguiente desarrollo.

2. DEFINICION DE LA PRUEBA ANTICIPADA.

El derecho a la prueba anticipada, radica su fundamento principalmente en el derecho de acción, existe un largo abordaje en relación al derecho a prueba, el cual la postura doctrinal que la lidera, establece el derecho a la prueba como un derecho fundamental² mismo, que es contenido de la norma fundamental constitucional y procesal del principio al contradictorio que también es un de derecho fundamental por lo que se afirma con mayor seguridad la condición de derecho fundamental del derecho a prueba³ este es debidamente

³ DIDIER JR, Fredie, SARNO, Paula Braga. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de Prova justificação, Revista de Processo | vol. 218/2013 | p. 13 - 45 | Abr / 2013 DTR\2013\2497 Pág. 1

efectivizado, por la llegada del estado democrático constitucional como una mezcla considerable de un estado de derecho y un estado social para favorecer en las decisiones estatales a través del poder judicial en cuanto a derechos de protección y en derechos que en teoría se fundamenta en aspectos de dialogo, es decir en la retórica – dialéctica y democratización⁴.

En este orden de ideas, su fundamento consagra la posibilidad de la anticipación de la prueba, colocándola como una acción de derecho autónomo a prueba⁵ en otras palabras es autónomo porque es una acción propiamente, es decir es una acción probatoria que no depende de otro proceso para su existencia y su finalidad es la producción de la prueba misma para garantizar el derecho a prueba.

Esta figura encuentra su fundamento tipificado en el derecho de acción como ya se ha expresado, en este sentido el derecho se consagra como un derecho fundamental, es decir consagrado en la constitución como norma superior de cada nación si no es que en todas las constituciones del mundo que estén bajo la modalidad de un estado de derecho. Por ello quiero hacer uso de la figura del derecho comparado que facilitara el desenvolvimiento del análisis y naturaleza del derecho a la **producción autónoma de la prueba anticipada**, desde una posición constitucional para luego radicar en las normativas infra constitucionales de naturaleza procesal.

La republica de España consagra el derecho de acción en su constitución bajo el

“artículo 34 “Todo Español podrá dirigir peticiones individual o colectivamente a los poderes públicos y a las autoridades, este derecho no podrá ejercerse por ninguna fuerza pública “”,

Así mismo el artículo 80 de la constitución de la republica de Honduras **reza**

“ Toda persona o asociación de personas tiene el derecho de presentar peticiones a las autoridades ya sea

⁴ ZANETI, Hermes Jr, A Constitucionalização do Processo, 2ed, Atlas, 2014 pag 107

⁵ YARSHELL, Flavio, Breves comentários ao Novo código de processo civil 2do Tiragem, revista dos tribunais, 2015 pag 1027.

por motivos de interés particular o general y de obtener pronta respuesta en el plazo legal.”

En consonancia la republica de Argentina en relación de su constitución tipifica en su articulado

Artículo 14- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

En este mismo sentido añadido el artículo (art. 5.º, XXXIII, B de la Constitución Federativa de la Republica del Brasil que reza ***“Quedan garantizados a todos, sin necesidad del pago de tasas: A) el derecho de petición ante los Poderes Públicos en defensa de derechos o contra la ilegalidad o el abuso de poder”***. Partiendo de estos preceptos constitucionales de diversas naciones, que otorgan el derecho de acción se interpreta que otorga la función del interesado a postular la búsqueda, la obtención y producción de prueba a los ciudadanos en cuanto a la petición a órganos estatales es decir en este caso el poder judicial⁶. Como el sujeto al mandato soberano administrar justicia.

3. PROCEDIMIENTO DE LA PRUEBA ANTICIPADA.

Dejando clara la función constitucional para garantizar el derecho a prueba , lo que interesa al presente artículo es primordialmente el procedimiento de la producción de la prueba anticipada, bajo el análisis de las normas infraconstitucionales y Constitucionales el cual desarrollare la primera a continuación..

⁶ YARSHELL, Flavio , Breves comentários ao Novo código de processo civil 2do Tiragem, revista dos tribunais, 2015 pag 1027.

Por esto la acción autónoma de producción de prueba anticipada, además de formar parte de un compendio de actos para tutelar el derecho a prueba, tiene ese propósito principal de una producción de prueba con anterioridad como a un litigio como regla general⁷ sin embargo esto no significa que pueda practicarse en curso de un proceso. Por ello la naturaleza de aquella, radica en un contexto de tiempo y espacio al momento de su producción, diversa, de los medios pruebas que se dirimen durante un proceso litigioso, ya que la producción de prueba anticipada se centra en producir un medio probatorio en base a una fuente de prueba que pueda ser perjudicial en el futuro, donde se desprenden principalmente presupuestos jurídicos de admisibilidad y por tanto aspectos de análisis en cuanto a la utilidad, pertinencia e licitud⁸.

De esta manera siempre bajo la lógica del derecho comparado, existen requisitos interesantes además de los mencionados para la admisión y procedimiento de la prueba anticipada, que ayudaran a desarrollar mejor el análisis y entendimiento de lo que se pretende llegar en el presente trabajo

En el caso de la normativa española la Ley de Enjuiciamiento Criminales tipifica

“Artículo 293. Casos y causas de anticipación de la prueba. Competencia. 1. Previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. 2. La petición de actuaciones anticipadas de prueba, que se formule antes de la iniciación del proceso, se dirigirá al tribunal que se

⁷ DIDIER JR, Fredie; SARNO, Paula Braga. AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS: PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E JUSTIFICAÇÃO Revista de Processo | vol. 218/2013 | p. 13 - 45 | Abr / 2013 DTR\2013\2497 pag 2

⁸ AROCA, Juan Montero, La Prueba en el Proceso Civil, Civitas, Madrid, 2002 Pag 35

considere competente para el asunto principal. Este tribunal vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria. Iniciado el proceso, la petición de prueba anticipada se dirigirá al tribunal que esté conociendo del asunto”.

En la misma línea se encuentra el derecho hondureño cuanto en el CPC/2007 su artículo 246 tipifica

“Antes de iniciar en cualquier proceso , el futuro demandante podrá solicitar la practica anticipada de algún acto de prueba , cuando se dieran razones de urgencia o existiera temor fundado de que , por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal ordinario. La solicitud se dirigirá al juez o tribunal que se considere competente para el conocimiento de la pretensión principal, que examinara de oficio su propia jurisdicción y competencia”.

El elemento principal de análisis comparativo de la solicitud será exclusivamente competente, el juez que en su caso conocería el proceso principal en relación de la prueba anticipada por lo que esta corriente normativa jurídica destaca la obligación del principio de inmediación en cuanto a la acción del proceso de la prueba anticipada y el futuro proceso litigioso, así mismo existe un elemento no menos importante y es la obligación que estas normativas imponen a los solicitantes de presentar la demanda no solamente al mismo juez si no dentro de un plazo en específico, la LEC tipifica

“Artículo 295 numeral 3 “. En los casos en que se practique prueba al amparo del apartado 1 de este artículo, no se otorgará valor probatorio a lo actuado si la demanda no se interpusiere en el plazo de dos meses desde que la prueba anticipada se practicó, salvo que se acredite

que, por fuerza mayor u otra causa de análoga entidad, no pudo iniciarse el proceso dentro de dicho plazo”

y en la misma línea el CPC/2007 hondureño tipifica

Artículo 247 numeral 2 ,”No se otorgara valor probatorio a lo actuado si la demanda no se interpusiere en el plazo de (1) mes desde que la prueba anticipada se practicó , salvo que se acredite que , por fuerza mayor o caso fortuito , no pudo iniciarse el proceso dentro de dicho plazo.

En el caso de la Argentina el Código de proceso civil y comercial tipifica, con su respectiva reforma de la Ley 25.488

Art. 326. - Los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, podrán solicitar que se produzcan anticipadamente las siguientes: 1) Declaración de algún testigo de muy avanzada edad, o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país. 2) Reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos, o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares.

3) Pedido de informes. 4) La exhibición, resguardo o secuestro de documentos concernientes al objeto de la pretensión, conforme lo dispuesto por el artículo 325. La absolución de posiciones podrá pedirse únicamente en proceso ya iniciado.

En cuanto a su producción refiere lo siguiente:

Art. 328. - Después de trabada la litis, la producción anticipada de prueba sólo tendrá lugar por las razones de urgencia indicadas en el artículo 326,

salvo la atribución conferida al juez por el artículo 36, inciso 4).

Art. 329. - Cuando sin justa causa el interpelado no cumpliera la la orden del juez en el plazo fijado, o diere informaciones falsas o que pudieren inducir a error o destruyere u ocultare los instrumentos o cosas cuya exhibición o presentación se hubiere requerido, se le aplicará una multa que no podrá ser menor de PESOS CUARENTA MIL (\$ 40.000) ni mayor de PESOS SIETE MILLONES (\$ 7.000 000) sin perjuicio de las demás responsabilidades en que hubiere incurrido.

Es notoria la influencia y similitud de la relación de las leyes citadas, en cuanto a la acción de prueba anticipada se refiere, se puede percibir un aspecto de esos atributos en las leyes procesales de España y de Honduras , con un contexto análogo a la ley argentina , sin embargo cabe destacar que la ley argentina , deja solo la producción para algunos supuestos ya expresados típicamente , por tanto limitativo, durante un proceso en curso su producción está absolutamente ligado como requisito al elemento de urgencia, , por lo que aquí entra en juego, el texto legal brasileño que viene a hacer una propuesta diferente de las tres legislaciones aludidas que es meritorio a mi criterio desarrollar con la idea de poder utilizar los mejores elementos y crear un instituto optimo que pueda mejor adaptarse a nuestras exigencias como sociedad.

En este orden de ideas el código de proceso civil Brasileño del año 1973 en adelante CPC/1973 tipificaba en sus líneas el requisito de urgencia como requisito principal de admisión sin embargo el CPC/2015 brasileño viene a innovar totalmente suprimiendo esa necesidad del requisito de urgencia y separando la acción probatoria de la urgencia⁹ trayendo consigo esa disponibilidad de otorgar a las partes una herramienta basado en el derecho autónomo de la prueba solamente para valorar sus posibilidades de un proceso futuro , es decir que exista aquellos atributos de valores en los cuales el solicitante pueda percibir la viabilidad de un futuro juicio o no. Para mejor

⁹ YARSHELL, Flavio , Breves comentários ao Novo código de processo civil 2do Tiragem, revista dos tribunais, 2015 pag 1027.

entendimiento del lector, quiero desenvolver la figura de la prueba anticipada bajo la visión del del derecho procesal Brasileño, pero para ello , necesito establecer el contexto de esta legislación y su desarrollo para entender el origen del porque el código Brasileño está trabando el instituto de la prueba anticipada de esta forma.

3. PRUEBA ANTICIPADA EN EL DERECHO PROCESAL DE LA REPUBLICA FEDERAL BRASILEÑA

El eje central, para poder realizar el comparativo de preceptos jurídicos procesales, siempre ha estado relacionado en primer punto a entender la génesis y contexto en el cual esa normativa jurídica está siendo desarrollada, por ello , es indispensable conocer desde el sistema jurídico su forma de gobierno y por tanto su ordenamiento constitucional como eje de organización nacional , en este sentido quiero dedicarle en las siguientes paginas un breve estudio estableciendo criterios históricos del desarrollo del derecho brasileño hasta la llegada del Código de proceso civil del año 2015 como norma de derecho procesal vigente.

3.1 HISTORIA DEL DERECHO, CONSTITUCIONAL Y PROCESAL A GRANDES RASGOS BRASILEÑO.

Pecaría de inocente al pensar que podría establecer todos los aspectos históricos del derecho brasileño , teniendo en cuenta el objeto de estudio de este trabajo, incluso aunque fuese una investigación destinada específicamente a este rubro, resultaría complicado, por lo que esa no es mi intención. Sin embargo mi propósito es dejar claro al lector los atributos necesarios para entender el contexto de como evoluciono el derecho brasileño y por tanto el motivo de creación de la norma procesal vigente traducida a el Código de proceso civil brasileño del año 2015.

Como punto de partida es menester hacer mención culturalmente, la conquista del territorio de lo que se conoce hoy como Brasil se llevó a cabo principalmente en el año 1500 d.c.¹⁰, primordialmente por el pueblo portugués,

¹⁰ LEITE, Ronaldo Pedrosa, Direito Em Historia, Editora Lumen Juris , Rio de Janeiro 6ta edicao, 2008 Pag 327

que ya comenzaba a instalarse en el territorio¹¹ por lo tanto la influencia de desarrollo normativo era evidente que sería de aquella nación, ahora bien, en aquel momento histórico la nación Portuguesa estaba dominado por residuos todavía de la edad media , es decir de carácter feudal, que fueron desarrollándose con cambios significativos por los momentos históricos mundiales y sus etapas¹² alrededor de varios siglos en la vida colonial del Brasil¹³ con la llegada del año 1603 las ordenaciones Filipinas comienza a tener su participación en la regulación normativa en la colonia,

Sesenta y siete años después surge la constitución del año 1891, conocida como la constitución primera de la república, principalmente orientada aquellos criterios alcanzados por la revolución francesa , que profesaban Constant y Montesquieu¹⁴ , creando así la dualidad de la denominada “justicia y de procesos” , donde ya se autorizaba a los estados legislar infra constitucionalmente en el campo procesal¹⁵.

Desde el golpe de estado ejecutado y dando surgimiento al denominado estado nuevo, entra en vigor desde el año 1937 la siguiente carta magna donde se mantiene la perspectiva de creación de normativas procesales , este mismo movimiento encomienda la realización de un nuevo código de proceso, por lo que se estableció una comisión integrada por varios juristas quienes mas destacaron fueron Goulart de Oliveira e Pedro Batista Martins dejando así el proyecto final del código de proceso civil del año 1939¹⁶.

Brasil estaba totalmente en un deterioro en cuanto a vida constitucional se refiere, y comenzaba un desarrollo del derecho procesal , por otra parte en

¹¹ LIMA, Jose Reinaldo Lopes, O Direito Na Historia – Licoes Introdutorias, Atlas , São Paulo , 5ta edicao 2014 Pag 221, Cabe destacar que este período era denominado como antiguo regimen.

¹² Etapas mundiales en un sentido amplio de la palabra es decir etapas , como , la edad media , Iluminismo , Liberalismo Etc.

¹³ LIMA, Jose Reinaldo Lopes, O Direito Na Historia – Licoes Introdutorias, Atlas , São Paulo , 5ta edicao 2014 Pag 221.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo Paes de Andrade, , Historia Constitucional do Brasil, Paz e Terra Política, Brasília, 1988, Pag 249

¹⁵ FUX, Luiz , Curso de Direito Processual Civil, Forense , Rio de Janeiro : 4ta edição, 2008, pag 48

El autor manifiesta “ Donde surge el inicio de los códigos estatales del processo civil” traduccion libre.

¹⁶ FUX, Luiz , Curso de Direito Processual Civil, Forense , Rio de Janeiro : 4ta edição, 2008, pag 49

cuanto a la dictaduras con ideales fascistas y por supuesto totalitaristas se desarrollaban bajo esta noción , en el mundo comienza a desarrollarse el segundo holocausto mundial y se hace sentir con mayor presencia las dos ideologías políticas , social y económicas denominadas como Capitalismo y Socialismo, en Brasil son formados movimientos de trabajadores con comunistas , como fuerte oposición a la dictadura de aquel entonces en la nación, además de otros sectores , por lo que las constantes presiones fueron los indicios para que la constituyente y por tanto la nueva constitución del año 1946 se hicieran eficaces en la realidad política brasileña.¹⁷

Con la llegada de la constitución brasileña del año 1967 surge con ese planteamiento de devolver la democracia a Brasil , haciendo reformas a la constitución de manera significativas , como ampliar el concepto de seguridad nacional , determinando que toda persona jurídica o física sería responsable, en cuanto al tema de la democracia concierne, además de ello ya se venía manejando, la tarea de la creación, de un nuevo código de proceso , a raíz que la morosidad , de prestación jurisdiccional , y los instrumentos previstos en código vigente de aquel entonces Código de proceso de 1939 estaba practicando en la actividad forense, por lo que en el año 1963 se le otorgo al Jurista Alfredo Buzaid , presentar un nuevo anteproyecto del código de proceso civil adaptándose a las necesidades de la sociedad , el cual en 1969 fue analizado bajo la comisión de juristas de renombre en la cultura jurídica de Brasil tal como , Machado Guimarães , José Frederico Marques y Luiz Antonio de Andrade , hasta que se convirtió en el nuevo código de proceso civil del año 1973 , conocido como CPC/73¹⁸.

Posteriormente, con la llegada de la Constitución de 1988, y hasta el momento vigente, se focalizan conceptos liberales, propiamente del estado liberal, con perspectiva de otorgar garantías individuales y colectivas, bajo el titulo de derechos y garantías fundamentales, en ella tipificada¹⁹ haciendo una fuerte connotación en respuesta de aquellos momentos de dictadura vividas por el

¹⁷ BONAVIDES, Paulo Paes de Andrade, , Historia Constitucional do Brasil, Paz e Terra Política, Brasília, 1988, Pag 349

¹⁸ FUX, Luiz , Curso de Direito Processual Civil, Forense , Rio de Janeiro : 4ta edição, 2008, pag 49

¹⁹ PAIM, Antonio. Historia do liberalismo Brasileiro. São Paulo, Mandarin, 1998 pag 219.

Brasil, que principalmente fueron ejercida por los militares como poder autoritario, lo que concluye y marca una nueva etapa.

Nunca en la historia, las constituciones habían tenido tanta relevancia si no fuese por el Estado constitucional, cabe destacar que anteriormente de este, las posibilidades de entender el derecho con una visión bajo los principios y garantías constitucionales era simplemente algo no concebible ni reconocible, al tenor que en aquellas épocas, muchos ordenamientos jurídicos que hoy conocemos como normas en una escala más baja o secundarias de la constitución, es decir infraconstitucionales tenían mayor influencia que la constitución federal misma en la sociedad.²⁰.

Con la finalización de la segunda guerra mundial, el mundo jurídico y la sociedades visualizaron que después de las atrocidades iniciadas principalmente por los estados fascista y Nazista, se contempló la idea de la comprensión de la constitucionalización del derecho²¹, sin embargo además de eso, no bastaba en virtud que, los régimen aludidos, demostraron que se podían utilizar formalmente el derecho y crear estructuras dentro de un orden jurídico para fomentar aspectos antidemocráticos y por supuesto, lesivos a los derechos fundamentales, por ello surge el estado constitucional como solución, garantizando en primer lugar una mezcla entre un estado democrático, y un estado de derecho, otorgando así una organización en términos eminentemente democráticos y el poder político orientado principalmente Y practicado por los ciudadanos²² como es notorio y enfático el estado constitucional trae consigo una visión de respeto y fomento de los derechos fundamentales, incluyendo a los derechos liberales clásicos²³

²⁰ ABELHA. Marcelo, Manual de Direito Processual Civil, 6. Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2016, Pag 7 “asi mismo continua el autor manifestando “Num passado não muito distante o codiho civil de 1916 e o código penal de 1943 eram os diplomas jurídicos mais importntes no nosso ordenamento, a constituição federal era um mero documento político dissociado dos conflitos de interesses da nossa sociedade”

²¹ ABELHA. Marcelo, Manual de Direito Processual Civil, 6. Ed, Rio de Janeiro, Forense, 2016, Pag 7 manifesta e citado autor “A compreensão desse fenômeno de constitucionalização do direito tem sua origem histórica na derrocada do Terceiro Reich, após as forcas aliadas derrotarem os alemães em maio de 1945”.

²² GEORGES, Abboud. Jurisdição constitucional e direitos Fundamentais, Sao Paulo: RT, 2011, n. 10, pag 473. MAURICIO, Fioravanti. Constitución de la antigüedad a nuestros dias, Madrid _ Trotta, 2007, n. 3.5 pag 132.

²³ NERY JUNIOR, Nelson, Direito Constitucional Brasileiro: Curso completo/ Nelson Nery Junior e Georges Abboud.—São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2017

4. CODIGO DE PROCESO CIVIL 2015 BAJO LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA FEDERAL DE BRASIL DE 1988 (CF/88).

En definitiva , entender la vigencia del Código de proceso civil del año 2015, es entender que este pasó por un filtro constitucional, de lo contrario su vigencia no sería posible, por lo que se interpreta fácilmente que sus instituciones en tesis, deben o deberían estar alineados bajo la perspectiva constitucional brasileña , Como ya he abordado los lineamientos principales para entender la lógica en la que fue desarrollado el vigente cuerpo jurídico procesal brasileño, esencialmente por los criterios democráticos dentro de su organización, incluyendo todas las instituciones estatales, en caso primordialmente el poder judicial, que es el obligado a ejercer la función de la tutela jurisdiccional, en este sentido el artículo primero de la CF/88 en sus líneas tipifica *“Todo o poder emana do povo , que o exerce por meio de representantes eleitos ou directamente , nos termos desta constituição”*²⁴ dejando claro los elementos democráticos para el desarrollo del contexto social, económico y lo que concierne al presente trabajo lo jurídico, por lo que es de estimarse que en materia procesal es decir, desde la postulación de una acción hasta la ejecución de una sentencia debe de respetarse garantías fundamentales como contradictorio , el debido proceso, Cooperacion etc, bajo la óptica de la democracia. es decir todos los preceptos legales estipulados en la ley formal vigente procesal debe de estar encaminada al aspecto democrático.

En esta misma lógica el rol del CPC/2015 bajo la luz de los atributos mencionados deben de garantizar un debido proceso. (TALAMINI, 2018) (Nery, 2018) (Fuga, 2019)según el profesor y jurista Brasileño Marcelo Albelha :

“De Forma mais simplista, tudo isso significa que em processo jurisdicional o magistrado deve atuar de forma imparcial , implementando o diálogo e a participação dos

sujeitos do processo com moralidade, lisura, transparência eficiência , contraditório, oportunizando a todos as chances processuais de acesso a prova e meios de defesa , sem esquecer que a tutela a ser prestada deve ser tempestiva , efetiva e , acima de tudo , deve prestar contas de seus atos e pronunciamentos decisórios por intermédio da fundamentação de suas decisões”²⁵

Esas gratificantes tiene su sentido exegético en consonancia a la finalidad constitucional, por ello , la interpretación que se puede hacer para legislador brasileño pareciese que está orientando una lógica de estimular y potenciar en su cuerpo jurídico procesal un rubro, de aspectos auto compositivos y heterocompositivos, primordialmente en la retórica y el dialogo que son aspectos fundamentales democráticos, por ello fácilmente se puede distinguir varios principios-normas y normas-reglas que contemplan estos criterios dentro del ordenamiento jurídico procesal, como implementación de la libertad para flexibilizar procedimientos, plazos , cargas de prueba, etc a través de consensos y mutuos acuerdos de las partes. En esa lógica amplia libertad a las partes para celebrar convenciones, que al final como resultado viene alterando e innovando en el procedimiento y el proceso civil brasileño, como procesos de diálogos, dialéctica y democraticos²⁶

5. PRUEBA ANTICIPADA BAJO EL CONTEXTO DEL CPC/2015 BRASIL.

Llegando a este acápite, que es el núcleo del presente trabajo, y al tenor de lo ya expuesto hasta aquí, es menester enfocar el procedimiento , la consistencia y el objetivo con todas sus innovaciones que trae el código de proceso civil brasileño del 2015, en cuanto a la figura de la prueba anticipada.

Procedimiento: El CPC/2015, tipifica un conjunto de normas jurídicas que intentan promover un procedimiento expedito y practico que garantice la tutela adecuada de los derechos, con la finalidad de la pacificación de conflictos

²⁵ ABELHA. Marcelo, Manual de Direito Processual Civil, 6. Ed, Rio de Jneiro, Forense, 2016, Pag 16

²⁶ WAMBIER, Luiz Rodriguez, TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de processo Civil, Teoria Geral do Processo, 17 ed atual e ampliada, Revista dos tribunais, 2018, Pág. 17

originados por la sociedad, un aspecto evidente de ello es el otorgamiento de tres artículos, que se encuentran específicamente del artículo 381 al 383, como delimitador del Capítulo de las pruebas, sección II de la producción de la prueba anticipada, del compendio legal aludido y no en las figuras cautelares que el cpc contempla, por lo que se puede inferir que el legislador de este país nunca tuvo intención de establecer a la figura de la producción anticipada de la prueba, con carácter de urgencia o cautelar²⁷

Las hipótesis principales donde cabe el derecho autónomo de producción de prueba anticipada son reguladas literalmente por el artículo 381/CPC2015 que reza lo siguiente:

Art. 381°. La producción anticipada de prueba será admitida en los casos en que:

I – exista fundado temor de que se vuelva imposible o muy difícil la verificación de ciertos hechos en la pendencia de la acción;

II – la prueba a ser producida sea susceptible de viabilizar la autocomposición u otro medio adecuado de solución de conflicto;

III – el previo conocimiento de los hechos pueda justificar o evitar la proposición de la acción.

§ 1°. El listado de bienes observará lo dispuesto en esta Sección cuando tenga por finalidad solamente la realización de documentación y no la práctica de actos de aprehensión.

§ 2°. La producción anticipada de prueba es de competencia del juzgado del foro donde esta deba ser producida o del foro del domicilio del demandado.

§ 3°. La producción anticipada de prueba no previene la competencia del juzgado para la acción que vaya a ser propuesta.

§ 4°. El juzgado estadual tiene competencia para la producción anticipada de prueba requerida frente a la Unión, de entidad autárquica o de empresa pública federal si, en la localidad, no hubiese juzgado federal.

§ 5°. Se aplica lo dispuesto en esta Sección a aquel que pretenda justificar la existencia de algún hecho o relación

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria Nery- Código de Processo Civil Comentado, 17 ed ver at, e ampl, São Paulo, Thompson Reuters Brasil Revista Dos Tribunais, 2018 Pag 381

jurídica para la simple documentación y registro, y sin carácter contencioso, quien expondrá su intención en una petición fundamentada.

Como se puede percibir, una de las innovaciones es la desvinculación del requisito de peligro en cuanto a la producción autónoma de la prueba²⁸ el artículo 381 numeral 1, solo necesita que exista un miedo de que la fuente del medio probatorio no pueda practicarse en un futuro, por lo que ratifica aún más su carácter autónomo²⁹ de un proceso principal, en esta misma lógica en cuanto a la no dependencia de un proceso principal como fundamental requisito para la admisión de la producción autónoma de la prueba fundamentado en el derecho de acción, y, en consonancia con el inciso II del artículo citado, el código en base a la idea democrática, y de fomento de autocomposición, otorga la viabilidad para que las partes puedan producir pruebas anticipadas con la idea esencial de corroborar sus chances de un posible futuro proceso y más explícitamente, si la producción de esta prueba tiene un fundamento para provocar una autocomposición entre las partes. Tal y como el profesor Eduardo Talamini expresa:

“Antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante”³⁰

En este orden de ideas tenemos que Recordar que el código trae consigo la premisa orientada al comprender que el único destinatario de la prueba no es solamente para la formación de convencimiento del juez, si no también para las partes con la finalidad de llegar acuerdos que eviten una futura acción

²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie, TALAMINI; Eduardo, DANTAS; Bruno, Breves comentários ao novo código de processo civil 2 ed, Revista dos tribunais Pag 1027 COMENTARIOS FLAVIO YARSHELL.

²⁹ SAMPAIO, Bruno Augusto Fuga; Rodrigues, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan. Produção Antecipada da Prova- questões relevantes e aspectos polêmicos- 2da edição, Londrina,PR, Thoht, 2019 Pag 118

³⁰ TALAMINI, Eduardo, **Revista dos tribunais**, | vol. 260/2016 | p. 75 - 101 | Out / 2016 DTR\2016\2399 Pág. 2

en un proceso principal³¹, que además de arrojar criterios de pacificación de conflictos bajo la idea de economía procesal y eficiencia, solamente llenaría más el poder judicial y dilataría los plazos razonables de una sentencia inmutable.

El siguiente aspecto a analizar como se viene desarrollando lógica del presente trabajo es el siguiente numeral, basado en la función de evitar o justificar una futura acción, es decir en una acción de un proceso principal, esto en el artículo 381 numeral 3 del CPC/2015, viene a confirmar lo expuesto anteriormente, es decir centra su objeto en brindar a las partes los elementos necesarios para determinar la necesidad o no de una acción futura en un juicio principal además de orientarse a formar las posibilidades de una autocomposición para ser luego idealmente homologada por el tribunal. Es evidente que la acción autónoma de producción anticipada de la prueba puede realizarse con todos los medios probatorios, sean típicos o atípicos esto en consonancia a lo que reza el artículo 369 del CPC/2015³².

Otra innovación que quiero analizar es, el aspecto de como este código entiende la competencia para esta figura jurídica, ya que expone la competencia para practicar la prueba anticipada será en donde la prueba misma deba de ser producida o en su defecto, en el domicilio del demandado esto como vía excepcional, es decir en el caso de prueba anticipada de una prueba testifical que la persona viva en casa de la otra parte³³ y al tenor de lo expuesto el CPC/2015 es claro al no ligar una conexión de competencia frente al tribunal que en su respectivo caso debería de conocer de la acción principal en el caso de que esta posiblemente existiese como ocurre en otros ordenamientos jurídicos como fue en la ley española y Hondureña pero que serán desarrollado posteriormente.

³¹ SAMPAIO, Bruno Augusto Fuga; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan. *Produção Antecipada da Prova- questões relevantes e aspectos polêmicos*- 2da edição, Londrina, PR, Thoth, 2019 Pag 118

³² Código de proceso civil Brasileño del año 2015 Art. 369°. Las partes tienen el derecho de emplear todos los medios legales, así como los moralmente legítimos, aunque no estén especificados en este Código, para probar la verdad de los hechos en que se basa en pedido o la defensa, e influir eficazmente en la convicción del juez.

³³ DIDIER JR, Fredie, , *Produção antecipada da prova: Questões relevantes e aspectos polêmicos*. SAMPAIO, Bruno Augusto Fuga; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan 2 ed. Londrina/PR: Thoth, 2019, Pag 195.

Otro elemento a analizar es la sentencia de esta acción bajo análisis, y en la defensa del mismo. Para esto el artículo 382 en su inciso

Art. 382°. En la petición, el requirente presentará las razones que justifican la necesidad de anticipación de prueba y mencionará con precisión los hechos sobre los cuales la prueba recaerá.

§ 1°. El juez ordenará, de oficio o a requerimiento de parte, la citación de los interesados en la producción de la prueba o en el hecho a ser probado, salvo si fuese inexistente el carácter contencioso.

§ 2°. El juez no se pronunciará sobre la ocurrencia o no del hecho ni sobre las respectivas consecuencias jurídicas.

§ 3°. Los interesados podrán requerir la producción de cualquier prueba en el mismo procedimiento, siempre que esté relacionada al mismo hecho, salvo si su producción conjunta acarree excesiva demora.

§ 4°. En este procedimiento, no se admitirá defensa o recurso, salvo contra la decisión que rechace totalmente la producción de la prueba discutida por el requirente originario.

Tal y como reza este artículo en su numeral dos, el juez nunca se pronunciara sobre ningún hecho y sobre ninguna consecuencia jurídica en la sentencia, es decir sobre los aspectos de posible derecho material afectado, dando por finalizado el proceso, dejando clara la posición del juez como organizador de las normas instructoras para garantizarse el derecho a la prueba, en este caso la acción de producción de prueba anticipada, al no ser de carácter contencioso, pero si con la lógica de la jurisdicción voluntaria, a pesar de esto, no significa que no se pueda hacer una tutela provisoria en el caso de urgencia de la prueba producirse³⁴ bajo las reglas contempladas en el CPC/2015 por ello cabe destacar que este criterio en sentido estricto si cabria recurso de agravio según la legislación brasileña, al tenor que puede existir la posibilidad

³⁴ DIDIER JR, Fredie, , Produção antecipada da prova: Questões relevantes e aspectos polêmicos. SAMPAIO, Bruno Augusto Fuga; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan 2 ed. Londrina/PR: Thoth, 2019, Pag 195.

que el juez se adelante a la decisión del mérito o sobre el contenido mismo de la prueba³⁵

, por lo que la idea en cuanto la posición de la defensa del reo o demandado, simplemente tiene la posibilidad de presentar defensa en cuanto a la competencia del órgano jurisdiccional o jurisdicción, o cuestiones de forma, mas no puede pronunciarse bajo alguna cuestión de fondo recordando que la prueba anticipada está orientada a las hipótesis ya expresadas.

6. CONCLUSION.

Abordado este camino , por diversas normas jurídicas procesales en diferentes partes de la región y del mundo , puedo concluir que es notorio a pesar de entender el proceso como cultura , es vital usar la figura del derecho comparativo porque muchas veces arroja elementos interesantes que pueden ser objeto de discusiones para mejorar nuestros sistemas a la tutela jurisdiccional, en este caso el instituto de la prueba anticipada como derecho autónomo con elementos interesantes en cuanto a requisito de urgencia , la destinación y orientación para fomentar la autocomposición , y evitar acciones futuras por considerar sus posibilidades , así como la eliminación total de la competencia a un tribunal, que de existir una acción futura sea el mismo que conoció tenga que volver a conocer de esta acción, como resultado no fue la excepción, por ello tomando como referencia el reciente código de proceso civil del año 2015 estudiado constantemente por muchos juristas brasileños muchas de sus respuestas son innovadoras en muchos de sus instituciones, por esto mi propuesta en este artículo no es crear cambios directamente en nuestras legislaciones, mi propuesta está más orientada a generar debates y discusiones para posibles cambios en la legislación de nuestras naciones en el ámbito de derecho procesal , ya que esa es una de las visiones que la academia tiene en cuanto a transformaciones y evoluciones como nación, al final en el presente artículo dejo los elementos lanzados para poder incentivar discusiones y poder así

³⁵ YARSHELL, Flavio, WAMBIER, Teresa Arruda; DIDIER JR, Fredie, TALAMINI; Eduardo, DANTAS; Bruno, Breves comentários ao novo código de processo civil 2 ed , Revista dos tribunais Pag 1043

proponer un modelo de criterios cubiertos de los derechos abordados o inclusive extenderlos y de ser posible viabilizar en nuestros sistemas jurídicos procesales nacionales.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBELHA, M. (2016). *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- ANDRADE, P. P. (1988). *Historia Constitucional do Brasil*. Brasilia: paz e terra.
- Aroca, J. M. (2002). *La prueba en el proceso Civil*. Madrid: Civitas.
- BRAGA, F. D.-P. (2013). *ACOES PROBATORIAS AUTONOMAS*. SAO PAUL: REVISTA DE PROCESSO.
- CAMBI, E. (2001). *Direito Constitucional a prova no processo civil*. Sao Paulo: Revista dos tribunais.
- Fuga, B. A. (2019). *Produccao antecipada da prova . questoes relevantes e aspectos polemicos*. Londrina- PR: Thoth.
- FUX, L. (2008). *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- GEORGES, A. (2011). *Jurisdicao Constitucional e direitos Fundamentais*. Sao Paulo: revista dos tribunais.
- JR, F. D. (2019). *Produccao antecipda da prova : quesoos relevantes e aspectos polemicos*. Londrina/pr: Toth.
- JR, H. Z. (2014). *A CONSTITUCIONALIZACAO DO PROCESSO*. POR ALEGRE: ATLAS.
- JUNIOR, N. N. (2017). *DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO*. SAO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS.
- LEITE., R. P. (2008). *DIREITO EM HISTORIA*. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS.
- LOPEZ, J. R. (2014). *O DIREITO NA HISTORIA*. SAO PAULO: ATLAS.
- Nery, N. N.-R. (2018). *Codigo de Processo Ciivil Comentado*. Sao Paulo: Thompson Reuters revista dos tribunais.
- PAIM, A. (1998). *HISTORIA DO LIBERALISMO BRASILEIRO*. Sao Paulo: mandarin.
- TALAMINI, E. (2016). *Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015*. Revista dos tribunais.
- TALAMINI, L. O.-E. (2018). *Curso Avancado de processo civil - Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais.
- Yarshell, F. (2015). *Breves Comentarios ao novo Codigo de processo civil*. Sao Paulo: 2015.