

Los Derechos fundamentales en la construcción del Derecho Privado contemporáneo brasileño a partir del Derecho Civil-Constitucional¹

Luiz Edson Fachin²

Sumario: 1. Introducción; 2. De la codificación a la constitucionalización; 3. Posibilidades y paradojas ante el nuevo Código Civil; 4. Inventario mínimo para explicitar los caminos de la construcción del Derecho Privado contemporáneo brasileño; 4.1. Existencia, validez y eficacia: a partir de la metáfora de los planos clásicos; 4.2. El trípede fundante del posible sentido de constitucionalización; 5. Derechos Civiles Constitucionales y pluralismo doctrinario; 6. Conclusión.

¹ El presente ensayo intenta hacer una reflexión sobre la reciente experiencia doctrinaria del Derecho Civil brasileño y trata de los presupuestos epistemológicos para la comprensión de las premisas de la conformación normativa-principiológica de los derechos de la personalidad y de las relaciones existenciales en general.

² Profesor Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la *Universidade Federal do Paraná* y de la *Pontifícia Universidade Católica do Paraná*, Curitiba, Paraná, Brasil; Doctor en Derecho de las Relaciones Sociales por la PUC/SP (*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*); miembro de la ISFL (*International Society of Family Law*), de la *Associação Andrès Bello de Juristas*; del IAB (*Instituto dos Advogados Brasileiros*), de IAP (*Instituto dos Advogados do Paraná*) y de la APLJ (*Academia Paranaense de Letras Jurídicas*); autor de diversas obras y artículos.

Introducción

El debate en el que se entrelazan los derechos fundamentales, los nuevos derechos y las relaciones existenciales (ahí se incluyen los derechos de la personalidad) ha suscitado la problematización de las premisas que han sido realzadas debido a la incidencia de esos derechos sobre las relaciones interprivadas. Dicha incidencia marca el rumbo de la construcción del Derecho Privado contemporáneo en Brasil y se ha instituido fundante de un catálogo mínimo del Derecho Civil-Constitucional brasileño.

Hay que, por consiguiente, examinar tales premisas y verificar, dentro de ese ámbito, cómo está el actual *estado del arte* en la doctrina brasileña reciente, de modo crítico y constructivo. Esta verificación se ajusta al arquetipo de un ensayo, y de esa junción entre fines y medios, ha resultado la presente reflexión.

Antes de nada, hay que subrayar que en el Derecho Civil-Constitucional se evidencian tres superaciones: la del monismo de las fuentes, la de la rigidez literal de la hermenéutica, y la de la significación monolítica de institutos y figuras jurídicas fundantes de la radiografía de las relaciones sociales, como el contrato, la familia y la propiedad. Se aprehende como método, un procedimiento dialéctico que problematiza y que se basa en la crítica y en la permanente reconstrucción de los sentidos que se le atribuyen al campo jurídico.

Con esta baliza prosigue el presente análisis.

2. De la codificación a la constitucionalización

Es imprescindible previamente hacerse una precisión de la travesía espacio-temporal.

No se trata más de sustentar la reconstrucción del Derecho Privado brasileño en torno a la idea de *codificación*, sino de la relevancia de los códigos como signos lingüísticos culturales y sociológicos. Por eso se demarcan nuevas fronteras, un ejemplo de

ello es la interpenetración de los espacios públicos y privados reconocidos en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia.

Véase a modo de ejemplo, la regulación del bien de familia y de los derechos fundamentales. Si partimos de una premisa asumidamente controvertida, la de que el acceso a la vivienda es un derecho fundamental de naturaleza prestacional, una investigación de carácter Civil-Constitucional tratará de evidenciar que apenas una hermenéutica extensiva del bien de familia (sea legal o voluntario) contribuirá para la efectividad de ese derecho, sistematizando decisiones que problematicen dicho asunto.

Además, se someterá a debate, en el campo de la realización de los derechos fundamentales y en el de la incidencia del principio de la *reserva de lo posible*, así como trayéndose a colación, los principios de la ponderación y el de la prohibición de retroceso, que son los medios e instrumentos para el acceso al bien de familia y no tan sólo a la tutela del bien ya existente.

3. Posibilidades y paradojas ante el nuevo Código Civil

Especialmente tras la vigencia del Código Civil brasileño en 2003, es legítimo que bajo el pensamiento crítico del Derecho Civil contemporáneo se traigan a colación desafíos y perspectivas, horizontes nuevos o renovados, ante ese evento, cuyo valimiento es patente.

La paradoja que hizo emerger el Código de 2003 ante la principiología axiológica de índole constitucional –como ya hemos tenido la oportunidad de destacar - enriquece el debate, y destaca la índole no lineal de la cultura jurídica.

Ochenta y cinco años después del Código de 1916, la ley n. 10.406, de 10 de enero de 2002, reedita, con actualizaciones y algunos cambios, el paradigma insular de la codificación privada. Se sirve, *à la carte*, en el embarque rumbo al siglo XXI una estada que abriga el porvenir en el pretérito. Se relanza el modelo de la unidad monológica sobre la estructura de 1916 y se compilan, bajo las vestiduras de un proyecto moderno, premisas

que iluminan el modelo pasado. No se puede ignorar la relevancia de ese evento ni reducirlo a la expresión de adorno erudito.

No obstante, la base por la que discurre la reconstrucción del Derecho Privado es otra. La edificación de un tiempo que conjuga la vigencia de la Ley n. 10.406/02 con la pedagogía dialógica de la teoría y de la enseñanza jurídica crítica del Derecho Civil y que sugieren, de cara al evento del nuevo Código Civil, profundizar sobre cuestiones que aprehenden y sobrepasan la reforma codificadora y en ella no instalan sus límites.

Así, además de proseguir en la consolidación de los presupuestos de la crítica que, bajo el palio de aquella principiología axiológica de índole constitucional, reconstruye de manera permanente las premisas del Derecho Civil en movimiento, la expansión del campo que se dedica a lo contemporáneo le recomienda proyectos, líneas de investigación y labores docentes que son traductores de las posibilidades interinstitucionales y multidisciplinares de la excavación intelectual, colectiva y singular.

4. Inventario mínimo para explicitar los caminos de la construcción del Derecho Privado contemporáneo brasileño

En este sentido, en un sencillo texto-síntesis, se pretenden plantear aquí dos catálogos mínimos para designar los caminos de la construcción del Derecho Privado contemporáneo a la luz de los presupuestos y del hilo conductor del Derecho Civil-Constitucional de la experiencia brasileña: por un lado, la triple configuración espacio-temporal de la metódica del Derecho Civil-Constitucional en los planos de la existencia, de la validez y de la eficacia; por otro lado, las tres dimensiones de la *constitucionalización* del Derecho Civil para darle un sentido emancipador al Derecho contemporáneo brasileño.

4.1. Existencia, validez y eficacia: a partir de la metáfora de los planos clásicos.

En la construcción del Derecho Privado brasileño, el Derecho Civil-Constitucional, como método y significado, existe, es válido y eficaz en la doctrina, en la legislación y en la

jurisprudencia. Los planos de la *existencia*, *validez* y *eficacia* se toman mediante préstamo metafórico de la contribución indeleble de la doctrina brasileña, que emana de clásicos autores, como Pontes de Miranda y Orlando Gomes.

Conviene empezar por el delineado de la existencia, lo cual, a su vez, se triparte también: primero, en la cognición objetiva del fenómeno siendo así, la génesis del centro irradiador se ubica en el texto constitucional, pero sin resumirse apenas a él; segundo, la autoridad que la denominación le inculcó a la producción jurídica nacional; y en tercer lugar, aunque pueda parecer paradójico, la resistencia episódica que el contexto expía en los debates doctrinarios es la demostración, *a contrario sensu*, de la propia substancia de lo que se refuta.

De la existencia, se migra, prontamente, para el *script* de la validez del Derecho Civil-Constitucional brasileño. El principio democrático y la dimensión material del texto constitucional es el certificado de que en la confrontación de la *validez* del Derecho Civil contemporáneo, desde el punto de vista de su legitimidad, se revela la coherencia de la construcción que recoge la fuerza creadora de los hechos a través de la porosidad constitucional.

Apremia examinar meticulosamente, en ese caminar, el plano de la eficacia. En lo concerniente a la eficacia, cabe esclarecer, desde ya, sin perjuicio de que la Constitución y los derechos fundamentales se aplican a las relaciones interprivadas con la mediación realizada por la actuación jurisdiccional en el ejercicio de los deberes de protección, que también un hecho innegable es la eficacia directa e inmediata de la norma constitucional en las relaciones pertinentes al Derecho Civil. Sustentar lo inverso es hacer de la Constitución algo parecido a una *letra muerta*.

La jurisprudencia viene paulatinamente aprehendiendo esa nueva racionalidad y engendrando su concretización bajo una perspectiva simultáneamente tópica y sistemática.

He aquí la primera exposición tricotómica de efecto puramente didáctico para poner fin a esta reflexión que está en marcha. Sin embargo, todavía hay más.

4.2. El trípode fundante del posible sentido de constitucionalización

Cumple, pues, en el otro trípode, abalanzarse sobre los tres sentidos de la *constitucionalización* (formal, substancial y prospectiva).

Se puede empezar por la dimensión formal, como se explica a continuación. La Constitución Federal brasileña de 1988 al haber sido aprehendida apenas en dicho horizonte se ha reducido al texto positivado, a pesar del relieve, ciertamente, con el que se reviste el discurso jurídico normativo positivado. Es el primer peldaño, elemental reglamento prominente, necesario, pero insuficiente.

Sobrepasar ponderar, así pues, la estatura substancial que se encuentra por encima de las normas positivadas, tanto como de los principios expresos que pueden, eventualmente, actuar como reglas además de ser *mandatos de optimización*. Complementa y suplementa el rumbo hacia el norte formal al que anteriormente nos hemos referido, caminando hacia adelante hasta tener la capacidad de inserir en el sentido de *constitucionalización* los principios implícitos y aquéllos derivados de principios o reglas constitucionales expresas. Estos dos primeros niveles, conjugados entre sí, son el ámbito comprensivo de la percepción intrasistemática del ordenamiento.

No obstante, el desafío es aprehender de manera extrasistemática el sentido de posibilidad de la *constitucionalización* como acción permanente, posibilitada por la fuerza creativa de los hechos sociales que se proyectan sobre el Derecho, en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, a través de la cual los significados se construyen y se refundan de modo incesante, sin juicios apriorísticos de exclusión. En ese procedimiento, emerge el más relevante de esos horizontes que es la dimensión prospectiva de esta travesía. El compromiso se firma con esa constante travesía que capta los sentidos histórico-culturales de los códigos y reescribe, por intermedio de la *resignificación* de esas balizas lingüísticas, los límites y las posibilidades emancipadoras del propio Derecho.

5. Derechos Civiles Constitucionales y pluralismo doctrinario

Parece legítimo, por consiguiente, reconocer la existencia de *Derechos Civiles* de índole constitucional, anclados en percepciones aproximadas al diseccionar crítico que es informado por el movimiento de la problematización en el trípole *de las titularidades, del tránsito jurídico y del proyecto parental*.

Es esa pluralidad la que puede albergar el *diálogo entre las fuentes*, tal y como lo han traducido con perceptibilidad impar los estudios que desafían los lindes del Derecho Civil contemporáneo y las conquistas expresivas del Derecho del Consumidor. Por igual, presentemente, *quién* contrata ya no contrata sólo con *quién contrata*, y el que contrata ya no contrata apenas *lo qué contrata*, a través de una superación subjetiva y objetiva de los conceptos tradicionales de las partes y del objeto contractual, remodelado, incluso, por el sitio jurídico que lo puede ocupar la buena fe.

Esta porosidad hace que el Derecho permeable por la fuerza constructiva de los hechos se refugie de manera acentuada en el gobierno jurídico contemporáneo de las relaciones familiares, así como en la superación del dogmatismo de los modelos que de antemano han sido instalados en arquetipos desfasados, en la valorización socio-afectiva parental, en la interdisciplinariedad entre saberes diversos (derecho, antropología, historia y psicoanálisis) y además, en los desafíos de secuelas jurídicas patrimoniales y personales que ante la finitud de la vida demandan interrogaciones sucesorias valoradas por el sentido de persona concreta y por los desafíos de la biotecnología.

Relevo paritario que tiene el debate acerca de la prestación de derechos fundamentales como la vivienda y el espacio urbano, así como respecto a los derechos de la personalidad de cara a los derechos humanos, del trasplante de órganos y del estatuto jurídico del cuerpo en el *cuerpo del derecho*.

Se reviste ese mirar de la construcción del Derecho Privado contemporáneo por el bies de la doctrina crítica del Derecho Civil, en este singular *locus* se presenta al debate la enseñanza jurídica y la metodología que suscitan los saberes coligados.

En este momento hay una *contabilidad* sin números en el balance transitorio que se presencia, mencionando a los caminantes aquí presentes y no podemos olvidar hacer referencia, aunque sin citar nombres, a muchos que, en sus estaciones y paradas, integran la misma jornada, por el camino trillado en Brasil.

6. Conclusión

Si se parte de las titularidades absolutas, de definiciones insípidas, de dogmatismos inaceptables, de adjetivaciones perfunctorias, el Derecho Civil brasileño contemporáneo presenta hoy más de lo que un debate sobre límites exógenos de la propiedad y del contrato, y sin teorización profundizada de los límites internos, endógenos, reclama eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

En virtud de esa propagación que, además de la eficacia horizontal, ha vinculado a los particulares con los derechos fundamentales se ha abierto un espacio, dentro de la doctrina y en la jurisprudencia, para esa legítima actuación interprivada de modo directo e inmediato, y no apenas de forma indirecta o mediata.

Se ha superado el recelo de la “colonización del Derecho Privado” por los espacios públicos, fruto de la timidez del constitucionalismo tradicional. Se ha llegado, con efecto, a la aplicación de los derechos, libertades y garantías en las relaciones entre particulares también.

Sin la necesidad de una nueva metodología propia que tome el lugar de la dogmática antigua, esa incidencia eficaz (*rectius*: aplicación), directa e inmediata, hace del principio constitucional al mismo tiempo regla y norma con intensidad suficiente para iluminar los casos concretos y darle una ocasión a la jurisprudencia creadora y constructiva.

Además de la estructura de sus institutos fundantes, como la propiedad, la posesión, la familia, el contrato y la responsabilidad civil, pasando por el filtro del caso concreto, el ordenamiento jurídico de carácter civil-constitucional, en el Brasil contemporáneo, no se ciñe a seguir las directrices constitucionales como si todavía fuesen *meros consejos*, ni edifica una nueva *fattispecie* hermenéutica.

Lo que hace, eso sí, es construir una permanente interrogación que anhela, siempre, saber *para qué sirve y a quién sirve el Derecho*.

Si la respuesta es encontrar una sociedad justa, fundada en la igualdad material, en la superación de los dogmatismos conceptuales y de la rigidez de los códigos, y que tenga seriamente en cuenta la tutela efectiva de los derechos fundamentales, sin recitar el neolegalismo positivista revestido de las teorías que, en el presente, se prestan a encubrir viejos matices, estaremos de acuerdo.

Y en ese concierto, abierto y plural, que substancialmente ha sido atravesado por el irrestricto respeto a la diversidad, desprovisto de *verdades* coronadas de dogmas, que el tiempo de este espacio recoge en la lección, según la cual “es imprescindible prepararse para la reconstrucción del Derecho Civil”³.

³ PERLINGIERI, Pietro. En la página 34 de la obra *Perfis de Direito Civil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 2002.