

# EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TECNICA PROCESAL IDÓNEA PARA EL DERECHO MATERIAL Y PARA LA REALIDAD SOCIAL

Luiz Guilherme Marinoni<sup>o</sup>

## 1. LA PERSPECTIVA OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las normas que consagran los derechos fundamentales afirman valores, los cuales inciden sobre la totalidad del ordenamiento jurídico y sirven para iluminar las tareas de los órganos judiciales, legislativos y ejecutivos. En ese sentido, es posible decir que tales normas implican una valoración de orden objetivo<sup>1</sup>.

La norma de derecho fundamental, independientemente de la posibilidad de su subjetivación, siempre contiene una valoración. El valor del contenido, revelado de modo objetivo, se exploya necesariamente sobre la comprensión y la actuación del ordenamiento jurídico. Se atribuye a los derechos fundamentales, así, una eficacia irradiante.

Afirmar la doble dimensión –objetiva y subjetiva– de los derechos fundamentales no significa decir que el derecho subjetivo proviene del derecho objetivo. Lo que importa dejar en claro, aquí, es que las normas que establecen derechos fundamentales, si pueden ser subjetivadas, no pertenecen solamente al sujeto, sino a todos aquellos que forman parte de la sociedad. En efecto, como explica Vieira de ANDRADE, los derechos fundamentales no pueden ser pensados sólo desde el punto de vista de los individuos, en cuanto facultades o poderes de los cuales éstos son titulares, sino valen jurídicamente también desde el punto de vista de la comunidad, como valores o fines<sup>2</sup>.

Una de las más importantes consecuencias de la dimensión objetiva está en imponer al Estado un deber de protección de los derechos fundamentales. Este deber de protección relativiza «la separación entre el orden constitucional y el orden legal, permitiendo que se reconozca una irradiación de los efectos de estos derechos (*Austrahlungswirkung*) sobre todo el ordenamiento jurídico»<sup>3</sup>. El Estado queda obligado a proteger los derechos fundamentales mediante, por ejemplo, normas de prohibición o de imposición de conductas. Así, la norma que prohíbe la venta de productos reputados nocivos a la salud del consumidor

---

<sup>o</sup> Profesor Titular en la Universidad Federal de Paraná. Pos-Doctor por la Universidad de Milan. Visiting Scholar en la Columbia University.

<sup>1</sup> Como dice Cristina QUEIROZ, «las normas constitucionales reconocedoras de derechos fundamentales no garantizan sólo derechos subjetivos, sino incluso principios objetivos básicos de orden democrático y constitucional del Estado de Derecho» (*Direitos Fundamentais. Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora. 2002, p. 71).

<sup>2</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 144-145.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações*. En: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2002, p. 209.

o la norma que obliga a la instalación de un equipo antipolución para evitar un daño al medio ambiente.

La norma de derecho fundamental, al instituir un valor, y así influir sobre la vida social y política, regula el modo de ser de las relaciones entre los particulares y el Estado, así como las relaciones entre los sujetos privados. En esta última perspectiva, es posible pensar en la eficacia de los derechos fundamentales al interior de las relaciones entre los particulares<sup>4</sup>.

## 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU EFICACIA HORIZONTAL Y VERTICAL

No es admisible confundir las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales con su eficacia horizontal y vertical. La dimensión objetiva es contrapuesta a la dimensión subjetiva y tiene como fin explicar que las normas de derechos fundamentales –además de poder estar referidas a un derecho subjetivo– también constituyen decisiones valorativas de orden objetivo. Por eso, es correcto hablar de las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales cuando son consideradas las relaciones entre el Poder Público y los particulares (eficacia vertical) o las relaciones entre particulares (eficacia horizontal)<sup>5</sup>.

En efecto, cuando se habla de la eficacia vertical y horizontal, se desea aludir a la distinción entre la eficacia de los derechos fundamentales sobre el Poder Público y la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares. Existe eficacia vertical en la vinculación del legislador y del juez. Hay eficacia horizontal –también llamada «eficacia privada» o «eficacia en relación a terceros»– en las relaciones entre particulares, aunque se sustente que, en el caso de manifiesta desigualdad entre dos particulares (hipótesis de poder económico social), también existe relación de naturaleza vertical.

El problema de la eficacia horizontal es que en las relaciones entre particulares hay dos (o más) titulares de derechos fundamentales, y por eso en ellas es imposible afirmar una vinculación (eficacia) semejante a aquella que incide sobre el Poder Público<sup>6</sup>. De cualquier forma, también ante la eficacia en relación a los particulares, es válida la distinción entre la dimensión objetiva y la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales. Así, además de la incidencia de las normas, como valores objetivos, sobre las relaciones entre particulares, un particular puede afirmar su derecho en relación a otro,

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina. 1993, p. 590 y ss; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 270 y ss; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. En: *A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria del Advogado. 2000, p. 107 y ss.

<sup>5</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 273-274).

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, cit., p. 155.

consideradas las particularidades de la situación concreta y la eventual colisión de derechos.

Hay una gran discusión sobre la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Hay quienes sustentan que los derechos fundamentales poseen eficacia inmediata sobre las relaciones entre los particulares y otros sólo mediata.

Cuando se piensa en eficacia mediata, se dice que la fuerza jurídica de los preceptos constitucionales solamente se afirmarían, en relación a los particulares, por medio de los principios y normas de derecho privado. Esto ocurriría a través de normas de derecho privado, aunque dictadas en razón del deber de protección del Estado<sup>7</sup>. Además de ello, los preceptos constitucionales podrían servir como principios de interpretación de las cláusulas generales y conceptos indeterminados susceptibles de concretización, pero siempre dentro de las líneas básicas del derecho privado<sup>8</sup>.

De acuerdo con los teóricos de la eficacia inmediata, los derechos fundamentales son aplicables directamente en relación a los particulares. Además de normas de valor, tendrían importancia como derechos subjetivos ante entidades privadas portadoras de poderes sociales o ante individuos que tengan posición de supremacía en relación a otros particulares. Otros, yendo más lejos, admiten la incidencia inmediata de los derechos fundamentales en relación a personas «comunes». Lo que importa, en esta última perspectiva, es que se dispensa la intermediación del legislador –y así las reglas de derecho privado– y se elimina la idea de que los derechos fundamentales podrían ser tomados sólo como reglas de interpretación<sup>9</sup>.

Sin embargo, como esclarece Vieira de ANDRADE, «lo que se debe entender por *mediación* en la aplicabilidad de los preceptos constitucionales a las relaciones entre iguales es, finalmente, la necesidad de conciliar esos valores con la *libertad* general y la libertad negocial en el derecho civil»<sup>10</sup>. Según su entendimiento, no es feliz la expresión aplicabilidad *mediata*, que se confunde con eficacia *indirecta*, cuando lo que se quiere afirmar es un imperativo de *adaptación y armonización* de los preceptos relativos a los derechos fundamentales en su aplicación a la esfera de relaciones entre individuos

---

<sup>7</sup> Según CANOTILHO, para la teoría de la eficacia mediata «los derechos, libertades y garantías tendrían una eficacia indirecta en las relaciones privadas, pues su vinculación se ejercería *prima facie* sobre el legislador, que estaría obligado a regular las referidas relaciones obedeciendo a los principios materiales positivizados en las normas de derecho, libertades y garantías» (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 593).

<sup>8</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 276-277.

<sup>9</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 278 y ss; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina. 1993, p. 593 y ss;; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000, p. 120 y ss.

<sup>10</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 289.

iguales, teniendo en cuenta la autonomía privada, en la medida en que es (también) constitucionalmente reconocida»<sup>11</sup>.

Como ya fue dicho, el derecho de protección tiene como destinatario al Estado, que queda obligado a dictar normas para proteger el derecho del particular en relación a otros particulares. Cuando una de esas normas de protección no es cumplida, surge en el particular –por ella protegido (p.e., derecho del consumidor)<sup>12</sup>– el derecho de volverse contra otro particular que no la observó. De este modo, el derecho de acción del particular –en estas hipótesis– podrá ser ejercido también en el caso de amenaza de violación (acción inhibitoria).

En ese último caso, existe una ley, por debajo de la Constitución, que regula las relaciones entre los particulares. Sin embargo, esta ley establece sólo una *presunción* de que los intereses en juego son tratados de forma equilibrada, *presunción* que puede ser puesta en duda al afirmarse que la regulación, definida por la ley, confronta a *otra norma de derecho fundamental*. Tratándose de una ley restrictiva, además de los valores constitucionales que justifican la restricción, debe ser enfocada *desde el otro derecho* (que debe tener un núcleo esencial protegido). En esta hipótesis, aunque la eficacia del derecho fundamental suponga la participación de la ley infraconstitucional, el verdadero problema es *el de la armonización entre el derecho fundamental protegido por la norma y la autonomía privada*<sup>13</sup>.

Pero, cuando no hay ley (regulando la situación de forma directa), no se puede pensar que los derechos fundamentales no inciden sobre el particular y así no puedan ser inmediatamente tomados en consideración por el juez. Sucede que, *también en este caso*, el juez deberá procurar *la necesidad de armonización entre el derecho fundamental y la autonomía privada*. O mejor, en esta situación, para dar aplicación a los derechos fundamentales, el juez podrá recurrir a los conceptos abiertos del derecho privado, apreciándolos con el auxilio de los valores constitucionales o, si fuera el caso, tomar en consideración los principios generales, valiéndose *una vez más de la regla de la armonización*, siempre que se pueda afirmar «que hay un valor o interés constitucionalmente relevante que se contrapone a la eficacia normativa absoluta del precepto constitucional (normalmente la autonomía privada)»<sup>14</sup>.

### 3. LA LLAMADA MULTIFUNCIONALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Cuando la atención recae sobre la subjetividad de los derechos fundamentales, adquieren relevancia las diversas funciones que pueden ejercer. Aquí no hay

---

<sup>11</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 290.

<sup>12</sup> Una muestra del deber de protección del Estado en relación al consumidor puede ser vista en el trabajo de MARQUES, Cláudia Lima. *Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de «ações afirmativas» em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso*. En: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (Org. Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

<sup>13</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 291.

<sup>14</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 291.

más preocupación en afirmar –toda vez que esto ya fue esclarecido– que generalmente conviven, en la norma de derecho fundamental, las perspectivas objetiva y subjetiva. Lo que importa dejar en claro es que una misma norma de derecho fundamental –además de poder poseer las perspectivas referidas– puede contener diversas funciones. Lo que interesa, en este momento, es destacar la llamada multifuncionalidad de los derechos fundamentales y la importancia de una clasificación que, tomando en cuenta su función, pase a resaltar la importancia del desenvolvimiento del tema.

Si entre las más importantes clasificaciones funcionales están las de ALEXY y CANOTILHO, es justo decir que, en el Brasil, merece referencia la clasificación emprendida por Ingo Wolfgang SARLET. Estas tres clasificaciones dividen los derechos fundamentales en dos grandes grupos: los derechos de defensa y los derechos a prestaciones.

Los derechos fundamentales fueron vistos, en la época del constitucionalismo de matriz liberal-burguesa, sólo como el derecho del particular a impedir la injerencia del Poder Público en su esfera jurídica, es decir, como derechos de defensa. Sin embargo, lo que importa, aquí, son los llamados derechos a prestaciones, ligados a las nuevas funciones del Estado ante la sociedad. Es justamente en relación a los derechos a prestaciones que existe alguna diferencia entre las clasificaciones.

CANOTILHO divide al grupo de los derechos a prestaciones, inicialmente, en derechos al acceso y utilización de prestaciones del Estado. Estos son divididos en derecho originario a prestaciones y derecho derivado a prestaciones.

Aludiendo al derecho *originario* a prestaciones, explica CANOTILHO: «se afirma la existencia de derechos originarios a prestaciones cuando: (1) a partir de la garantía constitucional de ciertos derechos (2) se reconoce, simultáneamente, *el deber del Estado de creación* de los presupuestos materiales indispensables para el ejercicio efectivo de estos derechos; (3) y la facultad del ciudadano de exigir, de forma inmediata, *las prestaciones constitutivas de estos derechos*. Ejs.: (i) a partir del derecho al trabajo ¿puede derivarse el deber del Estado en la creación de puestos de trabajo y la pretensión de los ciudadanos a un puesto de trabajo?; (ii) en base al derecho de expresión, ¿es legítimo derivar el deber del Estado en crear medios de información y de colocarlos a disposición de los ciudadanos, reconociéndose a éstos el derecho de exigir su creación?»<sup>15</sup>.

Al tratar los derechos *derivados* de las prestaciones, CANOTILHO esclarece que, «a medida que el Estado va concretizando sus responsabilidades a fin de asegurar prestaciones existenciales de sus ciudadanos (fenómeno que la doctrina alemana designa como *Daseinsvorsorge*), resulta, de forma inmediata: el derecho de igual acceso, obtención y utilización de todas las instituciones públicas *creadas* por los poderes públicos (ej.: igual acceso a las instituciones de enseñanza, igual acceso a los servicios de salud, igual acceso a la utilización de las vías y transportes públicos); el derecho de igual cuota-parte (participación) *en las prestaciones proporcionadas por estos servicios o instituciones a la comunidad* (ej.: derecho de cuota-parte a las prestaciones de

---

<sup>15</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 543.

salud, a las prestaciones escolares, a las prestaciones de reforma e invalidez)»<sup>16</sup>.

Como se ve, los derechos derivados son aquellos que presuponen el cumplimiento de las prestaciones originarias. Esto queda claro, en el escrito de CANOTILHO, a partir de la referencia a la sentencia que, en Portugal, declaró inconstitucional la norma que pretendió revocar parte de la ley que creó el «Servicio Nacional de Salud»: «*a partir del momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) las tareas constitucionalmente impuestas para realizar un derecho social, el respeto constitucional de esto deja de consistir (o deja de consistir sólo) en una obligación positiva, para así transformarse o pasar también a ser una obligación negativa. El Estado, que estaba obligado a actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la realización dada al derecho social*»<sup>17</sup>.

Sin embargo, además de los derechos al acceso y utilización de las prestaciones del Estado (subdivididos en derecho originario y en derecho derivado), CANOTILHO prosigue en su clasificación afirmando que los derechos a prestaciones también deben ser vistos como derechos a la participación en la organización y el procedimiento. En ese punto, CANOTILHO alude a la necesidad de «democratización de la democracia» a través de la participación directa en las organizaciones, lo que exigiría procedimientos. Dice él: «los ciudadanos permanecen apartados de las organizaciones y de los procesos de decisión, de los cuales depende finalmente la realización de sus derechos: de ahí la exigencia de participación en el control de las jerárquicas, opacas y antidemocráticas empresas; de ahí la exigencia de participación en las estructuras de gestión de los establecimientos de enseñanza; de ahí la exigencia de participación en la empresa y en los medios de comunicación social. A través del *derecho de participación* se garantizaría el derecho al trabajo, la libertad de enseñanza, la libertad de prensa. Quiero decir: ciertos derechos fundamentales adquirirán mayor consistencia si los propios ciudadanos *participasen en las estructuras de decisión; ‘durch Mitbestimmung mehr Freiheit’* (a más participación mayor libertad)»<sup>18</sup>.

ALEXY, entre tanto, divide el grupo de los derechos a prestaciones en derechos a prestaciones en sentido amplio y derechos a prestaciones en sentido estricto. Los derechos a prestaciones en sentido estricto están relacionados con los derechos a las prestaciones sociales, en cuanto que los derechos a prestaciones en sentido amplio presentan otra división: derechos a la protección y derechos a la organización y al procedimiento<sup>19</sup>. ALEXY anota que todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a una prestación. De esa manera, el derecho a prestaciones sería la exacta contrapartida del derecho de defensa, sobre el cual recae todo el derecho a una acción negativa, vale decir, a una omisión por parte del

---

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 541-542.

<sup>17</sup> Idem, p. 542.

<sup>18</sup> Idem, p. 547.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997, p. 419 y ss.

Estado<sup>20</sup>. Si la diferencia entre la prestación y el derecho de defensa es nítida, los derechos a las prestaciones deben significar, según ALEXY, más que derechos a prestaciones fácticas de naturaleza social, debiendo englobar, igualmente, derechos a prestaciones normativas, tales como la protección por medio de normas de derecho penal (por ejemplo) o la emisión de normas de organización y procedimentales<sup>21</sup>.

Y es aquí que parece importar, también para fines didácticos, el problema relativo al derecho ambiental. Hay quien piensa que el derecho ambiental no es un derecho fundamental, sólo por no estar incluido en el Título II de la Constitución Federal, lo que no merece mayores consideraciones, según lo dicho cuando se trató de la fundamentabilidad material de los derechos fundamentales. No obstante, hay otros que entienden que el derecho ambiental es dependiente sólo de prestaciones fácticas estatales, que podrían ser encuadradas entre las prestaciones en sentido estricto. Sucede que el derecho ambiental exige mucho más que esto. El medio ambiente no requiere solamente de medidas fácticas para su conservación y mejoramiento, sino también de medidas normativas destinadas a su protección y dirigidas a permitir la participación en la organización a través de procedimientos adecuados<sup>22</sup>.

La clasificación de Ingo Wolfgang SARLET igualmente destaca los derechos a la protección, los derechos a la participación en la organización y procedimiento y los derechos a prestaciones en sentido estricto, colocándolos como un grupo – el de los derechos a prestaciones– al lado de los derechos de defensa. A partir de la formulación de ALEXY, Ingo deja en claro que el individuo no posee solamente derecho de impedir la intromisión (derecho a un no hacer), sino también el derecho de exigir acciones positivas por parte del Estado<sup>23</sup>. Como es obvio, el derecho de impedir no se puede confundir con el derecho de exigir. Por ejemplo: el derecho del consumidor, así como el derecho ambiental, exige medidas positivas de protección, las cuales pueden consistir en normas de naturaleza penal, administrativa o también en una actuación concreta de los Poderes Públicos<sup>24</sup>.

Refiriéndose a los derechos en la organización y en el procedimiento, subraya Ingo que ahí el problema estaría en la posibilidad de exigir al Estado «la emisión de actos legislativos y administrativos destinados a crear órganos y establecer procedimientos, o incluso medidas que busquen garantizar a los individuos la participación efectiva en la organización y en el procedimiento»<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 427.

<sup>21</sup> Idem, p. 428.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 429.

<sup>23</sup> Abordando los derechos fundamentales según el deber correlativo, ver MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais - Conceito, Função e Tipos*. São Paulo: RT. 2003, p. 149 y ss.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 195.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 200.

#### 4. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

El art. 5º, XXXV, de la Constitución Federal, afirma que «la ley no excluirá del conocimiento del Poder Judicial la lesión o amenaza a un derecho». Se entiende que esta norma garantiza a todos el derecho a una prestación jurisdiccional efectiva<sup>26</sup>.

Su importancia, dentro de la estructura del Estado Democrático de Derecho, es de fácil asimilación. Es sabido que el Estado, como producto de la prohibición de la autotutela, asumió el monopolio de la jurisdicción. Como contrapartida de esta prohibición, confirió a los particulares el derecho de acción, hasta hace poco tiempo comprendido como derecho a una solución de fondo.

La concepción del derecho de acción como un derecho a una sentencia de fondo no podía tener una vida muy larga, toda vez que el juzgamiento de fondo solamente tiene importancia –como debería ser obvio– si el derecho material involucrado en el litigio fuera realizado, además de reconocido por el Estado-Juez. En este sentido, el derecho a la sentencia debe ser visto como un derecho al proveimiento y a los medios ejecutivos capaces de dar efectividad al derecho sustancial, lo que significa un derecho a la efectividad en sentido estricto.

Sin embargo, no hay que olvidar, cuando se piensa en el derecho a la efectividad en sentido lato, que la tutela jurisdiccional debe ser oportuna y, en algunos casos, tener la posibilidad de ser preventiva. Antiguamente, se cuestionaba la existencia de un derecho constitucional a la tutela preventiva. Se decía, simplemente, que el derecho de ir al Poder Judicial no incluía el derecho a la «liminar», es decir, que el justiciable no podía afirmar la lesión a un derecho y verlo apreciado por el juez.

Actualmente, mediante la inclusión de la locución «amenaza a un derecho» en la formulación del denominado principio del acceso a la jurisdicción, ya no cabe duda alguna de que el derecho a la tutela jurisdiccional es capaz de impedir la violación del derecho<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Sobre la relación entre proceso civil y derechos fundamentales, ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. «Quadro teórico referencial para um estudo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais em face do direito processual.» En: *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar*, v. 5, n. 2, p. 261 y ss; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. «O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.» En: *Revista de Direito Processual Civil*. v. 26, p. 653 y ss.

<sup>27</sup> Al tratar la cuestión de la prohibición de la concesión de tutela urgente por el legislador ordinario, escribimos: «Es de observar que la existencia efectiva de *periculum in mora* se predica respecto del mérito y no del derecho a la tutela. El derecho a la tutela urgente, por tanto, no puede ser suprimido por norma infraconstitucional, para un determinado caso concreto, con base en la afirmación de que no existe *periculum in mora*. La medición del *periculum in mora* no puede ser sustraída del conocimiento del Poder Judicial y conducida al plano de la norma, bajo pena de desacato al derecho a la adecuada tutela jurisdiccional. El Supremo Tribunal Federal, al apreciar el ‘pedido de medida cautelar’ en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 223-6-DF, que tuvo por objeto la Medida Provisoria 173/90 –que prohibió la concesión de liminares y la ejecución provisoria de la sentencia en las acciones cautelares y en los mandatos de seguridad– concluyó, a través de la óptica del control de la



---

razonabilidad de las leyes, que no debería ser diferida la medida postulada. El Ministro Sepúlveda Pertence, relator del auto, afirmó 'que la solución estará en el manejo del sistema difuso, porque en éste, en cada caso concreto, ninguna medida provisoria puede sustraer al juez de la causa de un examen de la constitucionalidad, inclusive bajo el prisma de la razonabilidad, de las restricciones impuestas bajo su poder cautelar, para que, si entendiera abusiva esta restricción, o si la entendiera inconstitucional, conceda la liminar, dejando de dar aplicación, en el caso concreto, a la medida provisoria, en tanto que, en relación a aquel caso, la juzga inconstitucional o abusiva'. Ahora, es obvio que es posible el control difuso de la constitucionalidad. Lo que no es viable es la apreciación de la Medida Provisoria en vista de diferentes casos concretos presentados al juez. Es que en esta hipótesis el juez se estará adentrando en el fondo y, por tanto, admitiendo la tutela y la consecuente inconstitucionalidad de la Medida Provisoria, para después poder afirmar que admite la constitucionalidad de la Medida Provisoria porque inexistente, por ejemplo, *periculum in mora*, o porque la restricción a la tutela es razonable. En realidad, no es posible el control de razonabilidad de la restricción sin el examen de mérito. Se hace evidente, por tanto, que el objeto de la acción de inconstitucionalidad o del control difuso de la constitucionalidad, solamente puede ser la posibilidad de la eliminación, en abstracto, de la tutela de urgencia. El análisis de esta cuestión solamente puede ser hecha en abstracto y no en vista de diferentes casos conflictivos concretos. El Ministro Moreira Alves afirmó que 'la innovación que la actual Constitución introdujo en el inc. XXXV del art. 5º (la alusión expresa a la amenaza a un derecho: «la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o amenaza a un derecho»), difícilmente podrá llevar a la conclusión de que la ley no podrá restringir la utilización de medidas liminares porque, con esto, se estaría suprimiendo parcialmente una de las especies de proceso (el proceso cautelar) y, por tanto, de cierta manera, excluyendo de la apreciación del Poder Judicial la amenaza a un derecho. En efecto, para que no hubiese duda de que la prohibición de apreciación por parte del Poder Judicial alcanzaba no sólo al derecho ya violado (lesión de derecho), sino también al derecho sólo amenazado (lo que da margen inclusive a acciones como las de mandato de seguridad, declarativa, relativas a la amenaza a la posesión, para los que consideran a ésta como un derecho, acciones estas que no pertenecen al ámbito del proceso cautelar), este inciso de la actual Constitución mencionó, expresamente, la amenaza a un derecho. Pero, con eso, ¿sería impedido que se restringiese el uso de medidas liminares o de otros procedimientos especiales, desde que no se optase porque, al menos por acción ordinaria, el Poder Judicial apreciase la lesión o amenaza a un derecho, pues lo que está vedado es excluir de apreciación, eliminar, no admitir o privar, lo que no sucede, evidentemente, si por medio ordinario se admite tal apreciación? De este modo, si se diera la extensión extraordinaria que algunos pretenden dar a ese precepto constitucional, se tendría que la simple prohibición de apreciación por parte del Poder Judicial de la lesión del derecho ya impediría cualquier restricción a las medidas liminares, que no son utilizables, sólo, para desviar, provisoriamente, la amenaza a un derecho, sino, también para evitar, provisoriamente, la persistencia a la lesión a un derecho, como ocurre con la liminar que suspende acto administrativo calificado de ilegal y que ya produjo la lesión a un derecho (como lo que impidió la entrega de mercadería importada)'. Con el debido respeto, no se puede afirmar que es posible restringir el uso de la liminar desde que la lesión o la amenaza a un derecho pueda ser apreciada a través de una acción ordinaria. Es por demás evidente que determinadas situaciones de derecho sustancial solamente se compatibilizan con tutelas de urgencia. Y las tutelas urgentes, para estos casos, concretizan el derecho a la adecuada tutela jurisdiccional. La restricción del uso de la liminar, por tanto, significa una lesión evidente al principio de acceso a la jurisdicción. De lo contrario, tendríamos que razonar con un dato absurdo, es decir, con la posibilidad de establecerse (a través de la ley), de forma absoluta, la inexistencia de la necesidad de tutela urgente para determinados casos, lo que significaría sustraer de la valoración del juez, y transplantar para el dominio de la norma, la propia verificación de la existencia del *periculum in mora*. Ahora, si la norma preceptúa que está prohibida la concesión de liminar, aquélla está, en otras palabras, afirmando que jamás existirá necesidad de tutela urgente, es decir, está valorando aquello que solamente puede ser objeto de la cognición del magistrado» (MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, 12ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 159 y ss).

En realidad, esta conclusión es un poco más que obvia, especialmente en función de los derechos inviolables, algunos erigidos como derechos fundamentales por la propia Constitución. En otros términos, el derecho a la tutela inhibitoria está contenido en la propia estructura de la norma que instituye algunas especies de derechos, pues no hay cómo concebir la existencia de una norma que otorgue un derecho inviolable sin conferir un derecho a la inhibición del ilícito.

Como se ve, el derecho a la inhibición del ilícito está en el plano del derecho material, pues proviene de la sanción que compone la propia norma que otorga el derecho y no de la esfera del derecho procesal. El proceso es solamente técnica para la prestación de la tutela inhibitoria, pues esta última ya está garantizada por el derecho material. Sin embargo, si el proceso, frente a la naturaleza de algunas situaciones de derecho sustancial, no estuviera configurado para viabilizar el otorgamiento de tutela inhibitoria al que tiene derecho, ciertamente estará negando el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional preventiva.

Importa, todavía, el derecho a la tutela jurisdiccional oportuna<sup>28</sup>. El derecho a la oportunidad no sólo tiene que ver con la tutela anticipatoria, sino también con la comprensión de la duración del proceso de acuerdo con el uso racional del tiempo procesal por parte del demandado y del juez.

La tutela del derecho generalmente es conferida al actor al final del procedimiento, cuando la sentencia es estimatoria, como es obvio. Cuando hay un fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación, se admite que el actor pueda, cuando le fuera posible demostrar la probabilidad del derecho que afirma poseer, requerir la *anticipación de la tutela anhelada*. Mas, ésta es sólo una de las especies de tutela anticipatoria. Las otras dos, vale decir, la basada en el abuso de derecho de defensa (art. 273, II, CPC) y la fundada en una falta de controversia en una parte de la demanda (art. 273, 6º, CPC), tienen íntima relación con la necesidad *de distribución de la carga del tiempo del proceso*.

Pretender distribuir el tiempo implica verlo como carga, y esta comprensión exige la previa constatación de que no puede ser visto como *algo neutro o indiferente* al actor y al demandado. Si el actor precisa de tiempo para recibir el bien de la vida que persigue, es lógico que el proceso –evidentemente en el caso de sentencia estimatoria– será tanto más efectivo cuanto más rápido. De modo que la técnica anticipatoria basada en abuso de derecho de defensa o en una falta de controversia en una parte de la demanda posee el objetivo fundamental de dar un trato racional al tiempo del proceso, permitiendo que

---

<sup>28</sup> Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional oportuna, específicamente en relación con la idea de «*ragionevole durata*» de los procesos, expresamente presente en el nuevo art. 111 de la Constitución italiana, ver TARZIA, Giuseppe. *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. 2001, p. 1 y ss; TARZIA, Giuseppe. *Il giusto processo di esecuzione*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. 2002, p. 329 y ss; TARZIA, Giuseppe. *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*. *Giurisprudenza Italiana*. 2001, p. 2430 y ss; CHIARLONI, Sergio. *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. 2000, p. 1010 y ss; CAIANELLO, Vincenzo. *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. 2001, p. 42 y ss; BOVE, Mauro. *Art. 111 Cost. y «giusto processo civile»*. En: *Rivista di Diritto Processuale*. 2002, p. 479 y ss.

decisiones sobre el mérito sean tomadas en su curso, desde que se presente el abuso del derecho de defensa o la falta de controversia en una parte de la demanda. Por tanto, se parte de la premisa de que no es racional obligar al actor a soportar la demora del proceso cuando hay abuso del derecho de defensa o cuando una parte de la demanda pueda ser definida en el curso del proceso.

Sin embargo, como ya se ha anunciado, la cuestión de la oportunidad no se reduce a la problemática de la tutela anticipatoria, debiendo ser siempre analizada a partir de la utilización racional del tiempo del proceso por el demandado y por el juez. Si el demandado tiene derecho a la defensa, no es justo que su ejercicio extrapole los límites de lo razonable. De la misma forma, habrá lesión al derecho a la oportunidad en caso el juez entregue la prestación jurisdiccional en tiempo injustificado a las circunstancias del proceso y a la estructura del órgano jurisdiccional.

Para resumir, basta evidenciar que hay un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, oportuna y, cuando hubiere necesidad, preventiva. La comprensión de este derecho depende de la adecuación de la técnica procesal a los derechos, o mejor, de la visualización de la técnica procesal a partir de las necesidades del derecho material. Si la efectividad (en sentido lato) requiere adecuación y la adecuación debe traer efectividad, lo cierto es que los dos conceptos pueden ser decompuestos para explicar mejor la necesidad de adecuación de la técnica a las diferentes situaciones de derecho sustancial. *Si se reflexiona a partir de aquí se hace más fácil visualizar la técnica efectiva, si se busca que su optimización y su efectividad ocurran del modo menos gravoso para el demandado.*

Tal derecho no podría dejar de ser concebido como fundamental, toda vez que el derecho a la prestación jurisdiccional efectiva es consecuencia de la propia existencia de los derechos y, de este modo, la contrapartida a la prohibición de autotutela. El derecho a la prestación jurisdiccional es fundamental para la propia efectividad de los derechos, toda vez que estos últimos, frente a situaciones de amenaza o agresión, siempre dependen de su plena realización. No es por otro motivo que el derecho a la prestación jurisdiccional efectiva ya fue proclamado como el más importante de los derechos, precisamente por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos.

## 5. LA UBICACIÓN DEL DERECHO A LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EN LA CLASIFICACIÓN FUNCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como es fácil percibir, en función de los ítems que trataron del aspecto funcional de los derechos fundamentales y del derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, éste no puede ser pensado como un derecho de defensa, es decir, como derecho de naturaleza negativa, toda vez que consiste, como es evidente, en un derecho a exigir una prestación del Estado.

Si esto es obvio, algunas dudas pueden surgir en función de la idea de derechos a prestaciones. El derecho a la prestación jurisdiccional efectiva no puede ser visto como un derecho a una prestación fáctica y tampoco sólo

como i) el derecho a la técnica procesal adecuada, ii) el derecho de participar a través del procedimiento adecuado o iii) el derecho a la respuesta del juez. En realidad, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva engloba esos tres derechos, pues exige una técnica procesal adecuada (norma procesal), la institución de un procedimiento capaz de viabilizar la participación (p.e., acciones colectivas) y, finalmente, la propia respuesta jurisdiccional.

Nótese, en primer lugar, que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene relación con la posibilidad de participar y por eso presupone un derecho a la participación (el *Teilhaberecht* de los alemanes). En esta línea, la necesidad de participación hace a CANOTILHO conectar el procedimiento colectivo con el derecho a un procedimiento justo<sup>29</sup>. Se trata de un procedimiento capaz de conferir la posibilidad de participar en la protección de los derechos fundamentales y en la reivindicación de los derechos sociales.

Sucede que esta participación debe ser hecha a través de un *procedimiento idóneo para la protección de los derechos*, incluso porque el derecho a la protección no exige solamente normas de contenido material, sino igualmente *normas procesales*<sup>30</sup>. Esto quiere decir que el derecho a la protección de los derechos fundamentales tiene como corolario el derecho a la preordenación de las técnicas adecuadas a la efectividad de la tutela jurisdiccional, las cuales no son más que respuestas del Estado a su deber de protección.

Sin embargo, el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo requiere la consideración de los derechos de participación y de la emisión de técnicas procesales adecuadas, que se dirijan a la obtención de una prestación del juez. Esta *prestación del juez, así como la ley*, también puede significar, en algunos casos, la concretización del deber de protección de los derechos

---

<sup>29</sup> «El derecho a un procedimiento justo implicará hoy la existencia de procedimientos colectivos (*Massenverfahren* en la terminología alemana), posibilitadores de la intervención colectiva de los ciudadanos en la defensa de derechos económicos, sociales y culturales de gran relevancia para la existencia colectiva (ejemplo: 'procedimientos de masas' para la defensa del ambiente, de la salud, del patrimonio cultural, de los consumidores). Se trata, aquí, de un tipo de procedimiento que apunta a satisfacer los mismos objetivos de la acción popular de naturaleza jurisdiccional, y, por eso, debe considerarse incluido en el ámbito de protección del artículo 52°/3 de la CRP» (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 665).

<sup>30</sup> Como escribe ALEXY, «una comparación de los derechos al procedimiento en sentido estricto con los derechos a las competencias de derecho privado muestra claramente los diferentes objetivos que se persiguen en el ámbito de la organización y del procedimiento. Mientras que los derechos a las competencias de derecho privado aseguran, sobre todo, la posibilidad que puedan realizarse determinadas acciones iusfundamentalmente garantizadas, *los derechos al procedimiento en sentido estricto sirven en primer lugar, para la protección de posiciones jurídicas existentes frente al Estado y frente a terceros. Por ello, es posible tratar a estos últimos también dentro del marco de los derechos a la protección*» (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 474). Ingo SARLET también resalta la importancia de las reglas procesales para la realización del derecho de protección: «se impone la referencia al hecho que bajo la rúbrica de derechos a prestaciones en sentido amplio, se consideran excluidos los derechos en sentido estricto (derechos a las prestaciones fácticas), y se encuadran fundamentalmente los derechos a las prestaciones normativas por parte del Estado, *que pueden incluir tanto derechos a la protección mediante la emisión de normas jurídico-penales, como el establecimiento de normas de organización y procedimiento*» (*A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 194-195).

fundamentales por parte del Estado. La diferencia es que la ley es una respuesta abstracta del legislador, mientras que la decisión es respuesta del juez ante el caso concreto. Es decir, hay derecho, debido por el Estado-legislador, a la emisión de normas de derecho material de protección, así como de normas de derecho que instituyen técnicas procesales capaces de propiciar efectiva protección<sup>31</sup>. Mas el Estado-Juez también posee deber de protección, que realiza en el momento en que expide a su decisión con respeto por los derechos fundamentales.

Entre tanto, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, cuando se dirige contra el juez, no exige *sólo la efectividad de la protección de los derechos fundamentales*, sino que la tutela jurisdiccional sea prestada de manera efectiva *para todos los derechos*. Tal derecho fundamental, por eso mismo, no requiere *sólo de técnicas y procedimientos adecuados para la tutela de los derechos fundamentales*, sino *de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos*. De manera que la respuesta del juez no es sólo una forma de dar protección a los derechos fundamentales, sino una manera de dar tutela efectiva a toda y cualquier situación de derecho sustancial, inclusive a los derechos fundamentales que no requieren protección, sino solamente prestaciones fácticas del Estado (prestaciones en sentido estricto o prestaciones sociales).

Como se ve, aunque la respuesta del juez siempre atienda al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, solamente en algunos casos el objeto de la decisión es otro derecho fundamental, ocasión en que, en realidad, existe el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional al lado del derecho fundamental puesto en decisión del juez. Cuando este otro derecho fundamental requiere de una protección, no hay duda que la decisión configura una evidente prestación jurisdiccional de protección. ¿Y en el caso en que la decisión no trate de un derecho fundamental? Nótese que, aunque el juez, en ese caso, no decida sobre un derecho fundamental, obviamente responde al derecho fundamental a la efectiva tutela jurisdiccional. En esta hipótesis, como la prestación del juez no decide sobre un derecho fundamental, aquélla deberá ser considerada a través del propio derecho fundamental a la tutela jurisdiccional.

Si el juez no tiene sólo la función de resolver litigios, sino también la de velar por la idoneidad de la prestación jurisdiccional, sin poder resignarse a aplicar la técnica procesal que pueda conducir a una tutela jurisdiccional no efectiva, es cierto decir que su deber no se reduce a una mera respuesta jurisdiccional, sino exige la prestación de una tutela jurisdiccional *efectiva*. Es decir, el deber del juez, así como del legislador, al instituir la técnica procesal adecuada, está vinculado al derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional,

---

<sup>31</sup> En sus seminarios en el Curso de maestría en Portugal, CANOTILHO destacó la importancia de la interdependencia relacional entre derechos fundamentales y el procedimiento (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. En: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXVI, p. 151 y ss).

comprendido como un derecho necesario para que se dé protección a todos los otros derechos.

En ese sentido, comprendida la necesidad de tutela –entendida como protección– de los derechos a través del proceso jurisdiccional, es correcto pensar que el juez y el legislador, al velar por la técnica procesal adecuada a la efectividad de la prestación jurisdiccional, prestan protección a los derechos y, en consecuencia, al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, los cuales, si no fuese de esta manera, de nada valdrían.

El justiciable no está obligado a contentarse con un procedimiento no idóneo para la tutela jurisdiccional efectiva, pues su derecho no se reduce a la posibilidad de acceso al procedimiento legalmente instituido. En efecto, el derecho a la tutela jurisdiccional no puede estar limitado al derecho a igual acceso al procedimiento establecido, o *al concepto tradicional de derecho de acceso a la justicia*. No es suficiente decir que todos deben tener iguales oportunidades de acceso a los procedimientos y a los abogados y, de esta manera, a la efectiva posibilidad de argumentación y producción de prueba.

¿Será que el derecho a la tutela jurisdiccional es sólo el derecho al procedimiento legalmente instituido, no importando su capacidad de atender de manera idónea al derecho material? Ahora, no tiene cabida entender que hay derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, sino que ese derecho puede ver su efectividad comprometida si la técnica procesal ha sido instituida de modo que es incapaz de atender al derecho material. Imaginar que el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de ir al juez a través del procedimiento legalmente fijado, poco importando su idoneidad para la efectiva tutela de los derechos, sería invertir la lógica de la relación entre el derecho material y el derecho procesal. Si el derecho de ir al juez se reduce a la dependencia de la técnica procesal expresamente presente en la ley, es el proceso el que dará los contornos del derecho material. Debe ocurrir exactamente lo contrario, en tanto que el primero sirve para cumplir los designios del segundo. Esto significa que la ausencia de una técnica procesal adecuada para cierto caso conflictivo concreto representa una hipótesis de omisión que atenta contra el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Si el deber del legislador de establecer un procedimiento idóneo se considera incumplido en un determinado caso concreto, el juez, a pesar de esto, obviamente no pierde su deber de prestar la tutela jurisdiccional efectiva. Por tal razón, el juez tiene el deber de interpretar la legislación a la luz del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, estando obligado a extraer de la regla procesal, siempre con la finalidad de efectivamente tutelar los derechos, su máxima potencialidad, en tanto –y esto no precisaría ser dicho– no sea violado el derecho de defensa.

Por tanto, se desea proponer, en este momento, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aún sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el juez, que entonces pasan a tener un verdadero deber de comportarse de acuerdo con el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional.

## 6. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA, EL DERECHO MATERIAL Y LA REALIDAD SOCIAL

Si el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se contenta con ser el derecho al procedimiento legalmente instituido, y si no basta razonar en términos de iguales oportunidades de acceso a la justicia, es fundamental verificar a partir de que lugar o procedimiento debe ser formado, y así cuál es el origen de tal legitimación.

Es claro que, en un primer análisis, la legitimidad del procedimiento depende de la observancia de los principios constitucionales garantizadores de la adecuada participación de las partes y del juez. Así, juez natural, igualdad, contradictorio, publicidad y motivación de las decisiones.

Aunque los principios de la igualdad y del contradictorio deben ser vistos – como no podría dejar de ser– desde una perspectiva concreta, que parte de la idea que la igualdad de participación debe tomar en consideración las desigualdades de las diferentes posiciones sociales, es indispensable analizar la realidad social y el derecho material –vale decir, la sustancia– sobre la cual el procedimiento incide. Como dice ALEXY, «los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una ‘protección jurídica efectiva’. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice *los derechos materiales del respectivo titular de derechos*»<sup>32</sup>. En realidad, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva requiere que la atención sea puesta no sólo en el derecho material, sino también en la realidad social. Por tanto, es imprescindible que el análisis considere no sólo la necesidad de una igual participación interna en el procedimiento, sino sobre todo la apertura a la participación por medio de diferentes especies procedimentales.

Tómese, aquí, la idea de procedimiento diferenciado en relación con el procedimiento ordinario; este último instituido sin tomar en consideración el derecho material ni la realidad social. Existiendo situaciones de derecho sustancial y posiciones sociales justificantes de distintos tratamientos, la diferenciación de procedimientos está de acuerdo con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Por el mismo motivo, la existencia de sólo un procedimiento para situaciones distintas atenta contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Es fácil percibir las posiciones sociales legitimadoras de la diferenciación de los procedimientos. Si el Estado posee el deber de viabilizar el acceso de todos a la justicia (y a los bienes sociales), no es difícil concluir que aquellos que merecen procedimientos (técnicas procesales) diferenciados son exactamente los que poseen dificultades de enfrentar las formalidades del procedimiento común. Con base en esta idea, por ejemplo, fue instituido el procedimiento de los Juzgados Especiales.

La otra fase del procedimiento diferenciado está ligada a las diferentes situaciones de derecho sustancial. Siendo diferentes las situaciones carecedoras de protección jurisdiccional, se torna obvia la necesidad de

---

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 472.

técnicas procesales diferenciadas, pues un único procedimiento jamás tendrá aptitud para dar cuenta de situaciones materiales distintas.

La expresión procedimiento diferenciado podría ser tomada como sinónimo de procedimiento especial. Sin embargo, buena parte de la doctrina procesal acusa a los procedimientos especiales de atentar contra la lógica de la separación entre el derecho procesal y el derecho material. Tal doctrina, entretanto, no considera el hecho que diferentes situaciones de derecho sustancial exigen procedimientos diferenciados y que, así, la pretendida uniformidad de procedimientos solamente puede ser vista como fruto de un delirio de omnipotencia del procesalista.

Ya pasó el tiempo en que bastaba estudiar la acción única y abstracta y el universo de sentencias que estaba alrededor. La idea de derecho de acción, como mero derecho a una sentencia, no tiene mucha importancia para quien está preocupado por un proceso efectivo, esto es, con un proceso capaz de dar efectividad a los derechos que precisan ser protegidos.

En la fase en que se encuentra el derecho procesal civil, es imprescindible redescubrir las relaciones entre el proceso y el derecho material, que –como bien observó DENTI– la tan proclamada autonomía de la acción y de la relación procesal acabó por oscurecer, dejando de lado la estricta dependencia de los institutos del proceso (de un proceso en determinado momento histórico) de la influencia del derecho sustancial y, por tanto, del papel que el derecho hegemónico desempeña en la sociedad<sup>33</sup>.

Si el proceso puede ser visto como instrumento, es absurdo pensar en una neutralidad del proceso en relación al derecho material y a la realidad social. El proceso no puede ser indiferente a todo esto. En este sentido, es correcto decir que *nunca hubo autonomía del proceso, sino una relación de interdependencia* entre derecho procesal y derecho material<sup>34</sup>.

## 7. CONSECUENCIAS DE LA IDEA DE DERECHO AL PROCEDIMIENTO IDÓNEO PARA EL DERECHO MATERIAL Y PARA LA REALIDAD SOCIAL

### 7.1. Técnica procesal y procedimiento adecuado

No hay manera de confundir *técnica procesal con procedimiento*. El procedimiento es *una especie* de técnica procesal destinado a permitir la tutela de los derechos. Para comprender el procedimiento, como técnica procesal autónoma, es necesario distanciarlo de la técnica anticipatoria, de las sentencias y de los medios ejecutivos. Esto porque es posible *distinguir* derecho al procedimiento de, por ejemplo, derechos a la sentencia y al medio ejecutivo adecuado.

El procedimiento, aunque pueda ser visto como garantía de técnica anticipatoria, sentencias y medios ejecutivos, puede ser analizado como algo que se *diferencia* del procedimiento ordinario de cognición plena y completa, y *en esos términos posee importancia por sí solo, independientemente de las técnicas procesales en él insertas*.

---

<sup>33</sup> DENTI, Vittorio. *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino. 1982, p. 12.

<sup>34</sup> PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacucci. 1982, p. 11.



El procedimiento, como técnica procesal autónoma, y así indiferente a la técnica anticipatoria, a las sentencias y a los medios ejecutivos, *solamente puede ser visto en la perspectiva de la aceleración de la práctica de sus actos y de la limitación de la cognición del juez.*

En esta línea, es necesario demostrar la diferencia entre la sumariedad procedimental en sentido formal y la restricción de la cognición (en el sentido material)<sup>35</sup>. Para analizarse esta cuestión, es preciso partir del procedimiento *ordinario de cognición plena y completa.*

La sumariedad formal es nada más que el resultado de la aceleración de la práctica de los actos procesales. De modo que el procedimiento sumario es representante de esa especie de sumariedad, sin embargo no limita al juez respecto del objeto cognoscible; restringiendo la producción de pruebas para ser atendida la llamada verosimilitud o cognición sumaria en sentido material. Al contrario, sólo hay un juicio final de verosimilitud respecto del objeto cognoscible en los procedimientos que se contentan con el *fumus bonis iuris* (p.e.: procedimiento cautelar).

El procedimiento de *cognición sumaria (ésta es sólo una de las especies de cognición en sentido material)* no permite el conocimiento profundo del objeto cognoscible (verosimilitud), mientras que el procedimiento formalmente sumario (art. 275 y ss. CPC) siempre posibilita el conocimiento profundo de los hechos litigiosos, aunque en un tiempo inferior a aquél que sería usado por el procedimiento ordinario; mediante la aceleración de los actos procesales.

La restricción de la cognición en el sentido material puede dar origen a varios tipos de cognición<sup>36</sup>. Como se observa, por la intensidad de la cognición en relación con el objeto cognoscible, la cognición puede ser *completa o sumaria*, conforme se admita o no *la plena producción de pruebas*. Es posible decir, en este sentido, que la cognición está siendo observada en el sentido *vertical*. Cuando se piensa en la *materia* que puede ser conocida por el juez –y no sólo en la forma (restricción o no de la producción de la prueba) a través de la cual el juez podrá llegar a un juicio sobre el objeto cognoscible– la cognición está referida a una perspectiva horizontal, y así la distinción no es más hecha en relación a la profundidad del conocimiento (en sentido vertical). Lo que importa, en esta última perspectiva, es saber cuál es la materia que puede formar el objeto de cognición, y no si la cognición puede conducir a «juicios» de verosimilitud o de certeza (porque están vinculados con la limitación o no de la producción de la prueba). Explicándolo mejor: la cognición en el sentido horizontal recae sobre «lo que» (cuál materia) puede formar el objeto cognoscible, mientras que la cognición en sentido vertical se pregunta sobre «cómo» (a través de la plenitud probatoria o no) se puede formar el juicio.

Pues bien, en lo que concierne a la cognición en sentido *horizontal*, hay *cognición plena y cognición parcial*. En efecto, la cognición plena se refiere a la amplitud del conocimiento del juez en sentido horizontal. No importa, aquí, la

---

<sup>35</sup> Sobre la diferencia entre procedimiento formalmente sumario y restricción a la cognición en el sentido material, ver FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Juicio ordinario, plenarios rápidos sumario, sumarísimo». En: *Temas del ordenamiento procesal*. Madrid: Tecnos. 1969, v. 2, p. 825-830.

<sup>36</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT. 1987, p. 85 y ss.

posibilidad de cognición completa del objeto cognoscible. La contraposición entre cognición plena y parcial debe ser comprendida a partir del plano del derecho material, pues, en determinadas hipótesis, la cognición del magistrado puede no conseguir toda la extensión fáctica del conflicto de intereses (en sentido preprocesal, obviamente). Nada impide, por esto, que el procedimiento ordinario o el procedimiento formalmente sumario sean de cognición plena o de cognición parcial.

La cognición parcial es la relativa a los procedimientos que delimitan el objeto cognoscible (la materia que puede ser conocida). Esto es hecho de dos maneras: mediante la previsión de las cuestiones que el actor puede llevar a juicio (embargos del ejecutado) o de las alegaciones que pueden ser presentadas en la contestación<sup>37</sup>. Es en relación a la restricción del contenido de la defensa, y la consecuente limitación de la materia que puede ser conocida, que los casos son más significativos.

En los procedimientos de cognición parcial, el juez queda impedido de conocer las cuestiones reservadas, es decir, las cuestiones excluidas por el legislador *para dar contenido a otra demanda*<sup>38</sup>. Sin embargo, las cuestiones *excluidas* por el legislador *siempre* podrán ser objeto de acción inversa posterior, en que serán actor y demandado respectivamente, el demandado y el actor en el primer proceso. El principio de libre acceso a la jurisdicción<sup>39</sup> (art. 5º, XXXV, CF) garantiza el derecho del demandado de llevar a juicio, como actor, las cuestiones que no puede deducir en la contestación.

A través de tal técnica es posible *investigar el valor* que está contenido en cada procedimiento. Para que esto sea posible, es necesario percibir que el procedimiento de cognición parcial objetiva privilegia la *certeza* y la *celeridad*, al permitir el surgimiento de una *sentencia con fuerza de cosa juzgada material en un tiempo inferior al que sería necesario para el examen de toda la extensión de la situación litigiosa*.

La importancia del procedimiento adecuado tiene íntima vinculación con la cognición parcial. *O mejor, el procedimiento de cognición parcial, en ciertas situaciones, es imprescindible para la adecuada tutela del derecho material y la atención efectiva de sus necesidades. Pero, en otras, no presenta justificación ante el derecho material y los valores de la Constitución Federal, constituyendo un odioso privilegio*.

Importa saber, de este modo, lo que legitima los procedimientos especiales, inclusive porque hay quien sustenta, con base en criterios denominados científicos, que no es importante la existencia de procedimientos diferenciados y, de esta manera, la utopía de un procedimiento único. Esta pretensión, fundada en deseos pseudo-científicos, solamente puede constituir una ilusión infundada, pues no hay cómo tratar de manera igual situaciones desiguales. La suposición de que un único procedimiento podría atender a todos, independientemente de sus diferencias, para que entonces fuese posible una

---

<sup>37</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, cit., p. 87.

<sup>38</sup> Ver SILVA, Ovídio Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT. 2000, v. 13, p. 48.

<sup>39</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, cit., p. 88.

mejor sistematización técnica y teórica, implica una absurda superposición de la teoría sobre las necesidades concretas de los hombres y, de este modo –en la mejor de las hipótesis– puede ser vista como un deseo egoísta.

No hay duda que, si un derecho no puede ser tutelado por medio de un procedimiento de cognición plena, le debe ser otorgado un procedimiento especial. En las acciones posesorias se limita la defensa, impidiéndose que las objeciones petitorias sean puestas en discusión. Sin embargo, el demandado, sucumbiendo en el procedimiento de cognición parcial, queda con la posibilidad de proponer acción contraria contra el vencedor. Así, se permite que el propietario, vencido en el campo posesorio, discuta sus razones de naturaleza petitoria posteriormente, por medio de la acción reivindicatoria.

Nótese que el contenido de la acción posesoria no tiene que ver con el procedimiento en sentido formal (ordinario o sumario), sino con la restricción de la discusión al dominio. Sin embargo, si la efectividad de la tutela de la posesión depende de esta limitación a la defensa, su justificación es sensible.

Pese a lo expuesto, tal vía de percepción no es suficiente. El sistema procesal se debe adecuar no sólo a las características de los derechos materiales, sino también *a las diferentes posiciones sociales de los litigantes*. La ausencia de esta adecuación, mediante la preferencia por el procedimiento único, es un defecto que ha marcado a las codificaciones procesales del derecho continental europeo –en palabras de TROCKER– demasiado preocupadas en tener un sistema directo y puro<sup>40</sup>.

A fin de verificar la necesidad de procedimientos especiales de cognición parcial y de órganos jurisdiccionales especializados es necesario considerar los valores de la Constitución Federal. El art. 3º, III, de la Constitución Federal, es claro al afirmar que uno de los objetivos fundamentales de la República Federal del Brasil es «*erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales*». Es posible dejar claro, en esta línea de argumentación, que no todo procedimiento especial instituido por el legislador es un procedimiento legítimo a la luz de los valores de la Constitución. Esto por una razón obvia: *de la misma forma que no es correcto tratar situaciones diferentes por medio de un único procedimiento, no es posible conferir procedimientos distintos a situaciones que no merecen –a la luz de los valores de la Constitución– un tratamiento diversificado*.

Si la Constitución Federal debe eliminar las desigualdades, no hay manera de aceptar un procedimiento que hace exactamente lo contrario, esto es, potencializa la desigualdad, brindando al que tiene una posición social privilegiada la oportunidad de recorrer las vías de la jurisdicción por intermedio de un procedimiento diferente del que es atribuido a las posiciones sociales «comunes».

Como ya dijimos<sup>41</sup>, los procedimientos, como todos los actos del poder público, deben estar en armonía con el principio de igualdad. El legislador infraconstitucional está obligado a diseñar procedimientos que no constituyan

---

<sup>40</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè. 1974, p. 698.

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, cit., p. 73-74.

privilegios, sino a atender a los socialmente más carentes, a estructurar procedimientos que sean diferenciados, en la medida en que la diferenciación de procedimientos es una exigencia insuprimible para un ordenamiento que se inspira en la igualdad sustancial<sup>42</sup>.

El procedimiento que no es acorde con el principio de igualdad no es *due process of law*. La cláusula del debido proceso legal no es más mera garantía procesal, transformándose, al lado del principio de igualdad, «en el más importante instrumento jurídico protector de las libertades públicas, destacando su noble función de control del arbitrio legislativo y de la discrecionalidad gubernamental, dotada de la ‘razonabilidad’ (*reasonableness*) y de la ‘racionalidad’ (*rationality*) de las normas jurídicas y de los actos en general del Poder Público»<sup>43</sup>. La cláusula del debido proceso legal en el sentido sustancial permite el control de la legitimidad de las normas jurídicas a través del principio de igualdad. Ahora, como decía San Tiago DANTAS, no todo acto legislativo formalmente perfecto es *due process of law*. Para que así sea, es necesario que este acto, en su contenido normativo, sea acorde con el principio de igualdad<sup>44</sup>.

El control de la razonabilidad de la ley, realizada en virtud de la garantía del debido proceso legal, *tiene como fin evitar leyes que sean arbitrarias, o mejor, leyes que discriminen en desatención al principio a la igualdad, o que dejen de diferenciar cuando sea necesario la observancia de este principio*. Es decir, la cláusula incluye «la prohibición al Poder Legislativo de emitir leyes discriminatorias, o que los negocios, las cosas o las personas sean tratados con desigualdad cuando sobre ellos no haya diferencias razonables, o que exijan, por su naturaleza, medidas singulares o diferenciales»<sup>45</sup>.

Hay una serie de procedimientos –apuntados por la mejor doctrina<sup>46</sup> como procedimientos especialísimos– que no tienen legitimidad alguna desde esta perspectiva de análisis. Es el caso de la ejecución privada del Decreto-ley n. 70/66 o del procedimiento de búsqueda y aprehensión del Decreto-ley n. 911/69. En este último caso, el demandado, en la contestación –según los términos del art. 3º, §2º– sólo puede «alegar el pago del débito vencido o el cumplimiento de las obligaciones contractuales». Como es obvio, esta norma limita la defensa para imprimir mayor celeridad al procedimiento. Esta rapidez es dada al actor a costa del demandado, que queda impedido –según el deseo de la ley– de discutir las cláusulas del contrato, *que consisten en una materia que podría justificar el pago de las prestaciones*. Se trata de una restricción a la amplitud de la defensa que no tiene justificación alguna, sino sólo la intención de conferir una justicia más rápida a las instituciones financieras. La restricción

---

<sup>42</sup> Como escribe TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*, cit., p. 701.

<sup>43</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siquiera. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1989, p. 31.

<sup>44</sup> DANTAS, F. C. De San Tiago. *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro: Forense. 1953, p.34

<sup>45</sup> Cf. CAMPOS, Francisco. *Igualdade de todos perante a lei*. En: *Revista de Direito Administrativo*, v. 1, p. 412.

<sup>46</sup> BECKER, Laércio Alexandre. *Contratos Bancários*, cit., p. 63 y ss.

al derecho de defensa, aquí, no encuentra legitimidad en los valores constitucionales.

Sin embargo, aunque el procedimiento de cognición parcial dé una oportunidad para alcanzar su finalidad desde la perspectiva de los valores, hay procedimientos que son instituidos con cognición parcial en razón de valores merecedores de reconocimiento. El Decreto-Ley n. 3.365, del 21 de junio de 1941 (que regula las expropiaciones por utilidad pública), afirma que la contestación sólo podrá versar sobre un vicio del proceso judicial o impugnación del precio; y que cualquier otra cuestión solamente podrá ser ventilada en acción propia (art. 20). Aunque ya haya adquirido la calidad de cosa juzgada, la ley no impide «la discusión judicial en torno del fundamento de la expropiación, en el caso de un eventual abuso por parte del Poder Público; tampoco impide que cualquier alegación sea examinada por el Poder Judicial. Sólo que tales discusiones deberán ocurrir en acción propia»<sup>47</sup>. Es evidente que la cuestión apartada de la cognición del juez –el fundamento de la expropiación– puede ser llevada al conocimiento del Poder Judicial, mediante, por ejemplo, el uso del mandato de seguridad. Lo que importa es saber si es justificable limitar la contestación a un eventual vicio del proceso y al precio. En este caso, no hay duda que la restricción a la defensa es justificable, pues el fundamento de la expropiación *está legitimado por el interés público*. Así, en el proceso en que se concreta la desposesión, no hay razón para discutir el fundamento de la expropiación, sino solamente el precio. Pero, si el expropiado desea discutir una cuestión que no puede ser objeto de la cognición del juez en la expropiación, ello será posible, evidentemente, mediante una acción inversa, con base en el principio de libre acceso a la jurisdicción.

Pensándose en términos de procedimiento adecuado, cabe considerar, por fin, la necesidad de procedimientos que viabilicen la participación de los ciudadanos, aunque por medio de entidades legitimadas, en la defensa de derechos económicos, sociales y culturales de la sociedad (medio ambiente, derechos del consumidor, patrimonio público y cultural, derechos a la educación y a la salud etc.)<sup>48</sup>. Estos son los procedimientos (caracterizados especialmente i) por conferir a entes colectivos la legitimación para la causa y ii) por tratar de forma extensiva a la cosa juzgada material) previstos en el sistema que sirve para la tutela de los derechos difusos, colectivos y individuales homogéneos, compuesto por la Ley de la Acción Civil Pública y por la parte final del CDC.

## 7.2. Derecho a la técnica anticipatoria

Por otro lado, el justiciable tiene derecho a la técnica anticipatoria. Derecho a la técnica anticipatoria quiere decir derecho a la posibilidad de requerimiento y de *obtención* de la anticipación de la tutela. En ese sentido, el derecho a la técnica anticipatoria es el derecho a la técnica procesal capaz de viabilizar la anticipación de la tutela. Explicándolo mejor: el derecho a la tutela anticipatoria no es sólo el derecho a la obtención de decisión que conceda tutela anticipatoria, *sino el derecho al bien de la vida otorgado por esa decisión*. Es

---

<sup>47</sup> RTFR, 102/94.

<sup>48</sup> Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 665.

decir, pensar en derecho a la tutela anticipatoria *implica hablar de su plena e integral efectividad*.

La técnica anticipatoria fue estructurada de diferentes formas, tornándose posible requerir la anticipación de la tutela cuando hubiere: i) temor de daño (arts. 273, I, 461, §3º y 461-A CPC y 84, 3º, CDC); ii) abuso de derecho de defensa (art. 273, II, CPC); y iii) parte no controvertida de la demanda (art. 273, §6º, CPC).

La tutela recae sobre el bien de la vida procurado por el actor. Por tanto, en principio es concedida al final del procedimiento, por la sentencia. De este modo, la tutela es, en estricto, la tutela final, que entonces debe ser clasificada en diversas especies, como quedará claro más tarde.

Solamente mediante la clasificación de las tutelas (que nada tiene que ver con la clasificación de las sentencias) es posible saber el objeto material del proceso, y así definir las reales necesidades del derecho material y, en esa perspectiva, la técnica procesal que se debe disponer. Si, en casos excepcionales –mencionados en los arts. 273, 461 y 461-A CPC y 84, CDC– la tutela (que en estricto debería ser concedida al final) puede ser concedida anticipadamente, es evidente que su naturaleza no se modificará. Por ello, para saber la naturaleza de la tutela anticipada, es preciso definir la naturaleza de la tutela final (que evidentemente se altera en función del caso concreto)<sup>49</sup>.

Cuando se requiere tutela final inhibitoria, y se pide una tutela anticipada para impedir la violación del derecho, esta tutela será, evidentemente, una inhibitoria anticipada. En los casos en que se produce un acto contrario a derecho, aunque no hubo daño (p.e., exposición a la venta de producto nocivo a la salud del consumidor), la tutela será de remoción del ilícito, conservando la misma naturaleza en el caso de anticipación.

Estas dos especies de tutelas son preventivas en relación al daño. Esto no quiere decir que, cuando ya ocurrió el daño, no se pueda pedir tutela anticipada contra el *periculum in mora*. La diferencia está en que, en esta última situación, la tutela anticipada urgente será requerida para evitar la producción de daños vinculados al daño que ya ocurrió. Por este motivo, no hay manera de aceptar la idea de que el art. 5º, XXXV de la Constitución Federal, sólo garantiza el derecho a la tutela anticipada de matriz eminentemente preventiva. Cuando esta norma garantiza la tutela anticipatoria, ella no busca solamente viabilizar la aceleración de la tutela de prevención, sino también impedir que otros daños sean ocasionados al actor en razón de la demora en la reparación del daño o de la observancia del deber o de la obligación de cumplimiento.

En el estado actual del derecho procesal civil, es erróneo pensar que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva pueda descartar los derechos a esas tutelas. Si el derecho efectivo a la prevención depende de la

---

<sup>49</sup> Nótese que, en caso de tutela inhibitoria anticipada, la prueba a ser exigida será completamente diferente de la prueba de la tutela resarcitoria anticipada (por ejemplo). Además, en el caso de tutela inhibitoria, la pretensión a la anticipación puede ser vista como regla, lo que no sucede en los casos en que la tutela final es (también, por ejemplo) resarcitoria.

anticipación o si el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no puede permitir que el actor sufra daño en razón de la demora en la concesión de la tutela jurisdiccional final represiva (la cual entonces *precisa ser anticipada*), es poco más que evidente que la tutela anticipatoria, basada en los arts. 273, I, 461 y 461-A del CPC y 84 del CDC, está contenida en ese derecho fundamental.

Mas, como ya fue dicho, sería una enorme contradicción entender que el derecho fundamental otorga el derecho a la concesión de la tutela y no su efectividad<sup>50</sup>. Cuando la tutela anticipada exige un no hacer, un hacer o la entrega de una cosa, es innegable la posibilidad de aplicación de las reglas de los arts. 461, 461-A del CPC y 84 del CDC. El problema surge cuando se piensa en la tutela anticipatoria de pago de una suma de dinero. Imaginar que la forma de ejecución de esta tutela anticipatoria debe ser hecha de acuerdo con las normas relativas a la ejecución de cuantía cierta, realizándose por medio de expropiación, no sólo es equívoco, sino perverso.

Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de una suma que surja en el curso del proceso de conocimiento donde se pide una tutela resarcitoria por equivalente en razón de un acto ilícito. Alguien podría decir que, en este caso, la anticipación de la tutela no cabe o que la suma anticipada debe ser ejecutada por medio de las reglas relativas a la sentencia de condena al pago de dinero.

Se trata de un raciocinio preocupado únicamente *en una coherencia procesal, que ignora al derecho material y a la realidad social*. Poco importa saber cuál es la regla para la ejecución de la cuantía cierta debida en razón de la sentencia, sino estar en contacto con la *necesidad* –en el plano del derecho material y de la realidad social– del lesionado que tiene que esperar un tiempo para la entrega de la tutela jurisdiccional final.

Como es obvio, la regla procesal de la ejecución de dinero por expropiación – como técnica que es– fue hecha para atender determinadas y específicas necesidades del derecho material. Por tanto, la pregunta que debe ser hecha no debe recaer sobre la técnica procesal que es utilizada en la tutela final, sino sobre las diferentes necesidades de los que requieren las tutelas final y anticipada de suma de dinero.

---

<sup>50</sup> No hay duda que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva engloba el derecho a la ejecución de las decisiones. Es en ese sentido la lección de CANOTILHO: «Finalmente, la existencia de una protección jurídica eficaz presupone la *ejecución de las sentencias* ('hacer cumplir las sentencias') de los tribunales a través de los tribunales (o, evidentemente, de otros órganos), debiendo el Estado suministrar todos los medios jurídicos y materiales necesarios y adecuados para dar cumplimiento a las sentencias del juez. Esta dimensión de la protección jurídica se hace extensiva, en principio, a la ejecución de sentencias proferidas contra el propio Estado (CRP, artículo 208°/2 y 3, y, en términos constitucionalmente claudicantes, el Decreto-Ley n. 256/-A/77, del 17 de junio, artículo 5° y sptes, y Decreto-Ley n. 267/85, del 12 de julio, artículo 95° y ss). Nótese que, en el caso de existir una sentencia vinculativa reconocedora de un derecho, la ejecución de la decisión del tribunal no es sólo una dimensión de la legalidad democrática ('dimensión objetiva'), sino también un *derecho subjetivo público* del particular, al cual deben ser reconocidos medios compensatorios (indemnización), medidas compulsorias o 'acciones de queja' (cfr. Convención Europea de los Derechos del Hombre, artículo 6°), en caso de no ejecución ilegal de decisiones de los tribunales» (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 654).

La necesidad del lesionado de recibir inmediatamente dinero no se diferencia de la necesidad de percibir alimentos fundados en el derecho de familia. El lesionado que, como producto del ilícito, precisa inmediatamente de una suma de dinero para suplir necesidades primarias, de manutención del hogar, de educación de los hijos o de la salud, no está en una situación más ventajosa de aquél que se ve en la urgencia de pedir alimentos fundados en el derecho de familia.

En otros términos, la fuente de los alimentos –derecho de familia o acto ilícito– no altera la necesidad. Si es así, no hay cómo dar medios de ejecución efectivos a un caso en concreto, olvidando el otro. *Esto constituiría una lesión al principio de igualdad*. Por esta razón, no hay cómo extraer del art. 273 del CPC la idea que la tutela anticipatoria de suma dineraria no puede ser ejecutada mediante el uso de los medios de ejecución previstos en los arts. 733 y 734 del CPC. Si la necesidad de anticipación de suma no puede ser negada – y para esto la tutela anticipatoria fue concedida– no hay razón para dejar de ejecutar la suma por intermedio de las técnicas de descuento en planilla, de descuento de renta periódica o de amenaza de prisión<sup>51</sup>.

De otro modo, no tenemos ninguna duda en sustentar que el juez puede y debe emplear –si hubiere necesidad– la multa para dar efectividad a la tutela anticipatoria de suma de dinero<sup>52</sup>. La multa, como se sabe, es una técnica que se destina a actuar sobre la voluntad del demandado, buscando, de esa forma, el cumplimiento de la decisión judicial. Así, no hay cómo negar su utilidad en los casos en que se pretende una suma de dinero.

El hecho que la multa no esté prevista expresamente en el art. 273 no puede ser interpretado como un mensaje del legislador en el sentido que su utilización sólo es posible en los casos de obligaciones de no hacer, hacer y entrega de una cosa. Esto sería lo mismo que interpretar la norma procesal en contrariedad a la Constitución Federal. Por el contrario, *la norma procesal –en cuanto comprendida en la teoría de los derechos fundamentales– debe ser interpretada conforme a los derechos fundamentales*. En otras palabras, *si un medio ejecutivo es imprescindible para la efectividad de la tutela jurisdiccional, no hay cómo negar la posibilidad de su utilización. A menos que se pretenda dejar de lado al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*.

Déjese en claro que la insistencia de la pertinencia del uso de estos medios ejecutivos parte de la premisa de la necesidad de la tutela anticipatoria de una suma; *y así su efectiva obtención*. Sin embargo, esta necesidad no existirá si el actor dice que precisa inmediatamente del dinero para atender mejor a sus negocios o actividades, *sin probar que precisa inmediatamente del dinero para no sufrir daño irreparable o de difícil reparación*. Además, la tutela anticipatoria de una suma solamente será admisible para impedir la práctica de un daño que no ocurriría si el demandado no hubiese cometido el acto que pretende ser corregido por la tutela final. O mejor: *si el daño temido no tiene relación con el acto practicado por el demandado, la anticipación de tutela no puede ser concedida. Si el actor precisa inmediatamente de dinero por razones no*

---

<sup>51</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipaço da tutela*, 7ª. ed., cit, p. 253-261.

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipaço da tutela*, 7ª. ed., cit, p. 245-249.



*relacionadas con el acto practicado por el demandado, no cabe tutela anticipatoria, pues ésta no puede ser vista como un medio para auxiliar al actor que, por motivos ajenos a la conducta del demandado, precisa inmediatamente de una suma de dinero.*

Dejándose de lado la tutela anticipatoria vinculada al peligro, cabe remitirnos a la tutela anticipatoria vinculada con el abuso de derecho de defensa y a la denominada parte no controvertida de la demanda en el curso del proceso. Estas especies de técnicas anticipatorias están vinculadas al tiempo del proceso o, más precisamente, con la distribución de la carga del tiempo del proceso.

No hay cómo negar que el tiempo del proceso perjudica al actor que tiene razón, beneficiando en la misma proporción al demandado que no la tiene<sup>53</sup>. De esa forma es eliminada la creencia en la neutralidad del tiempo del proceso. A partir del momento en que el tiempo del proceso pasa a ser admitido como carga, surge la consecuencia lógica de que no puede ser soportado por el actor, pues esto sería lo mismo que aceptar que el derecho de acción constituye una carga que recae sobre aquel que accede al Poder Judicial.

De modo que la carga del tiempo del proceso debe ser distribuida en la medida de la evidencia del derecho del actor y de la fragilidad de la defensa del demandado. Como técnica de implementación de esta idea, se piensa en las reglas del abuso del derecho de defensa y de la incontroversia, en el curso del proceso, de uno de los pedidos acumulados o de parte del pedido formulado.

En relación al abuso del derecho de defensa, el raciocinio es tomado a partir de la regla de la distribución de la carga de la *prueba*. El art. 333 del CPC, al establecer que, en relación al hecho constitutivo, la carga de la prueba<sup>54</sup> incumbe al actor, y en cuanto al hecho impeditivo, modificativo o extintivo la carga es del demandado, permite que se determine, con facilidad, cuál es la parte que precisa de la instrucción de la causa o, en otros términos, del tiempo del proceso<sup>55</sup>.

Si el CPC afirma que corresponde al demandado probar los hechos impeditivos, modificativos o extintivos, el mismo criterio debe servir de base para la distribución del tiempo del proceso, pues en esta hipótesis es el demandado, y no el actor, quien precisa de la instrucción de la causa y, consecuentemente, del tiempo del proceso. Si los hechos constitutivos están evidenciados, no hay razón para que el actor tenga que asumir el tiempo que el

---

<sup>53</sup> Ver ANDOLINA, Italo. «Cognizione» ed «esecuzione forzata» nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè. 1983.

<sup>54</sup> Sobre la carga de la prueba, ver PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, p. 223 e ss; PATTI, Salvatore. *Prove, Disposizioni generali*, cit.; MICHELI, Gian Antonio. *Onere della prova*. Padova. 1966, p. 177 et seq.; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove, Trattato di diritto privaco* (dirigido por RESCIGNO), v. 19, p. 193 et seq.; VERDE, Giovanni. *Prova, Enciclopedia del diritto*, v. 37, p. 628 et seq.; WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá. 1985; SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre. 1987, p. 281 et seq.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro. 1994, p. 112 et seq.; KARAM, Munir. *Carga de la prova: nociones fundamentales*, En: *RePro*, v. 17, p. 50.

<sup>55</sup> Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado (a parte incontroversa da demanda)*. São Paulo: Ed. RT. 2002, 5a. ed.

demandado utilizará para intentar demostrar los hechos alegados en la defensa. Es decir, al actor no puede serle impuesto el peso del tiempo que sirve únicamente al demandado<sup>56</sup>.

Giovanni SCARSELLI, analizando la cuestión a la luz del art. 2697 del CC italiano<sup>57</sup> –que trata, a semejanza del art. 333 del CPC brasileiro, de la distribución del carga de la prueba– afirma que, en la medida en que ese artículo es visto como una norma dictada por el buen sentido para una justicia distributiva de la carga probatoria, también puede ser leído *extensivamente como la disposición que reparte entre el actor y el demandado la carga en general de la actividad instructoria procesal*, que no sólo se establece respecto del aspecto estático de la prueba, sino también *al aspecto dinámico del tiempo necesario para su producción*. Así como es injusto imponer al actor la carga de la prueba de todos los hechos controvertidos, también parece irracional que a éste siempre le sea atribuido el tiempo de la duración del proceso, sin que sea posible una repartición inmediata a través de la técnica de la «condena con reserva de excepción sustancial indirecta»<sup>58</sup>.

La tutela anticipatoria, a través de la técnica de la «reserva de la cognición de excepción sustancial indirecta infundada», permite la realización anticipada del derecho, evitando que el tiempo del proceso, que sirve al demandado, tenga que ser soportado por el actor. Nótese, sin embargo, que esta modalidad de tutela anticipatoria no encuentra sustento sólo en la evidencia de los hechos constitutivos del derecho del actor, pues requiere, además, que la excepción sustancial indirecta *se muestre infundada*.

Como se ve, tal especie de tutela anticipatoria da oportunidad a la distribución del tiempo del proceso en la medida en que el demandado abusa de su derecho de defensa, presentando una excepción sustancial indirecta infundada para dilatar el momento de la realización del derecho<sup>59</sup>.

Por tanto, no hay cómo dejar de considerar la novísima y fundamental modalidad de tutela jurisdiccional prevista en el art. 273, §6º del CPC considerada una especie de tutela anticipatoria. De acuerdo con este párrafo, «la tutela anticipada también podrá ser concedida cuando uno o más de los pedidos acumulados, o parte de ellos, se muestren *incontrovertidos*».

Ante la alusión expresa a lo «incontrovertido», se podría imaginar que esta tutela solamente sería posible en caso de no contestación o reconocimiento jurídico parcial de la demanda. Sin embargo, si bien es cierto que estas dos hipótesis justifican la tutela anticipatoria, es innegable que hay otra situación

---

<sup>56</sup> Cf. SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*. Milano: Giuffrè. 1989, p. 560.

<sup>57</sup> CC italiano: Art. 2697: «*Carga de la prueba*. – Quien quiere hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyen su fundamento. Quien excepciona la ineficacia de tales hechos o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido debe probar los hechos sobre los cuales se funda la excepción».

<sup>58</sup> SCARSELLI, Giuliano. *La condanna con riserva*, cit., p. 560-561.

<sup>59</sup> Como dice PISANI, la técnica de la «condena» con reserva de las excepciones puede satisfacer la exigencia de evitar el abuso del derecho de defensa: «con base en ésta, el juez, conocidos sólo los hechos constitutivos, concede una tutela relativa al fondo, remitiendo a una fase procesal sucesiva la cognición de las excepciones del demandado» (PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene. 1994, p. 627).

capaz de hacer surgir la «incontroversia» suficiente para la concesión de la tutela, como lo dijimos en un libro publicado en 1996<sup>60</sup>.

Si un pedido acumulado (o parte de él) está evidenciado en el curso del procedimiento que aún debe proseguir para la dilucidación —a través de la producción de pruebas— de otro pedido (o de otra parte del pedido), no es razonable obligar al actor a esperar el tiempo necesario para el *término* del procedimiento, para solamente entonces poder obtener la tutela del derecho que se volvió *incontrovertido*, y que en esos términos era un «derecho evidente»<sup>61</sup>.

El derecho a la tutela jurisdiccional oportuna implica definir el pedido que está *listo* para el juzgamiento, o que *no requiere* la producción de otras pruebas para ser definido. Ahora, tal derecho (a la oportunidad) es un derecho fundamental, de modo que el proceso civil debe estar estructurado de manera que posibilite su realización plena y concreta<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Ed. RT. 1996.

<sup>61</sup> «Por ejemplo: el actor acumula dos pedidos, postulando en el primero que el demandado se inhiba de usar su marca comercial, y en el segundo que sea condenado a pagar por pérdidas y daños. El actor posee pruebas documentales del registro de la marca a su nombre que el demandado está utilizándola en su publicidad (tales pruebas están anexas a la petición inicial), sin embargo, necesita de prueba pericial para demostrar su derecho a las pérdidas y daños. En la audiencia preliminar, por no existir necesidad de otras pruebas en relación al pedido que busca la inhibición, éste se encontrará listo para el juzgamiento, dando oportunidad a una decisión fundada en cognición completa, pero el pedido relativo a las pérdidas y daños aún exigirá más tiempo de la «justicia», obligando a la producción de prueba pericial. Ahora, la pregunta que naturalmente surge es la siguiente: es *justo* obligar al actor a esperar la producción de la prueba pericial para poder obtener la tutela que implica el uso de su marca comercial. La respuesta no puede ser otra: *¡es evidente que no!* Mas si no fuera posible otorgar la tutela anticipatoria mediante el juzgamiento del pedido acumulado, y no hubiere «peligro de daño» (que da lugar a la tutela anticipatoria del art. 273, I) ¿qué hacer? La respuesta también es simple: *¡nada!* Sin ninguna duda, es posible la tutela basada en la *aparición* del derecho (art. 273, I) y es completamente equivocado suponer que no cabe tutela del derecho *evidenciado*. Alguien podría decir que la primera exige «fundado temor de daño», mientras que la no concesión de la segunda no ocasionará perjuicio alguno. *Pensar así es dejar de lado el derecho a la oportunidad de la tutela jurisdiccional y admitir que el procedimiento puede estar estructurado desatendiendo a los derechos fundamentales, lo que ciertamente es un absurdo*. Se percibe que no hay sentido en estimular al ciudadano a acumular pedidos, en homenaje al principio de la economía procesal y no posibilitar que el pedido acumulado, que se puede presentar listo para el juzgamiento antes que el otro, pueda ser definido inmediatamente. Es decir, no tiene ninguna lógica pensar que el principio de la economía procesal puede colocar en segundo plano el derecho a la tutela jurisdiccional oportuna. Si nadie osaría decir que el juez, ante la evidencia de parte del derecho postulado, debe simplemente cruzar los brazos y asistir a la producción de una prueba que solamente tiene que ver con la otra parte del derecho, *no hay cómo no admitir la tutela anticipatoria mediante el juzgamiento anticipado de la parte del pedido o de uno de los pedidos acumulados*» (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, 5ª. ed, cit, p. 150 y ss).

<sup>62</sup> Como escribe Adolfo DI MAJO, «el discurso sobre la tutela de los derechos implica pues necesariamente la reflexión sobre los medios de tutela que el ordenamiento prevé en la hipótesis de violación del derecho. El tema de la tutela tendría mero valor declamatorio si no se confrontase con las previsiones de derecho positivo sobre los medios por los que los derechos son tutelados» (DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè. 1993, p. 4).

Por tanto, hablar de «incontroversia» es pensar en la sentida y ya muy proclamada necesidad de tutela de los «derechos evidentes», vale decir, de los derechos que no exigen más esclarecimientos probatorios en el curso del procedimiento<sup>63</sup>.

### **7.3. Derecho al proveimiento adecuado**

Como la prestación efectiva de la tutela del derecho depende del proveimiento adecuado, es claro que no hay cómo hablar de derecho a la tutela sin pensar en un derecho al proveimiento que sea capaz de prestarla. Antes que nada, cabe aclarar que, cuando aludimos al proveimiento, estamos refiriéndonos a la decisión interlocutoria y a la sentencia. Evitamos hablar sólo de la sentencia debido a que la decisión interlocutoria (y no solamente la sentencia) también debe asumir formas variadas para poder tutelar de manera adecuada los derechos.

Es necesario recordar que la sentencia declarativa sólo regula formalmente una relación jurídica, y no está dotada de la capacidad de actuar sobre la voluntad del demandado. Por eso, a través de la amenaza de la práctica de ilícito, no se presenta como un proveimiento adecuado.

Por otro lado, como es sabido, la sentencia condenatoria es la única sentencia de la clasificación triádica que no basta por sí misma, *y de este modo su naturaleza fue definida –como no podría dejar de ser– a partir de los medios ejecutivos que estuvieran ligados a ella. Esta sentencia –por una serie de motivaciones culturales y políticas– fue vinculada con los medios de ejecución por subrogación tipificados en la ley<sup>64</sup>. No estuvo ligada a los medios de ejecución indirecta ni nunca permitió que el juez concediese medios ejecutivos no expresamente previstos en la ley o que la ejecución actuase sin la proposición de la acción de ejecución.*

Como la sentencia condenatoria –en su concepto– está ligada a la acción de ejecución, ella es incapaz de prestar, por ejemplo, la tutela inhibitoria y la tutela de remoción del ilícito. No hay manera de imaginar que la sentencia condenatoria –vale decir, la sentencia conceptuada como condenatoria<sup>65</sup>– sea capaz de impedir la violación de un derecho o incluso de viabilizar, de pronto y sin necesidad de la acción de ejecución, la remoción de un ilícito.

Si es así, es inevitable concluir que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva jamás podrá ser atendido por medio de los proveimientos de la clasificación triádica. Tal derecho depende de proveimientos mandamentales y ejecutivos<sup>66</sup>.

### **7.4. Derecho al medio ejecutivo adecuado**

Como la definición de la naturaleza de la sentencia depende de la consideración de los medios ejecutivos a ella ligados, se podría pensar que el

---

<sup>63</sup> Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, 5ª. ed, cit.

<sup>64</sup> Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*, São Paulo: Ed. RT. 2003, 3ª. ed., p. 309-347.

<sup>65</sup> Cuando se piensa en una clasificación en la que hay que tomar en cuenta los conceptos que llevarán a su formación, y no otros.

<sup>66</sup> Recuérdese que la definición de la naturaleza de las sentencias no puede prescindir de la consideración de sus medios de ejecución.

ítem anterior sería suficiente para englobar el derecho al medio ejecutivo adecuado.

Sucede que los proveimientos mandamental y ejecutivo pueden ligarse a *varios* medios de ejecución indirecta y directa, y así es necesario verificar el que debe ser utilizado *en el caso concreto*. Además, mediante especialmente los arts. 461 y 84 del CDC, se confiere al juez el poder de conceder un proveimiento (o medio ejecutivo) *diferente* del solicitado, quebrándose, así, *la rigidez del principio que obliga a la congruencia entre la sentencia y lo pedido*. Por fin, actualmente, en razón de los arts. 461 y 461-A del CPC y 84 del CDC, se permite al actor requerir *en la fase ejecutiva*, así como al juez imponer *de oficio* –en caso *la sentencia no fuera capaz de viabilizar la tutela*– un medio ejecutivo capaz de atender el derecho a la tutela jurisdiccional.

La plasticidad de estos proveimientos, así como la posibilidad de concesión de un proveimiento (o medio ejecutivo) distinto del solicitado y de la imposición de un medio ejecutivo diferente del que no condujo al resultado esperado, debe ser comprendida a partir de la necesidad de conferir al juez un poder suficiente para la efectivización de la tutela jurisdiccional.

La sentencia condenatoria, por naturaleza vinculada a los medios de ejecución por subrogación previstos en la ley, está ligada al llamado *principio de tipicidad de los medios de ejecución*. Según este principio, el vencedor, con la proposición de la acción de ejecución, solamente puede valerse de los medios ejecutivos *tipificados en la legislación*. Esto constituiría –como dice CHIOVENDA y confirmó DENTI<sup>67</sup> de forma crítica– *una garantía de libertad del demandado contra la posibilidad de arbitrio del Poder Público*<sup>68</sup>. Sin embargo, si la tipicidad de los medios de ejecución, como garantía contra el arbitrio del Estado-Juez, era justificable hace cien años atrás, ésta no tiene razonabilidad actualmente. El problema de la sociedad contemporánea no es sólo garantizar la libertad del individuo contra la amenaza de opresión estatal, sino viabilizar la tutela efectiva de los derechos, muchos de ellos esenciales para la sobrevivencia digna del hombre.

En razón de ello, se confiere mayor extensión y potencialidad a la efectivización de la tutela jurisdiccional. *Esto es corolario del propio derecho fundamental a la tutela jurisdiccional*. No obstante, si es innegable que el medio ejecutivo debe estar apto para proporcionar, en abstracto o en términos de efectividad social, la tutela de los derechos, *ese medio ejecutivo deberá generar la menor restricción posible a la esfera jurídica del demandado*.

---

<sup>67</sup> DENTI, Vittorio. *Il processo di cognizione nella storia delle riforme*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1993, p. 808.

<sup>68</sup> El principio de tipicidad significa que los medios de ejecución deben estar previstos en la ley, y que la ejecución no puede ocurrir a través de formas ejecutivas no tipificadas. Su objetivo es, de un lado, impedir que un medio ejecutivo no previsto en ley pueda ser utilizado y, de otro, proteger al justiciable contra la posibilidad de arbitrio judicial en la fijación de la modalidad ejecutiva. Si el justiciable sabe, en razón de una previsión legal, que su esfera jurídica solamente podrá ser invadida a través de determinadas modalidades ejecutivas, se confiere a él la posibilidad de prever la reacción a su incumplimiento, así como la garantía que la jurisdicción no determinará o permitirá la utilización de un medio ejecutivo diverso de los previstos.

Sería inclusive innecesario decir –por ser obvio– que la regla de que la ejecución debe ser hecha de la manera menos gravosa al demandado se aplica en cualquier lugar en que se esté frente a la utilización de medio ejecutivo. La ejecución debe tener grados de efectividad y de interferencia medidos de acuerdo con el caso concreto. En razón de la necesidad de dar mayor elasticidad a la actividad ejecutiva, se abandonó el dogma de que la ley podría prever todas las situaciones concretas, y así fijar los medios de ejecución que podrían ser utilizados en la práctica. Sin embargo, si esta ampliación de poderes es justificable a través de las limitaciones de la ley, es evidente que el uso de los proveimientos y la actividad ejecutiva del juez deberían ser controlados.

Se considera, así, en primer lugar, los diferentes medios de ejecución que pueden ser ligados a los proveimientos. No es posible escoger uno u otro de forma aleatoria ni despreocupada. ¿Cómo proceder en la elección entre los medios de ejecución directa y los medios de ejecución indirecta? La legitimidad de la elección del actor a través de los proveimientos y de los medios ejecutivos, tanto como la legitimidad de la preferencia del juez por un proveimiento o medio ejecutivo diferente del solicitado, depende no sólo de su «adecuación» e «idoneidad» para la efectivización de la tutela del derecho, sino también de ser el «menos oneroso» al demandado.

La prisión, como es obvio, es el más excepcional de todos ellos, siendo susceptible de utilización cuando la multa y los medios de ejecución directa son incapaces de alcanzar la tutela del derecho y, también, cuando no tiene como finalidad el cumplimiento de una orden judicial que demande la disposición de patrimonio (o gasto de dinero). En relación con la multa y con los medios de ejecución directa no hay cómo pensar, abstractamente, que deben preferir otros. Incluso porque, en el nuevo contexto en que se desenvuelve la ejecución, el uso de la multa se debe preferir –en estricto– a los medios de ejecución directa, pues ha sido totalmente superada la idea que la multa debe ser reservada a los casos en que la ejecución directa no se puede actuar (como en las hipótesis de obligaciones infungibles).

Entre tanto, el juez debe explicar las razones que le llevarán a admitir o a preferir determinado proveimiento o medio de ejecución. *La necesidad del juez de explicar sus motivos de manera bastante precisa proviene del hecho que hoy no se refuerza más el principio de la tipicidad de los medios ejecutivos, que no permitía la posibilidad de otorgarse verdadera efectividad a la tutela jurisdiccional, en razón de la imposibilidad de escoger el proveimiento y el medio ejecutivo adecuados para las diferentes situaciones concretas.*

Se percibe que, por el hecho que el juez tiene poder para la determinación de la mejor manera de efectivización de la tutela, se exige de él, en consecuencia, la *justificación de sus decisiones*. La justificación permite el *control crítico sobre el poder del juez*. El error en la *justificación* evidenciará la ilegitimidad de la elección del juez, y que su actividad no ha contenido las advertencias de las reglas de la «adecuación» y de la «necesidad». En este sentido se puede decir que la *justificación* es la otra cara del incremento del poder del juez.

Esas formas de ejercicio y control del poder de ejecución son fundamentales en los derechos de la sociedad contemporánea, constituyendo

una manifestación de la creciente necesidad de pensar el derecho mediante el caso concreto.

En el contexto de la efectividad de los medios de ejecución, nada parece tan relevante como el problema de la tutela resarcitoria en forma específica. Como es sabido, el derecho al resarcimiento en forma específica prefiere al resarcimiento por equivalente. Sin embargo, como se percibe en la práctica forense, el resarcimiento por equivalente es muchas veces imaginado como el único posible de ser obtenido. Esto ocurre, como es obvio, en razón de que el CPC instituyó, como vehículo procesal destinado al resarcimiento en forma específica, la sentencia condenatoria y la acción de ejecución de obligación de hacer; cuando, una vez no cumplido el hacer necesario para la reparación, el ejecutante tendría que requerir que éste fuese prestado por un tercero a costa del deudor. Como el ejecutado que no hace generalmente no paga el hacer de un tercero, la probabilidad del demandado de tener que pagar la reparación en forma específica era muy grande, y así prácticamente hacia inviable el resarcimiento en forma específica.

Sin embargo, si reparar significa, antes que nada, hacer o entregar una cosa en sustitución a la destruida, nada puede impedir que, actualmente, sea entregada la multa para dar efectividad al resarcimiento en forma específica (arts. 461 y 461-A del CPC y 84 del CDC).

Es verdad que no procede obligar al demandado a reparar –es decir, a hacer– cuando está destituido de capacidad técnica para hacer. Sin embargo, *esto constituye una circunstancia meramente accidental* en relación con el deber de reparar; que es, por encima de todo, un deber de resarcir en forma específica, *y no una simple obligación de pagar dinero*.

El deber de reparar en forma específica no se extingue en el caso en que el demandado pruebe no tener capacidad técnica para hacer. Es decir, la demostración de incapacidad técnica no tiene la condición de transformar el derecho al resarcimiento en forma específica en derecho a la indemnización en dinero.

Así, demostrada la incapacidad técnica y no cumplida la sentencia, el juez debe utilizar la multa para compeler al infractor a pagar para que un tercero preste el hacer necesario al resarcimiento. En este caso, la multa no estaría siendo utilizada para compeler el infractor a pagar, sino para viabilizar el resarcimiento en forma específica. Como es evidente, *la incapacidad técnica del demandado no puede transformar su deber de resarcir en obligación de pagar dinero*.

En realidad, en todos los casos en que la multa fuera el único medio capaz de conferir la tutela del derecho, su uso será evidentemente sustentado por el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional<sup>69</sup>. Eso ocurre en

---

<sup>69</sup> Como escribe CANOTILHO, «la existencia de una protección jurídica eficaz presupone *el derecho a la ejecución de las sentencias* ('hacer cumplir las sentencias') de los tribunales a través de los tribunales (o de otras autoridades públicas), debiendo el Estado otorgar todos los medios jurídicos y materiales necesarios y adecuados para dar cumplimiento a las sentencias del juez. Esta dimensión de la protección jurídica es extensiva, en principio, a la ejecución de sentencias proferidas contra el propio Estado (CRP, artículo 205.º/2 y 3, y, en términos constitucionalmente claudicantes, el Decreto-Ley n. 256/A/77, del 17 de junio, artículo 5.º y ss., y Decreto-Ley n. 267/85, de 12 de julio, artículo 95º y ss). Nótese que, en caso existir una

el caso de la tutela anticipatoria de suma en dinero (como se ha visto anteriormente) y en el caso de la tutela resarcitoria en forma específica. Se percibe que la no utilización de la multa, incluso para compeler al infractor a costear el hacer, *inutiliza el resarcimiento en forma específica*. O mejor: la multa, aunque no expresamente prevista, es absolutamente necesaria para la efectividad de la tutela anticipatoria de suma en dinero y para la tutela resarcitoria en forma específica. Siendo así, no hay cómo argumentar que, por el hecho de no estar expresamente prevista para estas situaciones, su uso queda vedado. *Es que la omisión del legislador en dar efectividad al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, como es obvio, no puede ser interpretada en su perjuicio.*

Recientemente, el Tribunal de Justicia del Rio Grande do Sul juzgó una acción rescisoria «de una sentencia estimatoria proferida en una acción en que se pedía la devolución de reserva de ahorro, la cual *impuso una multa diaria* para obligar al demandado a cumplir su obligación»<sup>70</sup>. Se afirmó, en la acción rescisoria, que la sentencia habría violado lo dispuesto en los arts. 644 del CPC y 84, §4º del CDC, «*en cuanto esa multa sólo podría ser impuesta en la hipótesis de tratarse de una obligación de hacer o no hacer*» (TJRS, 6ª. CC, juez Osvaldo Stefanello, Acción Rescisoria n. 599263183, j en 26/04/2000).

Ante esto, el Juez (y Profesor Titular de Derecho Procesal Civil de la Universidad Federal del Río Grande do Sul) Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA, en su voto, discutió respecto de la posibilidad de que el juez imponga multa –en los términos previstos en los arts. 461, §4º, CPC y 84, §4º, CDC– en el caso de una sentencia de condena *al pago de suma de dinero*. Y su conclusión fue en el sentido positivo. Dice él: «*Para el actor, la sentencia a su entender estaría violando el texto de ley, pues solamente si se trata de una obligación de hacer o no hacer sería lícita la fijación de multa diaria*. Este modo de ver entra en abierto conflicto, sin embargo, con una visión más actualizada del ejercicio de la jurisdicción. En los días actuales, las medidas coercitivas se vienen caracterizando como un instrumento de concretización del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, de tal suerte que su empleo no puede ser excluido *de manera apriorística*. Como bien pondera Marcelo Lima GUERRA (*Execução Indireta*, São Paulo, RT, 1998, p. 54), ‘el juez tiene el poder-deber de, incluso y principalmente en silencio de la ley, determinar las medidas que se revelen *necesarias* para atender mejor a los derechos fundamentales envueltos en la causa a él sometida’ (...) Esto significa, en el ámbito del

---

sentencia vinculante reconocedora de un derecho, la ejecución de la decisión del tribunal no es sólo una dimensión de la legalidad democrática (‘dimensión objetiva’), sino también un *derecho subjetivo público* del particular, al cual deben ser reconocidos medios compensatorios (indemnización), medidas compulsorias o ‘acciones de queja’ (cfr. Convención Europea de los Derechos del Hombre, artículo 6.º), en el caso de no ejecución ilegal de decisiones de los tribunales (cfr. el caso *Hornsby*, de 19/03/1997, en que el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre señala el momento de ejecución como dimensión intrínseca de la Declaración del Proceso)» (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 2002, p. 496).

<sup>70</sup> Ver tal sentencia, con comentarios de DEL CLARO, Roberto Benghi, en el v. 27 de la *Revista de Direito Processual Civil* (Genesis Editora).



proceso de ejecución, que el juez tiene el poder-deber de, incluso y principalmente en silencio de la ley, determinar los medios ejecutivos que se revelen necesarios para atender mejor la exigencia de prestación de tutela ejecutiva eficaz (Marcelo GUERRA, ob. cit., p. 57). En el campo de la ejecución por cuantía cierta no sucede algo distinto, justificándose el empleo de medidas coercitivas, como la *astreinte*, para concretizar el valor constitucional protegido de la efectividad de la tutela jurisdiccional. Por tal razón, el uso de tales medidas no puede ser vedado ni por expresa disposición infraconstitucional, mucho menos por el silencio de esa legislación» (TJRS, 6ª. CC, juez Osvaldo Stefanello, Acción Rescisoria n. 599263183, j. 26/04/2000).

No hay duda que la multa puede contribuir (como medio coercitivo) a dar efectividad a la sentencia que impone el pago de suma de dinero<sup>71</sup>. Pero, la multa coercitiva solamente podrá ser impuesta cuando sea *necesaria* para dar efectividad a la tutela jurisdiccional (el actual sistema del CPC –art. 652– determina el requerimiento del condenado para pagar o *designar bienes para la pignoración*). *Esta necesidad sólo aparecerá cuando la ejecución mediante expropiación fuera inadecuada para dar efectividad al derecho de crédito*. Si no fuera así, es decir, si la multa pudiese ser impuesta en cualquier caso, el intérprete tendrá que partir de la premisa por la cual la expropiación es *siempre inadecuada* para la satisfacción del crédito. No se puede decir que la utilización de la multa elimina el derecho de defensa del condenado. La multa –en cuanto admitida en razón de su necesidad para la efectividad de la tutela de cierta situación de derecho material– no le quitará al demandado el derecho de defenderse. La multa dará al condenado la posibilidad de pagar o de defenderse (que queda en pendencia del nombramiento de bienes de acuerdo al mandato del art. 655 del CPC<sup>72</sup>). La diferencia es que la defensa (o los embargos), en ese caso, no suspenderá la ejecución.

Es preciso dejar claro que, ante una sentencia condenatoria, los límites de la defensa son *estrictos*. El anteproyecto relativo al «cumplimiento de la sentencia que condena al pago de cuantía cierta», ahora en fase de estudio, afirma que el condenado podrá, cuando sea intimado para cumplir la condena, presentar una defensa denominada «impugnación». Por medio de ella, podrán ser argüidas las siguientes materias (art. 475-L del Anteproyecto): «i) – falta o nulidad de la citación, si el proceso se tramita en rebeldía; ii) – prenda incorrecta o valoración errónea; iii) – ilegitimidad de las partes; iv) – exceso de ejecución; v) – cualquier causa impeditiva, modificativa o extintiva de la obligación como pago, novación, compensación, transacción o prescripción, desde que es superveniente a la sentencia; y vi) – estar la sentencia fundada en ley o acto normativo declarado inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal, en acción directa de inconstitucionalidad». Párrafo único: «cuando el ejecutado alega que el ejecutante, en exceso de ejecución, pretende una

---

<sup>71</sup> Ver, en el derecho italiano, TARUFFO, Michele. «Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione». En: *Rivista Critica del Diritto Privato*. 1986, p. 668; COMOGLIO, Luigi Paolo. «Principi costituzionali e processo di esecuzione». En: *Rivista di Diritto Processuale*. 1994, p. 450 y ss.

<sup>72</sup> El ejecutado también tendrá, es claro, la posibilidad de justificar el no pago, demostrando su imposibilidad.

cuantía superior a la resultante de la sentencia, se cumple con *declarar de inmediato el valor que entiende correcto, so pena de rechazo liminar de esa impugnación*». En ese Anteproyecto, la impugnación solamente debe ser recibida con efecto suspensivo cuando, además de tener relevantes fundamentos, el proseguimiento de la ejecución fuera «manifiestamente susceptible de causar al ejecutado grave daño, de difícil o incierta reparación» (Anteproyecto, art. 475-M, *caput*)<sup>73</sup>.

Volviendo al actual sistema del CPC, y aún considerando la *especial necesidad* del acreedor (que legitimaría el uso de la multa): el hecho que el ejecutado designe un inmueble (por ejemplo) para la pignoración ante la presentación de embargos que no puede impedir al ejecutante verificar si el ejecutado posee dinero prendario depositado en cuenta bancaria. Por tanto, podrá solicitar que el juez solicite informaciones a bancos o al Banco Central. Descubierta la existencia de dinero, la multa debe ser tomada en cuenta, pues el ejecutado no observó la orden judicial. Lo mismo sucederá si el deudor se queda quieto y no designa un bien para la pignoración.

Sin embargo, *la multa no puede incidir en relación al deudor destituido de patrimonio sin atentar contra derechos fundamentales que merecerán prevalencia, en el caso concreto, frente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Se podría imaginar que la aplicación de la multa sería inocua en el caso de ausencia de patrimonio, y que, por tanto, esa discusión no tendría cabida ni utilidad. Sucede que, si el valor del débito pudiese ser aumentado con la multa, el valor final encontrado será, en teoría, exigible, y así podrá ser prácticamente realizado en caso el deudor adquiera un patrimonio. Sin embargo, no hay *racionalidad* en admitir que el valor de la multa pueda ser retirado del patrimonio que *sea adquirido* por el deudor, pues la multa *tiene por objetivo intimidar* al deudor a pagar –considerado su patrimonio *actual*– y no *castigar* al deudor que no posee patrimonio *en el momento* en que el crédito es exigido.

Es por eso que el deudor debe tener la oportunidad de justificar el no pago y la no designación de bienes. En este sentido, el ejecutado deberá presentar un inventario de su patrimonio e ingresos, incluso la situación de sus cuentas bancarias, y también los motivos que justifican el no pago de la suma de dinero y las pruebas que demuestran la veracidad de sus alegaciones. En razón de la presentación de esa justificación, *el juez queda investido del poder-deber de solicitar informaciones a cualquiera de los órganos públicos y/o privados, tales como la Dirección General Federal, el Banco Central, los bancos privados, el empleador y otras empresas con las cuales el deudor mantenga vínculos*.

---

<sup>73</sup> La suspensión por medio de la defensa solamente es admitida en casos excepcionales, cuando la propia ejecución pudiese acarrear un daño grave al ejecutado. Sin embargo, así como concedido el efecto suspensivo, el ejecutante podrá llevar adelante la ejecución en caso preste caución suficiente e idónea (Anteproyecto, art. 475-M, §1°). Justamente porque la suspensión de la ejecución *solamente se justifica por la probabilidad de daño grave*, se admite que el acreedor, prestando caución, *elimine la razón de ser del efecto suspensivo*, y entonces pueda proseguir con la ejecución hasta satisfacer su derecho.