

PANORAMA ACTUAL DE LA JUSTICIA CIVIL. UNA MIRADA GENERAL DESDE EL PROCESO

Juan Monroy Palacios*

“Si algo es apocalíptico es este vivir como si mañana no hubiera mundo y sólo nos resta disimular la tragedia”.

Ernesto Sábato

“El mundo al revés nos enseña a padecer la realidad en lugar de cambiarla, a olvidar el pasado en lugar de escucharlo y a aceptar el futuro en lugar de imaginarlo (...). En su escuela, escuela del crimen, son obligatorias las clases de impotencia, amnesia y resignación. Pero está visto que no hay desgracia sin gracia, ni cara que no tenga su contracara, ni desaliento que no busque su aliento. Ni tampoco hay escuela que no encuentre su contraescuela”.

Eduardo Galeano

En nuestro país decir que la Justicia no es tal, o mejor, que no hay Justicia, es un lugar común; y un lugar común, a nuestro juicio, justificado como pocos.

Muchas de las razones de la lamentable situación anterior que, por otra parte, nos mantendrá, mientras dure, en el más franco de los subdesarrollos-escapan, como bien nota el tan joven como bien preparado autor del artículo que sigue, al campo de lo propiamente jurídico.

Pero muchas no son todas. Algunas de las causas – y consiguientemente, de las soluciones- de esta crisis pueden encontrarse en el área del Derecho que se ocupa del instrumento mediante el cual los tribunales dicen el Derecho y, al menos teóricamente, hacen Justicia: el proceso. Ver qué se puede hacer para mejorar las cosas desde este campo, desde el Derecho Procesal, es la tarea a la que se avoca a continuación Juan Monroy Palacios.

1. NOTAS PRELIMINARES

¿Conoce usted a alguien que esté satisfecho con su justicia civil? Nosotros tampoco. ¿Tendrá el Derecho toda la responsabilidad de esta lamentable situación?, ¿o ésta sólo es imputable a una de sus disciplinas, el Derecho Procesal? El propósito de estas reflexiones es analizar genéricamente las posibilidades actuales de la justicia civil desde la perspectiva procesal. Sabemos que los estudios jurídicos sólo pueden aspirar a delinear las pautas iniciales para el logro de una justicia efectiva; su real concreción está fuera de nuestro alcance, ello dependerá de factores que incluso se encuentran más allá del ámbito jurídico: desde la deficiente formación de los abogados que degenera en la pobre calidad de la labor efectuada por los operadores judiciales, hasta cuestiones como la crisis histórica del Poder Judicial, la carencia económica o la desastrosa política de los gobiernos sobre la materia, constituyen elementos gravitantes en la configura-

* Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ción de la justicia civil que se aspira, pero que, sin duda, superan los límites de la dogmática jurídica. Sin embargo, y pese al reconocimiento de los límites de los estudios jurídicos, la labor de investigación no es menos trascendente que las otras variables que intervienen en la construcción de la justicia civil.

El presente estudio debe su origen a una ambiciosa empresa - aunque de contenido más específico- referida a la Teoría Cautelar que "en su día" - como decía Alsina - presentaremos al lector. En todo caso, lo que a continuación ponemos a consideración son algunos lineamientos sobre las respuestas que el Derecho Procesal viene dando para la conformación de una justicia civil efectiva, adecuada y tempestiva, aporía fundamental no sólo del proceso, sino del Derecho, en su sentido más amplio.

2. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO. EN ESPECIAL SOBRE LA TUTELA PROCESAL DE LOS DERECHOS

La discusión acerca del origen histórico del Derecho aún no ha sido resuelta y tal vez, en estos tiempos particularmente marcados por injusticias materiales, su importancia se ha relativizado. Pese a ello, lo cierto es que esta disciplina se ha incorporado plenamente a nuestra vida y ello se debe, creemos, a que su objeto de estudio analiza uno de los aspectos que más interés tiene para el ser humano: la posibilidad de una convivencia pacífica y justa, en otras palabras, el logro de una paz social en justicia.

Al igual que la religión o la política, la principal razón para que, después de tantos años, el Derecho continúe en plena vigencia es que, precisamente, su objeto de estudio no está desfasado. La ferocidad con la que hoy nos han empezado a asediar los medios de comunicación, la tecnología en general, las drogas, la violencia urbana y otras innumerables expresiones de la cultura de consumo -tan difundida como cínicamente autosuficiente-, donde las prioridades se han trastocado (es más importante mantener operativo un teléfono móvil que ahorrar o invertir nuestro dinero en bienes de consumo primario), nos colocan en un medio que nos aleja de las calles, de la gente. Cada vez pasamos más tiempo frente a una máquina (computador, teléfono, televisión, radio, etc.) que frente a

un sujeto de carne y hueso. En este mundo al revés, que en muchas ocasiones nos genera la sensación de que vivimos en un ambiente más virtual que real, no todo está perdido, sin que ello signifique negar lo paradójico que pueda llegar a ser el hecho de que el ser humano y su bienestar continúen siendo, para la gran mayoría, objeto principal de atención.

Bajo esta perspectiva, si observamos que el Derecho se encuentra avocado al estudio del hombre en las relaciones con sus semejantes en el contexto de una comunidad que procura la justicia y la paz social, resulta indudable que su trascendencia permanece vigente entre nosotros. El Derecho vendría a ser, por tanto, el principal instrumento que el hombre ha encontrado para favorecer la convivencia en sociedad y procurar un desarrollo común de todos quienes participamos en ella. Además, siendo un concepto de carácter relacional y extremadamente complejo, resulta imposible concebirlo en función de un grupo de sujetos o de determinado ámbito de relaciones intersubjetivas.

Con una mirada ligera, comprobamos también que el Derecho pretende consolidar el valor justicia¹ en las relaciones humanas, regulando aquellos aspectos del hombre que se considera necesarios -otorgándoles relevancia jurídica- para su mejor desenvolvimiento en la sociedad. Es sobre esta idea que se empieza tejer una compleja masa de información que ha ido variando y alimentándose desde épocas tan remotas que se confunden con las primeras expresiones organizativas que fue capaz de idear el hombre (nos referimos a los clanes, las hordas, etc.).

Convenimos entonces en que el Derecho regula las relaciones sociales. A partir de esta situación debemos llevar nuestro análisis hacia la configuración de tres conceptos de vital importancia. Ellos son: interés jurídico, satisfacción y tutela. Se trata de conceptos elementales en el sentido de que su contenido esencial se encuentra más allá de la función (pública o privada) o de las sub-divisiones que conforman el Derecho y, además, porque en todos y en cada uno de esos ámbitos -bajo circunstancias alteraciones- su utilización resulta siempre vital.

En términos generales, consideramos al interés como la expectativa de obtener una ventaja material. Por ejemplo, la expectativa de cobrar una deuda, de

¹ No pretendemos referirnos a la justicia como si se tratara de un concepto unívoco, la colocamos como un valor, como una aspiración humana que se traduce en los diversos mecanismos que encuentra el Derecho para llegar hacia ella. Justicia como ley, justicia como equidad, como usos y costumbres en un determinado contexto social o como una categoría que eventualmente confluye con la moral, etc. A este respecto son interesantes las reflexiones de HART, H.L.A. "El concepto de Derecho". México D.F., Editora Nacional, 1980, Traducción de Genaro Carrió, Segunda Edición. p. 196 y siguientes.

recibir la merced conductiva por concepto de un bien arrendado, de poder enajenar un bien que es nuestro, etc. Cuando este interés se encuentra previsto por el Derecho, como es el caso de los ejemplos que acabamos de mencionar, se le denomina interés jurídico (interés con relevancia jurídica). Ahora bien, cuando la ventaja material sobre la que se expresa nuestro interés jurídico se consume, es decir, cuando logramos realizar nuestro interés, desaparece éste y pasamos, como es de entenderse, a un estado distinto que denominamos satisfacción. La satisfacción, por tanto, se ubica en un lugar temporalmente posterior al concepto de interés. Nunca coinciden, sino que existe una relación de sucesión temporal entre uno y otro.

Finalmente, resta decir que constituye un imperativo infranqueable el hecho de que todo interés jurídico, por ser tal, se encuentra protegido. Es decir, al Estado o a la sociedad les importa sobremanera que los intereses que se encuentren jurídicamente fundados sean protegidos de manera adecuada. Esto resulta coherente si apreciamos que el Derecho constituye tan sólo una

humilde aspiración humana para el logro del valor justicia². Si ello es así, todo interés sustentado jurídicamente es entendido por el Derecho como una búsqueda de dicha justicia y ese es justamente el fundamento de la protección. Finalmente, a esta protección del interés jurídicamente relevante se le denomina tutela³.

Quedémonos con estos conceptos y pasemos ahora a referirnos, en grandes trazos, a la estructura del Derecho. Pese a que existen zonas claramente diferenciadas, la clásica división entre Derecho Público y Privado ha entrado en crisis⁴ y en la actualidad su valor metodológico se nos presenta extremadamente reducido⁵. Por ello, y siguiendo un criterio que nos otorga mayor funcionalidad respecto de la forma en que se expresa el Derecho, diremos que el Derecho Occidental (tanto el Romano-Germánico como el *Common Law*) se han conformado históricamente por dos grandes sectores: el Derecho Material y el Derecho Procesal.

El primero de ellos alude a los derechos de uso inmediato⁶. Es aquel conjunto de derechos de carác-

² En la misma línea de lo referido por HART, Op. cit.

³ Aunque más adelante lo veremos en detalle, resulta relevante la siguiente cita de Taruffo en la que hace referencia a los intereses jurídicamente protegidos y a la actuación del proceso respecto de ellos: "*Un ulteriore elemento di qualificazione del processo come metodo istituzionale di soluzione dei conflitti è costituito dal tipo di conflitto idoneo ad essere risolto attraverso il processo(...) I conflitti risolvibili mediante il processo sono quelli che hanno rilevanza giuridica, ossia quelli che coinvolgono situazioni soggettive riconosciute o qualificate dal diritto. Questo criterio serve a dare intuitivamente un'indicazione negativa, ossia a stabilire che se un conflitto è irrilevante per il diritto non potrà essere oggetto di un processo*". TARUFFO, Michele, Luigi Paolo, COMOGLIO y Corrado FERRI. "Lezioni sul diritto processuale civile". Bologna, Il Mulino, 1998. p. 25.

⁴ "Por su influencia en la trama de las relaciones sociales de un Estado y su efecto en las estructuras de este tipo, el Código Civil es el regulador social más importante después de la Constitución. El Código Civil norma casi todos los actos de la vida del hombre en relación con sus congéneres, por eso debería ser el prototipo de un Derecho Social. Sólo una concepción trasnochada del derecho persiste en su incorporación al llamado Derecho Privado, como oposición al Derecho Público, nombre usado para referir las relaciones del particular con el Estado. Esta división es la expresión de una ideología superstita, destinada a explicar cómo una realidad múltiple y dinámica es sólo una dicotomía simplona, como se supone fueron las sociedades hace siglos, y como el derecho debe seguirlas viendo para asegurar su perpetuidad". MONROY GÁLVEZ, Juan. "La función creadora del juez". En: "Tratado de Derecho Civil". Lima, Universidad de Lima, 1990, Tomo I: Título Preliminar. p. 369.

⁵ Qué mejor muestra que el Derecho Procesal. Se trata de un mecanismo destinado, preponderantemente, para la resolución de conflictos, cuyo funcionamiento se realiza por medio del Estado a través de la jurisdicción. Sin embargo, obsérvese que las situaciones jurídicas que se tratan durante el desarrollo del proceso tienen, en su gran mayoría, un carácter privado (cuestiones sobre propiedad, personas jurídicas, familia, responsabilidad civil, reconocimiento de derechos de crédito, por citar algunos ejemplos). Con todo ello, ¿qué carácter tiene el proceso?, ¿será público o privado? La respuesta hoy resulta tan compleja como inútil.

De parecer similar es Wambier quien señala que "*a ocorrência de transformações sociais que requerem novas regras jurídicas, faz com que surjam novas categorias de normas, nem sempre subsumíveis a um desses dois grandes ramos (direito público e direito privado)*". WAMBIER, Luiz Rodrigues, Flávio Renato Correia de ALMEIDA y Eduardo TALAMINI. "Curso avançado do processo civil". São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998. p. 52.

⁶ Se podrá señalar que el derecho de acción, pese a su contenido procesal, es también de uso inmediato. A nuestro parecer, ello es cierto y se origina en el carácter abstracto de tal instituto y en su particular situación respecto de la tutela de los derechos: es el elemento percutor de la actividad procesal. Funciona como bisagra entre las situaciones jurídicas materiales y las procesales, cuando las primeras, a través del ejercicio de aquel derecho, son llevadas al proceso para su composición. Pese a su inmediatez, la acción mantiene su carácter procesal pues resulta imposible su aplicación en un contexto distinto al de dar inicio al litigio. Sin embargo, ello no obsta para que, a la par de su contenido procesal, comprenda también rasgos propios del Derecho Material y ello porque el derecho de acción constituye una expresión privilegiada del derecho a la tutela procesal efectiva, de ahí su contenido constitucional. En otras latitudes, como es el caso de Brasil, la situación se configura de distinta manera. A la luz de una concepción mixta, surgida bajo la influencia de Liebman, se ubica el rasgo concreto de la acción como el derecho a un orden jurídico justo, cuyo estructura es similar a lo que en sede nacional es la tutela procesal efectiva.

A pesar de que, a nuestro parecer, la tutela procesal efectiva no sólo se identifica con la acción procesal, sino también abarca cuestiones como el derecho de defensa y el acceso a la justicia, los resultados finales son muy parecidos: la acción tiene una dimensión procesal y material (constitucional) a la vez. Opinión similar era la de Carnelutti quien señalaba lo siguiente: "*che la norma processuale sia ordinariamente e fundamentalmente instrumentale non esclude la esistenza di norme processuali materiali, dalle quali sorgono obblighi e eventualmente diritti*". CARNELUTTI, Francesco. "Lezioni di diritto processuale civile". Padova, La Litotipo. 1926. p. 191.

Sobre la acción en el derecho brasileño véase CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, Ada, PELLEGRINI GRINOVER y Cândido R, DINAMARCO. "Teoria Geral do Processo". São Paulo, Malheiros, 1997, 13va Edición. pp. 249-265. Sobre la teoría mixta o ecléctica de la acción son importantes las reflexiones de SILVA, Ovídio A. Baptista da. "Curso de Derecho Procesal Civil". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, Quinta Edición Volumen 1: "Processo de conhecimento". pp. 99-110.

ter primario, al cual accedemos de acuerdo a la situación jurídico-material en la que nos encontramos. Ya sea como personas mayores de edad, como padres de familia o como trabajadores de alguna empresa, por citar algunos ejemplos, somos titulares de un conjunto de derechos o estamos ubicados en alguna de las situaciones jurídicas⁷ (cargas, deberes, poderes, etc.) propias de la configuración de cada una de las parcelas que sub-dividen al Derecho Material. De acuerdo a criterios de especialización, tradicionalmente forman parte del Derecho Material el Derecho Civil, Laboral, Mercantil, Penal, Ambiental, etc.

Sin embargo, si bien un importante sector de las normas jurídicas se cumple de manera espontánea (el padre asiste a sus hijos, el trabajador ejerce eficazmente sus derechos laborales, el deudor cumple con su acreedor), no es menos cierto que otro sector de situaciones jurídicas de la misma trascendencia no llega a realizarse. Es decir, por nuestra experiencia cotidiana sabemos que no todos los deudores pagan, ni todos los padres asumen sus responsabilidades de la forma debida. Este incumplimiento genera un elemento fundamental en el Derecho: la crisis de cooperación⁸.

Retomemos los tres conceptos que habíamos dejado pendientes. En función de ellos diremos que la crisis de cooperación es el factor que genera la insatisfac-

ción. Dicha crisis puede encontrarse en dos estados, ya sea en estado pasivo, por el cual el interés jurídico insatisfecho no es reclamado por su titular (caso que a la postre puede generar la caducidad del derecho o la prescripción de la pretensión), o un estado activo, en el que la crisis de cooperación pasa a denominarse conflicto. Obsérvese que en uno y otro caso se está ante la existencia de dos o más intereses antagónicos originados en la búsqueda de la satisfacción fundada en un mismo bien. La diferencia radica en la actitud para el ejercicio de los derechos basados en tales intereses: en una actitud pasiva el titular del derecho afectado no realiza ningún acto destinado a variar su situación jurídica (por ejemplo el padre no desea cobrarle una deuda a su hijo), mientras que en la activa ocurrirá todo lo contrario (por ejemplo, el padre envía una carta notarial a su hijo requiriéndole el pago de lo adeudado). El conflicto se produce cuando dos o más sujetos de derecho, considerándose titulares de situaciones jurídicas excluyentes entre sí⁹, ejercen dicha titularidad por sobre la(s) de los otros sujetos. Por último, debido a que la imposición de una situación jurídica aspira a la exclusividad a costa de otros intereses jurídicos, se observa que, en el contexto de un conflicto, la satisfacción no puede ser lograda espontáneamente¹⁰.

La insatisfacción de un interés, originada en la crisis de cooperación y que da lugar al conflicto, genera en el

⁷ La clásica división entre derechos subjetivos y deberes ha cedido paso a otras categorías de mayor especificidad que intentan delimitar mejor la compleja tara de situaciones jurídicas subjetivas. Aún no hay consenso en la utilización de cada una de aquellas situaciones. Algunas categorías se intersecan entre sí, otras deben cambiar radicalmente su contenido cuando pasan del ámbito material al procesal, sin embargo, lo cierto es que su utilización es necesaria para el tratamiento de los nuevos y complejos derechos que van surgiendo día tras día. De otra forma, bajo los cánones clásicos, el estudio de estos se tornaría ininteligible. Una buena forma de comenzar por tan intrincado tema es a través de DIEZ PICAZO, Luis. "El contenido de la relación obligatoria". En: Estudios de Derecho Privado. Madrid, Civitas, 1980. p. 125 y siguientes. Es necesario destacar que la doctrina procesal sigue manteniendo, en su mayor parte, la bipartición entre derecho subjetivo y deber como elementos de la relación jurídica. Sin embargo, nótese que dentro de las muchas acepciones que se le otorga al concepto "derecho subjetivo" los procesalistas utilizan aquella de sentido lato, es decir, la que sirve para calificar, en general, a todas las situaciones jurídicas de Derecho Material. Véase BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo". São Paulo, Malheiros, 1997. Segunda Edición. pp. 30-33. En el que se hace referencia al concepto de "tutela jurídica de los derechos" adoptado por la doctrina italiana.

⁸ Categoría utilizada con éxito por Andrea Proto Pisani y tomada, a su vez, de su maestro Virgilio Andrioli. Nosotros la acogemos por su indudable poder explicativo. Los postulados de tal concepto, así como abundantes ejemplos de su utilización práctica, se pueden encontrar en: PROTO PISANI, Andrea. "I rapporti fra diritto sostanziale e processo". En: Appunti sulla giustizia civile. Bari, Cacucci, 1982. p. 42 y siguientes. Otra forma de explicar lo que llamamos "crisis de cooperación" es la siguiente: "a harmonia social, escopo maior do Estado em qualquer dos setores de sua atividade, é quebrada toda vez que as regras de direito substancial não são cumpridas voluntariamente pelos destinatários. Cabe a função jurisdicional a missão de atuar coercitivamente o direito e restabelecer a paz na sociedade". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência". São Paulo: Malheiros. 1998. p. 98.

⁹ Lo importante es que las situaciones jurídicas se excluyen entre sí, lo que puede ocurrir indistintamente respecto de situaciones similares o de contenido distinto. Ejemplo del primer caso será cuando reclaman la propiedad de un mismo bien. En el segundo, es decir, cuando estamos frente a situaciones jurídicas diversas y, a la vez, antagónicas, podemos citar el caso en que A intenta proteger la integridad de su propiedad, respecto de un derecho real de servidumbre aducido por B.

¹⁰ En este punto, doctrina moderna y clásica mantienen total armonía. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. "Lezioni..." . Op. cit., p. 130 y siguientes. La no espontaneidad en el cumplimiento de las reglas del Derecho Material surgidas de una crisis de cooperación es explicada por Andrioli en un ejemplo muy sencillo: "Tizio è creditore di Caio per un milione di lire, che gli ha concesso a mutuo; se Caio spontaneamente restituisce la somma a Tizio, il meccanismo della cooperazione di quest'ultimo, che i civilisti definiscono obbligo, ha operato, e il problema pratico, cui dà luogo la carenza di cooperazione, non sorge neppure. Ma se Caio non adempie, l'esigenza di proporre domanda al giudice e di provocare, in ossequio del più volte illustrato art. 101, il contraddittorio di Caio, sorge per Tizio sol perché non si può farsi ragione da sé". ANDRIOLI, Virgilio. "Diritto Processuale Civile". Tomo I. Napoli, Jovene, 1979. pp. 270-271. Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. "Introducción al proceso civil". Bogotá, Temis, 1996. pp. 1-10; CONSOLO, Claudio. "Spiegazioni di diritto processuale civile". Bologna, Cisalpino, 1998. p. 66; TOMMASEO, Ferruccio. "Appunti di diritto processuale civile. Nozioni introduttive". Torino, Giappichelli, 1995. pp. 91-93; SILVA, Ovídio A. Baptista da. "Curso..." . Op. cit., pp. 14-16.

sujeto afectado la necesidad de una protección: la necesidad de tutela. Visto es que ante esta situación el Derecho Material no tiene previstos los medios más idóneos para llevar a cabo la satisfacción. La tutela material alcanza desarrollos incipientes, las sanciones previstas por el Derecho Material destinadas a combatir el conflicto (por ejemplo, la mora del deudor, la nulidad de actos de jurídicos, etc.) no pueden hacerse efectivas por sí mismas. La tutela material tan sólo tiene para sí la autotutela (justicia por mano propia), elemento repudiado en tiempos actuales y sólo permitido para cuestiones muy puntuales (por ejemplo, la defensa posesoria -artículo 920 del Código Civil- o el ejercicio del derecho de huelga).

Es justamente ante esta insuficiencia por la que ingresa, metodológicamente, el derecho procesal¹¹. El proceso se encuentra destinado, básicamente, a la resolución de conflictos de intereses con relevancia jurídica¹². Como se podrá apreciar, viene a ser un instrumento del Derecho Material; lo asiste en aquellos casos donde el conflicto (producto de la crisis de cooperación) trunca el desarrollo normal de las relaciones jurídicas.

Por ello Carnelutti llega a sostener que el proceso es un remedio contra los estados patológicos que alteran el orden jurídico¹³. Tan gráfica expresión merece algunas reflexiones: el proceso no busca la erradicación del conflicto, sino su tratamiento adecuado, es decir, componerlo utilizando mecanismos jurídicos acordes con los fines que persigue la comunidad. El conflicto es una situación de inevitable realización dentro de un grupo humano, es un elemento cotidiano, mas no por ello deja de suponer una patología (de no ser así, la pobreza tampoco lo sería). El proceso propone la solución pacífica del conflicto, no su eliminación, porque está visto que ello sería imposible.

Derecho Material y Derecho Procesal se encuentran íntimamente ligados, son interdependientes¹⁴. Si sólo existiera el Derecho Material, estaríamos ante un Derecho inerte, sin vida; donde el cumplimiento de sus preceptos sólo dependería de que los sujetos lo hagan espontáneamente y donde la composición del conflicto constituiría una cuestión que rebasa los límites del Derecho, pues éste se vería imposibilitado de contrarrestar la patología adecuadamente. Y en este contexto, ¿qué es lo que está más allá del Derecho? La guerra.

Si el Derecho Material totalizara el concepto de Derecho, es decir, si estuviéramos frente a una concepción monista a ultranza, la convivencia humana se tornaría intolerable, debido a que la única forma que esta franja del Derecho tiene prevista para solucionar los conflictos de intereses, ante una crisis de cooperación, es la autotutela, conocida desde el punto de vista procesal como acción directa. Frente a tal situación, aparece el Derecho Procesal como opción y se configura en base a las siguientes directrices: tendrá que ser un tercero imparcial (juez) quien resuelva el conflicto y, teniendo en cuenta que tal función representa una cuestión de singular relevancia para el desarrollo pacífico de una sociedad justa, se admite que el Estado se arrogue el poder de resolver conflictos, a través de un procedimiento que culminará con una decisión definitiva (autoridad de la cosa juzgada) y de carácter imperativo (*ius imperium*).

Esta actividad estatal, denominada procesalmente acción civil, constituye el contenido fundamental de la función jurisdiccional. La acción civil sustituye históricamente a la acción directa y nos propone una solución de justicia en reemplazo de una solución de fuerza¹⁵.

¹¹ "Una de las primeras y más elementales nociones de las cuales suele tomar el impulso de la enseñanza del derecho procesal es la noción de su carácter instrumental: la instrumentalidad, del proceso como género, y del proceso como especie. El derecho procesal no es en verdad un fin en sí mismo, sino instrumento para el fin de la tutela del derecho sustancial -material-, público y privado; está, en suma, por decirlo así, al servicio del derecho sustancial, del cual tiende a garantizar la efectividad, o sea la observancia y, para el caso de inobservancia, la reintegración". CAPPELLETTI, Mauro. "Ideologías en el Derecho Procesal". En: Proceso, ideologías, sociedad. Buenos Aires, EJE, 1974, Traducción de Santiago Sentís Melendo. p. 5.

¹² Recuérdese que nuestro estudio hace alusión al proceso en sede civil, razón por la cual excluimos, como finalidad de éste, la represión de conductas antisociales y la observancia de la jerarquía constitucional.

Por otro lado, se sabe que el proceso civil se encuentra avocado, en menor medida, a la resolución de crisis de certeza (o incertidumbres jurídicas, como comúnmente se le denomina). Es el caso de los procesos que culminan con una sentencia meramente declarativa. Más adelante veremos en detalle esta cuestión.

¹³ "Non ci vuol molto a intuire che la differenza tra il diritto materiale e il diritto processuale richiama il paragone con la fisiologia e la patologia: il diritto processuale entra in azione quando nel meccanismo del diritto materiale accade qualcosa che ne impedisce il normale svolgimento. Era naturale che la nostra attenzione si dovesse volgere a questo qualcosa. Invero il diritto processuale serve a trovare un rimedio, il quale permetta di ristabilire la normalità di quello svolgimento; ma per conoscere l'azione del farmaco occorre studiare, anzitutto, la malattia". CARNELUTTI, Francesco. "Profilo dei rapporti tra diritto e processo". En: Discorsi intorno al Diritto. Padova, Cedam, 1961. p. 337.

¹⁴ "(...) tra diritto e processo esiste un rapporto logico circolare: il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto, deve essere servito dal diritto". Ibid., p. 336.

¹⁵ Explica Tommaseo que "in questi diversi casi -referidos a lo que nosotros llamamos crisis de cooperación- il giudice cerca la norma sostituendosi alle parti che non riescono o non possono adeguarsi spontaneamente all'ordine giuridico; sostituzione -hace la necesaria precisión- che va inquadrata, da un punto di vista sistematico, in un rapporto di supremazia e non già in un rapporto di mera suppleanza, supremazia che trova la propria strutturale giustificazione nella potestà giurisdizionale di cui il giudice è investito". TOMMASEO, Ferruccio. "Appunti...". Op. cit., p. 111.

ter primario, al cual accedemos de acuerdo a la situación jurídico-material en la que nos encontramos. Ya sea como personas mayores de edad, como padres de familia o como trabajadores de alguna empresa, por citar algunos ejemplos, somos titulares de un conjunto de derechos o estamos ubicados en alguna de las situaciones jurídicas⁷ (cargas, deberes, poderes, etc.) propias de la configuración de cada una de las parcelas que sub-dividen al Derecho Material. De acuerdo a criterios de especialización, tradicionalmente forman parte del Derecho Material el Derecho Civil, Laboral, Mercantil, Penal, Ambiental, etc.

Sin embargo, si bien un importante sector de las normas jurídicas se cumple de manera espontánea (el padre asiste a sus hijos, el trabajador ejerce eficazmente sus derechos laborales, el deudor cumple con su acreedor), no es menos cierto que otro sector de situaciones jurídicas de la misma trascendencia no llega a realizarse. Es decir, por nuestra experiencia cotidiana sabemos que no todos los deudores pagan, ni todos los padres asumen sus responsabilidades de la forma debida. Este incumplimiento genera un elemento fundamental en el Derecho: la crisis de cooperación⁸.

Retomemos los tres conceptos que habíamos dejado pendientes. En función de ellos diremos que la crisis de cooperación es el factor que genera la insatisfac-

ción. Dicha crisis puede encontrarse en dos estados, ya sea en estado pasivo, por el cual el interés jurídico insatisfecho no es reclamado por su titular (caso que a la postre puede generar la caducidad del derecho o la prescripción de la pretensión), o un estado activo, en el que la crisis de cooperación pasa a denominarse conflicto. Obsérvese que en uno y otro caso se está ante la existencia de dos o más intereses antagónicos originados en la búsqueda de la satisfacción fundada en un mismo bien. La diferencia radica en la actitud para el ejercicio de los derechos basados en tales intereses: en una actitud pasiva el titular del derecho afectado no realiza ningún acto destinado a variar su situación jurídica (por ejemplo el padre no desea cobrarle una deuda a su hijo), mientras que en la activa ocurrirá todo lo contrario (por ejemplo, el padre envía una carta notarial a su hijo requiriéndole el pago de lo adeudado). El conflicto se produce cuando dos o más sujetos de derecho, considerándose titulares de situaciones jurídicas excluyentes entre sí⁹, ejercen dicha titularidad por sobre la(s) de los otros sujetos. Por último, debido a que la imposición de una situación jurídica aspira a la exclusividad a costa de otros intereses jurídicos, se observa que, en el contexto de un conflicto, la satisfacción no puede ser lograda espontáneamente¹⁰.

La insatisfacción de un interés, originada en la crisis de cooperación y que da lugar al conflicto, genera en el

⁷ La clásica división entre derechos subjetivos y deberes ha cedido paso a otras categorías de mayor especificidad que intentan delimitar mejor la compleja tara de situaciones jurídicas subjetivas. Aún no hay consenso en la utilización de cada una de aquellas situaciones. Algunas categorías se intersecan entre sí, otras deben cambiar radicalmente su contenido cuando pasan del ámbito material al procesal, sin embargo, lo cierto es que su utilización es necesaria para el tratamiento de los nuevos y complejos derechos que van surgiendo día tras día. De otra forma, bajo los cánones clásicos, el estudio de estos se tornaría ininteligible. Una buena forma de comenzar por tan intrincado tema es a través de DIEZ PICAZO, Luis. "El contenido de la relación obligatoria". En: Estudios de Derecho Privado. Madrid, Civitas, 1980. p. 125 y siguientes. Es necesario destacar que la doctrina procesal sigue manteniendo, en su mayor parte, la bipartición entre derecho subjetivo y deber como elementos de la relación jurídica. Sin embargo, nótese que dentro de las muchas acepciones que se le otorga al concepto "derecho subjetivo" los procesalistas utilizan aquella de sentido lato, es decir, la que sirve para calificar, en general, a todas las situaciones jurídicas de Derecho Material. Véase BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo". São Paulo, Malheiros, 1997. Segunda Edición. pp. 30-33. En el que se hace referencia al concepto de "tutela jurídica de los derechos" adoptado por la doctrina italiana.

⁸ Categoría utilizada con éxito por Andrea Proto Pisani y tomada, a su vez, de su maestro Virgilio Andrioli. Nosotros la acogemos por su indudable poder explicativo. Los postulados de tal concepto, así como abundantes ejemplos de su utilización práctica, se pueden encontrar en: PROTO PISANI, Andrea. "I rapporti fra diritto sostanziale e processo". En: Appunti sulla giustizia civile. Bari, Cacucci, 1982. p. 42 y siguientes. Otra forma de explicar lo que llamamos "crisis de cooperación" es la siguiente: "a harmonia social, escopo maior do Estado em qualquer dos setores de sua atividade, é quebrada toda vez que as regras de direito substancial não são cumpridas voluntariamente pelos destinatários. Cabe a função jurisdicional a missão de atuar coercitivamente o direito e restabelecer a paz na sociedade". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência". São Paulo: Malheiros. 1998. p. 98.

⁹ Lo importante es que las situaciones jurídicas se excluyen entre sí, lo que puede ocurrir indistintamente respecto de situaciones similares o de contenido distinto. Ejemplo del primer caso será cuando reclaman la propiedad de un mismo bien. En el segundo, es decir, cuando estamos frente a situaciones jurídicas diversas y, a la vez, antagónicas, podemos citar el caso en que A intenta proteger la integridad de su propiedad, respecto de un derecho real de servidumbre aducido por B.

¹⁰ En este punto, doctrina moderna y clásica mantienen total armonía. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. "Lezioni...". Op. cit., p. 130 y siguientes. La no espontaneidad en el cumplimiento de las reglas del Derecho Material surgidas de una crisis de cooperación es explicada por Andrioli en un ejemplo muy sencillo: "Tizio è creditore di Caio per un milione di lire, che gli ha concesso a mutuo; se Caio spontaneamente restituisce la somma a Tizio, il meccanismo della cooperazione di quest'ultimo, che i civilisti definiscono obbligo, ha operato, e il problema pratico, cui dà luogo la carenza di cooperazione, non sorge neppure. Ma se Caio non adempie, l'esigenza di proporre domanda al giudice e di provocare, in ossequio del più volte illustrato art. 101, il contraddittorio di Caio, sorge per Tizio sol perché non si può farsi ragione da sé". ANDRIOLI, Virgilio. "Diritto Processuale Civile". Tomo I. Napoli, Jovene, 1979. pp. 270-271. Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. "Introducción al proceso civil". Bogotá, Temís, 1996. pp. 1-10; CONSOLO, Claudio. "Spiegazioni di diritto processuale civile". Bologna, Cisalpino, 1998. p. 66; TOMMASEO, Ferruccio. "Appunti di diritto processuale civile. Nozioni introduttive". Torino, Giappichelli, 1995. pp. 91-93; SILVA, Ovídio A. Baptista da. "Curso...". Op. cit., pp. 14-16.

sujeto afectado la necesidad de una protección: la necesidad de tutela. Visto es que ante esta situación el Derecho Material no tiene previstos los medios más idóneos para llevar a cabo la satisfacción. La tutela material alcanza desarrollos incipientes, las sanciones previstas por el Derecho Material destinadas a combatir el conflicto (por ejemplo, la mora del deudor, la nulidad de actos de jurídicos, etc.) no pueden hacerse efectivas por sí mismas. La tutela material tan sólo tiene para sí la autotutela (justicia por mano propia), elemento repudiado en tiempos actuales y sólo permitido para cuestiones muy puntuales (por ejemplo, la defensa posesoria -artículo 920 del Código Civil- o el ejercicio del derecho de huelga).

Es justamente ante esta insuficiencia por la que ingresa, metodológicamente, el derecho procesal¹¹. El proceso se encuentra destinado, básicamente, a la resolución de conflictos de intereses con relevancia jurídica¹². Como se podrá apreciar, viene a ser un instrumento del Derecho Material; lo asiste en aquellos casos donde el conflicto (producto de la crisis de cooperación) trunca el desarrollo normal de las relaciones jurídicas.

Por ello Carnelutti llega a sostener que el proceso es un remedio contra los estados patológicos que alteran el orden jurídico¹³. Tan gráfica expresión merece algunas reflexiones: el proceso no busca la erradicación del conflicto, sino su tratamiento adecuado, es decir, componerlo utilizando mecanismos jurídicos acordes con los fines que persigue la comunidad. El conflicto es una situación de inevitable realización dentro de un grupo humano, es un elemento cotidiano, mas no por ello deja de suponer una patología (de no ser así, la pobreza tampoco lo sería). El proceso propone la solución pacífica del conflicto, no su eliminación, porque está visto que ello sería imposible.

Derecho Material y Derecho Procesal se encuentran íntimamente ligados, son interdependientes¹⁴. Si sólo existiera el Derecho Material, estaríamos ante un Derecho inerte, sin vida; donde el cumplimiento de sus preceptos sólo dependería de que los sujetos lo hagan espontáneamente y donde la composición del conflicto constituiría una cuestión que rebasa los límites del Derecho, pues éste se vería imposibilitado de contrarrestar la patología adecuadamente. Y en este contexto, ¿qué es lo que está más allá del Derecho? La guerra.

Si el Derecho Material totalizara el concepto de Derecho, es decir, si estuviéramos frente a una concepción monista a ultranza, la convivencia humana se tornaría intolerable, debido a que la única forma que esta franja del Derecho tiene prevista para solucionar los conflictos de intereses, ante una crisis de cooperación, es la autotutela, conocida desde el punto de vista procesal como acción directa. Frente a tal situación, aparece el Derecho Procesal como opción y se configura en base a las siguientes directrices: tendrá que ser un tercero imparcial (juez) quien resuelva el conflicto y, teniendo en cuenta que tal función representa una cuestión de singular relevancia para el desarrollo pacífico de una sociedad justa, se admite que el Estado se arrogue el poder de resolver conflictos, a través de un procedimiento que culminará con una decisión definitiva (autoridad de la cosa juzgada) y de carácter imperativo (*ius imperium*).

Esta actividad estatal, denominada procesalmente acción civil, constituye el contenido fundamental de la función jurisdiccional. La acción civil sustituye históricamente a la acción directa y nos propone una solución de justicia en reemplazo de una solución de fuerza¹⁵.

¹¹ "Una de las primeras y más elementales nociones de las cuales suele tomar el impulso de la enseñanza del derecho procesal es la noción de su carácter instrumental: la instrumentalidad, del proceso como género, y del proceso como especie. El derecho procesal no es en verdad un fin en sí mismo, sino instrumento para el fin de la tutela del derecho sustancial -material-, público y privado; está, en suma, por decirlo así, al servicio del derecho sustancial, del cual tiende a garantizar la efectividad, o sea la observancia y, para el caso de inobservancia, la reintegración". CAPPELLETTI, Mauro. "Ideologías en el Derecho Procesal". En: Proceso, ideologías, sociedad. Buenos Aires, EJE, 1974, Traducción de Santiago Sentís Melendo. p. 5.

¹² Recuérdese que nuestro estudio hace alusión al proceso en sede civil, razón por la cual excluimos, como finalidad de éste, la represión de conductas antisociales y la observancia de la jerarquía constitucional.

Por otro lado, se sabe que el proceso civil se encuentra avocado, en menor medida, a la resolución de crisis de certeza (o incertidumbres jurídicas, como comúnmente se le denomina). Es el caso de los procesos que culminan con una sentencia meramente declarativa. Más adelante veremos en detalle esta cuestión.

¹³ "Non ci vuol molto a intuire che la differenza tra il dirittomateriale e il diritto processuale richiama il paragone con la fisiologia e la patologia: il diritto processuale entra in azione quando nel meccanismo del diritto materiale accade qualcosa che ne impedisce il normale svolgimento. Era naturale che la nostra attenzione si dovesse volgere a questo qualcosa. Invero il diritto processuale serve a trovare un rimedio, il quale permetta di ristabilire la normalità di quello svolgimento; ma per conoscere l'azione del farmaco occorre studiare, anzitutto, la malattia". CARNELUTTI, Francesco. "Profilo dei rapporti tra diritto e processo". En: Discorsi intorno al Diritto. Padova, Cedam, 1961. p. 337.

¹⁴ "(...) tra diritto e processo esiste un rapporto logico circolare: il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto, deve essere servito dal diritto". Ibid., p. 336.

¹⁵ Explica Tommaseo que "in questi diversi casi -referidos a lo que nosotros llamamos crisis de cooperación- il giudice cerca la norma sostituendosi alle parti che non riescono o non possono adeguarsi spontaneamente all'ordine giuridico; sostituzione -hace la necesaria precisión- che va inquadrata, da un punto di vista sistematico, in un rapporto di supremazia e non già in un rapporto di mera suppleanza, supremazia che trova la propria strutturale giustificazione nella potestà giurisdizionale di cui il giudice è investito". TOMMASEO, Ferruccio. "Appunti..." . Op. cit., p. 111.

Para concluir, realizando algunas breves precisiones, podemos esquematizar la función del Derecho frente a la crisis de cooperación de la siguiente manera:

- a) La crisis de cooperación nace cuando un sujeto de derecho no puede satisfacer un interés jurídico propio, como producto de la injerencia de otro sujeto.
- b) La no satisfacción espontánea del interés jurídico originada en la crisis de cooperación es pasible de generar un conflicto con relevancia jurídica.
- c) La vía idónea para solucionar un conflicto es el proceso, sin perjuicio de que, una vez acaecida la crisis de cooperación, pueda realizarse la composición espontánea por parte de los sujetos involucrados en ella, a través de las formas alternativas, sean éstas procesales o extraprocesales (conciliación, transacción, arbitraje, etc.).
- d) La situación jurídico-fáctica que contiene el conflicto es denominada, desde la perspectiva procesal, relación material.
- e) El inicio de un proceso judicial para la obtención de la satisfacción, por medio del ejercicio del derecho de acción, hace que fluya una relación jurídica paralela a la relación material: la relación procesal.
- f) Si el propósito ideal del proceso es la solución del conflicto de intereses, ello sólo será posible cuando del proceso se obtenga una solución definitiva

sobre el fondo (pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada) y eficaz. Es decir, para utilizar términos chiovendianos, que quien tenga la razón alcance todo aquello que según el Derecho Material merece y que, ante una negativa de cumplir espontáneamente con el precepto judicial por parte del sujeto perdedor, el órgano jurisdiccional pueda, a través del *ius imperium*, hacer cumplir la decisión, sea a través de medidas coercitivas (por ejemplo, multas, astreintes, etc.) o de la ejecución forzada.

- g) Nótese, finalmente, que la composición del conflicto a través del proceso - siempre y cuando se obtenga un pronunciamiento sobre el fondo- es total¹⁶, ya que otorga satisfacción a todos los que discutieron sus derechos en él¹⁷, tanto porque se reconoció una situación jurídica -respecto del sujeto favorecido con la sentencia- como porque se zanjó definitivamente una discusión, dilucidándose que el sujeto afectado nunca fue titular de la situación jurídica que ostentaba tener. En otras palabras, independientemente del contenido de la sentencia sobre el fondo (declare ésta fundada o infundada la demanda), la satisfacción opera sobre todos los participantes que actuaron como parte en el proceso.

Así, recordando que la tutela debe ser entendida como la protección de los intereses jurídicos, podemos decir que la misma se divide en dos partes: una material y otra procesal. La primera la vemos resuelta a través de las distintas reglas jurídicas que dispone el Derecho Material. En otras palabras, la tutela material

¹⁶ Utilizamos el término total en oposición a parcial, el cual significaría que tan sólo una de las partes ha obtenido satisfacción jurídica del proceso, al finalizar éste. No pocos autores dejan entrever que la satisfacción otorgada a través de la sentencia es gozada sólo y exclusivamente por el sujeto beneficiado. Tal apreciación la consideramos errónea.

¹⁷ En realidad, el término satisfacción resulta mucho más complejo de lo que muchos procesalistas están dispuestos a admitir. Se abre la pregunta de si estamos frente a una satisfacción meramente jurídica o si, por el contrario, ella debe ser material. La opción que se asuma tiene, incluso, connotaciones ideológicas: si optamos por una satisfacción jurídica, nos ahorraríamos los problemas que nos presenta la realidad, pues la satisfacción se configuraría -formalmente- con la obtención de una sentencia válida sobre el fondo, sin importar si sus preceptos son pasibles de ser concretados o no. Si eligiéramos la acepción material del concepto satisfacción, estaríamos privilegiando el valor eficacia, como pieza importante de la tutela jurisdiccional.

Nosotros proponemos una concepción integral o compleja de la satisfacción procesal. No es ecléctica porque no nos colocamos a medio camino entre lo jurídico y lo material. Una y otra se unen y hacen que consideremos a la sentencia de mérito, por citar un ejemplo, como acto jurídico procesal encaminado a brindar resultados concretos en el plano real. De plano, la satisfacción entendida como meramente jurídica la dejamos de lado por lo que ya ha sido expresado. Algunos podrían decir que ella sólo es admisible en los casos en que el proveimiento jurisdiccional no contiene una modificación material (sentencias meramente declarativas o constitutivas), sin embargo, ello no es correcto, por ejemplo: ¿de qué sirve una sentencia que declara la nulidad del contrato si éste ya provocó el perjuicio que pretendía evitar el demandante? Si la sentencia y, con ella, la satisfacción que se busca, sólo supusiera una afectación jurídica, este problema no se produciría porque, al menos formalmente, el derecho ya se habría satisfecho. Mantener, por tanto, el criterio de la "satisfacción jurídica", es negar la misma realidad.

En caso de optar por la segunda opción, nos topamos con un problema teórico insuperable. La satisfacción otorgada por una sentencia no puede ser únicamente material, ya que implícitamente contiene una calificación jurídica de la porción de realidad que ha sido llevada al proceso (a la cual denominamos relación material). De este modo, la satisfacción obtenida a través de un proceso judicial es producto de la eficacia jurídica y material del proveimiento que le pone fin a éste. La eficacia jurídica hace alusión al tipo de resolución expedida (de mera declaración, de condena, constitutivo, cautelar o ejecutivo), mientras que la material se refiere a la forma cómo los preceptos que contiene dicha resolución se han concretado en el plano fáctico. Estos lineamientos resultan importantes al momento de analizar los tipos de tutela (de urgencia, diferenciada, inhibitoria, específica, etc.) y las técnicas (procedimientos monitorios, condena con reserva, ejecución parcial, inmediata, etc.) utilizadas en la búsqueda de la eficacia de la función jurisdiccional.

se configura con la consagración de derechos subjetivos y demás situaciones jurídicas que otorgan supremacía a unos intereses respecto de otros. El derecho a cobrar una deuda, a disponer de los bienes o a reclamar una remuneración adecuada por el desempeño laboral, son ejemplos de ella. Por ello, se suele decir que la tutela material se ejerce en el campo del ejercicio de los derechos frente a aquel de su defensa, propio de la tutela procesal¹⁸. Por último, debemos admitir que la insuficiencia de la tutela material se constata ante la presencia de una crisis de cooperación, es decir, ante la ausencia de un cumplimiento espontáneo de las reglas jurídicas materiales. En esa perspectiva, observamos que históricamente se ha convenido en que aquella falencia debe ser cubierta por un agente externo, generalmente quien ostenta el poder en una comunidad. Desde hace algunos siglos este rol lo viene desempeñando el Estado, el cual, ante la ocurrencia de situaciones que alteran el normal desarrollo de las relaciones jurídicas, ejerce una participación activa para el efectivo logro de la tutela de los derechos, a través de la función jurisdiccional. Es el ejercicio, precisamente, de esta función el que supone la realización de la tutela procesal¹⁹. Por tal motivo, podemos concluir que tutela material y procesal son elementos complementarios, es decir, constituyen un concepto único y complejo: la tutela jurídica.

3. LAS RELACIONES ENTRE DERECHO MATERIAL Y DERECHO PROCESAL

Hasta el momento hemos podido apreciar cómo Derecho Material y Derecho Procesal deben interactuar para el efectivo logro de la justicia civil. Ni uno ni otro pueden manejarse de manera idónea excluyéndose entre sí²⁰. La función del Derecho se realiza integralmente, por ello, una visión parcializada en

cualquiera de aquellas vertientes adolecerá de superficialidad y correrá el riesgo de convertirse en una sesgada -y por tanto incompleta- observación de un fenómeno complejo²¹.

Pese a la situación antes descrita, el panorama dogmático resulta poco alentador si apreciamos que los estudios jurídicos, sean de Derecho Material o de Derecho Procesal, han creado barreras teóricas que sólo han contribuido a generar una apreciación recortada, disfuncional y, por ello, poco útil a los fines del Derecho.

¿Cómo se han manejado las relaciones entre ambos? Al igual que la gran mayoría de las expresiones del pensamiento humano, los movimientos han sido pendulantes, la distinción se encuentra en el hecho de que el Derecho Procesal como ciencia jurídica autónoma tiene una experiencia muy reciente cuyos bosquejos iniciales fueron desarrollados por la doctrina alemana de la mitad del siglo XIX. Es por ello que, hasta antes de ese tardío nacimiento, la cuestión que ahora planteamos era inexistente. El proceso era tan sólo un anexo del Derecho Material, al decir de Dinamarca, operaba una suerte de sincretismos jurídico²², donde aquél se encontraba absorbido por la estructura del Derecho Material. Cuando las relaciones jurídicas reguladas por éste último entraban en crisis, se ponía en movimiento la incipiente mecánica del procedimiento judicial. Dicho procedimiento, aún en manos del derecho privado, constituía un fenómeno controlado por las partes, donde el juez cumplía poco más que una función decorativa. La participación del juez, durante la realización del procedimiento, era mínima, sólo se limitaba a otorgar una suerte de homologación de la decisión final, mientras que su contenido se atribuyó más a las partes que a aquél.

¹⁸ Cfr. DI MAJO, Adolfo. "Forme e tecniche di tutela". En: "Processo e tecniche di attuazione dei diritti". Napoli, Jovene, 1989. p. 11.

¹⁹ Lo dicho, en modo alguno quiere decir que sólo es exigible una tutela procesal adecuada en el ámbito jurisdiccional. El proceso es, en otras cosas, una disciplina transgresiva, es decir, que se aplica indistintamente en las diversas parcelas que conforman el Derecho Material y, producto de ello, mal haríamos en limitar su accionar al ámbito meramente jurisdiccional. El conocimiento del proceso es necesario -o debiera serlo, en sede nacional-, por ejemplo, en el arbitraje, en los procedimientos administrativos y tributarios e incluso en algunos procedimientos disciplinarios de carácter privado (clubes deportivos, sociales, etc.).

²⁰ "Um processo sem a presença do direito material, perde a sua razão de ser, e isto conduz à conclusão nitida de que uma grande parte das regras do processo relete o direito material, pois aquele é função deste". HABSCHEID, Walter J. "As bases do direito processual civil". Relatorio presentado en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil en Gand - Bélgica 1977. En: Revista de Processo, Número 11-12, 1978, Traducción al portugués del profesor Arruda Alvim. p. 120.

²¹ Para la exasperación de los juristas de aquella época, señalaba Satta: "il processo non ci appare più in funzione del diritto, ma il diritto in funzione del processo, e il processo ormai come l'unica sconsolata realtà nella quale si risolve quella vana astrazione che si chiama diritto". SATTA, Salvatore. "La tutela del diritto nel processo." En: "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", 30 de setiembre - 3 de octubre de 1950, Padova, Cedam, 1953. pp. 80-81.

²² Cfr. DINAMARCO, Cândido Rangel. "El futuro del derecho procesal civil". En: XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, Universidad Nacional del Externado, 1996. pp. 290-291. Pese al acuerdo completo respecto de lo expresado por el autor, dejamos constancia de nuestra discrepancia sobre el término utilizado. Sincretismo hace alusión a una mezcla de dos doctrinas diversas y ello no ocurrió en la etapa procedimental. Por el contrario, en aquella época existió una suerte de subsunción del procedimiento por parte del Derecho Material. Aquél no gozaba de autonomía y ni siquiera de una delimitación clara de su contenido, sino que era un campo más, vagamente diferenciado respecto de los demás componentes de éste.

La conocida polémica sobre la *actio* entre Múther y Windscheid, los trabajos de Von Bülow también en Alemania, la reforma del proceso austriaco desarrollada por Klein, las obras de Mattiolo, Mortara y Lessona -primer maestro de Calamandrei en Italia, entre muchas otras empresas jurídicas realizadas durante el siglo XIX, crearon las condiciones para la configuración de una ciencia procesal autónoma, afirmada finalmente con la obra de Chiovenda.

A partir de este momento se inició en Italia el movimiento doctrinal-procesalista más importante del siglo XX, destinado a colocar los cimientos sobre los que se construiría lo que hoy conocemos como Derecho Procesal. Las enseñanzas de Chiovenda abrieron paso a la generación de juristas (encabezada por Calamandrei, Carnelutti, Liebman, Cappelletti, entre otros²³) de cuyos logros son deudores casi la totalidad

de los sistemas procesales de occidente no adscritos al *common law*.

No vamos a describir los alcances de la escuela italiana porque no es la ocasión²⁴, sólo diremos que sus contribuciones estuvieron destinadas a la configuración del derecho de acción (como derecho sobre el que se funda el proceso), a perfeccionar el procedimiento ordinario de cognición (mecanismo idóneo para la tutela procesal de los derechos) y a identificar y diferenciar los distintos principios e instituciones jurídicas que se encuentran al servicio del proceso. En otras palabras, el objetivo perseguido consistió en crear las bases para la consolidación del Derecho Procesal como ciencia autónoma²⁵.

Si bien no cabe renegar de las omisiones y de la natural superación de los alcances de semejante

²³ Redenti abre una franja alternativa a la casi absorbente influencia de Chiovenda y sus discípulos, así como respecto del talentoso y prolífico Carnelutti. Sin embargo, es necesario decirlo, la obra del profesor de Boloña, salvo por el Anteproyecto encomendado por el Ministro de Justicia (Guardasigilli) Pietro De Francisci y su exigua participación en el Comité Técnico que elaboró el Código de Procedimiento Civil italiano de 1942, nunca superó el plano dogmático. TARELLO, Giovanni. "Profili di giuristi italiani contemporanei: Francesco Carnelutti ed il Progetto del 1926". En: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1974, Volumen IV, pp. 508-509.

Un acontecimiento que sin duda incidió sobre el curso que tomó el proceso civil italiano, lo constituyó la inesperada desaparición de Carlo Lessona. En efecto, este jurista, cuya obra la podemos ubicar -utilizando categorías de una conocida clasificación de las fases de la historia del hombre- en la etapa procedimental tardía, fue discípulo de Mattiolo, autor de importantes obras entre las que destacan sus cinco volúmenes sobre la prueba judicial; maestro originario de Piero Calamandrei y uno de los abogados de foro de mayor prestigio de su época. A su vez, disputó con Chiovenda, discípulo de Scialoja, la hegemonía (*caposcuola*) del procesalismo italiano de principios del siglo XX, llegando inclusive a postular simultáneamente a una cátedra universitaria (para Cipriani, la enemistad entre Lessona y Mortara -este último, jurista de inmenso poder político, que alcanzara la presidencia de la Corte de Casación- favoreció a Chiovenda en el concurso a la cátedra de Napoli). Otra cuestión que puede resultar anecdótica pero que, creemos, no resulta nada desdeñable para quien se interese en la evolución del proceso civil, es lo que comenta el mismo Cipriani: el joven Carnelutti se había trazado el propósito de llevar adelante un proyecto editorial -que no era otra cosa que la publicación de la histórica *Rivista di Diritto Processuale*. Con el objeto de otorgarle mayor seriedad y respaldo a su proyecto, buscó el apoyo de un destacado jurista. Como sabemos, la *Rivista* fue finalmente fundada en 1924 y, desde aquella fecha hasta nuestras días, constituye la principal tribuna desde donde se escribe, se discute, se reforma y, en general, se piensa el proceso italiano (recuérdese, sino, la cerrada defensa que los procesalistas le hicieron al Código de Procedimiento Civil de 1942 cuando a éste, en el periodo *dopoguerra*, se le tildaba de constituir un ordenamiento fascista. Cfr. TARUFFO, Michele. "La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi". Bologna, Il Mulino, 1980. pp. 289-292). Pero ¿quiénes fundaron la *Rivista*? Pues nada menos que Chiovenda (en aquellos años ya *caposcuola* indiscutible), su nuevo discípulo Piero Calamandrei y, por supuesto, Francesco Carnelutti.

¿Dónde termina la anécdota? En que Carnelutti, antes de ir donde Chiovenda, visitó a Lessona, atendiendo a que, en aquellos años -a diferencia de lo que ha venido presuponiendo la generalidad de la doctrina- se verificaba una supremacía de éste respecto de los demás procesalistas italianos. Así, señala Cipriani que "*Carnelutti, nel 1918, si rivolse, per fondare una rivista, a Lessona, che a quell'epoca era con tutta evidenza il primate della nostra disciplina in campo accademico*". Líneas atrás sentó esta reflexión: "*Lessona morì proprio quando il suo primato stava per trasformarsi in pontificato*". Añadiendo lo que significó la *Rivista* en los años posteriores, de no haberse producido el fallecimiento prematuro de Lessona, para bien o para mal, estamos seguros que hoy estaríamos hablando de un Derecho Procesal muy distinto al que conocemos. CIPRIANI, Franco. "Le peripezie di Carlo Lessona tra Mortara, Chiovenda e Calamandrei". En: "*Rivista di Diritto Processuale*". Padova, Cedam, 1991. pp. 772 y 773. Comenta este autor, profesor de la Universidad de Bari, que en mayo de 1991 recibió una carta de Carlo Lessona, nieto del maestro, quien le escribió lo siguiente: "*Sempre sul filo delle notizie che possono interessare le vedo sull'agenda di mio nonno del 1918 sotto la data del 25 novembre questa annotazione: 'Viene Carnelutti e si parla del Foro Veneto e della Riv. dir. pro. civ.'*". Casi cinco meses después (16.04.1919), a la edad de 55 años, Lessona falleció en la ciudad de Florencia.

²⁴ Un amplio desarrollo puede encontrarse en TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 151 y siguientes. Igualmente en CIPRIANI, Franco. "Storia di processualisti e oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)". Milán, Giuffrè, 1991.

²⁵ En respuesta a tal posición, nos dice Dinamarco: "*Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo*". Agrega el profesor paulista "*O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de enquadramento teleológico*". DINAMARCO, Cândido Rangel. "A instrumentalidade do processo". São Paulo, Malheiros, 1996, Quinta Edición. p. 21. Cfr. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, Ada, PELLEGRINI GRINOVER y Cândido R, DINAMARCO. "Teoria...". Op. cit., p. 43; SILVA, Ovídio A. Baptista da y Fábio Luis, GOMES. "Teoria Geral do Processo". São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 32 y siguientes; MONROY GÁLVEZ, Juan. "Introducción...". Op. cit., pp. 57 y 58.

generación de juristas (hoy, por ejemplo, el derecho de acción ha cedido paso al de jurisdicción como concepto sobre el cual se construyen las bases del Derecho Procesal²⁶), es necesario poner en evidencia cuáles son los retos aún no solucionados por la ciencia procesal.

El énfasis puesto por los procesalistas de principio de siglo es subrayar el carácter autónomo del Derecho Procesal, si bien dio excelentes resultados en cuanto a su finalidad (hoy ya nadie lo discute), degeneró en una situación no advertida inicialmente. Nos referimos a la casi total desvinculación del Derecho Procesal respecto del Derecho Material. En efecto, la autonomía científica lograda con el proceso trajo consigo, de manera poco perceptible al principio, una separación tan radical entre ambas disciplinas que llevó al proceso a perder de vista su finalidad principal: la instrumentalidad respecto de la realización de los derechos materiales.

Se ha venido creando así una suerte de censura, en palabras de Proto Pisani²⁷, según el cual, los alcances realizados por el Derecho Material poco tienen que ver con el proceso y viceversa. Se creyó que la función instrumental del proceso estaba cubierta con la existencia de un procedimiento ordinario de cognición capaz de solucionar indistintamente todos los conflictos acaecidos en el Derecho Material²⁸. Por eso mismo es que la gran mayoría de los

estudios procesales han estado avocados a su perfeccionamiento. La mitificación del procedimiento de conocimiento²⁹ no ha permitido ver a los procesalistas la posibilidad de encontrar otros rumbos que, de manera más efectiva, cumplan los propósitos del proceso.

Si apreciamos esta situación desde la perspectiva de la tutela de los derechos, en sentido genérico, es decir, de la tutela material y la tutela procesal como elementos que deben interactuar para cumplir la finalidad del derecho (ante una crisis de cooperación), observamos que el estado actual de las cosas resulta insostenible. El Derecho Material, visto con prescindencia del proceso, constituye un coherente abanico de reglas jurídicas, pero incapaz de hacerse efectivas ante la falta de cumplimiento espontáneo de sus actores; del mismo modo, cuando el Derecho Procesal se construye a espaldas del contenido material del derecho, lo que queda es tan sólo un instrumento inerte que, en el mejor de los casos, realiza de manera torpe su finalidad.

El Derecho Procesal no puede permanecer más ajeno a los requerimientos del Derecho Material. Es necesario realizar un ejercicio de integración entre ambas disciplinas y dejar a un lado el injustificable parcelamiento de los derechos que continúa hasta nuestros días³⁰. Consolidada ya la autonomía conceptual del Derecho Procesal es necesario cambiar de libretto y traer a mano la problemática de la interde-

²⁶ Cfr. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Direito..." Op. cit., pp. 40 y 41. Comenta Silva: "A determinação do conceito da 'ação' processual acompanhou, pode-se dizer, toda a trajetória percorrida pela moderna ciência do direito processual civil (...) Hoje, decorrido mais de um século desde que estas polémicas tiveram início, chega-se afinal à cuidosa conclusão de que o assunto não possuía, na verdade, a importância que todos imaginavam que ele tivesse para a ciência do processo". SILVA, Ovídio Baptista da. "Curso do Direito Processual". São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000 Quinta Edición, Volumen 1: Processo de Conhecimento. p. 113. Sin embargo, dejamos la salvedad de que tal afirmación tiene un valor más pedagógico que real porque, como bien explica Luiso, "la tutela dei diritti può avvenire anche in via non giurisdizionale: l'arbitrato costituisce la principale, anche se non unica, forma di tutela non giurisdizionale dei diritti. Ed inversamente la giurisdizione può non avere la funzione di tutelare i diritti (...) così la c.d. giurisdizione volontaria". LUISO, Francesco Paolo. "Diritto Processuale Civile". Milán, Giuffrè, 2000. p. 9.

²⁷ Señala Proto Pisani que la "identificazione della strumentalità del processo con la neutralità o indifferenza dello strumento processo rispetto al diritto sostanziale, quasi che una sola specie di procedimento (il processo ordinario di cognizione eventualmente seguito dalla esecuzione forzata) sia idonea a assicurare la tutela giurisdizionale di tutte le situazioni di diritto sostanziale" es consecuencia de la "cesura operatasi fra diritto sostanziale e processo, cesura que ha comportato per gli studiosi di diritto sostanziale la perdita del momento della giustiziabilità dei diritti stessi, e per gli studiosi di diritto processuale la perdita del referente sostanziale dello strumento processo". PROTO PISANI, Andrea. "I rapporti..." Op. cit., p. 39.

²⁸ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. "El Juicio Ordinario y los Plenarios Rápidos (Los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)". Barcelona, Bosch Casa Editorial. p. 203 siguientes. El procedimiento de conocimiento pleno u ordinario es "un viejo saurio gestado durante el período justiniano con el nombre de proceso extraordinario (cognitio extra ordinem), de donde pasó al Derecho común con el nombre de *solemnis ordo iudicarius* y, finalmente, llegó a través de España a los países sudamericanos con el nombre de juicio ordinario". MONROY GÁLVEZ, Juan y Juan José, MONROY PALACIOS. "El mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada". En: Sentencia anticipada. (Despachos interinos de fondo). Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000. p. 169; Cfr. VÉSCOVI, Enrique. "Dai processi straordinari alla tutela sommaria differenziata (alla ricerca di una maggiore efficienza della giustizia)". En: Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, 1995. p. 777 y siguientes.

²⁹ Dejamos constancia de la posición enérgica de Fairén respecto de los mitos: "Hay una posición inadmisibles: la de intentar coonestar en el tiempo, el error con lo verdadero. Eclecticismo inútil, pretensión de bipartir el campo del Derecho. No se consigue con ello, sino, de un lado, que persista el mito cerrado y erróneo, y de otro, proliferaciones inútiles y por lo tanto peligrosas, pues exponen (y así lo demuestra la actual experiencia histórica de España) a convertir al campo del Derecho Procesal en un jungla, terreno más bien para cazadores (?) que para juristas". Y culmina diciendo que "es preciso reaccionar ante todo intento de contribuir a la continuidad de ideas míticas; ello no es hacer ni Historia, ni Derecho, sino superstición y leyenda jurídica". FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Op. cit., pp. 29 y 31. Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan y Juan José, MONROY PALACIOS. Op. cit., Loc. cit.

pendencia funcional entre Derecho Material y Derecho Procesal³¹.

4. FACTORES QUE EVIDENCIAN LA DISTORSIONADA VISIÓN DE LA AUTONOMÍA PROCESAL

Hemos visto que el más importante resultado alcanzado por la doctrina procesal de inicios de siglo ha sido la configuración del Derecho Procesal como disciplina autónoma. El excesivo énfasis utilizado en esta loable finalidad constituyó un agente de distorsión que dio lugar a que el proceso, al pasar de los años, se vaya desarrollando sin mirar más hacia el Derecho Material. Lo que ha ocurrido con el proceso es algo así como la fabricación de una herramienta sin siquiera tener claro cuál será su utilidad o, lo que es peor, sin conocer bien el objeto sobre el que va a actuar. El procesalismo ha pasado de adolecer de un inicial complejo de dependencia (de la época pre-científica) a uno de autosuficiencia.

El camino del proceso hacia una suerte de asépticismo jurídico, al ir dejando en un segundo plano su función instrumental, ha sido gradual hasta hacerse evidente. Señalaremos a continuación, brevemente, cuáles han sido, en nuestra opinión, los factores que nos advierten del despropósito que supone llevar las posturas dogmáticas hacia extremos absurdos.

El Derecho Procesal, en la fase de transición entre el procedimentalismo y la etapa científica, se formó sobre la base de dos elementos de carácter ideológico y político claramente diferenciados: el liberalismo y el autoritarismo. El primero de ellos estuvo perfectamente cimentado a lo largo del siglo XIX, gracias al diseño procesal napoleónico (de gran influencia en Europa), a obras como las de Bülow y Wach u ordenamientos como el Código de Procedimiento Civil italiano de 1865. La corriente liberal se vio reflejada, en el ámbito procesal, a través de la defensa del principio dispositivo (originado, por supuesto, en la autonomía de la voluntad privada) y la asignación a la jurisdicción de la siguiente finalidad: "garantizar los intereses 'declarando' el derecho"³². La cara opuesta a esta situación (corriendo el riesgo de que seamos groseramente esquemáticos, mas preferimos, en este caso, la claridad antes que la acuciosidad), la representó el autoritarismo, cuya máxima expresión la constituyó el ordenamiento procesal del Imperio Austro-Húngaro de 1898 -aún vigente en nuestros días para la República de Austria-, creación del Ministro de Justicia Franz Klein³³. El modelo procesal establecido por este notable jurista fue revolucionario para su época y tuvo notable influencia sobre los demás países europeos³⁴. Se llegó a concretar legislativamente instituciones de considerable valor social³⁵, que hasta ese momento sólo eran presa de las especulaciones de los procedimentalistas y que, en más de una ocasión, fueron contenidas por los siempre presentes espíritus conser-

³⁰ "Entre o direito material e o direito processual civil existe uma correlação bilateral. Efetivamente, um processo sem a existência do direito material perde a sua razão de ser. De outra parte, o direito material se realiza e se concretiza, na hipótese de litígio, pelo julgamento resultado de um processo civil. Os esforços fornecidos para determinar o escopo do processo civil orientado para o sentido material ligam-se, a um, ou a outro aspecto, de tal correlação." Más adelante señala que "o direito material manifestado não é estabelecido de forma definitiva antes do processo. O direito material modifica-se continuamente, e, é por essa razão, que é ele indefinível. A partir del concepção, não há direito material "determinado aprioristicamente". O processo civil cria o direito material para cada caso concreto, e, assim, o fixa para um certo período". HABSCHHEID, Walter J. "As bases...". Op. cit., p. 124.

³¹ Desde hace algunos años, Vittorio Denti percibió que la radical división entre lo "sustancial" y lo "procesal" sólo era utilizable de manera abstracta. En el plano de la aplicación del derecho, aquella apariencia de perfección sistemática se desvanece ante la más mínima complejidad que ofrezca la *fattispecie*. DENTI, Vittorio. "La relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali". En: Dall'azione al giudicato, Padova, Cedam, 1983. pp. 15-18. (Artículo publicado originalmente en el año 1964).

³² Según el Ministro y legislador fascista, Alfredo Rocco, sólo por medio de una correcta regulación de los procedimientos "si raggiunge la perfetta garanzia della libertà delle parti in modo che l'interesse di nessuno sia sacrificato senza la garanzia necessaria". ROCCO, Alfredo. "Lezioni di diritto processuale". Parma, 1906. p. 65. Citado por FERRO, Mario. "Alfredo Rocco e la procedura civile, 1906-1917". En: "Materiali per una storia della cultura giuridica". Bologna, Il Mulino, 1974, Volumen IV, p. 464. Cita en el cuerpo del texto: p. 461.

³³ Vid. CALAMANDREI, Piero. "L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco" y MENESTRISNA, Francesco. "Francesco Klein". Ambos artículos publicados en la Rivista di Diritto Processuale, en los años 1925 (p. 80 y siguientes) y 1926 (p. 270 y siguientes), respectivamente.

³⁴ Se señala incluso que la fama y prestigio del jurista y su obra eran tales que, a principios del siglo XX, se discutía en Italia sobre la necesidad de la aparición de un "Klein italiano". Incluso, como bien advierte Cipriani, el mismo Carnelutti llega a denominar de esa manera a Chiovenda. Refiriéndose a él señala que "no fu, purtroppo, ma avrebbe voluto e dovuto essere il Klein italiano". CARNELUTTI, Francesco. "Addio Chiovenda". En: Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, 1948. p. 121. Citado también por CIPRIANI, Franco. "Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)". En: "Rivista di Diritto Processuale". Padova, Cedam, 1995. p. 969.

³⁵ Tal como lo señala Sprung, para Klein "i conflitti d'interesse che vengono a toccare le regole della vita sociale acquistano per ciò stesso rilevanza sociale e non possono essere disciplinate solamente in base alle valutazioni statali e sociali formulate nel diritto sostanziale; per questo vanno presi in considerazioni gli interessi dello Stato e della società anche nella regolamentazione dei procedimenti di definizioni di tale conflitti (= diritto processuale)". Señala más adelante que "el processo -quale istituto di diritto pubblico- deve oltre assicurare gli interessi privati soddisfare anche i più altri valori sociali; questo può comportare a volte che la libertà del singolo vengano poste limitazioni a beneficio del tutto e dello Stato; il suo timoniere, il giudice, funde da 'rappresentante professionale dell'interesse comune' nel processo". SPRUNG, Rainer. "Le basi del diritto processuale civile austriaco". En: "Rivista di Diritto Processuale". Padova, Cedam, 1979. p. 36.

vadores³⁶. Entre los principales logros se encuentra la creación del proceso por audiencias, como una de las principales expresiones de la consolidación del principio de oralidad; el otorgamiento de poderes al juez para la instrucción de la causa y para el impulso del proceso³⁷ y la institución de la asistencia judicial a los pobres³⁸.

En tal contexto, determinado por corrientes procesales claramente opuestas: por un lado, el proceso como mecanismo para la protección de los derechos subjetivos y el privilegio, por tanto, del interés privado (liberalismo), y por otro, como medio para el reconocimiento del derecho objetivo, es decir, de la voluntad estatal (autoritarismo), aparece la obra del procesalista más influyente -con ello incluimos a Latinoamérica- del siglo XX: Giuseppe Chiovenda. Desde muy joven el maestro italiano estuvo admirado de los trabajos de Adolf Wach, sin embargo, por aquellos años resultaba imposible hacer proceso sin mirar la obra de Franz Klein y él así lo hizo. Corriendo el riesgo, nuevamente, de ser demasiado parcos con nuestras apreciaciones, pero limitando éstas por cuestiones de pertinencia, podemos decir que el resultado de la doctrina chiovendiana fue una mixtura entre lo liberal y lo autoritario; una mixtura que ha provocado que muchos -con sano criterio, otros sin él- relativicen a partir de ello la clásica división entre los procesos propios de un sistema privatístico (liberal) y los del publicístico (autoritario). Actualmente, por ejemplo, suele ser cos-

tumbre que en las cátedras de proceso civil se diga, no sin razón, que resulta imposible observar sistemas procesales puros, es decir, únicamente publicitarios o privatizados. Sin embargo, tal afirmación no nos debe llevar a minimizar las diferencias como si se tratara de un asunto menudo. Por el contrario, lo importante es analizar en qué medida un ordenamiento se encuentra afectado por aquellas dos vertientes y observar si existe una predominancia de una de ellas. Los resultados de tal indagación constituyen un esencial punto de partida para diagnosticar cuál es la posición ideológica y política que asume y promueve un sistema procesal³⁹.

Lo dicho nos resulta importante para analizar lo ocurrido con Chiovenda y sus discípulos. Se trata de un fenómeno que nadie advierte pero que todos aceptan, y es que pareciera que a partir de la obra del jurista de Bologna se produce una suerte de amalgama entre las dos vertientes que afectan al proceso⁴⁰. Cuando uno lee la mayor parte de las obras de los procesalistas del siglo XX, nota claramente que la dimensión política e ideológica del proceso ha sido relegada a un plano casi imperceptible, sea porque, para algunos, tiene poca importancia, sea porque, para la mayoría, resulta sobrentendida. Los mayores esfuerzos se han destinado a hacer ciencia del proceso que no es otra cosa que sistematizar la información y recurrir a la construcción de teorías sobre la naturaleza jurídica de las distintas categorías procesales. El

³⁶ Son interesantes las reacciones suscitadas como producto de la entrada en vigor de la ZPO austriaca. Adolf Wach, uno de los principales defensores de la concepción liberal del proceso le imputaba a tal ordenamiento "*d'essere contrario alla natura (?) dispositiva del processo civile*". WACH, Adolf. "Grundfragen und Reform des Zivilprozess". Berlin, 1914. p. 19. Citado por CIPRIANI, Franco. "Nel centenario...". Op. cit., pp. 970-971 y siguientes.

³⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "La influencia de Wach y Klein sobre Chiovenda". En: Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, Ediar, 1948. pp. 405 y 406.

³⁸ Precisamente, en materia de "*legal aid*", la obra de Klein supuso la "*attribuzione al giudice di poteri di iniziativa processuale*" con el objeto de asistir a la "*parte socialmente debole*". Es necesario destacar que tal modelo fue seguido por las reformas procesales más importantes de Europa y se inspiró, indudablemente, en la doctrina de Anton Menger (Vid. "El Derecho Civil y los pobres". Buenos Aires, Atalaya, 1947. p. 60 y siguientes): máximo exponente del "socialismo jurídico" y maestro de Klein. Cfr. DENTI, Vittorio. "L'evoluzione del'legal aid' nel mondo contemporaneo". En: Un progetto per la giustizia civile, Bologna, Il Mulino, 1982. pp. 134 y 135.

³⁹ Para completar el ejemplo propuesto podemos apreciar el caso peruano. Resulta claro que encontramos una marcada tendencia publicística, es decir, una tendencia a privilegiar la participación activa y creadora de los jueces que permita obtener un tutela judicial construida en función de las hondas diferencias sociales, económicas y culturales que existen en nuestro país. De esta forma, nuestro ordenamiento procesal plasma principios como el de socialización y el *iura novit curia* y otorga a los jueces amplios poderes de dirección y de instrucción probatoria, así como un poder cautelar genérico.

Una opción distinta y tradicional hubiera supuesto plasmar legislativamente la existencia de un juez meramente aplicador de normas. Un juez "neutral", es decir, garante de las injusticias que nos impone orden mundial actual y no uno comprometido con su comunidad.

De la misma opinión es el profesor de Bari Franco Cipriani quien señala que "*oggi nessuno oserebbe sostenere che il processo civile è tecnicamente neutrale e ideologicamente insensibile al assetto costituzionale dello Stato*" (p. 1137). Sin embargo, no está de más decir que su opinión parte desde la otra orilla ideológica. Se trata de un procesalista que se complace de "*vivere*" en tiempos "*liberali*" (p. 1175) y que considera a este valor como realístico y perenne (p. 1137). Nos hace recordar al prestigioso jurista español, Francisco Ramos Méndez, que, hace pocos años, renegó en Lima sobre las discusiones referidas a los poderes del juez y a la casación dado que, al final de cuentas, todo lo que quiere el abogado es ganar y rápido. En una sociedad como la nuestra, como lo dijo alguien muy querido, donde mueren miles de niños diariamente por desnutrición, donde nos seguimos desangrando por las injusticias sociales, ¿podemos hacer proceso sin pensar en ellas? ¿es posible hablar de libertad sin igualdad sustancial? ¿es que acaso el proceso se reduce a una ecuación de menos esfuerzo para obtener más dividendos? Cfr. CIPRIANI, Franco. "Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma CPC)". En: Studi in onore di Crisanto Mandrioli, Milán, Giuffrè, 1995. Tomo II. Las páginas citadas.

⁴⁰ Fenómeno originado en la notoria ambigüedad de las obras de Chiovenda: entre el liberalismo de Wach y el autoritarismo de Klein. Cfr. TARELLO, Giovanni. "L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale". En: Materia per una storia della cultura giuridica. Bologna, Il Mulino. 1973. p. 709 y siguientes.

norte siempre es el mismo para muchos procesalistas actuales y éste sería, como lo dijo Chiovenda: utilizar al proceso como mecanismo privilegiado para la actuación de la voluntad del Estado (derecho objetivo)⁴¹. Pese a ello, como pudiera suponerse, no se crea que la postura es autoritaria. Bajos los cánones gruesamente establecidos líneas atrás, la mixtura chiovendiana radica en que tal posición se conjuga con una sustancial disminución de los poderes del juez (lo cual se aleja, radicalmente, de Klein), por lo que éste debe ser entendido como un simple aplicador de normas, un agente conductor (como en electricidad) de la voluntad oficial preestablecida.

Nosotros pensamos distinto. Creemos que no existe nada más falso y pernicioso que la pretendida neutralidad ideológica y política del derecho y, en especial, del proceso. Todos asumimos una posición querámoslo o no, no sólo los que promueven una ideología o reniegan de otra; también la asumen los que se limitan a describir un fenómeno o los que prefieren no quedar mal con nadie. El silencio es camarada del *statu quo* que vive (y, muchas veces, padece) una comunidad. Bajo tal premisa, es decir, advirtiendo la trampa de la neutralidad, podemos señalar que lo que ha caracterizado a la mayor parte del procesalismo del siglo XX es una sumisa aceptación de la postura chiovendiana y las consecuencias ideológicas que ella genera.

El hecho de que el proceso haya sido sometido al flujo de dos ideologías antagónicas, inclusive a través de la obra de Chiovenda, nos lleva a comprobar una vez más que éste ha sido unpreciado objeto de control social por parte de los gobernantes de turno lo que, por supuesto, no se limita a la era moderna, sino se remonta hasta la aparición misma de las civilizaciones⁴². Sin embargo, el proceso en la hora actual, entendido como medio para el reconocimiento del derecho objetivo, ha perdido la brújula. Otra vez se convierten en cascarón sin fondo los actos procesales entendidos como meras piezas que permiten al juez encontrar la norma aplicable al caso concreto. Esta-

mos frente a un proceso que va a morir de inanición porque no tiene vida propia o, tal vez, si la tuviera, ella consiste en ser, como ha venido ocurriendo durante la mayor parte del siglo XX, un instrumento procedimental para avalar el *statu quo* que establecen las reglas del Derecho Material. Con Chiovenda entramos a una etapa científica, es cierto; una etapa cuyo gran aporte constituyó lograr la autonomía del Derecho Procesal. Sin embargo, ¿qué significó hacer ciencia del proceso? No sólo fue la autonomía sino también la sistematización de los conceptos y categorías procesales, así como la creación de auténticas teorías procesales (teorías del proceso, de la acción, sobre la jurisdicción, etc.). Pese a ello, con el correr de los años el proceso fue perdiendo su capacidad de determinación, se transformó en el objeto de una ciencia casi pura y perdió su contenido ideológico. Hoy, en Latinoamérica, el mastodonte armazón que queda sólo es alterado cuando resulta ineficiente para responder a las reglas del orden jurídico capitalista previstas por las normas materiales.

5. LAS RESPUESTAS DEL DERECHO PROCESAL

Es importante, por tanto, considerar en su real dimensión hasta qué punto el proceso cumple, intrínsecamente, una función instrumental respecto de los objetivos que persigue el Derecho y específicamente respecto del Derecho Material. Aquél, con todas sus limitaciones, pretende la composición justa de los conflictos de intereses a través de los distintos mecanismos que lo conforman. El proceso es un instrumento con diversos elementos en su interior, que se encuentran unidos por un objetivo común; es decir, dichos elementos, que no son otros que los principios, las instituciones y las distintas categorías procesales, conforman en su conjunto la estructura del Derecho Procesal. Así, las impugnaciones, las condiciones de la acción, las excepciones, cada una de ellas, desde su ámbito, están destinadas a mejorar la calidad de los resultados del proceso. ¿Cuáles son las respuestas que hasta el momento ha dado el proceso? y ¿en qué medida ellas han contribuido a la justicia civil? Estas

⁴¹ "El Estado, si bien en abstracto tiene derecho en todo caso al mantenimiento del orden jurídico, imponiendo su respeto ya sea al particular, ya sea a los mismos órganos, puede establecerse una limitación, no por razones necesarias y absolutas sino por consideraciones de utilidad social, y subordinar este derecho suyo a la voluntad del particular. Esta iniciativa del particular, esto es, el derecho de realizar la condición para la actuación de la voluntad del Estado -ley-, es lo que se llama acción". CHIOVENDA, Giuseppe. "La acción en el sistema de los derechos". En: Ensayos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, EJE, 1949. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Volumen 1. pp. 22-23. Al respecto, señala Tarello: "Tra le diverse teorizzazioni germaniche del rapporto processuale e dell'azione, Chiovenda scelse come base della sua quella del Wach secondo cui l'azione sarebbe un diritto alla tutela giuridica (indipendente dal diritto tutelato) rivolto verso lo Stato e mirante ad un provvedimento favorevole nei confronti dell'avversario (che deve sopportare la tutela accordata dallo Stato al diritto soggettivo dell'attore)". TARELLO, Giovanni. "L'opera...". Op. cit., pp. 727-729.

⁴² Son significativas las palabras de Canatta, quien señala que "è lo studio del processo che, in ogni momento storico, ci può dare le indicazioni più precise per stabilire quali siano gli elementi che un certa collettività riduce a diritto; quali i rapporti tra il collettivo e l'individuale (o, se si vuole, il pubblico e il privato), quali gli eventi rilevanti, quali i rapporti di potere tra le classi, quali i privilegi; e, nell'evoluzione del processo, quali gli sforzi di emancipazione (le lotte di classe) che hanno avuto quel successo autentico, che consiste nel modificare l'ordine giuridico". CANATTA, Carlo Augusto. "Profilo istituzionale del processo privato romano". Torino, Giappichelli, 1980. Tomo I: Le legis actiones: p. 6.

son las interrogantes sobre las que está encausada nuestra reflexión en las próximas líneas.

5.1. Los grandes conceptos manejados por la doctrina actual y las tendencias evolutivas que giran en torno al proceso

En los años 70 el profesor florentino Andrea Proto Pisani bautizó con el nombre de tutela diferenciada a una forma distinta de concebir el proceso que, desde hacía pocos años, marcaba el pensamiento de una nueva generación de juristas italianos⁴³. Esta generación de post-guerra, cuya obra -a diferencia de la de sus antecesores- ha sido escasamente difundida en Latinoamérica, no representa una posición doctrinal uniforme -malo sería-, sino, por el contrario, se funda, generalmente, en una forma distinta y comprometida de entender y abordar el fenómeno procesal: como un instrumento de justicia social eficaz y, temporalmente, oportuno.

Es cierto que no todos los esfuerzos encaminados en la dirección antes esbozada están contenidos en la llamada tutela diferenciada. Sin embargo, este concepto es útil porque resulta concéntrico, es decir, abarca en un mismo rótulo a tendencias que rompen con el conservadurismo del pasado y que colocan al proceso como un elemento determinante del desarrollo social, lugar del que nunca debió apartarse.

La aparición en la escena jurídica del término tutela diferenciada, más allá de su precisión terminológica -que para los efectos no es relevante- posee tal vez el mismo valor simbólico que tuvo la prolucción de Chioventa de 1903⁴⁴. En efecto, si bien ambos casos no determinan con exactitud un suceso jurídico, nos advierten de la irrupción de una nueva forma de pensamiento. Para nosotros, la distinción trascendental entre ambos hechos es que mientras la conocida prolucción significó en esencia un acontecimiento científico, la tutela diferenciada, además de ello, constituye un acontecimiento de innegable relevan-

cia social. Ésta, nuestra reflexión, sin duda no la acuñaría el mismo Proto Pisani, defensor leal de las posturas de Chioventa⁴⁵. Sin embargo, las ideas dejan de ser de su creador una vez que se exteriorizan; el término tutela diferenciada dio nombre a un movimiento cuyas primeras expresiones se gestaron mucho antes de los trabajos de este profesor, por lo que la incuestionable trascendencia del fenómeno que describimos se hubiera concretado igual, más allá de la existencia o no de aquella etiqueta.

Pese a que preferimos observar la historia del proceso a través de los progresivos esfuerzos y vicisitudes que se van gestando en la comunidad y no por medio de acontecimientos cumbres, podemos afirmar que la ruptura del procesalismo actual, respecto de la postura científicista de la primera mitad del siglo XX⁴⁶, comienza a verificarse en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. En efecto, pocos años después de aquel lamentable suceso comienzan a sucederse una serie de situaciones, tanto jurídicas como políticas, destinadas primordialmente al efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales. Constituciones y tratados internacionales plasmaron en el plano legislativo una gran madeja de disposiciones encargadas de tutelar, de manera cada vez más amplia y a la vez más incisiva, este tipo de derechos, entre los cuales es pieza importante el llamado derecho a la tutela jurisdiccional⁴⁷. El proceso, sin permanecer ajeno a semejante acontecimiento cultural, comienza a adquirir una nueva dimensión -la constitucional- en el entendimiento de que el Estado, al monopolizar la resolución de los conflictos de intereses con relevancia jurídica y al proscribir la justicia por mano propia, asume la responsabilidad de dotar a los ciudadanos de un medio eficaz y oportuno que permita la convivencia pacífica y justa. El acceso a la jurisdicción es considerado inalienable, propio de todos los sujetos de derecho, sin distinción alguna. Ningún ciudadano, quiéralo o no, puede vivir ajeno al mundo del Derecho⁴⁸ y, de esta manera, es posible de caer, de un momento a otro, en un conflicto jurídicamente relevante bajo el cual deberá acudir al Estado

⁴³ Al parecer, el primer texto jurídico aparecido con aquella terminología sería el siguiente: "Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro". En: Foro Italiano, 1973, V. p. 205 y siguientes.

⁴⁴ "La acción en el sistema..." . Op. cit. Ver dato bibliográfico en cita 41.

⁴⁵ Cfr. PROTO PISANI, Andrea. "Chioventa e la tutela cautelare". En: "Rivista di Diritto Processuale", Padova, Cedam, 1988, p. 16 y siguientes.

⁴⁶ Vid. FAZZALARI, Elio. "La dottrina processualistica italiana: dall'azione al processo". En: Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, 1994. p. 911 y siguientes; WALTER, Gerhard. "Cinquanta anni di studi sul processo civile in Germania: dal costruttivismo all'apertura internazionale". En: "Rivista di Diritto Processuale", Padova, Cedam, 1998. p. 36 y siguientes.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Evoluzione della scienza procesuale latino-americana in mezzo secolo". En: "Rivista di Diritto Processuale", Padova, Cedam, 1998. p. 26 y siguientes.

⁴⁷ Respecto de este tema recomendamos COMOGLIO, Luigi Paolo. "Garanzie costituzionale e "giusto processo" (modelli a confronto)". Relación presentada a las II Jornadas Brasileñas de Derecho Procesal Civil (Brasilia - 1997). En: "Revista de Processo", No. 90, Año 23, abril junio de 1998. p. 95 y siguientes.

⁴⁸ Ciertamente no pretendemos plegarnos a aquella discutible distinción entre mundo jurídico y mundo real que algunos dogmáticos consideran un dogma. Creemos que, en realidad, el Derecho se encuentra inmerso en la comunidad, en nuestra cultura, en otras palabras, es parte de la vida del hombre.

en busca de tutela jurisdiccional⁴⁹. El proceso, por tanto, se encuentra inmerso en nuestras vidas mucho más de lo que estamos dispuestos a admitir; constituye un fenómeno cultural, social y político y de ninguna manera puede ser recluso a los libros y a los grandes castillos conceptuales que crean los juristas de laboratorio. Es así que, a partir de las últimas décadas del siglo que se fue, el proceso, progresivamente, dejó de ser pensado como si se tratase de una ciencia abstracta, que se estudia y se perfecciona a sí misma, en función de datos autoabastecidos⁵⁰ y, por el contrario, empieza a analizarse en función de su contacto con la comunidad y de los resultados que de ese análisis se obtiene. Para lograr tal objetivo, comienza a estudiarse en relación con otras disciplinas que comparten el interés por la vida del hombre en la sociedad (sociología, economía, historia, etc.)⁵¹.

De la confrontación del proceso con la sociedad se verifica que hoy el tema del sistema de justicia nos compromete a dar solución a lo que constituye un fenómeno de masas y no de algunas clases privilegiadas. Se observa que dicho sistema adolece de una gran desconfianza por cuanto los ciudadanos reciben una prestación jurisdiccional deficiente, inoportuna, intempestiva o inútil cuando la sentencia no es capaz, en este último caso, de concretar sus preceptos en la realidad. Que no todos los ciudadanos se encuentran en las mismas condiciones sociales, eco-

nómicas o culturales para enfrentar con éxito un proceso judicial; que la mayor parte de la estructura diseñada para la tutela material y procesal de los derechos sólo toma en cuenta aquellos que tienen contenido patrimonial y que, en todo caso, se monetarizan las que no lo tienen⁵², desconociéndose con descaro la tutela efectiva de muchos derechos, fundamentales en su mayoría, no tutelables a través del resarcimiento, sino por medio de su cumplimiento específico.

Es así que rápidamente se llega a la conclusión de que nos encontramos ante una crisis de la justicia civil y de que el proceso, de cómplice pasivo de tal circunstancia, debe constituirse en uno de los principales mecanismos para revertir esa situación⁵³. En nuestros días, el proceso se encuentra en una etapa de transición bajo la cual, lo único cierto, es que debe ser pensado en función de sus resultados antes que desde su perfección en el borroso campo de las especulaciones puramente teóricas⁵⁴.

La aparición de estudios procesales dirigidos a cuestionar y dar soluciones respecto de las hondas diferencias sociales entre los distintos actores de la comunidad y la crítica hacia la pretendida igualdad formal que proponen de manera artificial nuestros ordenamientos jurídicos -como sucede con nuestro Código Civil- tuvo su centro de irradiación en la doctrina del

⁴⁹ "Lo trascendente es, única y exclusivamente, que ese andamiaje destinado a solucionar conflictos aplicando el derecho al caso concreto debe estar siempre en aptitud de conceder a los ciudadanos la posibilidad de un tratamiento certero, eficaz y homogéneo a sus exigencias de justicia". MONROY GÁLVEZ, Juan F. "Introducción al proceso civil." Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996. p. 246.

⁵⁰ Es relevante la apreciación de Carnelutti sobre los estudiosos que no pueden escapar del conceptualismo. Así, el dato normativo muchas veces no es conjugado con la experiencia jurídica, la cual no es otra cosa que la realidad sobre la que actúan, como instrumentos, derecho y proceso. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. "Profilo dei rapporti tra scienza e metodo sul tema del diritto". En: "Discorsi intorno al diritto", Padova, Cedam, 1961. Volumen III. p. 326.

⁵¹ Pese a lo dicho, aún hay algunos que combaten esta posición integradora y mantienen la creencia de que el proceso es una disciplina autónoma y no puede pretender encontrar sus postulados en otros ámbitos del conocimiento a no ser que sufra serias distorsiones. Así, para Fazzalari debe existir una suerte de "pureza dogmática sistemática" donde no se debe mezclar con las normas "*dati di altra natura, meri fatti, confondendo il 'giuridico' col 'sociologico' y así 'abbandonansi ad un inamissibile sincretismo di metodi'*". FAZZALARI, Elio. "Sistema e processo". En: *Ius*, 1986. p. 137. Citado por CAPPELLETTI, Mauro. «L'accesso alla giustizia e la responsabilità del giurista nella nostra epoca». En: "Studi in onore di Vittorio Denti", Padova, Cedam, 1994, Volumen I. p. 267.

⁵² Por ejemplo: la tutela de los derechos en función de los daños provocados y la tutela de este daño en función de su peso en monedas. Ese es y ha sido el norte durante los últimos doscientos años -inspirado en el *Code* napoleónico, citado más adelante- que ha guiado la tutela procesal de las prestaciones de hacer y no hacer. Sobre la aplicación de este esquema en sede privada, véase: BARCELLONA, Pietro. "Diritto privato e società moderna". Napoli, Jovene, 1996. p. 517 y siguientes.

⁵³ En otra oportunidad desarrollaremos, en extenso, lo que para nosotros constituye una cuestión de vital importancia: la nueva dimensión que deben adquirir las relaciones entre derecho y proceso. La tradicional postura -que todavía nos envuelve- señala que donde existe un Derecho Material debe existir un remedio procesal (*ubi jus, ibi remedium*). Sin embargo, en tiempos donde las necesidades sociales aparecen mucho antes que las previsiones legislativas, nos topamos, en no pocas ocasiones, con derechos que no encuentran un correlato en la norma objetiva. Ante esta situación, debemos comenzar por admitir que el proceso es el lugar donde se obtiene tutela jurídica, sin importar, en muchas ocasiones, que exista la "norma mágica" que solucione el conflicto. ¡No hay nada de sobrenatural!, en estos casos, el juez es el único capacitado para otorgar una justicia adecuada y oportuna. En otras palabras, en tales circunstancias, los remedios del proceso son los que crean auténticos derechos que a la postre deberán ser reconocidos por el Derecho Material (*remedies precede law*). La experiencia de los jueces del *common law* y la de los argentinos en materia de amparo, constituyen testimonios claros del grado de utilidad social al que puede llegar un Sistema Judicial eficiente y comprometido con su comunidad. Cfr. TARUFFO, Michele, Luigi Paolo COMOGLIO y Corrado, FERRI. "Lezioni..." . Op. cit., pp. 25-27.

⁵⁴ Frase que expresamos en alusión a la posición de Giovanni Tarello cuando califica de mentalistas a los grandes juristas italianos de inicio de siglo. Cfr. TARELLO, Giovanni. "Quattro buoni giuristi per una cattiva azione". En: "Dottrine del processo civile, Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile", Bologna, Il Mulino, 1989. p. 258.

acceso a la justicia iniciada por el célebre Mauro Cappelletti⁵⁵.

En Brasil el movimiento renovador de la doctrina tradicional del derecho procesal fluye a través de lo que se denomina instrumentalidad del proceso⁵⁶. Su contenido se asemeja en mucho a lo que ya se ha hecho en otras latitudes: se trata de romper con la doctrina científica del proceso que se había dedicado exclusivamente a elaborar una disciplina autónoma -respecto del Derecho Material- con categorías y finalidad propia, para proponer un Derecho Procesal que sea construido en función de los requerimientos surgidos del Derecho Material y, cuando este sea insuficiente, impreciso o injusto, en función de las necesidades de la comunidad sobre la que se emplea⁵⁷.

En el Perú, además está decirlo, hemos llegado tarde a la escena contemporánea. Nuestro Código vigente (desde 1993) cambia radicalmente el estado de las cosas luego de 81 años de letargo. En pleno siglo XX vivíamos en la era del procedimentalismo cuando a éste, en otras latitudes, hacía ya mucho tiempo que se le había extendido su partida de defunción. El ordenamiento actual debía dar un doble salto si quería sintonizar con los alcances a los que ha llegado la doctrina en la actualidad, sin embargo, ello no sólo hubiera significado un acto de inimaginable complejidad, sino también irresponsable. Se eligió un camino intermedio en el cual se tomaron posiciones determinantes (claras, directas y

excluyentes) respecto de las instituciones fundamentales del proceso (acción, demanda, pretensión, presupuestos procesales, condiciones de la acción, excepciones)⁵⁸; se creó un sistema de principios, a través del Título Preliminar, donde se concretó las directrices que guían al nuevo proceso peruano. Son normas que, entre cosas, proponen la socialización del proceso, la posibilidad de que el juez resuelva los conflictos utilizando no sólo el dato normativo -muchas veces pobre y siempre estático-, sino también la jurisprudencia y la doctrina. En fin, si bien los logros alcanzados por nuestro principal ordenamiento procesal son perfectibles, aquellos no resultan en nada desdeñables. Se han creado bases sólidas para la consecución de un sistema procesal que se adecúe, progresivamente, a nuestras necesidades. Esto es, en la medida que se encuentra provisto en la generalidad de su contenido de una notoria tendencia a considerar como una verdad preestablecida las desigualdades y las carencias sociales, y en la constatación de que aparece inserto en una ideología sin ambages: la que considera que el proceso es una de las principales herramientas para nuestra transformación hacia una vida digna y justa⁵⁹.

5.2. Cuestiones procesales de carácter sustancial

a. Crisis de la clásica tripartición de las sentencias y búsqueda de otras formas de tutela

Según un criterio clasificatorio clásico, y que en la actualidad sigue gozando de una aceptación casi

⁵⁵ Cfr. (En español) CAPPELLETTI, Mauro y Bryant GARTH. "El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos". México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996. De la misma forma, MARINONI, Luiz Guilherme. "O acesso à justiça". En: *Novas linhas do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 1996, Segunda Edición. p. 17 y siguientes; NETO, José Cichocki. "Limitações ao Acesso à Justiça". Curitiba, Juruá, 1998. p. 49 y siguientes.

⁵⁶ Cfr. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, Ada, PELLEGRINI GRINOVER y Cândido Rangel, DINAMARCO. "Teoria...". Op. cit., p. 41 y siguientes.; DINAMARCO, Cândido Rangel. "A instrumentalidade do processo". São Paulo, Malheiros, 2001.

⁵⁷ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Modernidade do direito processual brasileiro". En: *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milán, Giuffrè. 1993, Volumen II. p. 505.

⁵⁸ Tanto se debatió y tantas veces fueron estériles aquellas discusiones. Cada jurista tenía su teoría y quien se animara a realizar el esfuerzo de entender tan intrincada y hasta, muchas veces, surrealistas propuestas, corría el riesgo de salir desencantado o de terminar en el mismo lugar por donde había empezado. La problemática desatada por la búsqueda de la "naturaleza" del derecho de acción nos grafica muy bien la situación descrita. Lamentablemente no es el único caso, por el contrario, los ejemplos abundan.

Sobre los aventuras doctrinales realizadas en virtud del derecho de acción véase: CALAMANDREI, Piero. "La relatividad del concepto acción". Una crítica muy severa pero, a la vez, esclarecedora de muchos aspectos poco conocidos de la doctrina procesal clásica, teniendo como pretexto, precisamente, el estudio del derecho de acción, puede apreciarse en TARELLO, Giovanni. "Quattro..." . Op. cit., p. 241 y siguientes.

⁵⁹ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan F. "La ideología en el Código Procesal Civil peruano". En: *Ius et Praxis*, No. 24, 1995. "Actas del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil" (Lima - 1994). p. 192 y siguientes.

⁶⁰ La forma habitual como se otorga tutela procesal -satisfactiva o no- es a través de las sentencias, sin que ello signifique que no existan otras medios procesales que lo permitan, como es el caso de algunas formas especiales de conclusión del proceso (desistimiento de la pretensión, allanamiento, transacción judicial, etc.), o de las medidas cautelares, por citar algunos ejemplos.

Sin embargo, pese de que a estos mecanismos procesales también les resultan aplicables los criterios que esbozaremos a continuación, preferimos desarrollarlos, por una cuestión de claridad, sólo para las sentencias.

Algún sector de la doctrina prefiere denominar a esta clasificación como tipos de tutela; cuestión que no compartimos pues consideramos que el carácter genérico de este concepto puede atentar contra una correcta comprensión del tema en análisis. Así, a modo de ejemplo, otros autores señalan como tipos de tutela a lo que nosotros llamaríamos, simplemente, tipos de procedimientos: conocimiento, ejecutivo y cautelar. Tal clasificación, dicho sea de paso, nos resulta abiertamente asistemática, razón por la cual no estaríamos dispuestos a suscribirla. Si se revisa los textos indicados en la cita siguiente se podrá apreciar que las denominaciones varían radicalmente de acuerdo al autor.

unánime, las sentencias⁶⁰ pueden ser meramente declarativas, constitutivas o de condena⁶¹. Pese a la aparente claridad de esta tripartición, el panorama se torna complejo cuando es sometido a aplicaciones concretas. Mucho se ha reparado en ello aunque aún no se ha logrado despejar la situación en procura de una utilización idónea de tales categorías.

Siguiendo a Italo Andolina⁶² podemos iniciar nuestro análisis sosteniendo que la diferenciación por el contenido de tales sentencias no resulta el único dato necesario para una correcta caracterización. En efecto, es necesario tener en cuenta, adicionalmente, dos elementos relevantes: el objeto del proceso, es decir, el contenido de la discusión llevada al litigio⁶³ y la funcionalidad, la cual puede ser definida como la aptitud de la sentencia para el cumplimiento de su función satisfactoria, en otras palabras, su disponibilidad para concretar su eficacia en el plano material⁶⁴.

Con cargo a desarrollar la cuestión del objeto del proceso a medida que vayamos explicando cada tipo de sentencia, podemos decir que la funcionalidad se expresa de dos maneras. Así, las sentencias pueden ser de realización inmediata y de realización mediata. Las primeras son aquellas cuya eficacia se concreta cuando, una vez expedida la sentencia y habiendo adquirido ésta la autoridad de la cosa juzgada, se realiza la satisfacción pretendida por cualquiera de las partes y, en el peor de los casos, sólo restan actos de

mero trámite⁶⁵ para la consolidación de la situación jurídica ordenada por la misma. Ejemplo claro de realización inmediata lo encontramos en la sentencia que dispone, definitivamente, el divorcio. Se trata de una sentencia típicamente constitutiva que satisface a las partes sin necesidad de acudir a la ejecución forzada posterior y en la que sólo se requiere una inscripción registral que otorga publicidad a una situación ya configurada.

Como se habrá podido deducir, las sentencias de realización mediata, por el contrario, no satisfacen directamente al sujeto favorecido con ella (tenga o no la autoridad de la cosa juzgada), sino que suponen la emisión de una orden judicial que se espera sea cumplida espontáneamente por parte del sujeto que perdió en el proceso. De no mediar este cumplimiento se abre la posibilidad de iniciar la ejecución forzada. Ejemplo de lo dicho es la sentencia que ordena el pago de una suma de dinero, en la medida que el no pago por parte del demandado supone el inicio de la etapa de ejecución en la cual el Estado, a través del órgano jurisdiccional, realiza un ejercicio de sustitución⁶⁶ respecto del sujeto incumplidor y hace efectiva materialmente la satisfacción del actor⁶⁷.

A continuación, con los dos elementos antes esbozados (objeto del proceso y funcionalidad), y con otro que nosotros añadimos (contenido de la resolución), pasaremos a efectuar una breve descripción de los tipos de sentencia que reconoce la doctrina:

⁶¹ Con algunas pequeñas alteraciones, citamos a continuación algunos autores que sostienen tal clasificación: CHIOVENDA, Giuseppe. "Principios de Derecho Procesal Civil". México D.F., Cardenas, 1989, Tomo I, pp. 203-226; DE LA PLAZA, Manuel. "Derecho Procesal Civil español". Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945, Volumen I, p. 129 y siguientes; CARNELUTTI, Francesco. "Lezioni di diritto processuale civile". Padova, La Litotipo; 1926. p. 3 y siguientes; COUTURE, Eduardo J. "Fundamentos de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires, Depalma, 1985. p. 314 y siguientes; ALSINA, Hugo. "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial". Buenos Aires, Ediar, 1963. Segunda Edición. p. 465; CALAMANDREI, Piero. "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Buenos Aires, EJE, 1962. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Volumen I, pp. 291-293; GUASP, Jaime. "Derecho Procesal Civil". Madrid, Civitas, 1998. Cuarta Edición. Tomo I, p. 481.

⁶² ANDOLINA, Italo. "Cognizione" ed "esecuzione forzata" nel sistema della tutela giurisdizionale (Corso di lezioni). Milán, Giuffrè. 1983. p. 3.
⁶³ La discusión respecto del "objeto del proceso" ha sido tan ardua como, en muchos casos, estéril. Los trabajos más importantes sobre esta cuestión han sido desarrollados por la doctrina alemana (Wach, Schwab, Schonke, Rosenberg, Habscheid, Nikisch). El mismo Andolina, pese a que no se logra apreciar una diferencia clara, no se refiere exactamente a ese concepto, sino prefiere hablar de "*oggetto dell'accertamento*" (ibídem). Para nosotros, el "objeto del proceso" constituye la materia discutida en un determinado procedimiento, es decir, el "mérito de la causa" sobre el cual las partes piden una decisión. En tal medida, es llevado al proceso a través de la interposición de la demanda e integrado por la contestación y, eventualmente, por una reconvencción. Con lo dicho, no pretendemos agotar tema tan complejo, sólo utilizaremos tal definición como criterio metodológico para el desarrollo de este apartado. Cfr. BOLL KIMMICH, Liane. "Teorias do objeto do processo no direito brasileiro e alemão". En: "Elementos para uma nova Teoria Geral de Processo", Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997. p. 158 y siguientes; SILVA, Ovídio Baptista da. "Conteúdo da sentença e mérito da causa". En: Sentença e coisa julgada. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 303 y siguientes; HABSCHIED, Walter J. "L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco". En: "Rivista di Diritto Processuale Civile", Padova, Cedam, 1980. p. 458 y siguientes; BARRIOS DE ANGELIS, Dante. "Teoría General del Proceso". Buenos Aires, Depalma, 1979. p. 97 y siguientes.

⁶⁴ Entiéndase que no nos referimos a la eficacia misma de la sentencia, sino a la manera como ésta es concretada en el plano material. Una aproximación del todo distinta a la nuestra en MONTESANO, Luigi. "La tutela giurisdizionali dei diritti". Torino, UTET, 1993. pp. 239-242.

⁶⁵ Actos de ejecución impropia según una imprecisa terminología utilizada por un sector de la doctrina. Cfr. DINAMARCO, Cândido Rangel. "Execução Civil". São Paulo, Malheiros, 1998. Sexta Edición. pp. 99-103.

⁶⁶ El carácter sustitutivo de las resoluciones judiciales es la expresión específica de la conocida actividad secundaria que caracteriza a la función jurisdiccional y que ha echado raíces en la doctrina clásica. Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. "Principios...". Op. cit., p. 365 y siguientes; CALAMANDREI, Piero. "Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil". En: Estudios sobre el proceso civil, Buenos Aires, Bibliográfica, 1961. p. 20.

⁶⁷ El momento donde realmente se cumple la satisfacción en los procesos de obligación de dar sería, por tanto, el de la recepción material de lo solicitado en la demanda. Por tanto, la sentencia de condena, por sí sola, no satisface, sólo ordena.

Sentencia meramente declarativa. Este tipo de sentencia surge cuando el objeto del proceso constituye una crisis de certeza⁶⁸ o, como se le denomina en sede nacional, una incertidumbre jurídica⁶⁹. Así, por ejemplo, se puede solicitar al órgano jurisdiccional la determinación respecto del sentido en que debe ser interpretada una cláusula contractual para su efectivo cumplimiento o un pronunciamiento que precise los alcances de una norma jurídica respecto de un caso concreto.

La eliminación de incertidumbres jurídicas como función del proceso debe ser escindida de la función habitual de éste consistente en la solución de conflictos⁷⁰. Esta distinción es fundamental pero no puede ser llevada a extremos que distorsionen el panorama y nos hagan caer en una confusión habitual. En efecto, se suele identificar a la sentencia meramente declarativa como expresión de una tutela de carácter preventivo, en la medida que la eliminación de la incertidumbre jurídica supone, necesariamente, una actuación jurisdiccional que se anticipa a la posible existencia de una crisis de cooperación, generadora del conflicto de intereses.

De hecho, si observamos los ejemplos antes citados, el argumento esbozado se cumple a la perfección. En el primer caso, un sujeto solicita al juez que establezca cuáles son los alcances de la prestación a la que se ve obligado como parte de una relación contractual. En otras palabras, se desea el cumplimiento, pero no se tiene un conocimiento adecuado del modo en que se realizará éste, por tanto, no existe crisis de cooperación. En el caso de la determinación de los alcances de una norma para un caso concreto resulta notoria la ausencia de conflicto, se elimina una crisis de certeza para cumplir, adecuadamente, con las reglas del Derecho Material. Opera, por tanto, una prevención respecto de un eventual conflicto de intereses.

Sin embargo, dicha coincidencia no puede conducirnos al establecimiento de un criterio general pues, como veremos, la tutela preventiva no es un rasgo

exclusivo de este tipo de sentencias⁷¹ y, principalmente, porque un pronunciamiento meramente declarativo también puede ser expedido para que su eficacia opere sobre crisis de cooperación ya establecidas. Veamos:

Estamos en el caso de una deuda ya exigible en el ámbito del Derecho Material. Debido a un descuido por parte del acreedor, el cobro judicial de aquella se ha afectado, en tanto el tiempo transcurrido, ha dado lugar a la prescripción extintiva. Ahora bien, el diseño procedimental pre-establecido normativamente prevé dos mecanismos: el primero y más común, se refiere a la posibilidad de que el acreedor inicie un procedimiento de conocimiento demandando el cobro mediante el cual, de obtener una sentencia estimatoria, obtendrá una orden de pago (sentencia de condena). Ahora bien, desde el punto de vista del demandado, la posibilidad de salir victorioso de aquel potencial proceso radica en la interposición, oportuna, de la excepción de prescripción extintiva (que provocará un auto de improcedencia de la demanda). Sin embargo, se ha generado una situación que no podemos negar y que supone una carga psicológica para el demandado: ¿en qué momento el acreedor va a ejercer su derecho de acción? ¿es que hay que esperar que el conflicto material se convierta en procesal? Así, la otra alternativa es que el deudor, al percatarse que el plazo que ha transcurrido le favorece en cuanto a la prescripción extintiva, puede iniciar un proceso destinado a obtener una sentencia meramente declarativa que se pronuncie sobre la inexigibilidad de la deuda, con lo cual obtendría una sentencia que otorga satisfacción sobre un conflicto actual. Satisfacción no preventiva, sino represiva.

Se podrá objetar, de nuestro ejemplo, que la actuación de la sentencia meramente declarativa no se da respecto de un conflicto presente, debido a que la interposición de la demanda que pone a cobro la deuda sería la que recién daría inicio al conflicto procesal. Sin embargo, tal aseveración resulta inexacta, en la medida que la incidencia del conflicto de

⁶⁸ Cfr. DENTI, Vittorio. "La giustizia civile. Lezione introduttive". Bologna, Il Mulino, 1989. p. 122.

⁶⁹ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan F. "Introducción..." .Op. Cit., p. 137; artículo III del Título Preliminar del CPC.

⁷⁰ Hacemos referencia a las funciones realizadas en el ámbito del proceso civil y no a otras como el control de la constitucionalidad normativa o de las conductas antisociales que, es necesario apuntar, también son tutelables -procesalmente- en el tratamiento de otros ámbitos del Derecho Material. *Ibidem*. p. 213 y siguientes.

⁷¹ Las sentencias de condena, pese a su habitual función represiva (es decir, actuar con posterioridad a la configuración del conflicto) pueden ser requeridas para desplegar su eficacia de manera preventiva. Ejemplo de ello lo constituye la llamada condena a futuro. Es un mecanismo según el cual un sujeto se puede adelantar a la incidencia de un conflicto obteniendo, a través de una sentencia de condena preventiva, una orden judicial que sólo actuará en caso se verifique el futuro conflicto de intereses. En sede nacional encontramos un claro ejemplo de esta situación a través de lo que se denomina -con poca rigurosidad técnica- "desalojo anticipado" (artículo 594 CPC). En efecto, se trata de una figura en la que el titular de un inmueble arrendado, pese a no haber concluido el contrato de arrendamiento, puede iniciar un proceso destinado a obtener una orden de desalojo que sólo será efectiva si el arrendatario, al concluir el contrato, no abandona el inmueble en los próximos seis (6) días. Como se observa, preventivamente se obtiene una sentencia de condena que otorga una satisfacción, casi inmediata, frente al potencial incumplimiento del obligado.

intereses respecto del proceso debe observarse en función de la existencia en el ámbito material de aquel (*fattispecie*), es decir, de la verificación de la situación jurídica material en el plano de la realidad fáctica. De este modo, si se está ante la exigencia de una deuda que se sabe prescrita y ante la inminencia de una demanda para el cobro de la misma, el demandado se puede adelantar a la iniciación del proceso que verse sobre esta materia y concluir de manera represiva (en oposición a lo preventivo) con un conflicto de intereses. La crisis de cooperación ya se verificó se haya o no iniciado el proceso. A mi parecer, al interponerse la demanda, sea ésta sobre obligación de dar (por parte del acreedor) o de prescripción extintiva (por parte del deudor), la crisis de cooperación da lugar a un proceso represivo porque se intenta dar solución a un conflicto -iniciado en el- pasado y no futuro. Además, admitiendo que la demanda de prescripción extintiva es preventiva ¿cómo calificaríamos el proceso al que da lugar aquella si el demandado reconviene el pago de la deuda? ¿se transformaría en represivo? No lo creemos⁷².

Sentencia constitutiva. Acudimos a este tipo de sentencias en supuestos que se encuentran expresamente previstos por el derecho objetivo⁷³ y caracterizados por suponer, a través de la expedición y la sucesiva adquisición de la autoridad de cosa juzgada por parte de la sentencia, una modificación jurídica⁷⁴, es decir, la conformación de una situación jurídica nueva (por ejemplo, el proceso de divorcio y la de nulidad del contrato).

Las sentencias constitutivas, al igual que lo que sucede con las meramente declarativas, no requieren de actos materiales posteriores (ejecución forzada) para la satisfacción del interés de la parte favorecida. Son sentencias de actuación inmediata. En efecto, se considera satisfecha la necesidad de tutela en el momento

en que la sentencia adquiere la autoridad de cosa juzgada. Excepcionalmente y sólo por cuestiones formales se requerirá la realización de actos de mero trámite (por ejemplo, la inscripción del divorcio en el registro civil).

La doctrina clásica consideraba que las sentencias constitutivas se otorgaban en contextos en los cuales la materia de discusión estaba referida a un derecho potestativo. Esta afirmación resultaría coherente en los casos referidos, por ejemplo, la deducción de la nulidad referida a un contrato. Así, según las reglas del Derecho Material, el actor tiene la posibilidad de alterar, a voluntad propia, la situación jurídica de otro sujeto, al concluir con la relación contractual. En el proceso, sin embargo, estas reglas se relativizan en la medida de que lo disciplinado por el Derecho Material (el cual viene a ser el contenido del conflicto de intereses), ingresa a una situación de expectativa hasta la culminación del proceso.

Otro elemento que ataca directamente la teoría de Chiovenda que considera como regla general el binomio derecho potestativo-sentencia constitutiva lo constituye la existencia de los llamados procesos de jurisdicción necesaria. Es decir, de situaciones jurídicas de Derecho Material que no son pasibles de ser resueltas por un medio distinto que no sea el de la tutela jurisdiccional. Estamos ante el caso de la separación de cuerpos y el de la sentencia que declara el divorcio, donde la conveniencia de las partes por llegar hacia una situación jurídica común debe ser amparada, para su validez, por un acto jurisdiccional. Razones de interés público justifican la existencia de este tipo de procesos.

Sentencia de condena. Históricamente se sabe que este tipo de sentencias son las más comunes y constituyen, a la vez, una de las más antiguas formas de

⁷² En realidad, el ejemplo citado merece una ponderación adicional, que pasa por poner nuevamente sobre la mesa las relaciones entre Derecho Material y Procesal. En efecto, muchas veces ocurre entre los procesalistas que, por haberse formado bajo el flujo de la escuela clásica que lleva hasta los extremos la autonomía científica del proceso, analizan las situaciones jurídicas materiales en función de variables puramente procesales, lo cual, como se vio en el caso propuesto, puede generar graves distorsiones.

Para obtener una mejor claridad de lo que explicamos, citamos el caso señalado por Bedaque: se trata del naufragio sufrido por la embarcación turística Bateau Mouche IV (Río de Janeiro, 1988), que causara la muerte de 89 personas.

Respecto de los daños que tal suceso ha generado, ¿qué tipo de situaciones jurídicas se estaría tutelando? "*Os lesados podem pedir a reparação de seu direito individual*"; "*a associação das empresas de turismo poderia defender em juízo seu direito coletivo à boa imagem de setor*" y, finalmente, "*o Ministério Público, em defesa de interesses difusos, teria legitimidade para requerer a interdição da embarcação, visando à segurança e integridade das pessoas*". El error de esta concepción consiste en suponer que el tipo de demanda interpuesta va a determinar la situación jurídica material que se resolverá en el proceso. En realidad ese fenómeno se origina independientemente de la configuración de la relación procesal. Esta última se encargará sólo de permitir el otorgamiento de una tutela adecuada con los requerimientos del Derecho Material. El desarrollo del caso corresponde a NERY JUNIOR, Néilson. "*O processo civil no Código de Defesa do Consumidor*". En: "*Revista de Processo*", Número 61. p. 25. Citado por BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "*Direito...*". Op. cit., pp. 34 y 35.

⁷³ En el caso italiano, la situación incluso se encuentra regulada expresamente (artículo 2908 C.C.). Cfr. PROTO PISANI, Andrea. "*Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*". En: "*Rivista di Diritto Processuale Civile*", Padova: Cedam, 1991, p. 61.

⁷⁴ Cfr. FERRI, Corrado. "*Profili dell'accertamento costitutivi*". Padova, Cedam, 1970. p. 33

tutela procesal⁷⁵. La sentencia de condena está ligada estrechamente a procesos que tienen como contenido una prestación (dar, hacer o no hacer). Su rango de acción cruza los elementos más importantes del derecho civil patrimonial (desde los derechos de propiedad, hasta los derechos de crédito e incluso una gran franja de los casos que implican responsabilidad civil)⁷⁶.

La sentencia de condena se expresa a través de una orden. El órgano jurisdiccional, al amparar la demanda interpuesta, obliga al demandado a realizar una prestación, en otras palabras, se condena o se ordena judicialmente la realización de una prestación. Ahora bien, como ya se habrá deducido, en cuanto a su eficacia el alcance de la sentencia de condena resulta menos incisivo que el de los otros tipos de sentencia, en la medida que se requiere, luego de que la sentencia ha adquirido autoridad de cosa juzgada, de un acto material por parte del sujeto obligado: es necesario el cumplimiento efectivo de éste respecto de lo ordenado⁷⁷. De no ocurrir aquello, el órgano jurisdiccional abre una nueva fase de tutela que complementa a la de condena y que está basada en una labor de carácter, básicamente, sustitutivo: la ejecución forzada.

Es así que se considera que la sentencia de condena, una vez que ha adquirido autoridad de cosa juzgada, se encuentra provista de eficacia ejecutiva⁷⁸, es decir, se configura la posibilidad, siempre y cuando se realice a pedido de parte, de iniciar una fase de ejecución forzosa de lo que no fue cumplido espontáneamente a través de la condena⁷⁹. Sobre el sujeto demandado recae todo el poder estatal de la jurisdicción y no sólo su situación jurídica se ve diezmada por el reconocimiento de una situación jurídica opuesta, sino que, al momento de la ejecución forzada, su libertad se ve restringida en virtud de un incumplimiento verificado no ya respecto de la contraparte (relación privada), sino, respecto de la orden jurisdiccional contenida en la condena.

Observamos pues, en líneas generales, el diseño desarrollado por el proceso para la protección juris-

diccional de los derechos. De esta manera, se deberá entender que cualquier problema que tenga relevancia jurídica será resuelto de acuerdo a los cánones previamente establecidos. Se trata del principio *ubi jus, ibi remedia*⁸⁰ que marca la directriz en nuestra tradición jurídica: donde hay derechos deben haber remedios procesales que contribuyan a su protección.

La situación actual, sin embargo, resulta desafiante para el esquema procesal trazado por los clásicos. Si bien es evidente que aún hoy una elevada franja de conflictos jurídicos pueden ser resueltos de manera idónea por estos mecanismos, no lo es menos que dicha estructura fue diseñada, básicamente, para un determinado tipo de conflictos: los que tengan como contenido situaciones jurídicas patrimoniales. En la actualidad el margen de los conflictos jurídicos se ha ensanchado y se ha diversificado tremendamente, a tal punto que, como veremos en breve, es necesario afrontar el tema de la tutela jurisdiccional de una manera radicalmente distinta.

Entre otras cosas, el siglo XX vino a ser el siglo de la masificación de la justicia. De un momento a otro, la función jurisdiccional empezó a constituir un tema que convoca a todos los integrantes de la comunidad, indistintamente de la situación económica y social en la que se encontraran. Este fenómeno, que paulatinamente ha ido socavando las estructuras clásicas y vetustas del proceso, ha dado lugar a lo que conocemos como una crisis de la justicia. Un fenómeno que supera el ámbito jurídico y se inserta en nuestra vida cotidiana como un elemento indispensable para una convivencia pacífica y civilizada.

En un primer momento comienzan a surgir una serie de derechos, en el ámbito del Derecho Material, para los cuales, en principio, no existió un tratamiento idóneo en el campo procesal: el procedimiento de conocimiento, diseñado desde siempre para resolver el conflicto entre un actor y un demandado debió reformularse para el tratamiento de conflictos que involucraban derechos colectivos e, inclusive, difusos (derechos cuya titularidad no resulta determinable).

⁷⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. "Jurisdição e execução na tradição romano-canônica". São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. Segunda Edición. p. 61 y siguientes.

⁷⁶ No podemos olvidar, por ello, las importantes reflexiones de Silva: "A generalização da ação condenatória, tanto para o direito de propriedade quanto para os direitos de crédito, exigiu a redução de todo o Direito Material a uma relação obrigacional de débito-crédito", más adelante señala que "para que toda ação seja a resultante de uma 'prestação não satisfeita', como diz Chiovenda, é necessário, antes, que se tenha uniformizado o Direito Material e, de um modo geral, todos os direitos reais reduzindo-os a direitos pessoais, originários de uma relação obrigacional". Ibid., p. 49.

⁷⁷ PROTO PISANI, Andrea. "La tutela di condanna". En: "Appunti sulla giustizia civile...". Op. cit., 1982. p. 122.

⁷⁸ ANDOLINA, Italo. "Cognizione...". Op. cit., p. 13.

⁷⁹ Por tal motivo, Calamandrei disiente de la posición de Rocco quien señala que la sustitución operada por el Estado, en fase ejecución de sentencia, se realiza respecto del titular del derecho y no respecto del obligado. En realidad, ocurre lo contrario. CALAMANDREI, Piero. "Límites...". Op. Cit., p. 20.

⁸⁰ Cfr. TARUFFO, Michele, Luigi Paolo, COMOGLIO y Corrado, FERRI. "Lezioni...". Op. cit., p. 25.

Conceptos como el de los límites subjetivos de la sentencia, la representación procesal o la legitimidad para obrar han debido adecuarse sobre el paso⁸¹.

Como se desarrolló en otra parte, esta concepción de la crisis de la justicia hace que el proceso empiece a ser pensado no a través de la búsqueda de su perfección teórica, sino por medio de la constatación de sus resultados concretos en la comunidad⁸². Se busca una tutela jurisdiccional eficaz y es así que, sobre tal idea matriz, se empieza a elaborar las nuevas respuestas procesales.

La idea de la eficacia da lugar a la necesidad, incluso prevista por varias constituciones, de que las sentencias sean cumplidas en sus propios términos. Es decir, que la satisfacción por medio de la jurisdicción sólo se concibe cuando lo que se otorga es estrictamente aquello concedido por la sentencia. Esto, que a muchos puede parecerles una obviedad, muy pocas veces ha sido cumplido. La tendencia a monetarizar todo, a considerar los derechos como mercancías pasibles de ser objeto de resarcimiento, ha dejado de lado la trascendencia de otros derechos que, en el siglo que se fue, empezaron a aparecer. Derechos caracterizados por su carácter, mayoritariamente, fundamental y por la urgencia en la solución de los mismos. ¿Y esto por qué?, porque los daños en este tipo de derechos no son valorizables monetariamente, ni por otros bienes (son infungibles), es decir, son pasibles de caer en lo que se conoce como perjuicio irreparable.

Es así que, en el específico caso de la clasificación trinaría de las sentencias, encontramos una insuficiencia creada por un dogma que actualmente debe ser dejado de lado. Nos referimos a la necesaria correlación que debe existir entre sentencia de condena y ejecución forzada. En efecto, según esta directriz cimentada desde Roma y elevada a la categoría de principio por el procesalismo clásico de principios del siglo XX, toda sentencia de condena sólo puede ser

actuada a través de los mecanismos previstos para la ejecución forzada. Es decir, a través de instrumentos procesales destinados a la consecución de un bien con contenido patrimonial, sea éste el bien mismo que es objeto de la *litis* o, en su defecto, el equivalente pecuniario del derecho que ha sido reconocido por la sentencia de condena. Así, la tutela de condena y su posterior ejecución resultan idóneas -y desde siempre lo fueron- para los procesos cuyo conflicto estuviera basado en una prestación de dar, sea para el otorgamiento de un bien determinado (la tutela específica en los procesos de reivindicación) y para los conflictos cuya prestación principal era pasible de ser representada en dinero (responsabilidad civil). La ruptura jurídica, si se quiere, con esta dimensión patrimonial de la tutela jurisdiccional de los derechos, se habría podido dar desde mucho antes con la existencia de prestaciones que no necesariamente conllevan a un dar, sino a actos -con contenido patrimonial o no- que suponen un hacer o un no hacer, bajo los cuales debiera permanecer incólume la necesidad de una tutela específica, es decir, de una tutela que suponga el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos. La historia, sin embargo, se escribió de otra manera. El triunfo desmesurado de la ideología liberal en la formación de los estados modernos, cuyo principal reflejo en el ámbito jurídico es la protección irrestricta a la autonomía de la voluntad⁸³, dio lugar a la ya aludida monetarización de los derechos y a una norma que ha guiado, desde los inicios mismos de la codificación, la tutela de los derechos, sea cual fuere su contenido, desde un ángulo estrictamente patrimonial: toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve con indemnización por daños e intereses, en caso de incumplimiento del deudor (Código Civil de Napoleón, artículo 1142). Consecuencia obvia de esta norma, inspiradora de la gran mayoría de Códigos latinoamericanos -como el nuestro-, es que, desde el punto de vista procesal, prácticamente cualquier derecho era pasible de ser tramitado por el natural cauce de la sentencia de condena y posterior ejecución forzada.

⁸¹ "La primera cuestión es que la justicia civil no sea concebida como uno cualquiera entre tantos métodos, como un modo de gestionar negocios, como una competición deportiva, como una forma de legitimar prevaricaciones, o como una expresión de las relaciones económicas de fuerza, y se entienda, por el contrario, como el instrumento institucional para la actuación del Derecho". TARUFFO, Michele. "La justicia civil: opción residual o alternativa posible?". En: Corrupción y Estado Derecho. El papel de la jurisdicción. Madrid, Trotta, 1996., Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. p. 148.

⁸² "Non ha più censo studiare, o concepire, e tanto meno insegnare il diritto processuale esclusivamente nei suoi aspetti normativi". De esta manera, "l'analisi del giurista diventa così estremamente più complessa, ma anche più affascinante ed infinitamente più realistica; essa non si limita più ad accertare, ad esempio, che per promuovere l'inizio di un processo, o per sollevare un'impugnazione, si devono osservare certi precetti formali, ma implica altresì un'analisi dei tempi richiesti per ottenere il risultato voluto, dei costi da affrontare, delle difficoltà anche psicologiche da superare, dei benefici ottenibili, ecc". CAPPELLETTI, Mauro. "L'accesso...". p. 271. Los mismos lineamientos son sostenidos por otro jurista quien, incluso, hace alusión a la "desastrosa situación de la justicia civil" en su país. DENTI, Vittorio. "Lo Stato della giustizia civile: Problemi e prospettive di riforma". En: Sistemi e riforme, Studi sulla giustizia civile, Bologna, Il Mulino, 1999. p. 366.

⁸³ Que supone una incoercibilidad del hacer o, dicho en otros términos, la imposibilidad de constreñir a un sujeto de reconocer derechos que estén más allá de los que representan su ámbito patrimonial. MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela inibitoria (Individual e Coletiva)". São Paulo, Revista dos Tribunais. p. 19.

El surgimiento de los derechos fundamentales de reconocimiento universal a partir de la mitad del siglo XX ha hecho evidente y ha potenciado la existencia de un conjunto de situaciones jurídicas que ya no pueden ser protegidas bajo el vetusto cauce del proceso ordinario⁸⁴. Estos derechos, por tanto, si son sometidos a la vieja estructura de la sentencia de condena y la ejecución forzada dan lugar a un proceso ineficaz, en la medida en que se trata de derechos sin contenido patrimonial, incapaces de ser protegidos bajo una tutela meramente resarcitoria⁸⁵. Imaginemos el caso en que una persona desea evitar la comercialización de un libro que afectaría su dignidad. ¿Acaso es posible pregonar la eficacia de la función jurisdiccional si observamos que aquel sujeto obtiene, en el mejor de los casos, una sentencia que indemnice los daños de los que será objeto? ¿por qué no otorgarle precisamente aquello que pide (que los libros no sean comercializados)? Ello implicaría desde luego una condena de no hacer a su favor, pero ¿cómo se cumple si lo único que tiene previsto nuestro sistema procesal es la ejecución forzada? Se requiere una orden judicial que efectivamente impida el acto ilícito, ¿qué nos queda, si la condena constituye una orden judicial ineficaz si no tiene de lado a la ejecución forzada? La doctrina procesal menos afín a los dogmas instituidos por los clásicos alrededor de Chiovenda ha dado, bajo distintos formatos y denominaciones, una respuesta que se perfila como solución a esta problemática: debe dejarse de lado la necesaria correlación entre sentencia de condena y ejecución forzada. La sentencia de condena también puede ser actuada bajo otra técnica, la de las medidas coercitivas⁸⁶.

En efecto, la idea de las medidas coercitivas, si bien no es novedosa, nunca antes había sido enfocada bajo la concepción de un sistema, sino simplemente a través de sanciones aisladas que otorgan eficacia a determinados tipos de decisiones jurisdiccionales⁸⁷. En el *Common Law* la situación resulta abiertamente opuesta, a través de la figura del *contempt of court* los mandatos judiciales se encuentran unidos de una autoridad especial a través del poder sancionador del juez (una expresión de su poder jurisdiccional). Las medidas coercitivas suponen actos de coacción psicológica sobre el sujeto incumplidor para que realice aquello ordenado por el juez. Así, en el caso hipotético que planteamos, el juez al dictar la sentencia de condena que ordene la no comercialización de la obra (obligación de no hacer) podría incluir, dentro de la mencionada resolución, medidas coercitivas que aseguren su cumplimiento, como multas diarias o acumulativas (astreintes) e incluso la prisión civil por desobediencia al mandato judicial.

A pesar de la eficacia de un sistema de medidas coercitivas que, como se observa, complementa la actuación de las sentencias de condena, es necesario tener en cuenta que aquellas tienen un carácter penal y que, por tal motivo, no pueden ser aplicadas por el juez civil a no ser que exista una previsión legislativa expresa. Esto sin duda, a diferencia de la gran mayoría de soluciones otorgadas por el procesalismo moderno, constituye una seria limitación. Su inclusión no está en manos del poder creador del juez, no se pueden aplicar ni por interpretación extensiva ni por analogía. En definitiva, su inclusión en nuestro sistema está en manos del legislador⁸⁸.

⁸⁴ "Un sistema che affidi la tutela delle situazioni giuridiche soggettive alla sola tecnica risarcitoria -cioè, una tecnica che presuppone avvenuta laviolazione del diritto-può funzionare sinchè riconosca cittadinanza solo a diritto patrimoniali. Viceversa, entra in crisi e frustra l'esigenza quando, contemporaneamente, dia ingresso a diritti della personalità. Con riguardo a questi ultimi, sebbene la loro violazione possa determinare un danno patrimoniali, si tratta, nella generalità dei casi, di danni non patrimoniali rispetto ai quali il risarcimento è rimedio del tutto impotente". GRUNSKY, Wolfgang. Intervención realizada durante el Convegno su "Proceso e tecniche di attuazione dei diritti". Palermo, 22-24 de octubre de 1987. "Processo..." . Op. cit., p. 385

⁸⁵ "Ne segue che l'esecuzione forzata si mostra come una tecnica strutturalmente inadeguata a garantire l'esecuzione (o più genericamente l'attuazione) di una serie particolarmente numerosa di obblighi. In particolare alla tecnica dell'esecuzione forzata non sarà possibile fare ricorso per l'attuazione: a) di obblighi di fare materialmente o giuridicamente infungibili, di obblighi cioè per l'adempimento dei quali è sempre indispensabile la cooperazione dell'obbligato; b) di obblighi di fare che, pur potendo essere considerati fungibili, comportino particolari difficoltà o complessità qualitative o quantitative ad essere eseguiti da parte da un terzo; c) degli obblighi di non fare, cioè per l'attuazione di una tutela che prevenga la violazione". PROTO PISANI, Andrea. "La tutela..." . Op. cit., p. 133.; Cfr. DENTI, Vittorio. "La giustizia..." . Op. cit., p. 135.

⁸⁶ Con ciertos reparos (una previsión normativa específica), tal situación es admitida por CHIARLONI, Sergio. "Misure coercitive e tutela dei diritti". En: "Rivista di Diritto Processuale Civile", Padova, Cedam, 1980. p. 603.

⁸⁷ En el caso peruano, véase los poderes (no facultades) disciplinarios del juez del artículo 52 del Código Procesal Civil.

⁸⁸ Interesantes discusiones se han generado, en otras latitudes, para lograr que los jueces civiles observen un tipo penal (incumplimiento de mandato jurisdiccional) para la actuación de sus sentencias. Sin embargo, ello poco o nada serviría en la medida que para su efectivo desempeño se requiere de la tramitación de un proceso penal. La idea de las condenas acompañadas de una medida coercitiva es que ésta, para procurar la eficacia de la primera, debe ser de actuación inmediata. Cfr. FRIGNANI, Aldo. "Il Mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive". En: "Processo..." . Op. cit., p. 359 y siguientes. Pese a las limitaciones aún existentes en Italia, la generalización de la astreinte no es apreciada, cuando menos por su doctrina, como una barrera infranqueable: "La autonomia dell'astreinte rispetto alla considerazione delle fattispecie sostanziali cui si applica appare ancor più evidente se si guarda ad alcuni aspetti della fisonomia che l'istituto è venuto assumendo nell'ultima fase della sua evoluzione. Si tratta essenzialmente del fatto che, essende l'astreinte emersa come misura coercitiva particolarmente efficace, si è determinata una netta tendenza alla sua generalizzazione, ossia a prevederle l'impiego ogniqualvolta si tratti di assicurare l'attuazione coattiva di un obbligo sancito in un provvedimento del giudice". TARUFFO, Michele. "L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici". En: "Processo..." . Op. cit., pp. 90-91; MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela..." . Op. cit., p. 107.

Otra insuficiencia de esta concepción clásica de las sentencias se encuentra en la siguiente verificación: hay algunas resoluciones judiciales (sentencias o autos) que, suponiendo la realización de actos materiales, requieren de una actuación inmediata. Ejemplo de ello lo constituyen la medida cautelar y la sentencia expedida en un proceso urgente. Aquí, una vez más, no nos sirve la técnica referida a la actuación de las sentencias de condena en la medida que ésta supone, para su eficacia, un requerimiento previo hacia la parte afectada para que ésta cumpla con lo que se le ordena. Una limitación adicional está ligada con el punto anterior. No todas las cautelares suponen una obligación de dar o tienen un contenido patrimonial, por lo que su forma de actuación, en esos casos, no tiene por qué asemejarse a la ejecución forzada, sino a través de medidas coercitivas. Es por eso que cae por los suelos aquella muy arraigada concepción española de que las cautelares, debido a su actuación inmediata en la esfera material del sujeto afectado, se caracterizan por su "homogeneidad, no identidad, con las medidas ejecutivas"⁸⁹.

En el caso específico de la eficacia de las medidas cautelares mucho se ha discutido sobre si ellas tienen un carácter cognitivo, ejecutivo o si constituyen un *tertium genus*⁹⁰. A nuestro parecer, ellas tienen una eficacia que no se identifica completamente con ninguna de las concebidas por la doctrina clásica. Debido a su carácter instrumental, su contenido variará de acuerdo a las particularidades (y necesidades) de la pretensión propuesta y, es por ello, que en algunos casos requerirán de mecanismos que se asemejan a la ejecución forzada (secuestro judicial o conservativo), en otros de medidas coercitivas (cautelares que suponen un hacer o no hacer) o, finalmente, se traducirán en actos de mero trámite, similares a los utilizados para la actuación de sentencias constitutivas (la an-

tación de demanda o el embargo en forma de inscripción). Sin embargo, más allá de la atipicidad de este tipo de resoluciones, es decir, de su capacidad de asimilarse a otros tipos de sentencias ya conocidas, lo cierto es que tienen un matiz distintivo y es que, sea cual fuere su contenido, su eficacia es inmediata. En efecto, en la clásica tripartición de las sentencias encontramos que sólo son resoluciones de eficacia inmediata la mera declarativa y la constitutiva. Por otro lado, las sentencias que requieren de una actuación material para la satisfacción del derecho (las de condena) son mediatas porque, como se expresó, se encuentran correlacionadas, de acuerdo al caso, a la ejecución forzada o a la técnica de las medidas coercitivas. En el ámbito cautelar poco importa si lo que dispone la resolución es un acto de mero trámite o una modificación de la situación material, lo cierto es que se actúa de manera inmediata, a la sola expedición de la medida. Por ello también el concurso de la contraparte queda en un segundo plano y así observamos que en el ámbito cautelar no existe sustitución como en la ejecución forzada; el concurso de la parte afectada, es decir, la aceptación de cumplir lo mandado por el juez, en nada afectará la eficacia del tipo de resolución en análisis, pues su vocación es concretarse más allá de la voluntad del afectado.

En el ámbito de los procesos urgentes la situación no varía mucho respecto de lo dicho en el párrafo precedente, la diferencia que existe entre las sentencias surgidas de este proceso y las medidas cautelares no está determinada por la eficacia de la medida, sino por el carácter satisfactivo de las primeras (y por ello, su aptitud para adquirir la autoridad de la cosa juzgada), respecto del provisional y asegurativo de las segundas⁹¹. Lo que debemos advertir es que el panorama de actuación de las sentencias y resoluciones judiciales es mucho más complejo y problemático de lo que la

⁸⁹ Serra llega a afirmar incluso que "la medida cautelar está íntimamente preordenada a la ejecución, cuyos efectos anticipa en parte". Si lo cautelar anticipa lo ejecutivo, ¿sólo se puede cautelar lo patrimonial? La respuesta sería afirmativa si, como hasta ahora hemos visto, la ejecución forzada sólo sirve para tutelar derechos patrimoniales. Las consecuencias de sostener tal afirmación serían, sin duda, graves. Aplicando tal doctrina concluiríamos entonces que: no se pueden cautelar derechos fundamentales a no ser que el solicitante realice una conversión (?) dineraria por los perjuicios sufridos. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. "Teoría general de las medidas cautelares". En: Las medidas cautelares en el proceso civil, Barcelona, Industrias Gráficas M. Pareja, 1974. p. 18. Por otro lado, Montero llega a equiparar el concepto ejecución con el de actuación de las sentencias. Como si toda la tutela jurisdiccional civil estuviera encaminada en el binomio condena-ejecución forzada: "Si las medidas cautelares pretenden garantizar que los otros dos procesos realizarán, efectivamente, la satisfacción de la pretensión, habrán de ser homogéneas con las medidas ejecutivas. Entre la medida cautelar y la ejecutiva debe existir una cierta homogeneidad, pues de lo contrario no se asegurará la ejecución de la resolución que se dicte en el proceso declarativo o que ya se haya dictado cuando se asegura el proceso ejecutivo". MONTERO AROCA, Juan. "Medidas cautelares". En: "Trabajos de Derecho Procesal", Barcelona, Bosch, 1988. p. 435. Aunque no se refieren de manera expresa a la homogeneidad, lo dejan claramente entrever: ORTELLS RAMOS, Manuel y María Pía, CALDERÓN CUADRADO. "La tutela judicial cautelar en el Derecho español." Granada, Comares, 1996. p. 18. Otros, con aire innovador, señalan que las cautelares tienen el rasgo de la "cuasiejecutividad" (?). PÉREZ DAUDÍ, Vicente. "Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial". Barcelona, Bosch, 1996. p. 90 y siguientes. En contra: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. "La Reforma del proceso cautelar español". En: Temas del Ordenamiento Procesal. Madrid, Técno, 1969, Tomo II. p. 909.

⁹⁰ Obsérvese las reflexiones de LIEBMAN, Enrico Tullio. "Unità del procedimento cautelare". En: Problemi del processo civile, Napoli, Morano, 1962. p. 110.

⁹¹ En contra, Fairén, quien sostiene que las medidas cautelares son susceptibles de adquirir la autoridad de la cosa juzgada. Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. "Doctrina general del derecho procesal (Hay una Teoría y Ley procesal generales)". Barcelona, Bosch, 1990. p. 47.

doctrina clásica ha admitido a lo largo del siglo que se fue. Se hace necesaria la inclusión de las medidas coercitivas como forma habitual para el otorgamiento de la tutela procesal de los derechos, sobre todo para aquellos que carecen de contenido o función patrimonial, así como la verificación de respuestas procesales pensadas en razón de su función instrumental (de las distintas -diferenciadas- necesidades surgidas del Derecho Material) y no más por medio de sofisticadas y, muchas veces, inútiles elaboraciones cargadas de abstracción y desamparadas de utilidad social⁹².

El ya clásico ejemplo planteado por el profesor Peyrano sobre el ciclista que requiere una respuesta judicial inmediata para competir en los Juegos Olímpicos⁹³ constituye un ejemplo muy claro de que la tradicional estructura de las sentencias de condena para posterior ejecución forzada no nos sirve en muchas situaciones jurídicas -generalmente vinculadas a la protección de derechos fundamentales- calificadas de urgentes. Y es que, para finalizar este apartado, debemos señalar una cuestión que consideramos de vital importancia: las resoluciones, bajo las variadas modalidades de actuación que hemos señalado, pueden actuar indistintamente en cualquier tipo de procedimiento. Si observamos que muchas de las nuevas respuestas que se van dando en la búsqueda de una tutela procesal efectiva aún no han sido previstas por el legislador, ello no es óbice para que el juzgador permanezca inmóvil a la espera de la norma mágica. La revolución procesal constituye un fenómeno incontenible y no debe esperar a nadie que aún no la haya advertido. Debe ser aquí y ahora. Alentada por los abogados de foro y promovida por los jueces que, a través del poder de dirección, deben comprometerse con una justicia civil que viaje al mismo compás de las necesidades sociales.

En tal medida, la complejidad y la diversidad de las diversas situaciones jurídicas que aterrizan en el proceso constituyen la materia prima sobre las cuales debemos realizar el gran cambio. Lo que hemos esbozado, así como la existencia de otras figuras ya conocidas como la condena a futuro, la condena

parcial, la condena con reserva de defensa, la actuación de las sentencias impugnadas o la tutela inhibitoria son claros testimonios de que las cosas, como están, andan mal y de que muchas veces debemos elegir la audacia para obtener una Justicia Civil a la medida de nuestras necesidades sociales⁹⁴.

b. Tutela preventiva y tutela represiva

Durante el siglo pasado, el proceso estuvo diseñado, básicamente, para la solución de conflictos de intereses, a través del siguiente funcionamiento: estallado el conflicto, por ejemplo, ocasionado por una deuda impaga, a pesar de transcurrido el plazo para su realización, la parte afectada recurre al órgano jurisdiccional para obtener tutela procesal. Pocos juristas percibieron que, en realidad, aquella mirada suponía tan sólo una visión sesgada del proceso. En efecto, históricamente se conoce que la tutela procesal puede ser otorgada a través de dos mecanismos: uno represivo, que es aquel que se ha utilizado, casi de manera absoluta, durante el siglo XX y otro preventivo.

Como el lector habrá deducido, la tutela será de uno u otro tipo en función de la oportunidad en que el proceso actúa respecto de una situación jurídica material llevada hacia él. En este sentido, si aquella situación contiene un conflicto de intereses, el proceso, por actuar *ex post*, será represivo, mientras que si éste es utilizado para remediar una incertidumbre jurídica, es decir, una situación donde las partes atraviesan por una crisis de certeza que amenaza con convertirse en un conflicto de intereses (si es que no se consigue oportunamente una respuesta judicial -a través de la sentencia- que acabe con la incertidumbre), como puede ser, por citar un ejemplo, la dificultad interpretativa que ofrece una cláusula contractual que dificulta a las partes el efectivo cumplimiento de sus obligaciones, la tutela requerida mediante el proceso será *ex ante*, es decir, preventiva.

Pese a lo dicho, la situación resulta más compleja de lo que pudiera suponerse. El diseño procesal para el tratamiento de las situaciones jurídico materiales podría detenerse aquí, sin embargo, una vez más, es

⁹² Nos dice el profesor Tercio Sampaio Ferraz Junior: "os enunciados da ciência jurídica têm validade dependente de sua relevância prática". Tomado de GARCIA, João Carlos. "Direito e ciência jurídica. Considerações sobre a pertinência de sua correlação". En: Cadernos de Teoria Geral do Direito, Curitiba, Juruá, 2000. p. 20. HABSCHEID, Walter J. "L'oggetto del processo...". Op. cit., p. 462.

⁹³ Ver: PEYRANO, Jorge W. "Reformulación de las medidas cautelares: tutela de urgencia, medidas autosatisfactivas." En: XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal en homenaje al Doctor Jorge Bencherit Medina, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste - Corrientes Argentina, del 6 al 8 de agosto de 1997. pp. 493 y 494.

⁹⁴ Por ello, el proceso "deve abandonar a atitude teorizante e dedicar-se a resolver um problema social que bem poucos países podem afirmar haver solucionado: o que todos os cidadãos tenham acesso fácil e gratuito a uma administração de justiça compreensiva de suas dificuldades e ativamente disposta a impor soluções rápidas e efetivas às controvérsias e conflitos que surgem dentro da sociedade". NOVOA MONREAL, Eduardo. "O Direito como obstáculo à transformação social". Porto Alegre, Santiago Antonio Fabris Editor, 1988. p. 129

necesario que aquél se adecúe para responder eficientemente a los requerimientos del Derecho Material. Vayamos por partes. En primer lugar, observamos que las situaciones jurídico materiales pasibles de ser tramitadas a través de un proceso judicial -en materia civil- pueden ser de dos tipos: conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas. En este momento, debemos admitir que el tratamiento procesal de las incertidumbres jurídicas actúa siempre de manera preventiva respecto de la posible configuración de un conflicto de intereses. Así por ejemplo, si A desea detener la futura publicación de un libro donde se afecta su derecho a la intimidad, puede actuar preventivamente para obtener una orden judicial que prohíba a B realizar el mencionado proyecto editorial.

Algunos, con agudo sentido, podrán notar que en el ejemplo citado, el proceso, calificado por nosotros como preventivo, conlleva una discusión que, al momento de tramitarse éste, es actual. En efecto, el litigio versará sobre si se debe publicar el libro y, para ello, se ponderará el derecho a la intimidad del actor respecto de la libertad de imprenta que se encuentra del lado del demandado. En tal sentido, consideramos necesario tomar en cuenta un elemento utilizado por la doctrina brasileña para otro contexto, pero que sin duda resulta eficaz para aclarar el panorama de la tutela preventiva: la referibilidad⁹⁵.

Primero que nada, diremos que tanto para el tratamiento de incertidumbres jurídicas como de conflictos de intereses, es necesaria la existencia de una controversia, es decir, una discusión procesal, la cual será, en ambos supuestos, temporalmente actual. Ahora bien, la controversia puede referirse a una situación futura (o potencial) o a una situación pasada. Así, cuando nos encontramos en el primer caso, la tutela será preventiva (¿debe publicarse el libro?), mientras que en el segundo supuesto, no queda dudas que el proceso será represivo (ya publicado el libro, el actor demandará una indemnización por daños y perjuicios) por lo que la pregunta que encierra el objeto del proceso será: ¿la publicación del libro generó un ilícito?

Solucionado este punto, se observa que queda otro pendiente y es que poco se repara en aquellas situaciones que podemos denominar complejas, en las cuales la tutela solicitada debe ser eficaz tanto para reprimir como para prevenir. Nos estamos refiriendo a casos donde la afectación que soporta el actor es de tracto sucesivo o periódica. Supongamos, como ejemplo del primero, que el sujeto A inicia un proceso de

amparo por el cual busca detener la construcción de una carretera que se realiza sobre el predio de su propiedad. Dicha actividad se lleva a cabo en virtud del cumplimiento de un acto administrativo (tutela hacia al pasado: represiva). De manera tal que, en tanto se resuelve la legalidad del mencionado acto en los cauces previamente establecidos (procedimiento administrativo y, eventualmente, la vía contenciosa), se pretende que el amparo logre la paralización de los trabajos efectuados dentro de su predio (tutela hacia el futuro: represiva).

La tutela frente a actividades periódicas la podemos apreciar a través del siguiente ejemplo: A encuentra que un diario local realiza, de manera habitual, alusiones personales hacia él, las que, en su consideración, afectan su honor. Siguiendo los cánones planteados en el caso anterior, podemos decir que en el presente se aprecia que A buscará judicialmente un mandato que reprima la actividad del diario (de manera pecuniaria o no) y que prohíba en el futuro (tutela preventiva) la emisión de referencias personales que afecten el derecho de A.

Planteados, *grosso modo*, los lineamientos de la tutela preventiva queremos realizar algunas conclusiones preliminares:

1. Salvo contadas excepciones, doctrina, legislación y actividad judicial han relegado de manera sistemática la actividad preventiva, dejando, como único mecanismo para la tutela procesal de los derechos, a la represiva. En los hechos esto significa que los sujetos están condenados a soportar afectaciones a sus derechos para recién tener la posibilidad de protegerlos.
2. Teniendo en cuenta que la mayor parte de los derechos que permanecen sin una adecuada tutela procesal son de carácter constitucional (por ejemplo, derechos de la personalidad), es necesario cambiar radicalmente la concepción tradicional del proceso. Un paso importante para ello, es equiparar la importancia de la tutela de las incertidumbres jurídicas, respecto del tratamiento procesal de los conflictos de intereses.
3. En tal medida, no sólo la proposición (a través de la demanda) de un afectación a un derecho tiene que ser considerada como una situación jurídica tutelable, sino también la amenaza de un acto ilícito (por ejemplo, tengo fundadas razones para considerar que en el futuro B publicará un libro

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. "O acesso...". Op. cit., p. 76.

que afectará mi derecho a la intimidad.) y la mera tramitación de una crisis de certeza (por ejemplo, “considero que resulta oscura y ambigua la redacción de la cláusula 4.8 del contrato de suministro, razón por la cual me resulta imposible saber cómo deberé realizar mi prestación”).

4. El reconocimiento adecuado de una tutela preventiva está directamente relacionado con la nueva dimensión que debe adquirir la cuestionada tripartición de las sentencias. En efecto, como el lector habrá intuido, la eficacia de muchas sentencias preventivas o provenientes de situaciones complejas (prevención y represión simultánea) está supeditada a la necesidad de romper el tradicional esquema de las sentencias de condena y a la admisión de las medidas coercitivas, como mecanismos idóneos para el cumplimiento, en sus propios términos, de los preceptos judiciales.
 5. Finalmente, como apreciaremos con mayor detalle más adelante, una vez equiparada en importancia la tutela preventiva con la represiva estaremos en condiciones de advertir que ambas se encuentran sometidas a una misma problemática; ella es la del tiempo del proceso y la necesidad de ir admitiendo progresivamente la configuración de tutelas de urgencia que nos provean de una justicia civil temporalmente oportuna.
- c. El mito de la cognición plena y la justicia de probabilidades

Con el principio *nulla executio sine titulo*, la doctrina procesal tradicional intentó justificar la imposibilidad

de que los jueces pudieran expedir resoluciones de actuación inmediata (bajo la terminología expresada en el apartado 5.2.a) sin que, previamente, exista una sentencia firme, es decir, con autoridad de cosa juzgada⁹⁶. El agudo sentido crítico de Ovídio Baptista da Silva nos permite observar que este fenómeno (así como otros que se encuentran íntimamente conectados como la formación del concepto sentencia de condena) tiene sus orígenes en el Derecho Romano y en la dramática transformación sufrida para llegar, primero al Derecho Justiniano, luego al medioevo y, finalmente, al manejo por los Estados adscritos a la tradición romano germánica⁹⁷.

A la luz del principio señalado, encontramos a un juez y un proceso que se amoldan perfectamente a la ideología del Estado garante de las libertades individuales. El modelo de actividad judicial que perfiló Hobbes y que luego perfeccionó Montesquieu para los sistemas liberales es el que ha permanecido a lo largo del siglo XX. Con ciertos matices, es la misma concepción del proceso que nos propuso Chiovenda y, consecuentemente, el punto de inspiración para el tipo perfeñado por buena parte de las legislaciones procesales latinoamericanas: el proceso como medio para actuar la voluntad del Estado, a través de la aplicación del derecho objetivo vigente.

Describiendo aquella situación, la cadena de sucesos se podría esbozar así: el procedimiento ordinario constituye el mecanismo procesal idóneo para que el proceso cumpla con su finalidad de actuar la voluntad estatal. Dicho procedimiento se estructura de la siguiente manera: tiene un demandante y un demandado, los cuales realizan frente al juez la discusión

⁹⁶ “No hay ejecución, sin título”. En sentido amplio: no se puede actuar ninguna resolución judicial sin antes no tener una resolución firme. Esta última tradicionalmente identificada con la sentencia de condena. Pese a estar referida al ámbito de la ejecución forzada, resulta interesante la opinión de Verde: “*un rafforzamento dell’esecuzione in forma specifica fa risaltare l’inadeguatezza del titolo esecutivo come ‘purificare’ il procedimento dalle forme contenziose e, soprattutto, quando si tratti di dare attuazione ad obblighi di fare, di non fare e, perfino, di consegnare cose determinate soltanto nel genere, spesso appare difficilmente conciliabile con la certezza del credito azionato, quale dovrebbe essere rappresentata dal titolo, la necessità di un successivo adeguamento dell’obbligo alla situazione di fatto esistente al momento dell’esecuzione*”. En otras palabras, si por un lado ha venido resultando excesivo esperar hasta la obtención del título (ejecutivo, en este caso) para otorgar una tutela efectiva, en muchas ocasiones el mencionado título resulta incapaz de contener dentro sí todo el fenómeno de la actuación del derecho. La materia de la ejecución resulta tan compleja que el simple título “*appare difficilmente conciliabile con la certezza del diritto azionato*”. VERDE, Giovanni. “*Attualità del principio ‘nulla executio sine titulo’*”. En: Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, 1999. pp. 969-971. Es claro que las consideraciones de Verde tienen el siguiente trasfondo: ¿hasta qué punto es válido tal principio en el proceso italiano? En su momento, Calamandrei hábilmente prefirió eludir tal cuestionamiento (“El procedimiento monitorio”). Buenos Aires, EJEA, 1953, Traducción de Santiago Sentís Melendo. p. 54 y siguientes), sin embargo, normas como el artículo 612 del Código italiano vigente (referido a las prestaciones de hacer y no hacer) aún lo mantienen inamovible.

⁹⁷ Refiriéndose al derecho romano cristiano del período bizantino, señala Silva lo siguiente: “*neste ambiente cultural, é perfeitamente compreensível que o procedimento romano, agora inspirado pelos valores cristãos, haya suplantado definitivamente, em quase todos os setores do direito processual, o rude e pouco desenvolvido processo germânico, assim como foi perfeitamente natural a supremacia da condemnatio sobre as ações de índole executiva que predominaram durante algum tempo no direito medieval, por influência do direito germânico.*” “*É igualmente explicável o domínio absoluto da actio sobre os interditos, ocorrido precisamente no momento em que o Império Romano desaparecia cedendo lugar á formação da cultura medieval. O desaparecimento das ações executivas e mandamentais, sufocadas ambas pela tutela condenatória, teve causas mais políticas do que propriamente jurídicas. Com a queda do Império Romano, desapareceu, como era natural que ocorresse, o império do magistrado, consagrando-se a jurisdição como notio, não mais como imperium, de que os interditos foram, em determinado momento, uma expressão relevante, no direito romano clássico*”. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. “Jurisdição...”. Op. cit., pp. 100 y 101.

procesal (litigio). Ella concluirá cuando el juzgador haya obtenido un conocimiento o cognición plena sobre el objeto del proceso⁹⁸. Sólo cuando haya ocurrido ello, el juez podrá emitir una sentencia, la cual, luego de sucesivas revisiones (impugnaciones), tiene la aptitud de adquirir la autoridad de la cosa juzgada. Si la parte vencedora aún no se encuentra satisfecha en su derecho porque, como ocurre en la inmensa mayoría de oportunidades, se requiere de una ejecución forzada, deberá iniciar otro proceso (ejecución de sentencia) destinado a lograr dicho propósito.

A grandes trazos, esa ha sido la lógica absurda de la tutela procesal seguida durante el siglo XX. Como se dijo anteriormente poco o nada interesó a los procesalistas la gran diversidad de situaciones jurídicas existentes en el ámbito del Derecho Material, de nada importó su complejidad, contenido (patrimonial, constitucional, etc.) o urgencia en su solución a través del proceso. ¡No señor, utilice el cauce regular!, como dicen nuestros burócratas.

Afortunadamente, otra contraescuela ha surgido ante aquella forma de apreciar el proceso. Frente a la tutela ordinaria en nuestros días se habla de una tutela de urgencia. Dentro de las cuatro expresiones del nuevo Derecho Procesal que venimos describiendo, esta tercera está dedicada a combatir el tiempo del proceso; uno de los principales flagelos que atentan contra los sistemas judiciales latinoamericanos.

La tutela de urgencia se encuentra dentro de lo que se ha convenido en denominar la sumarización de los procesos. Esta sumarización puede ser entendida de dos maneras: una sustancial y compleja que hace referencia a la posibilidad de que se dicten resoluciones de actuación inmediata, sin necesidad de llegar a un conocimiento pleno del conflicto: sumarización cognitiva. El otro tipo es más bien formal y hace alusión a la disminución de plazos, de medios probatorios, y otros actos procesales como la concentración de audiencias (de saneamiento, de conciliación, etc.) que se tienen en cuenta en el diseño de un determinado procedimiento. Por ello mismo, la denominamos sumarización procedimental. Ejemplos claros de este

tipo de sumarización son los procedimientos abreviados y sumarísimos regulados en nuestro ordenamiento procesal.

Aunque en algunos supuestos de gran complejidad no resulta muy útil, es usual en la doctrina distinguir dos tipos de sumarización cognitiva o cognición sumaria: la vertical y la horizontal. La cognición sumaria vertical se refiere a los casos en los que el juez, para expedir una resolución, escucha a las dos partes sin agotar todo el material probatorio y, en general, sin haber atendido plenamente a la posición de ambas partes. En tal sentido, la cognición se divide, según los grados de profundidad cognitiva a los que haya llegado el juzgador, en plena, sumaria o superficial. El caso de la sumariedad horizontal se da cuando el juez sólo ha escuchado a una de las partes. Por tanto, bajo los mismos criterios del tipo anterior, la cognición será completa si se ha escuchado a ambas partes y, si sólo se ha atendido a la posición de una de ellas, será parcial.

Así, por ejemplo, la medida cautelar en el Perú, por otorgarse a través del denominado *fumus bonis iuris*, es decir, en virtud de una simple probabilidad de que el derecho alegado por la parte será declarado fundado, deberá concederse también en base a una cognición sumaria. Además, teniendo en cuenta que sólo puede ser dispuesta *inaudita pars* (artículo 637, primer párrafo, del Código Procesal Civil), deberá ser vista como la expresión de una tutela de cognición sumaria parcial.

Otro caso es el instituto de la actuación de la sentencia sujeta a impugnación. Como se sabe, en el Perú existe una norma de orden público según la cual las apelaciones de sentencia se conceden únicamente con efecto suspensivo (artículo 371 del Código Procesal Civil). Esto quiere decir que, en tanto no se resuelva la discusión principal en segundo grado, la sentencia no es pasible de ser ejecutada⁹⁹. En Brasil la situación es parcialmente distinta, la apelación se recibe con efecto suspensivo, salvo los supuestos expresamente señalados por la norma (artículo 520 del Código Procesal Civil), como el caso de la sentencia de primer grado que se pronuncia sobre los alimentos: esta

⁹⁸ "O procedimento ordinário, ao não permitir ao juiz, através de liminar, qualquer interferência no conflito de interesses, não só mantém a postura de 'neutralidade' que era esperada do magistrado, como também faz valer a hipótese de que o juiz não pode julgar com base em verossimilhança. Ora, o julgamento com base em verossimilhança era incompatível com um julgamento que se esperava 'neutro', o que evidencia uma nítida relação entre 'busca da verdade' e 'neutralidade'. Explica-se: os juízos de verossimilhança eram temidos exatamente à medida que abriam margem ao 'subjetivismo' do julgador". MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutelas diferenciadas e realidade social." En: *Eficiência do processo e tutela de urgência*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. pp. 3 y 4.

⁹⁹ Se podrá apreciar que estamos ante otro supuesto típico de *nulla executio sine titulo*. La sentencia en el Perú sólo puede ser actuada cuando tiene autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, en otras latitudes la situación es exactamente la opuesta. Cfr. TARZIA, Giuseppe. "Profili della sentenza civile impugnabile. L'individuazione della sentenza". Milán, Giuffrè, 1967. p. 13 y siguientes; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Eficácia das Decisões e Execução Provisória". São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. p. 205 y siguientes.

sentencia es de actuación inmediata. ¿Cómo calificamos este instituto desde el ámbito de la tutela de urgencia? Se trata de una típica tutela de cognición sumaria, ya que el órgano jurisdiccional ha escuchado a ambas partes, pero aún se encuentra pendiente la discusión en segundo grado¹⁰⁰.

Como ya se dijo, el motor que guía a la tutela de urgencia es la necesidad de obtener soluciones procesales en los momentos temporalmente más oportunos (léase breves). Actualmente existen muchas instituciones jurídicas que pueden ser catalogadas como expresiones de tal tipo de tutela. Sin embargo, el problema que ello ha generado es que dentro de la tutela de urgencia encontramos un conjunto escasamente sistematizado de información. De un momento a otro, el Derecho Procesal se vio sacudido por una avalancha de conceptos jurídicos destinados a agilizar el proceso, pero que en muchos casos, por su carácter caótico, han provocado una situación inversa. Esta problemática, por citar ejemplo, fue evidente en Italia donde durante la década de los 80 y primeros años de los 90 se comenzaron a dar un conjunto indiscriminado de alteraciones normativas en procura de la aceleración de los procesos. El resultado de tal fenómeno, como se podrá deducir, no fue el mejor e, inclusive, fue catalogado por Federico Carpi, profesor de la Universidad de Bologna, como una auténtica "orgía legislativa"¹⁰¹.

Por ello, consideramos que un adecuado entendimiento del fenómeno de la tutela de urgencia debiera seguir la siguiente directriz: distinguir aquellas antiguas figuras procesales que se vienen reformulando de otras que, pese a tener elementos ya conocidos, poseen una construcción original y actual. En el primer tipo se encuentra la medida cautelar, institución en cuyo contenido concurren los principales lineamientos del nuevo derecho procesal. Aunque este no es el lugar, podemos decir que, a través de un detenido estudio de la cautela, es posible hallar respuesta a las preguntas más importantes que se hacen los procesalistas de hoy. ¿Existen resoluciones que otorgan una tutela jurisdiccional adecuada e inmediata distintas de las conocidas por la clásica tripartición de las sentencias? ¿por qué es tan pernicioso, en nuestros tiempos, el uso generalizado del principio *nulla executio sine titulo* y por qué, históricamente, se

puede demostrar que se puede hacer proceso dejándolo a aquél de lado? ¿por qué la satisfacción procesal no necesariamente se encuentra vinculada o condicionada por la existencia de una cognición plena y, mucho menos, con la autoridad de la cosa juzgada? La medida cautelar, de indicios lejanos (que se remontan hasta Roma), pero de origen relativamente reciente (siglo XIX), sirve incluso para explicar en parte (la otra le pertenece a la tutela interdical romana) la génesis de una novedosa y revolucionaria arma con la que hoy contamos: el proceso urgente.

Otro instituto clasificable en la primera casilla, es decir, en la de las añejas categorías hoy renovadas, es el procedimiento monitorio. Este es un mecanismo que tiene como propósito la aceleración de los procesos ordinarios al permitir la obtención, en determinadas situaciones jurídico materiales, de un título idóneo para el inicio de la ejecución forzada. También se encuentra en este sector el llamado "juzgamiento anticipado", instituto de origen lusitano que sirve para que el juzgador pueda emitir sentencia definitiva en casos donde no haya más medio probatorio que actuar o donde el demandado haya sido declarado rebelde (artículo 473 del Código Procesal Civil). La sentencia con condena a futuro que, en el caso peruano se encuentra específicamente prevista para el denominado comúnmente "desalojo anticipado", permite al titular del predio que, antes del vencimiento del contrato de arrendamiento, pueda obtener un título que permita, en caso sea necesario, efectuar el desalojo de manera casi inmediata (6 días como lo señala el primer párrafo del artículo 594 del Código Procesal Civil).

Como ya lo adelantáramos, la novedad principal se encuentra en la configuración del proceso urgente. Se trata de un proceso con formalidades mínimas, que se utiliza para otorgar una tutela satisfactiva y con autoridad de cosa juzgada, en aquellos supuestos donde el particular contenido de la situación material llevada al proceso no puede soportar un tratamiento ordinario, sin que se caiga en un daño irreparable. Como se verá en los siguientes ejemplos, la existencia de un daño irreparable genera en el proceso la sustracción de la materia, es decir, a partir de ese momento ya no cabe mayor discusión sobre el mérito porque resulta de imposible cumplimiento. Todo lo que quedará

¹⁰⁰ Algunos podrán señalar que respecto del juez de primer grado ha operado una cognición plena. Sin embargo, nosotros persistimos en denominar a la cognición como sumaria, debido a que consideramos adecuado tomar en cuenta, como punto de referencia de nuestro análisis, la posición que asume integralmente el órgano jurisdiccional y el diseño legislativo preestablecido (que consagra el principio del doble grado) y no la respuesta parcial que se obtiene del juez de primer grado. Una posición similar ya la desarrollamos en nuestra tesis para optar el título profesional de abogado: "Teoría Cautelar. Bases para la formación de un sistema cautelar peruano". Inédito.

¹⁰¹ Fue durante su exposición "Las reformas del proceso civil en Italia en vísperas del siglo XXI", pronunciada durante el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal. Del 5 al 9 de octubre de 1999 en San Martín de los Andes (Neuquén) - Argentina.

después de acaecido el daño es una potencial discusión patrimonial sobre la responsabilidad civil que la irreparabilidad ha ocasionado.

Veamos: un conocido programa dominical ha anunciado, durante toda la semana, la emisión de un reportaje donde se tratará, en detalle, los entretelones de un "Vladivideo" en el cual se observa a un ex-ministro del Gobierno 1990-2000 teniendo relaciones sexuales con una conocida modelo de televisión. El ex-cómplice del régimen del olvido ha aceptado, como no podría ser de otra forma, que sale en aquel video. Sin embargo, como es natural, no desea que se haga referencia alguna sobre aquella situación personal y que, mucho menos, se emita el citado reportaje. Ocurre que el ex-ministro se entera de tal situación el miércoles y, ante la negativa del *broadcaster* -que tampoco es un santo- de comprender su situación, decide acudir al órgano jurisdiccional para que tutele su derecho a la intimidad.

Según los esquemas tradicionales, el ex-ministro debe iniciar un proceso de amparo que, en el mejor de los casos, durará no menos de un mes. Incluso, si se diera el imposible supuesto de que obtenga una sentencia inmediata, no habrá cómo ejecutarla porque, en el Perú, todos sabemos para qué sirve el amparo, pero nadie ha precisado cómo se utiliza, es decir, cómo actúa (especialmente, la sentencia final) para la tutela eficaz y oportuna de una determinada situación jurídica. Pero, siguiendo con el caso, no todo estaría perdido, el preparadísimo y bien pagado abogado de este ex-ministro decide interponer una medida cautelar antes del proceso. Sin embargo, también se conoce que en nuestro país, por responsabilidad de algún innombrable consejero, las medidas cautelares otorgadas en los procesos de amparo no sólo son con audiencia de la otra parte, sino que la apelación de las mismas se concede ¡con efecto suspensivo!

Pero confiemos en una pronta reforma e imaginemos que las cautelares son como debieran serlo: tramitación celeré, cognición sumaria y parcial (*inaudita*

pars), eficacia inmediata y apelación sin efecto suspensivo. En tal supuesto, puede que se salve el ex-ministro, pero queda sin resolver una cuestión procesal de vital importancia: en realidad el problema no se ha resuelto porque la prohibición expedida a través del mandato cautelar es provisional. ¿Qué ocurre si tal medida se revoca? El proceso se sigue tramitando, pero el canal podrá emitir el reportaje (si lo hace, se sustrae la materia y se concluye el proceso con resolución inhibitoria). ¿Qué sentido entonces tendría el proceso de amparo? Lo que busca el ex-ministro, como cualquier sujeto de derecho, es una tutela satisfactiva y firme, es decir, con autoridad de cosa juzgada que, a su vez, se otorgue en un plazo adecuado. Lo ideal sería que el juez conceda la cautelar y que, en breve, se pronuncie definitivamente sobre la decisión de fondo. Esta desformalización es la requerida por los llamados procesos urgentes ¿cómo se debe hacer y a qué supuestos se aplicará? Son preguntas que aún hoy no se ha logrado responder satisfactoriamente¹⁰². En todo caso, permanece la potestad judicial para adecuar los procesos a los particulares requerimientos de cada una de las situaciones materiales que requieren tutela jurisdiccional¹⁰³.

El proceso de amparo ha sido estudiado más por constitucionalistas que por los que se dedican al proceso. Requiere de una reformulación total que pasa, en primer lugar, por admitir que se trata de un proceso urgente¹⁰⁴. Pero aún falta mucho que pulir, requiere, por ejemplo, de una sumarización procedimental que no sólo le acorte los plazos, sino que le quite el excesivo formalismo que aún mantiene. Es necesario estudiar los modelos de cognición sumaria que le son aplicables, así como los mecanismos de actuación de sus sentencias. ¿Aquellas son de condena de hacer y de no hacer? Si es así ¿cómo se concretan sus preceptos en el plano real que es el que importa?, ¿mediante ejecución forzada o a través de medidas coercitivas? ¿Qué función cumplen las cautelares en un proceso que de por sí ya es urgente? Si acaso no cumplen ninguna ¿se debe prescindir de ellas?, etcétera.

¹⁰² Realizando una comparación entre los procedimientos ordinarios y los sumarios, Proto Pisani señala que el primero "è regolato secondo schemi procedurali minuziosi e predeterminati dalla legge, gli altri (los sumarios) sono caratterizzati da regole semplificate o addirittura inesistenti (e in questo caso la gestione del processo è pressochè totalmente rimessa alla discrezionalità del giudice), in modo da conseguire una semplificazione delle formalità processuali e quindi un'accelerazione dell'intervento giurisdizionale". PROTO PISANI, Andrea. "La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano". En: "Revista de Processo", Número 90, 1998. p. 25.

¹⁰³ Esta última es la idea base de la obra de Proto Pisani para promover la superación de la "necesaria correlación entre sentencia de condena y ejecución forzada". Como referente normativo, utiliza el primer párrafo del artículo 24 de Constitución italiana. Cfr. PROTO PISANI, Andrea. "La tutela...". Op. cit., p. 167; MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela...". Op. cit., p. 325.

¹⁰⁴ Así como es el caso del proceso de *habeas corpus*. Sin embargo, no debe olvidarse que existen otras situaciones materiales que no necesariamente tienen un carácter fundamental pero que, pese a ello, requieren, para su adecuada tutela procesal, de la configuración de tuteladas de urgencia. La potencial pérdida de una cosecha mientras las partes discuten sobre el fin que deberá tener esta y otras situaciones materiales referidas a bienes perecibles pueden generar ejemplos más claros que el propuesto. El norte siempre debe ser la búsqueda de una tutela procesal temporalmente oportuna.

Finalmente, ponemos en análisis otro tipo de proceso urgente que podemos catalogar de tal en sentido estricto. Se trata de aquel en el cual el daño irreparable es absoluto. Es decir, si no se da una solución aquí y ahora, la situación jurídica quedará irremediablemente sin tutela. Los casos más importantes ya fueron dichos por Peyrano, por lo que sólo citamos uno de ellos: un enfermo terminal requiere de una transfusión de sangre para salvar su vida. El equipo médico se encuentra listo para realizar tal labor, sin embargo, se enfrentan con la negativa del paciente quien, por ser testigo de Jehová, no permite dicha intervención. Como se podrá apreciar, la tramitación de un proceso de conocimiento ordinario deviene, por razones de duración, en inútil. Así, de las alternativas que nos ofrece la norma vigente sólo nos queda la medida cautelar y es precisamente de este modo, como nos comenta Peyrano, como se ha venido solucionando talés casos en Argentina. Sin embargo, como bien lo advierte el jurista de ese país, el resultado obtenido a través de la vía cautelar, si bien es eficaz, resulta impropio. ¿Luego de expedida la cautelar, qué es lo que queda por discutir en el proceso principal? Nada. En realidad, lo que ha operado a través del formato cautelar es un proceso urgente. En efecto, se ha otorgado una satisfacción material y jurídica mediante una decisión que en los hechos termina siendo definitiva, pues zanja por siempre la controversia. La diferencia con el caso anterior se manifiesta en que, en el presente, la situación jurídica se extinguirá por fuerza de los hechos en un determinado momento sin qué respecto de ello pueda mediar actividad judicial alguna. Como ya se advirtió, en el ejemplo del ex-ministro la comisión del ilícito podría, eventualmente, solucionarse mediante la expedición de una cautelar prohibitiva. En el presente caso, el actor no puede ver protegido su derecho con otra forma de tutela que no sea la pronta obtención de una sentencia sobre el fondo, de actuación inmediata y firme.

Otro punto que es necesario tener en cuenta en el tratamiento de los llamados procesos urgentes es que

el principal agente de distorsión se origina en el inicial ensanchamiento al que se vio expuesta la tutela cautelar. Muchas veces, para verificar que en realidad no nos encontrábamos ante aquel tipo de tutela (provisional), sino frente a un auténtico proceso urgente, costó que los justiciables echaran mano de manera abusiva de las cautelares. Sin embargo, la distorsión no es tan severa como algunos juristas la consideran. A nuestro parecer, el único momento en que se optó por la vía cautelar, sin que en realidad se tratara de ella, fue cuando nos encontrábamos ante una tutela de urgencia satisfactiva. En efecto, lo cautelar, debido a su carácter instrumental y provisional, nunca puede ser satisfactivo. Pese a ello, la gran mayoría de autores consideran, aun en la actualidad, que si la cautelar concedida coincide con lo que se pide con la pretensión principal, estamos frente a un pronunciamiento provisional sobre el fondo que, por tal motivo, debe ser considerado como satisfactivo y no cautelar¹⁰⁵.

No consideramos a tal situación como una expansión distorsionada de lo cautelar. Cuando se otorga una medida que coincide con lo pedido en la pretensión lo que ocurre en realidad es una coincidencia práctica entre lo concedido y lo que se pronunciará en la sentencia si es que ésta, por cierto, declara fundada la demanda. No se puede hablar de satisfacción cautelar, porque nos lleva a un término contradictorio: satisfacción provisional. La satisfacción es siempre definitiva. La firmeza de las decisiones jurisdiccionales es un atributo que sólo tiene aquel poder del Estado y se canaliza a los ciudadanos a través del proceso judicial. Lo cautelar no es un proceso; es una herramienta al interior de éste destinada a asegurar la eficacia de la decisión final. Si para el logro de aquello se tiene que conceder provisionalmente lo pedido por el actor, tal situación no conlleva a una satisfacción, porque, hasta ese momento, nada impide que el juez se pronuncie declarando infundada la demanda.

Nos parece que es un temor al corto circuito que puede generarse al mezclar lo que se discute en el

¹⁰⁵ "Tutela urgente satisfactiva provisional" según SILVA, Ovidio Araujo Baptista. "Curso de Processo Civil". São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, Tercera Edición, Volumen 3: Processo cautelar: (Tutela de urgência). p. 97 y siguientes.

¹⁰⁶ Temor que, en muchos casos, genera desarrollos doctrinales excesivamente complejos. Véase, por ejemplo, la confusión generada respecto de la medida cautelar y la sentencia anticipada (?). Hasta donde sabemos, estas sentencias son provisionales, es decir, anticipan la futura sentencia de fondo. Ahora bien, ¿se puede anticipar algo que es contingente? Imposible, porque en el momento que se otorga la resolución anticipatoria no se puede saber cuál será el contenido de la sentencia de mérito. Por último, si se supiera, es decir, si el juez tuviera los elementos para solucionar la controversia, entonces no tendría sentido expedir una resolución provisional, pudiendo otorgarse una definitiva. Una opinión distinta en CARPI, Federico. "La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito". En: "Rivista di Diritto Processuale Civile", Padova, Cedam, 1985. pp. 698 y 699. Otra expresión de esta forma equívoca en que la doctrina viene afrontando la cuestión de la tutela de urgencia la encontramos en un trabajo de Tommaseo. Este jurista, a diferencia de la mayoría, defiende la cautelaridad del artículo 700 del Código Procesal Civil (página 78), el cual dispone una suerte de poder general de cautela. El problema se encuentra en que inicia su libro señalando que la tutela otorgada por el 700 está destinada a "assicurare alla parte una rapida soddisfazione della pretesa". ¿La tutela cautelar genérica sirve para acelerar los procesos? Creemos que no. Ella, al igual que todas las cautelares tiene como propósito asegurar la eficacia de la decisión final. *Cfr.* TOMMASEO, Ferruccio. "I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria". Padova, Cedam, 1983. p. 1.

principal, respecto de lo discutido en el ámbito cautelar¹⁰⁶. Para nosotros se trata de un temor infundado si tenemos en cuenta que, además de lo mencionado, la cognición cautelar es autónoma respecto de la cognición del principal. Si bien hay una relación de instrumentalidad, no se interafectan entre sí. En otras palabras, si convenimos que la concesión de una cautelar no debe entenderse como un prejuicio respecto del principal ¿de qué temor estamos hablando? Sin embargo, este persiste a tal punto que ha llevado a la doctrina brasileña a crear una figura procesal en la reciente reforma de su Código de Proceso (1994); se trata de la tutela anticipada, que no es otra cosa que la posibilidad de que el juez dicte medidas cautelares coincidentes o, lo que en nuestra legislación se denomina, medidas temporales sobre el fondo¹⁰⁷. Antes de tal reforma, en Brasil sólo eran conocidas las medidas cautelares conservativas (no coincidentes), así como un restringido poder de cautela. Sin embargo, la gran limitación radica no sólo en ello, sino en que la discusión cautelar se tramita en el contexto de un proceso y no, como en el caso peruano (artículos 608 y siguientes del Código Procesal Civil), por el cauce incidental. De esta manera, otro elemento que crea el espejismo de que la tutela anticipada brasileña es un instituto distinto del cautelar, es el hecho de que aquella no requiere de un proceso, sino, como las cautelares nuestras, se tramita ante el mismo juez del principal.

Existen otras formas de tutela de urgencia de vital importancia, que merecen un estudio detallado como el caso de los *référé* del derecho francés¹⁰⁸, las *injunctio* del derecho anglosajón, los *provvedimenti d'urgenza* italianos, pero que, por cuestiones de espacio, no las consignamos en el presente trabajo. Sin embargo, no queremos concluir este apartado sin señalar algunos consideraciones que juzgamos de vital importancia.

La tutela de urgencia constituye un fenómeno destinado a atacar uno de los principales males del proceso: su morosidad. Se expresa a través de lo que denomi-

namos la sumarización del proceso (en las dos vertientes ya señaladas). Si bien los institutos considerados como expresiones de la tutela de urgencia son muchos y de diversa procedencia y contenido, es claro que resulta impostergable una sistematización básica de tal información, con el propósito de obtener un mejor provecho de las oportunidades que el mismo proceso presenta para su mejoramiento. Por último, señalamos un rasgo implícito de la tutela de urgencia, pero que resulta aplicable a las temas abordados en los demás literales del presente apartado: toda elaboración doctrinal, jurisprudencial o legislativa ideada para el perfeccionamiento de la tutela procesal de los derechos, sólo puede cumplir su finalidad de manera idónea, si es pensada en función de las diversas necesidades surgidas del Derecho Material. Recordemos las palabras iniciales sobre las nuevas relaciones que deben existir entre Derecho y Proceso. Tal vez esta sea la clave que habrá de distinguir al Derecho Procesal de nuestros días, respecto de aquel construido por los grandes maestros del pasado.

d. La tutela de los derechos supraindividuales

Dentro del esquema básico de cómo concibió la ideología liberal el proceso, hemos venido observando que se privilegió a la sentencia de condena respecto de las otras formas de tutela. Posteriormente apreciamos que, también en dicho esquema, predominó la forma represiva respecto de la preventiva y, finalmente, el dogma del sometimiento de todas las situaciones materiales al cauce del proceso ordinario, cuya eficacia se encontraba supeditada a la existencia de la autoridad de la cosa juzgada (no hay ejecución sin título). Es en esa misma perspectiva que el proceso fue concebido como un instrumento para la tutela de situaciones jurídicas individuales. Al igual que en el Derecho Privado, abundaron los casos "Ticio contra Cayo", sin que se pueda apreciar que, con el correr de los años muchos conflictos o incertidumbres jurídicas se fundaban en situaciones jurídicas cuya titularidad era compartida, es decir, no era unipersonal y, en muchos casos, aquella ni siquiera era identificable (difusa)¹⁰⁹.

¹⁰⁷ El único caso de tutela anticipada que no es equiparable con nuestras temporales sobre el fondo, lo constituye la posibilidad de que el juez otorgue provisionalmente lo solicitado por el demandante en el principal, a través de lo que vendría a ser un tipo especial de sanción procesal. Esta sanción será dispuesta cuando se observe un abuso del derecho de defensa o cuando se verifique un manifiesto propósito dilatorio por parte del demandado. (artículo 273.II del Código de Proceso de Brasil). MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença". São Paulo, Revista dos Tribunais. 1998, Segunda Edición. pp. 100 y 101.

¹⁰⁸ Véase, sobre este tema: VARGAS, Abraham Luis. "Los procesos de "référé" en Francia". En: Sentencia anticipada, (Despachos interinos de fondo). Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000. p. 387 y siguientes.

¹⁰⁹ "È opportuno rilevare che tanto il codice civile, quanto il codice di procedura civile, nel delineare i presupposti e gli effetti della tutela, hanno come punto di riferimento i rapporti soggettivi interprivati, bilaterali o plurilaterali, che fanno capo alle situazioni giuridiche tradizionali: i diritti reali e i diritti di obbligazione". Por tal motivo, al referirse a las situaciones jurídicas difusas señala que "ciò che resta del tutto estraneo all'ordinamento vigente è, invece, l'operare della tutela dei c.d. interessi superindividuali o difusi, la cui espansione caratterizza le società contemporanee, in modo particolare per quanto concerne l'ambiente ed il consumatore". DENTI, Vittorio. "La giustizia...". Op. cit., pp. 114 y 115. De la misma forma, CAPPELLETTI, Mauro. "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile". En: "Rivista di Diritto Processuale", Padova, Cedam, 1975. p. 364.

La protección del medio ambiente (polución del agua y del aire, preservación de la flora y fauna, etc.), de los consumidores, de patrimonios culturales, entre otros, requieren que las estructuras del proceso sean modificadas para obtener una tutela efectiva¹¹⁰. Un primer acercamiento nos permite apreciar que las situaciones jurídicas supraindividuales se pueden distinguir en dos clases: la primera de ellas, de carácter indivisible, pertenece a un conjunto de sujetos de derecho ligados entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica material. Los procesalistas suelen denominar a este tipo como intereses colectivos. La otra clase, mantiene también el rasgo de la indivisibilidad, con el agregado de que vincula a un conjunto indeterminado de sujetos, unidos por una relación de hecho. Se trata de los llamados intereses difusos¹¹¹.

Como bien señala Barbosa, la discriminación antes aludida tiene, en materia de admisibilidad de la demanda, una escasa relevancia debido a que, tanto uno como otro tipo de interés, pueden ser tutelados de manera satisfactoria por un mismo cauce procesal genérico, como es el caso de la acción civil pública brasileña¹¹².

Los problemas procesales sobre esta materia aún no han obtenido una solución satisfactoria. En ese sentido, tenemos la polémica de la legitimidad para obrar¹¹³, la que fue resuelta inicialmente con el otorgamiento de la misma hacia el Ministerio Público. Esta opción fue en su momento duramente criticada por Cappelletti, en la medida en que aquella institución, comúnmente, no se encuentra capacitada para defender eficientemente intereses supraindividuales en un proceso. Su multiplicidad de tareas, la burocracia y la cuestionable preparación de sus profesionales, así como las dudas que, en el camino, puedan surgir sobre la imparcialidad de los funcionarios que la conforman (muchos conflictos de estas características involucran intereses que compro-

meten a funcionarios estatales o a grupos de poder influyentes sobre ellos) hacen peligrar la posibilidad de una defensa adecuada de tales intereses¹¹⁴.

Otras alternativas son aplicadas por distintos ordenamientos como el caso del consumer *ombudsman* o del *ombudsman* para la igualdad sexual creado en Suecia durante la década del 80. Como bien señala Cappelletti, tal solución presenta la ventaja de la especialización, pues al igual como ha venido sucediendo para el caso peruano del Defensor del Pueblo, posee un grado más elevado de independencia frente a las ramas políticas del Estado¹¹⁵.

Una forma más radical de enfrentar el problema de la legitimación procesal es la de otorgarla a sujetos y a asociaciones privadas cuyos fines estén, precisamente, dedicados a la protección de situaciones jurídicas supraindividuales. Esta alternativa, utilizada sobre todo por los países de Europa continental, tiene la ventaja de lograr la imparcialidad que peligraba en el caso de la opción anterior. Sin embargo, la dificultad de asumir tal criterio radica en los innumerables requisitos a las que son sometidas por el Estado para ejercer tal función. Sin duda este control se hace necesario en muchos supuestos, para comprobar, especialmente, la eficiencia y grado de compromiso de aquellas asociaciones privadas respecto de su labor en los tribunales¹¹⁶. La cuestión es que, en la mayoría de las veces, los conflictos materiales no pueden esperar largos trámites para obtener una solución procesal adecuada.

Culminando con este rápido muestreo, tenemos a las *class actions* y a la acción popular. La primera de ellas surgida del derecho norteamericano, requiere que el demandante (*class actor*) sea parte de la clase o categoría¹¹⁷ y que, a su vez, sea considerado por el

¹¹⁰ "Sólo la jurisdicción puede y debe garantizar la posibilidad de que todos, sin distinciones y sobre todo sin limitaciones derivadas de condiciones sociales y económicas, se hallen en situación de obtener efectiva tutela de los propios derechos. En particular, sólo la jurisdicción puede prestar una tutela en términos de legalidad y justicia a los sujetos débiles frente a los poderes fuertes, a los particulares frente a las grandes organizaciones industriales y comerciales, al ciudadano frente a las prevaricaciones del poder político y económico. Bajo este perfil, el recurso a la justicia civil, antes que cualquier otra forma de resolución de conflictos, representa no sólo una alternativa posible o ventajosa sino la única alternativa". TARUFFO, Michele. "La justicia civil...". Op. cit., p. 148.

¹¹¹ DENTI, Vittorio. "La giustizia...". Op. cit., p. 114. Cfr. ALPA, Guido. "Interessi difussi". En: "Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile", Torino, UTET, 1996. p. 609.

¹¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)". En: "Temas do Direito Processual", São Paulo, Saraiva, 1994, Quinta Serie. pp. 163 y 164.

¹¹³ Cfr. MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A. "Intereses difusos y acceso a la justicia". En: Actas de las XIII Jornadas iberoamericanas de derecho procesal, México D.F, Universidad Nacional Autónoma, 1993. p. 332.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. "La protección de los intereses colectivos o difusos". En: Actas de las XIII... . Op. cit., p. 247.

¹¹⁵ Ibid., p. 248.

¹¹⁶ Cuestión que no debe desmerecerse si atendemos a la experiencia brasileña donde, en los estados de Río de Janeiro y São Paulo, los procesos iniciados por el Ministerio Público para la defensa de derechos supraindividuales superan en una proporción de 10 a 1 a los realizados por las asociaciones privadas. Ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La iniciativa...". Op. cit., pp. 165 y 166.

¹¹⁷ "A class action do sistema norte-americano, baseada na equity, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente da classe". PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "A tutela jurisdiccional dos interesses do consumidor brasileiro". En: Actas de las XIII... . Op. cit., p. 341.

juzgador como un representante adecuado¹¹⁸. La ventaja respecto de las asociaciones privadas se encuentra en que no está sujeto a requisitos preconstituidos y la gran variación, respecto de la concepción tradicional de la legitimidad para obrar es la siguiente: originalmente ésta hace alusión a la identidad que debe existir entre el sujeto que participa de la relación material respecto del que actuará en la relación procesal. Para las *class actions* el legitimado sólo ostenta un fragmento de la titularidad del derecho reclamado¹¹⁹.

En el caso de la acción popular, la ruptura con la escuela tradicional es aún más abierta. Lo paradójico es que se puede encontrar rastros de ello en el antiguo Derecho romano. Como bien señala Cappelletti, “evidentemente nuestros predecesores no se consideraban esclavos de sus propios conceptos, ellos tenían más coraje que algunos de nuestros contemporáneos que parecen aterrorizados con ciertas innovaciones”¹²⁰. Para este tipo de proceso no es necesario que el demandante pertenezca a la clase o categoría que encuentra algún interés afectado o amenazado¹²¹. Sin embargo, tanta apertura genera un serio riesgo: el que los procesos se encuentren promovidos por personas no calificadas¹²². Y ello, como comúnmente se podría pensar, no sólo condiciona la posibilidad de que obtengan sentencias infundadas, sino que, ganando el proceso, debido a su escaso conocimiento de la situación real, no obtengan decisiones judiciales adecuadas.

Finalmente, otra cuestión que debe ser abordada con sumo cuidado en el presente ámbito, es el de la eficacia y límites de la sentencia (objetivo y subjetivo), así como la de la autoridad de la cosa juzgada¹²³. Si una asociación pierde un proceso contra una empresa minera que, con sus relaves, está afectando el ecosistema, dicha decisión ¿debe afectar también a los sujetos que se benefician respecto de aquél, sin

quiera haber participado del proceso? ¿Cómo se ejecuta una decisión judicial que prohíbe a una empresa continuar con la construcción de una planta en medio de una zona ecológica? ¿Se puede castigar con una multa compulsiva y hasta con prisión civil a un empleador que no cumple con el mandato que le ordena reponer a dirigentes sindicales? Para dar respuesta a estos cuestionamientos es necesario integrar la tutela supraindividual con las instituciones mencionadas a lo largo del trabajo. Si bien este no es el lugar para afrontar semejante problemática, dejamos constancia de que los esquemas tradicionales de la doctrina procesal tienen una importancia relativa frente a los requerimientos de la sociedad contemporánea.

En otras palabras, las respuestas urgentes que se requieren para aquellas cuestiones, así como para muchas que provienen del quehacer diario de nuestra comunidad, sólo pueden ser respondidas de manera adecuada a través de una profunda reforma procesal. El nuevo orden mundial nos obliga a permanecer atentos a las necesidades sociales que debieran encontrar, a través del proceso, el cauce natural para la adecuada protección de los derechos que de ella surgen. En tal sentido, el ámbito de los situaciones jurídicas supraindividuales es tan sólo uno de los campos donde se deberán librar los combates decisivos para obtener una sociedad más justa¹²⁴.

6. CASO TIPO Y DESARROLLO DEL CONCEPTO “MARGEN DIFERENCIAL” COMO ELEMENTO PARA LA CALIFICACIÓN OBJETIVA DE LA EFICACIA DE LA TUTELA PROCESAL DE LOS DERECHOS

Partiendo de algunos hechos reales, pero admitiendo que nuestras “manipulaciones” se realizan con fines decididamente didácticos, presentamos un caso en el cual se busca poner en evidencia cómo la concepción tradicional del proceso resulta obsoleta para la protec-

¹¹⁸ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., pp. 249 y 250.

¹¹⁹ La distinción respecto de la posición asumida con el profesor italiano radica en que éste se refiere a “la titularidad del derecho”, cuestión que, procesalmente, no puede configurarse, en tanto no exista una sentencia sobre el fondo. Por ello, preferimos hablar de “titularidades asumidas” al momento de la postulación del proceso. Ibid., p. 250.

¹²⁰ Ibid., p. 252.

¹²¹ Cfr. BERMUDEZ, Sergio. “Direito Processual Civil. Estudos e pareceres”. São Paulo, Saraiva, 1994, segunda serie. p. 149

¹²² Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. “La protección...”. Op. cit., p. 252.

¹²³ Cfr. PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “A tutela...”. Op. cit., p. 347.

¹²⁴ En tal perspectiva, es necesario agregar que la valiosa experiencia brasileña ha traído a colación una cuestión de singular relevancia: muchas veces la tutela de los intereses difusos o colectivos debe ir acompañada de una tutela de carácter resarcitoria de la que son titulares, de manera individual, cada uno de los sujetos que alegan una afectación respecto de un daño causado. (Piénsese, en el ámbito de la tutela de los consumidores, en un producto alimenticio que no ha cumplido con los cánones mínimos de salubridad). A tales circunstancias, la doctrina le denomina tutela de intereses individuales homogéneos y suponen, desde la parte activa, un litisconsorcio facultativo. Es decir, un conjunto de sujetos que actúan como parte al lado de la que es titular del interés difuso. Obsérvese que ante el caso de la “individualidad homogénea” se está tutelando un bien divisible (el resarcimiento de cada uno de los sujetos demandantes) pero que, por razones de economía procesal y conexidad, deben ser tramitadas en el mismo cauce destinado para la tutela supraindividual. Cfr. PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana”. En: “Rivista di Diritto Processuale”, Padova, Cedam, 1994. pp. 1108 y 1109.

ción efectiva de las nuevas situaciones jurídicas materiales. Finalmente, se abordará un tema que, a nuestro parecer, resulta de vital importancia para la comprensión del presente trabajo: la identificación del margen diferencial.

Proposición del caso: Los vecinos de un distrito limeño, Chorrillos, se han enterado que, ha través de un acto administrativo, la empresa transnacional Napalmat (que elabora, distribuye y comercia productos lácteos) va a construir, a partir del próximo mes, una planta procesadora. El problema radica en que la mencionada construcción se va a edificar en una zona del distrito considerada como patrimonio ecológico nacional.

Estrategia procesal tradicional: los vecinos deberán acudir a una asociación protectora del medio ambiente o, en todo caso, al Ministerio Público para que actúe en defensa de sus derechos. Si ello se consigue, se deberá iniciar un procedimiento administrativo destinado a atacar la autorización otorgada a la empresa. Sin embargo, ante la inminencia de la iniciación de los trabajos de construcción (el próximo mes) se acudió en busca de tutela al Servicio de Justicia, a través del proceso de amparo. Como dicho proceso demora un tiempo superior al que ellos requieren para solucionar su problema, se decidió interponer una medida cautelar. Lamentablemente para sus intereses, la parte contraria realizó un acto tan sencillo e inocente como apretar el botón: apeló. Como bien se sabe, en nuestro país aquella impugnación tiene efecto suspensivo (en los procesos de amparo), por lo que la situación del actor queda seriamente comprometida.

Resultados obtenidos a la fecha del inicio de la construcción: mientras el proceso constitucional prosigue su lento trámite, la empresa empezó la construcción de lo que en breve será su nueva planta de producción.

Estrategia procesal alternativa: Parte de los vecinos del distrito se unen y acuerdan que, tanto por su formación profesional como por su conocimiento *in situ* del ecosistema que se encuentra en el distrito, un determinado sujeto es el más capacitado para llevar adelante la defensa de este interés difuso. De esta manera, y teniendo en cuenta que la norma procesal que determina la legitimidad para obrar señala que puede y no que debe ostentarla el Ministerio Público o una asociación privada, decide apelar al criterio judicial para iniciar una *class action*, por lo que demanda la prohibición de que Napalmat pueda realizar construcción alguna sobre la zona donde se encuentra ubicado el ecosistema referido.

Por otro lado, el juez -en resolución motivada- admite la demanda, pues es consciente de su función en la comunidad, encontrando además que, efectivamente, la norma (artículo 82 del Código Procesal Civil) regula aquello que se señaló en la demanda y, en general, el ordenamiento peruano (a través del artículo III del Título Preliminar) le permite que, en caso de vacío o defecto de las disposiciones de este Código, pueda (en realidad, deba) recurrir, entre otras alternativas, a la doctrina, en atención a las circunstancias del caso.

Finalmente, teniendo en cuenta también las circunstancias del caso, el juez deduce que nos encontramos frente a un proceso urgente, debido a que éste no se puede prolongar indefinidamente en el tiempo, a costa de provocar un perjuicio irreparable. Por esta razón, respetando siempre la igualdad sustancial entre las partes (que debe existir durante la tramitación del procedimiento), logra desformalizar el mismo, emitiendo sentencia en tiempo oportuno y con actuación inmediata (inhibitoria), en la que se declara fundada la demanda y, por tanto, se prohíbe a la demandada realizar edificación alguna. Dicha sentencia, por expedirse en un proceso jurisdiccional, tiene autoridad de cosa juzgada.

Resultados obtenidos a la fecha del inicio de la construcción: un éxito absoluto.

¿Qué elementos de los que se ha abordado en el presente trabajo se han aplicado en el caso? Los cuatro que hemos convenido en llamar las nuevas respuestas del derecho procesal. Veamos:

1. Para el cumplimiento efectivo de esta sentencia prohibitiva (condena de no hacer) se hace necesario el uso de medidas coercitivas, razón por la cual, inclusive, se podría llegar a echar mano de la prisión civil: por infringir un mandato judicial y afectar el interés público.
2. Al anticiparnos al daño que iba provocar la empresa sobre el ecosistema, evitamos la configuración de un conflicto, por lo que el juez ha otorgado una tutela preventiva.
3. Ya fue dicho: el proceso desarrollado para la obtención de una tutela efectiva fue urgente.
4. Por último, el juez civil ha otorgado acceso a la justicia para la tutela de un situación supraindividual.

Es aquí donde consideramos pertinente determinar un concepto vital: el margen diferencial. Recordando las

palabras iniciales de la presente monografía, observábamos cómo el Derecho Material se desarrolla en un plano en el cual los sujetos cumplen espontáneamente con las reglas que aquél establece. Un mundo armónico donde los ricos siguen acumulando y los pobres aumentan en proporciones geométricas. Sin embargo, la realidad es distinta y en muchas oportunidades aquellas reglas no se cumplen. Se da lugar a lo que sabiamente Andrioli denominó crisis de cooperación. Ahora bien, la labor del proceso es precisamente sanear aquellas crisis y, así como dos más dos es cuatro, esta función se cumple a cabalidad cuando el resultado del proceso (a través de la sentencia final y su efectivo cumplimiento) es similar a lo que originariamente disponía el Derecho Material (por ejemplo, el contrato estipulaba que se debía cancelar 30,000 y la sentencia ordena lo mismo, más los intereses legales por la demora y las costas y costos del proceso).

Llegados a este punto, encontramos que la realidad nuevamente nos ocasiona un sobresalto y es que existen situaciones en las que, por una imposibilidad material, las sentencias no pueden ser cumplidas en sus propios términos: ¿cómo se restituye el honor de alguien que, habiendo iniciado un proceso para prohibir la emisión pública de un video comprometedor, obtiene una sentencia a su favor varios meses después de que el mismo fuera visto por millones de televidentes? o, por otro lado, ¿caso es posible que algún dinero pueda hacer olvidar los días de hambre que un trabajador y su familia sufrieron mientras tardaba la sentencia que lo reponía en su puesto y mientras, por gracia de Dios, era ejecutada la misma?

Debemos empezar admitiendo que el proceso conlleva, irremediablemente, una demora. Demora que ni el diseño judicial más perfecto puede eliminar por completo¹²⁵. Se abre, entonces, una brecha y una distinción necesaria entre los resultados que se obtie-

ne de un cumplimiento espontáneo, respecto de los obtenidos a través del proceso. Pues bien, durante la tramitación del proceso esa brecha se puede ir ensanchando, sea por una actividad de las partes (el deudor dispuso de todos sus bienes) o por un hecho que escapa del alcance de ellas, en función de las particulares características del objeto sometido a litigio (piénsese en las situaciones jurídicas que requieren de un proceso urgente). Es precisamente aquella brecha a la que nosotros denominamos margen diferencial.

El margen diferencial es un índice objetivo, de valor meramente metodológico, que nos sirve para determinar en qué medida, tanto en el plano teórico como en el plano real, un proceso es eficaz. Cuando el margen es estrecho, es decir, cuando sólo se ha expresado en la duración normal del proceso, la eficacia lograda es plena. Por el contrario, si el proceso tardó desmesuradamente o si, por ejemplo, lo que se intentaba prevenir ya ocurrió, el margen diferencial aumenta significativamente llegando, como en el último caso, a configurarse una ineficacia total del proceso.

7. PALABRAS FINALES

Pensar en el proceso como un instrumento de la justicia social, es decir, a través de su dimensión ideológica y política, y no como un mero mecanismo de solución de controversias, supone advertir que éste, en el plano real, mantiene aún demasiadas cuentas pendientes con la comunidad. En tal perspectiva la labor de los juristas, legisladores, jueces y todos los que se acercan día a día hacia él debe estar encaminada a luchar abiertamente contra las desigualdades materiales y así echar por tierra esa incisiva, cruda pero certera frase de Salvatore Satta: “¿Por qué esta nuestra ciencia del proceso se ha puesto, desde hace algún tiempo, bajo el signo de la tristeza?”¹²⁶.

¹²⁵ Proto Pisani, refiriéndose de manera general a los procesos de conocimiento, señala que “un processo di tale specie, in quanto diretto ad assicurare in modo completo la garanzia del contraddittorio, è sempre necessariamente uno strumento particolarmente sofisticato che -anche se disciplinato da forme accelerate quali ad es. quelle del rito speciale dal lavoro- ha una sua durata, fisiologica, nel tempo”. PROTO PISANI, Andrea. “La nuova disciplina del processo civile”. Napoli, Jovene, 1991. pp. 295 y 296.

¹²⁶ “Perché dunque questa nostra scienza del processo si è posta da qualche tempo sotto il segno della tristezza?”. (Traducción libre del autor). SATTA, Salvatore. “La tutela...”. Op. cit., p. 79.