

DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Luiz Guilherme Marinoni¹

Profesor Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Federal del Paraná (Brasil)

Sumario: 1. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sus destinatarios: 1.1. El derecho de acción en el Estado liberal; 1.2. La prohibición que tiene el juez de negar respuesta al pedido de resolución del litigio; 1.3. La prohibición que tiene el legislador de excluir de la apreciación del Poder Judicial toda lesión o amenaza a un derecho; 1.4. La veda de imposición de óbices al ejercicio del derecho de acción; 1.5. El derecho de acción y su dependencia de prestaciones estatales capaces de remover los obstáculos económicos que impiden el acceso a la justicia; 1.6. El derecho de acción y la necesidad de una legislación infraconstitucional capaz de atribuirle efectividad; 1.7. El derecho de acción y el deber judicial de dar efectiva tutela a los derechos; **2. Las nuevas necesidades de tutela de los derechos y la evolución del concepto de derecho de acción:** el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva; 2.1. Efectividad de la tutela de los derechos y derecho de acción; 2.2. El derecho de acción no es simplemente el derecho de pedir la resolución del litigio; 2.3. La acción no se agota con la sentencia de mérito con autoridad de cosa juzgada; 2.4. El derecho a la preordenación de técnicas procesales adecuadas. La inconstitucionalidad de la ley que prohíbe la concesión de tutela anticipatoria; 2.5. Las reglas procesales abiertas como consecuencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; 2.6. La insuficiente protección normativa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; 2.7. Eficacia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sobre el juez y las partes y método para elegir la técnica procesal adecuada o para suplir a la insuficiencia de protección normativa; 2.8. La acción como garantía de participación

1. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sus destinatarios

1.1. El derecho de acción en el Estado liberal

En la época del Estado liberal, el derecho de acción, cuando finalmente se le disocia del derecho material, fue concebido como el derecho de pedir a la Jurisdicción la realización del derecho material que había sido negado por el obligado. En esta dimensión, el derecho de acción, aunque ya definido como un derecho dirigido contra el Estado, era una garantía de la efectividad de las posiciones sustanciales otorgadas a los ciudadanos por el Estado burgués.

En otras palabras, el derecho de acción sólo tenía sentido como garantía de protección de la libertad, la propiedad y, también, para mantener el funcionamiento de los mecanismos del mercado, a través del otorgamiento al acreedor que no tuviera satisfecho su derecho de crédito de su equivalente en dinero.

En esta época, obviamente, ni siquiera se reflexionaba sobre las dificultades económicas para el ejercicio de la acción. De la misma forma, tampoco se admitía la tutela específica del derecho material y, en consecuencia, no se vislumbraba la necesidad de técnicas procesales idóneas para las diferentes situaciones sustanciales carentes de tutela jurisdiccional. En verdad, las tutelas

¹ Profesor Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Federal del Paraná (Brasil). Post-doctor en la Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar en la Columbia University Law of School. www.marinoni.adv.br; guilherme@marinoni.adv.br

jurisdiccionales típicas de esta época, en el plano civil, eran la declaratoria y la resarcitoria por el equivalente al valor del daño o a la prestación no cumplida.

La tutela declaratoria, al regular apenas formalmente una relación jurídica formada a partir de la autonomía de las voluntades, y por lo tanto no permitiendo que la fuerza del Estado incidiera sobre las relaciones privadas, tal vez fue la tutela jurisdiccional más coherente con los valores del Estado liberal. Sin embargo, al lado de aquella, no podía dejar de existir la tutela por el equivalente pecuniario, ya que el Estado no podía dejar de dar protección a quien había sufrido un daño o tenía un derecho de crédito incumplido, lo que evidencia, por lo tanto, que su deber de protección estaba dirigido a la tutela de los derechos que podían ser transformados en dinero.

Cuando el Estado concibe la transformación del derecho en dinero y, además de ello, cuando limita la protección jurisdiccional al equivalente pecuniario, está aceptando que los derechos y las personas son iguales o admitiendo su falta de responsabilidad por la protección específica de las diferentes posiciones sociales y de las diversas situaciones de derecho material. Admitida tal ausencia de deber de tutela, se torna natural la posibilidad del Estado de dejar de proteger los derechos en forma específica, transformándolos por su equivalente pecuniario. Se trataba, en realidad, de una forma de intentar reafirmar la igualación de los derechos y de las posiciones sociales, ahora jurisdiccionalmente.

Como no existía racionalidad para admitir procedimientos y técnicas procesales diferenciadas para derechos y posiciones sociales que no deben ser tratados de una misma forma, se elaboró un procedimiento que pretendía ser neutro e indiferente a la realidad. Así, no había ninguna razón para que la acción pudiera ser vinculada con técnicas procesales idóneas capaces de permitir la efectiva tutela de las diferentes situaciones de derecho material. Bastaba que las partes y la jurisdicción caminasen sobre la huella del procedimiento tipificado por la ley. El procedimiento, así comprendido, era apenas una garantía de libertad de los litigantes contra la posibilidad de arbitrio del juez, y poco importaba su capacidad para permitir la efectiva tutela del derecho sustancial, incluso porque la protección jurisdiccional en esta época se limitaba, por regla general, a expresar en dinero el valor de la lesión, para lo que la acción y el procedimiento eran siempre adecuados.

Si el procedimiento era siempre el mismo, sin que se alterara en razón de las diferencias concretas, la acción podía ser simplemente el derecho a la resolución de mérito, teniendo simplemente el efecto de generar en la jurisdicción, el deber de resolver el litigio.

1.2. La prohibición que tiene el juez de negar respuesta al pedido de resolución del litigio

En efecto, el concepto clásico de acción le había atribuido al Estado sólo el deber de solucionar el litigio. Desde esta perspectiva, era suficiente para garantizar el derecho de acción el antiguo principio de que el juez no podía eximirse de responder al pedido de tutela jurisdiccional.

Este principio, aún cuando resulte de la negación de la tutela privada y de la propia existencia del Estado, es afirmado pelos tribunales para dejar en claro la amplitud y el contenido del deber de prestar la tutela jurisdiccional, que no puede dejar de considerar las alegaciones y las pruebas producidas por las partes², o incluso agotarse con el pronunciamiento de la sentencia cuando, para la efectiva tutela del derecho material, se necesita la práctica de actos ejecutivos derivados de la propia fuerza estatal contenida en la sentencia de fundabilidad.

² STF, RE n 172.084, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 03.03.1995

1.3. La prohibición que tiene el legislador de excluir de la apreciación del Poder Judicial toda lesión o amenaza a un derecho.

Otra faceta de la visión tradicional del concepto de acción se encuentra presente en la prohibición de definición legislativa de materias no justiciables. Es que la garantía de tutela jurisdiccional no sería efectiva en caso que el legislador pudiese definir materias que no se pudieran debatir ante el Poder Judicial.

Las normas contenidas en las Constituciones, relacionadas con la garantía de protección jurisdiccional, muchas veces enuncian la prohibición de la ley de excluir de la apreciación jurisdiccional cualquier afirmación de lesión a un derecho individual. La Constitución brasilera de 1988 amplía el espacio de garantía de la tutela jurisdiccional al adjuntar a esta prohibición de exclusión “de lesión” la veda de exclusión de la “amenaza al derecho” – sin calificarlo como individual –, queriendo con esto garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos – individuales, colectivos y difusos – en caso de lesión o de amenaza de lesión³.

Esta norma, en caso de ser interpretada en su sentido meramente literal, se dirige simplemente al legislador, prohibiéndole un hacer, o sea, la exclusión de apreciación. La prohibición de exclusión de apreciación, así como la prohibición de que el juez se niegue a decidir, constituyen garantías de un no hacer del Estado. Un no hacer imprescindible para la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional.

1.4. La veda de imposición de óbices al ejercicio del derecho de acción

Pero el legislador tampoco puede imponer óbices al ejercicio del derecho de acción, pues esto configura exclusión de la apreciación jurisdiccional, aunque de forma indirecta.

La Suprema Corte brasilera (Supremo Tribunal Federal – STF) entiende que una ley que impone la cobranza de tasas judiciales excesivas para el ejercicio de la acción viola el art. 5º, XXXV, de la Constitución. Con respecto al tema, existe en el STF la *Súmula* n. 667, según la cual “viola la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción la tasa judicial calculada sin límite sobre el valor de la causa”. El leading case de la materia es la Representación de Inconstitucionalidad nº 1.077/RJ, del 28.03.1984, en la cual el Min. Moreira Alves afirmó que “tasas cuyo monto se calcula sobre la base del valor del provecho del contribuyente (como sucede en el caso del valor real de lo pedido), sobre la cual incide una alícuota invariable, tienen necesariamente que tener un límite, bajo pena de tornarse -en relación con las causas que sobrepasen un determinado valor- indiscutiblemente exorbitante en relación al costo real de la actuación del Estado respecto del contribuyente”⁴.

Vale resaltar, además, la prohibición del establecimiento de alguna instancia administrativa previa de tránsito forzado. Tal prohibición significa que no es posible exigir el agotamiento de la discusión en sede administrativa para admitir el ejercicio del derecho de acción.

La Constitución de 1988 no reprodujo la segunda parte del § 4º del art. 153 de la Constitución anterior – introducida por la Enmienda Constitucional n. 7/77 -, según la cual “el ingreso

³ Art. 5º, XXXV, CF Brasilera: “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial, lesión o amenaza del derecho”.

⁴ (STF, Representación de Inconstitucionalidad nº 1.077/RJ, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 28.09.1984). Ver, además, STF, Pleno, ADI nº 1.651/PB – MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 11.09.1998; STF, Pleno, ADI nº 1.926/PE – MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 10.09.1999; STF, Pleno, ADI nº 948/GO, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU 17.03.2000.

al juicio podrá ser condicionado a que se agoten previamente las vías administrativas, ya que no puede ser exigida la garantía de instancia, sin que se haya cumplido el plazo de ciento ochenta días para la decisión sobre el pedido”. El art. 5º, XXXV, de la Constitución de 1988 prohibió al legislador la creación de un órgano contencioso administrativo que tenga que ser necesariamente transitado o en el que la discusión acerca de un litigio se pueda agotar.

Según la Suprema Corte (STF), la exigencia de previo agotamiento de la vía administrativa constituye una afrenta a la garantía de tutela jurisdiccional⁵. En la realidad, la única excepción a la prohibición de instancia administrativa de tránsito forzado está delineada en la propia Constitución, una vez que, según su art. 217, § 1º, “el Poder Judicial solo admitirá acciones relativas a la disciplina y a las competencias deportivas después que se agotasen las instancias de la justicia deportiva, reguladas por la ley”. No obstante, en caso de que las instancias de la justicia deportiva no emitan una decisión final en el plazo de sesenta días, contados desde el inicio del proceso, el derecho de acción podrá ser libremente ejercido (art. 217, 2º, CF).

1.5. El derecho de acción y su dependencia de prestaciones estatales capaces de remover los obstáculos económicos que impiden el acceso a la justicia.

El derecho de acción, en la época del Estado liberal, no era concebido como un derecho cuya realización, además de indispensable para la protección de todos los demás derechos, requiriese la consideración de una serie de circunstancias sociales.

En la época de los Estados liberales, se entendía por derecho de acción apenas el derecho formal de proponer una acción. Estaría en juicio quien pudiese soportar los costos de un proceso, pues la desigualdad económica y social no era objeto de preocupaciones por parte del Estado⁶. Se proclamaba el derecho de ir a juicio, pero poco importaba si el titular del derecho material lesionado podía realmente usufructuar de su derecho de acción⁷.

Sin embargo, se sabe que, cuando las libertades públicas empezaron a ser consideradas como privilegios de algunos pocos, el Estado dio un nuevo ropaje y dimensión a los antiguos derechos e instituyó derechos pensados como fundamentales para una organización justa e igualitaria de la sociedad, abriendo también la oportunidad para que al derecho de acción le fuesen agregados otros contenidos.

Las Constituciones del siglo XX procuraron integrar las libertades clásicas, inclusive las de naturaleza procesal, con los derechos sociales, permitiendo la concreta participación del ciudadano en la sociedad mediante, inclusive, la realización del derecho de acción, que pasó a ser focalizado como “derecho de acceso a la justicia”, tornándose objeto de preocupación de los más modernos

⁵ Decidió el STF en Plenario, relató la Min. Ellen Gracie, que “condicionar la posibilidad de acceso al Poder Judicial a un pre-recurso administrativo, equivalía a excluir de la apreciación del Poder Judicial una posible lesión a un derecho individual, en ostensivo gravamen a la garantía del art. 5º, XXXV, de la Constitución Federal” (STF, MS 23.789/PE, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 23.09.2005. El STJ, al respecto, tiene la Súmula n. 89: “La acción accidental prescinde del agotamiento de la vía administrativa”. Ver, además, STJ, 4ª Turma, Resp nº 4.250/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 13.05.1991.

⁶ Rudolf Wassermann, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied/Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 45.

⁷ Mauro Cappelletti, *Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei*, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires: EJE, 1974, p. 120 y ss.

sistemas jurídicos.⁸

El derecho de acción pasó así a enfrentar un nuevo cuestionamiento no solo porque se percibió que el ejercicio de la acción podría ser comprometido por obstáculos sociales y económicos, sino también porque se tomó conciencia de que los derechos orientados a garantizar una nueva forma de sociedad, identificados en las Constituciones modernas, solo podían ser concretados en el caso que se garantizara un real –y no ilusorio- acceso a la justicia⁹.

Para viabilizar el acceso a la justicia, el Estado tiene el deber de dar al carente de condición financiera un abogado gratuito, así como eximirlo del pago de tasas judiciales y de cualesquiera costas o gastos procesales, inclusive aquellos necesarios para la producción de pruebas.

El costo del proceso puede impedir al ciudadano que ejercite su derecho de acción, aunque tenga la convicción de que su derecho fue violado o está siendo amenazado de violación. Esto significa que, por razones financieras, una gran parte de las personas podría verse obligada a renunciar a sus derechos. Por ello, es evidente que no sirve de nada otorgar derechos y técnicas procesales y no permitir que el proceso pueda ser utilizado en razón de óbices económicos.

Por otro lado, el legislador está obligado –como no podría ser de otra forma frente a la garantía constitucional del derecho de acción– a instituir procedimientos y órganos especializados que permitan el acceso de los más pobres al Poder Judicial.

1.6. El derecho de acción y la necesidad de una legislación infraconstitucional capaz de atribuirle efectividad

Sin embargo, el derecho de acción no depende sólo de prestaciones estatales destinadas a remover los obstáculos económicos que impiden el acceso a la justicia, sino también de prestaciones normativas que instituyan técnicas procesales idóneas para viabilizar la obtención de las tutelas prometidas por el derecho sustancial.¹⁰

El derecho de acción no es simplemente el derecho a la resolución de mérito o a una sentencia sobre el mérito. El derecho de acción es el derecho a la efectiva y real viabilidad de la obtención de la tutela del derecho material.

Es obvio que el derecho de acción tiene como corolario al derecho a influir sobre el convencimiento del juez y, a su vez, el derecho a alegar y probar. Esto, por supuesto, es prácticamente incuestionable en sede doctrinaria y jurisprudencial, no exigiendo mayor atención.

Lo que realmente importa destacar es la circunstancia de que, si las tutelas prometidas por el derecho sustancial tienen diversas formas, la acción, para poder permitir la efectiva obtención de cada una de ellas, tendrá que correlacionarse con técnicas procesales adecuadas a las diferentes situaciones sustanciales carentes de protección jurisdiccional. Es por ello que el derecho de acción exige la estructuración de técnicas procesales idóneas, incluidas la técnica anticipatoria, las sentencias y los medios ejecutivos.

⁸ Mauro Cappelletti, *Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general report)*, *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Milano: Giuffrè, 1973, p. 726-727.

⁹ Según Jacques Commaille, la función de justicia como meta-garante de lo social es exigencia de su representación a los ojos de los ciudadanos (*Territoire de justice – Une sociologie politique de la Carte Judiciaire*, Paris: PUF, 2000, p. 40).

¹⁰ Sobre los derechos fundamentales como derechos a prestaciones, ver Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 6ª. ed., p. 215 y ss.

No obstante, el legislador no puede anticiparse a todas las necesidades de derecho material, dado que éstas no sólo se transforman con el paso del tiempo sino que, igualmente, asumen contornos variados conforme los casos concretos. Frente a ello, se llegó naturalmente a la necesidad de normas procesales destinadas a dar a los justiciables y al juez el poder de identificar los instrumentos procesales adecuados a la tutela de los derechos.

Como el legislador no está en condiciones de estructurar tantas técnicas procesales cuantas necesidades concretas carentes de tutela existan, él tiene el deber de editar reglas procesales abiertas, como, por ejemplo, la del art. 461 del CPC brasileiro¹¹. La concreción de esta norma procesal debe tomar en cuenta las necesidades del derecho material reveladas en el caso concreto, pero su institución deriva, evidentemente, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, el derecho de acción, cuando es observado desde la perspectiva de las prestaciones *positivas* debidas por el legislador, además de adquirir la función de derecho a acceso a la justicia, asume la figura de derecho a la preordenación de técnicas procesales idóneas a la viabilidad de la obtención de las tutelas prometidas por el derecho sustancial.

El derecho de acción, como derecho fundamental, debe ser debidamente protegido por el legislador infraconstitucional, sea a través de prestaciones viabilizadoras del acceso, sea mediante prestaciones normativas que instituyan técnicas procesales adecuadas.

1.7. El derecho de acción y el deber judicial de dar efectiva tutela a los derechos.

Pero, no basta detenerse en la idea de que el derecho fundamental de acción incide sobre la estructuración técnica del proceso, pues suponer que el legislador siempre atiende las tutelas

¹¹ Art. 461 (CPC). “En la acción que tenga por objeto el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o, si el pedido es fundado, determinará providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento.

1° La obligación solamente se convertirá en daños y perjuicios si el autor requiriera o si fuese imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente.

2° La indemnización por daños y perjuicios se dará sin perjuicio de multa (art. 287).

3° Siendo relevante el fundamento de la demanda y habiendo justificado temor de ineficacia del proveimiento final, es lícito al juez conceder tutela liminarmente o mediante justificación previa, una vez citado el demandado. La medida liminar podrá ser revocada o modificada, a cualquier tiempo, en decisión fundamentada.

4° El juez podrá, en hipótesis del párrafo anterior o en la sentencia, imponer multa diaria al demandado, independientemente del pedido del autor, si fuere suficiente o compatible con la obligación, fijándole un plazo razonable para el cumplimiento del precepto.

5° Para la efectuación de la tutela específica o la obtención del resultado práctico equivalente, podrá el juez, de oficio o a requerimiento, determinar las medidas necesarias, tales como la imposición de multa por tiempo de atraso, búsqueda y aprehensión, remoción de personas y cosas, destrucción de obras e impedimento de actividad nociva, si es necesario con requerimiento de fuerza policial.

6° El juez podrá, de oficio, modificar el valor o la periodicidad de la multa, en caso verifique que se tornó insuficiente o excesiva.

prometidas por el derecho material y las necesidades sociales de forma adecuada constituye una ingenuidad inexcusable¹².

La obligación de comprender las normas procesales a partir del derecho fundamental de acción da al juez el poder-deber de encontrar la técnica procesal idónea para la protección del derecho material.

Como el derecho fundamental de acción incide sobre el Estado y, por lo tanto, sobre el legislador y el juez, es evidente que la omisión del legislador no justifica la omisión del juez. Si tal derecho fundamental, para ser realizado, exige que el juez esté munido de poder suficiente para la tutela de los derechos, la ausencia de una regla procesal que instituya el instrumento procesal idóneo para ello constituye un evidente obstáculo a la actuación de la jurisdicción y al derecho fundamental de acción. Así pues, para que la jurisdicción pueda ejercer su misión –que es tutelar los derechos- y para que el ciudadano realmente pueda tener garantizado su derecho fundamental de acción, no hay otra alternativa que admitir que el juez puede suprimir la omisión inconstitucional o la insuficiencia de la protección normativa del derecho fundamental de acción.

2. Las nuevas necesidades de tutela de los derechos y la evolución del concepto de derecho de acción: el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

2.1. Efectividad de la tutela de los derechos y derecho de acción.

La transformación de la sociedad y del Estado y el consecuente surgimiento de nuevas situaciones sustanciales carentes de tutela, frecuentemente de contenido no patrimonial y no raramente garantizadas como “derechos fundamentales”, modificaron las razones para demandar el propio contenido de la tutela jurisdiccional.

La jurisdicción dejó de tener la simple incumbencia de prestar la tutela declaratoria y resarcitoria por el equivalente, asumiendo el deber de tutelar en forma *específica* los derechos, especialmente los derechos fundamentales, como, por ejemplo, el derecho fundamental del consumidor y el derecho al medio ambiente.

La prueba de ello está en la creciente atención que se está dando a la denominada “tutela específica”, prevista en el art. 461 del Código de Proceso Civil y en el art. 84 del Código de Defensa del Consumidor del Brasil. La tutela específica del derecho material es la protección jurisdiccional que no se limita a otorgar al lesionado un valor equivalente al del daño o de la obligación, sino que, antes bien, inhibe la práctica del acto contrario al derecho, determina la remoción de los efectos concretos derivados del ilícito o apenas condena al resarcimiento *in natura* o al cumplimiento de la prestación en forma específica, tal como fue contratada.

Sin embargo, mientras la tutela prestada en dinero neutraliza la diferencia entre las variadas tutelas del derecho material, admitiendo una única forma procedimental, la tutela específica, al correlacionarse con las diferentes necesidades del derecho material, requiere formas procedimentales diversificadas¹³.

¹² Luiz Guilherme Marinoni, Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. v. 1. Milano: Giuffrè, 2005, p. 93-162.

¹³ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima: Palestra Editores, 2007, p. 41 y ss.

Si la acción es el derecho a la viabilidad de obtención de la tutela del derecho material, es evidente que ella no puede dejar de correlacionarse con una forma procedimental idónea. Esto no quiere decir que deben existir tantos procedimientos conforme al número de las necesidades carentes de tutela. El derecho de acción *es abstracto y atípico*, pero debe ser *capaz de permitir* la obtención de las variadas tutelas prometidas por el derecho material. O sea, el derecho de acción garantiza el derecho al procedimiento adecuado o a la técnica procesal adecuada.

2.2. El derecho de acción no es simplemente el derecho de pedir la resolución del litigio

El derecho de acción no puede ser limitado al derecho de pedir la resolución de mérito. El derecho de acción no se agota con la presentación de la petición inicial y la acción, así, no es simplemente propuesta, conforme se podría pensar.

El derecho de acción tiene diversos corolarios, comenzando con el derecho a participar adecuadamente del proceso, mediante la presentación de alegaciones y la producción de pruebas en un plazo racional, y de influir sobre el convencimiento del juez.

Además de esto, es incuestionable que el derecho de acción depende del procedimiento adecuado, o sea, de la preordenación de la técnica anticipatoria, de proveimientos diferenciados y de medios de ejecución diversos. Todo esto es imprescindible para que el justiciable pueda obtener la tutela jurisdiccional de su derecho¹⁴. De modo que la acción es *ejercida* con las técnicas procesales adecuadas y, así, no se agota con la presentación de la petición inicial.

2.3. La acción no se agota con la sentencia de mérito con autoridad de cosa juzgada

El derecho de acción tampoco se agota con la sentencia que declara el derecho, pero carece de ejecutividad para conferir tutela al derecho del actor. Es el caso de la sentencia que depende de la ejecución, como la sentencia condenatoria. El pronunciamiento de esta sentencia, como se intuye, no presta la tutela del derecho. A menos que sea cumplida voluntariamente, cuando, en verdad, dejaría de importar como carente de ejecución.

La sentencia condenatoria, a pesar de los esfuerzos doctrinarios, nunca prestó tutela al derecho. Siempre constituyó una mera fase de la prestación de la tutela jurisdiccional. Para la tutela resarcitoria por el equivalente, más importante que la sentencia condenatoria es su ejecución. En otras palabras, jamás nadie tuvo derecho a una acción “condenatoria”, admitiéndose en este caso el calificativo como el resultado deseado por el actor. Y esto, porque nadie deseó jamás la simple condena, sino la tutela por el equivalente al valor de la lesión o de la prestación no cumplida o aún la tutela del propio crédito pecuniario no satisfecho.

La dispensa de una acción autónoma, para la ejecución de la sentencia condenatoria, parte de la premisa de que la acción no se agota con la sentencia condenatoria con autoridad de cosa juzgada, exigiendo la ejecución para que la tutela del derecho sea completamente prestada. O mejor dicho, allí se reconoce la irracionalidad del uso de dos acciones –una de conocimiento y otra de ejecución- para la obtención de una única tutela del derecho. Esto tiene un significado importante en términos de la teoría de la acción. Si el derecho de acción es el derecho a la viabilidad de obtención de la tutela de derecho material, aquello no se puede agotar con la sentencia condenatoria, que no es más que una técnica procesal puesta al servicio de la efectiva tutela jurisdiccional del derecho.

¹⁴ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, cit., p. 236 y ss.

2.4. El derecho a la preordenación de técnicas procesales adecuadas. La inconstitucionalidad de la ley que prohíbe la concesión de tutela anticipatoria.

Hay que subrayar que el derecho de acción, entendido como un derecho a la técnica procesal adecuada, no depende del reconocimiento del derecho material.

La norma del art. 5º, XXXV, de la Constitución brasilera, al contrario de las normas constitucionales anteriores que garantizaban el derecho de acción, afirmó que la ley, además de no poder excluir a la lesión, tiene prohibida la exclusión de la “amenaza de lesión” de la apreciación jurisdiccional. El objetivo del art. 5º, XXXV, en este particular, fue dejar expresado que el derecho de acción debe poder propiciar la tutela inhibitoria¹⁵ y tener a su disposición técnicas procesales capaces de permitir la anticipación de tutela.

En la Suprema Corte brasilera (STF) existen tres corrientes en relación a la interpretación de la garantía de la tutela jurisdiccional en caso de “amenaza a un derecho”¹⁶. La primera de ellas, afirmada especialmente por los Ministros Celso de Mello y Carlos Velloso, sustenta que la ley que veda la concesión de liminares viola el art. 5º, XXXV, pudiendo ser expresada a través del siguiente pasaje del voto del Min. Celso de Mello en la acción directa de inconstitucionalidad n. 223: “La protección jurisdiccional inmediata, disponible para situaciones jurídicas expuestas a una lesión actual o potencial, no puede ser obstaculizada por un acto normativo de carácter infraconstitucional que, vedando el ejercicio liminar de la tutela jurisdiccional cautelar por el Estado, ocasione la aniquilación del propio derecho material”.¹⁷ La segunda, radicalmente opuesta, se puede captar en los votos del Min. Moreira Alves. Dice el Ministro, en la acción directa de inconstitucionalidad n. 223: “Al prohibirse, en ciertos casos, por interés público, la anticipación provisoria de la satisfacción del derecho material lesionado o amenazado, no excluye al Poder Judicial, evidentemente, de la apreciación de la lesión o amenaza al derecho, puesto que ésta se obtiene normalmente con la satisfacción definitiva que es proporcionada por la acción principal, y, ésta sí, no puede ser vedada, pues privaría al lesionado o amenazado del socorro del Poder Judicial”.¹⁸ Posteriormente, en la acción directa de inconstitucionalidad n. 1.576, el Ministro Moreira Alves consignó que, más allá de que la ley puede vedar la concesión de liminares, “la tutela anticipada no es un instituto constitucional. Ella fue creada por la ley. Y, así como fue creada, al principio, sin ciertos límites, no veo por qué no sea posible limitarla”.¹⁹ Por fin, la tercera posición, capitaneada por el Min. Sepúlveda Pertence, enuncia que no es correcto rechazar la constitucionalidad de toda y cualquier limitación

¹⁵ La tutela inhibitoria objetiva impedir la práctica, repetición o continuación del acto contrario al derecho. Se trata de una tutela preventiva, que exige, como técnica ejecutiva, orden bajo pena de coerción patrimonial. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica de los derechos*, Lima: Palestra Editores, 2007, p. 29 y ss.

¹⁶ STF, Pleno, ADI nº 223/DF – MC, Rel. p/Acuerdo Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990; STF, Pleno, ADI nº 975/DF – MC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 20.06.1997; STF, Pleno, ADI nº 295/DF - MC, Rel. p/Acuerdo Min. Marco Aurélio; DJU 22.08.1997; STF, Pleno, ADC nº 4/DF - MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 21.05.1999; STF, Pleno, ADI nº 1576/DF - MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 06.06.2003.

¹⁷ Voto del Min. Celso de Mello en la ADI nº 223/DF - MC (STF, Pleno, Rel. p/Acuerdo Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990). Se registra, en el mismo sentido, el voto del Min. Carlos Velloso en la ADI nº 295 – MC: “Conviene no olvidar que la Constitución, al preservar el principio de inapartabilidad del conocimiento del Poder Judicial de cualquier lesión a un derecho, establece, también, que la amenaza a un derecho no puede ser sustraída del conocimiento del Poder Judicial (CF, art. 5º, XXXV.” (STF, Pleno, Rel. p/Acuerdo Min. Marco Aurélio; DJU 22.08.1997).

¹⁸ Voto del Min. Moreira Alves en la ADI nº 223/DF – MC (STF, Pleno, Rel. p/Acuerdo Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990)

¹⁹ Voto do Min. Moreira Alves en la ADI nº 1576/DF – MC (STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 06.06.2003)

legal al otorgamiento de una liminar, debiendo la ley restrictiva ser analizada según un criterio de razonabilidad. En la ya referida acción directa de inconstitucionalidad n. 223, que tuvo por objeto la Medida Provisoria que prohibió la concesión de liminar en las acciones y en los amparos que cuestionaban el Plan Económico del Gobierno Collor, así concluyó el Min. Pertence: “la solución estará en el manejo del sistema de control difuso de constitucionalidad, porque en éste, en cada caso concreto, ninguna medida provisoria puede sustraer al juez de la causa de un examen de la constitucionalidad, inclusive bajo el prisma de la razonabilidad, de las restricciones impuestas a su poder cautelar, para que, si entendiere abusiva dicha restricción, si la entendiere inconstitucional, conceda la liminar, dejando de darle aplicación, en el caso concreto, a la medida provisoria, en la medida en que, en relación a aquél caso, la juzgue inconstitucional, porque es abusiva”.²⁰

La posición del Min. Moreira Alves no merece cabida, desde el momento que el derecho fundamental de acción garantiza la efectiva tutela del derecho material y, en consecuencia, la técnica anticipatoria, imprescindible para permitir a la anticipación de la tutela y, de esta forma, dar efectividad a la tutela inhibitoria – capaz de impedir la violación del derecho – y, además de ello, evitar la práctica del ilícito. En verdad, la posición del Min. Moreira Alves se asienta nítidamente en la superada idea del derecho de acción como simple derecho a la resolución del litigio. Sucede que la técnica anticipatoria es imprescindible para dar protección al derecho fundamental de acción. Su supresión o indebida limitación, por lo tanto, es flagrantemente atentatoria contra la norma del art. 5º, XXXV.

Por otro lado, la posición del Min. Pertence no distingue entre el derecho a la *técnica* anticipatoria y el derecho *a la obtención de la anticipación* de tutela. Es claro que no hay un derecho *abstracto* a la anticipación de tutela, toda vez que ésta depende de la constatación de la verosimilitud del derecho y del peligro de daño frente al caso concreto, los cuales son presupuestos para la concesión de la tutela anticipada. El Min. Pertence sostiene que la restricción por ley a la concesión de una liminar puede resultar abusiva (y, ahí, la ley sería considerada inconstitucional) en determinado caso concreto y no en otro. Sin embargo, como la utilización abusiva de la restricción estaría relacionada con las necesidades presentes en el caso concreto, la eventual inconstitucionalidad de la ley dependería de la verificación de los propios presupuestos para la concesión de la liminar o de la anticipación de tutela. Ocurre que, cuando se penetra en la verificación de los presupuestos de la liminar, obviamente no se está examinando si la ley es abusiva al vedar la liminar, sino que se está analizando si la liminar es necesaria para tutelar el derecho material. En esta situación, en caso de que el juez se convenza de que la liminar no es imprescindible, la conclusión no será que la ley restrictiva es constitucional, sino que la liminar no debe ser concedida en razón de las particularidades de la situación concreta. Sucede que, para que el juez pueda llegar a la conclusión de que la liminar no debe ser concedida, necesariamente tendrá que admitir la inconstitucionalidad de la ley.

El punto clave, para la solución de la cuestión, está en percibir que la ley “prohíbe la propia evaluación” de los presupuestos de la liminar, aunque se hable, por comodidad del lenguaje, de que la ley “prohíbe la concesión” de la liminar. Una ley que prohíbe la postulación de la liminar obviamente niega al juez la posibilidad de utilizar instrumentos imprescindibles al adecuado ejercicio de su poder. Y, al mismo tiempo, viola el derecho fundamental a la efectiva tutela del derecho material.²¹

²⁰ STF, Pleno, ADI nº 223/DF – MC, Rel. p/Acuerdo Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990.

²¹ Luiz Guilherme Marinoni, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, cit., p. 248-260.

De modo que, entre las distintas posiciones adoptadas por la Suprema Corte (STF), es correcta la liderada por el Min. Celso de Mello, para quien “el acceso a la jurisdicción, proclamado en la norma constitucional de garantía, significa la posibilidad de una irrestricta invocación de la tutela jurisdiccional cognitiva, de la tutela jurisdiccional ejecutiva y de la tutela jurisdiccional urgente del Estado”²²

2.5. Las reglas procesales abiertas como consecuencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En la época del Estado liberal clásico, regía en el proceso civil el llamado principio de la tipicidad de las formas ejecutivas, que tenía el significado de impedir la utilización, por parte de las partes y del juez, de medios ejecutivos no expresamente previstos en la ley. Ese principio buscaba garantizar la libertad de los litigantes frente a la jurisdicción. Así, eran garantizadas las formas mediante las cuales la actividad jurisdiccional podría ser ejercida. Se daba al justiciable la garantía de que, en el caso de su eventual condena, la jurisdicción no podría sobrepasar los límites de los medios ejecutivos tipificados²³.

Acontece que, con el pasar del tiempo, se hizo necesario otorgar a los litigantes y al juez una mayor amplitud de poder, sea para permitir que los justiciables pudieran utilizar el proceso de acuerdo con las nuevas situaciones de derecho material y con las realidades concretas, sea para dar al juez la efectiva posibilidad de tutelarlas.

Tal necesidad llevó al legislador no sólo a crear una serie de institutos dependientes de la concreción de conceptos indeterminados –como la tutela anticipada fundada en «abuso de derecho de defensa» (art. 273, II, CPC brasileiro)–, admitiendo su uso en la generalidad de los casos, sino también a fijar lo que se denominó normas procesales abiertas (art. 461, CPC).

Esas normas derivan de la aceptación de la idea de que la ley no puede diseñar tantos procedimientos especiales cuantos supuestos sean necesarios a la tutela jurisdiccional de los derechos. La ley procesal no puede prever las verdaderas necesidades del derecho material, toda vez que éstas no sólo se transforman diariamente, sino también asumen características diversas conforme a los casos concretos. Delante de eso, se llegó naturalmente a la necesidad de una norma procesal destinada a dar a los justiciables y al juez el poder de identificar, aunque dentro de un modelo, los instrumentos procesales adecuados a la tutela de los derechos.

Las normas procesales abiertas no sólo confieren al juez mayor poder para la utilización de los instrumentos procesales, sino también le otorgan el deber de demostrar la idoneidad de su uso, en vista de la obviedad de que todo poder debe ser ejercido de manera legítima.

²² Voto del Min. Celso de Mello en la ADI nº 223/DF - MC (STF, Pleno, Rel. p/Acuerdo Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990). En el mismo sentido: votos de los Ministros Celso de Mello y Carlos Velloso en la ADI nº 295/DF – MC; votos de los Ministros Celso de Mello y Néri da Silveira en la ADI nº 1576/DF – MC. En la ADC nº 4/DF – MC no hubo voto en igual sentido, no obstante que la norma objeto de apreciación era idéntica a la que había sido analizada en la ADI nº 1576/DF - MC, habiéndose los Ministros limitado a afirmar la decisión tomada anteriormente. En sentido contrario: ADI nº 223/DF – MC, ADI nº 295/DF – MC, ADI nº 1576/DF – MC (parcialmente) y ADC nº 4/DF – MC. Ver, además, ADI nº 975/DF – MC, del 09.12.1993, que entendió inconstitucional la norma prohibitiva de concesión de liminares contra actos de la Administración Pública sin previa audiencia de su representante; ADI nº 1.576/DF – MC, que decidió que era inconstitucional que se condicionara a caución la concesión de la liminar, o de cualquier otra medida de naturaleza anticipatoria, sin perjuicio de que la concesión pudiese ocasionar un daño a persona jurídica de derecho público.

²³ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, cit., p. 27 y ss.

Si antes el control del poder jurisdiccional era hecho a partir del principio de la tipicidad, o de la definición de los instrumentos que podían ser utilizados, hoy ese control es más complejo y sofisticado. La legitimidad del uso de los instrumentos procesales del art. 461, que abre a los ciudadanos y al juez un abanico de técnicas procesales destinadas a viabilizar la denominada «tutela específica», depende de la identificación de la especie de tutela específica (tutela inhibitoria, tutela resarcitoria en la forma específica²⁴, etc.) objeto del caso concreto, de la consideración de las reglas del medio idóneo y de la menor restricción posible y, obviamente, de la racionalidad de la argumentación expresa en la fundamentación de la decisión.

El art. 461 del CPC brasileiro afirma que el juez podrá imponer multa diaria al demandado para constreñirlo al cumplimiento de una orden de hacer o de no hacer, sea en la concesión de la tutela anticipada, sea en la sentencia concesoria de la tutela final (art. 461, §§ 3º y 4º), o aun determinar, para dar efectividad a cualquiera de esas decisiones, las «medidas *necesarias*», que son ejemplificadas por el § 5.º del art. 461, como la remoción de personas y cosas, la demolición de obras y el impedimento de actividad nociva. El legislador dio al juez el poder de imponer el medio ejecutivo adecuado (art. 461, §§ 4º y 5º), adoptar la sentencia idónea y conceder la tutela anticipada (art. 461, § 3º), haciendo referencia sólo a las técnicas procesales que pueden ser utilizadas, pero no precisando en qué situaciones de derecho material, y mucho menos en qué casos concretos, ellas pueden ser aplicadas.

De forma que, para la adecuada aplicación de la norma del art. 461, el juez es obligado a identificar y precisar las necesidades de derecho material particularizadas en el caso concreto. O sea, no hay cómo el juez ordene un hacer o un no hacer bajo pena de multa o conceda la tutela anticipada (siempre, por ejemplo) sin que anteriormente comprenda la razón por la cual está actuando, o mejor, sin que antes identifique la especie de tutela específica solicitada (inhibitoria, de remoción de ilícito, resarcitoria, etc.) y sus presupuestos (amenaza de ilícito, práctica de acto contrario al derecho, daño, etc.)²⁵.

Los procedimientos y las técnicas procesales solamente adquieren sustantividad cuando están relacionados al derecho material y a las situaciones concretas, y por eso tales pueden ser neutros en relación al derecho sustancial y a la realidad social cuando están pensados como procedimientos o técnicas destinados, por ejemplo, a la imposición de un hacer. Ahora, no es necesario mucho esfuerzo para poner en evidencia que imponer un hacer no tiene ningún significado en el plano del derecho material o concreto.

No es por otra razón que se habla de tutela inhibitoria, resarcitoria, del cumplimiento en la forma específica, etc. Percíbese que «tutela» significa el resultado jurídico-sustancial del proceso, representando el impacto del proceso en el plan del derecho material. Cuando se teoriza el tema de las «tutelas», se tiene en mira exactamente la imprescindibilidad de la identificación de las situaciones de derecho material para la comprensión crítica de la ley procesal y para el delineamiento de las técnicas procesales capaces de otorgar efectividad a la prestación jurisdiccional y, así, colocarla en una dimensión realmente capaz de concretizar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Asimismo, cuando se piensa en la técnica procesal capaz de garantizar la efectividad de la tutela del derecho, no es posible olvidar la esfera jurídica del demandado. Si es posible escoger la técnica procesal capaz de dar protección al derecho, no hay cómo admitir que esa elección pueda perjudicar

²⁴ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica de los derechos*, cit., p. 258 y ss.

²⁵ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica de los derechos*, cit., p. 34 e ss.; p. 55 y ss.

al demandado. Eso quiere decir que la utilización de la técnica procesal, frente a la norma procesal abierta, tiene su legitimidad condicionada a un previo control, que considera las esferas jurídicas del actor y del demandado.

Ese control puede ser hecho a partir de sub-reglas de la regla de la proporcionalidad, es decir, de las reglas del medio idóneo y de la menor restricción posible. La providencia jurisdiccional debe ser idónea a la tutela del derecho y, al mismo tiempo, la que trae la menor restricción posible a la esfera jurídica del reo. Es claro que, antes que nada, la providencia debe ser idónea a la tutela del derecho. El juez solamente debe preocuparse por la menor restricción posible luego de haber identificado el medio idóneo a la tutela del derecho.

Sin embargo, la necesidad de razonar a partir de la consideración de la tutela en el plano del derecho material y del derecho de defensa no tendría significado sin la debida justificación, es decir, sin la motivación capaz de expresar adecuadamente el razonamiento judicial. La justificación permite el control crítico sobre el poder del juez²⁶, siendo que el equívoco de la justificación evidencia la ilegitimidad del uso de la técnica procesal.

La ampliación del poder de ejecución del juez, producida para dar mayor efectividad a la tutela de los derechos, posee, como contrapartida, la necesidad de que el control de su actividad sea hecho a partir de la comprensión del significado de las tutelas en el plano del derecho material, de las reglas del medio idóneo y de la menor restricción y mediante su indispensable complemento, la justificación judicial. En otros términos: por el hecho de que el juez tenga poder para la determinación de la mejor manera de efectivización de la tutela, se exige de él, por consecuencia, la *adecuada* justificación de sus decisiones. En ese sentido, se puede decir que la justificación es la otra cara del incremento del poder del juez.

En la justificación, el juez debe decir la razón por la cual prefirió una modalidad de ejecución y no otra. Por qué prefirió, por ejemplo, ordenar la instalación de un equipamiento anticontaminante en vez de ordenar el cese de las actividades de la empresa. Tal opción debe configurar el medio *más* idóneo o *sólo necesario* a la tutela del derecho, concretizando el medio que, además de obviamente capaz de dar tutela efectiva al derecho, es el menos restrictivo al demandado.

Las reglas de la proporcionalidad, aunque formen parte del *razonamiento decisorio*, pues viabilizan la decisión, obviamente no pueden ser ignoradas en la justificación. Además, porque tales reglas no sirven sólo para facilitar la decisión, sino mucho más para que pueda justificarla de modo racional, permitiéndose su control por las partes²⁷.

El crecimiento del poder de actuación del juez y la consecuente necesidad de otros criterios de control de la decisión judicial no son más que reflejos de las nuevas situaciones de derecho substancial y de la toma de conciencia de que el Estado tiene el deber de dar protección efectiva a los derechos.

²⁶ Ver TARUFFO, Michele, «Funzione della prova: la funzione dimostrativa», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, pp. 553-554; «Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica», en <www.studiocelentano.it/lenuovevocideldiritto>; «La motivazione della sentenza», en *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 30, pp. 674 y ss.

²⁷ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil*, v. 1 (Teoria Geral do Processo), 6ª. ed. São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 122 y ss; Luiz Guilherme Marinoni *et alli*, *Fundamentos del Proceso Civil*, Santiago: Abeledo Perrot, 2010, p. 115 y ss.

2.6. La insuficiente protección normativa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

No obstante, aunque el legislador pueda dar protección al derecho de acción a través de normas abiertas, no es posible admitir la ausencia de una regla procesal para la protección del derecho fundamental de acción o que no exista una técnica procesal adecuada para determinado caso. Como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incide directamente sobre el juez, no hay duda de que la insuficiente protección a tal derecho fundamental debe ser suplida en el caso concreto.

El razonamiento decisorio, como se sabe, puede transitar por dos fases, estando la primera relacionada con los hechos, las pruebas y el derecho material y la segunda anclada en el derecho procesal, vinculándose con las técnicas procesales adecuadas a la prestación de la tutela reconocida como debida al actor. En este sentido, la segunda fase del razonamiento decisorio solamente es necesaria cuando el juez, en la primera fase de su raciocinio, concluyó que el actor tiene derecho a la tutela del derecho que anhela obtener.

Cuando el razonamiento decisorio alcanza la segunda fase, puede no encontrar la técnica procesal capaz de garantizar efectividad a la tutela del derecho reconocida al actor en su primera fase. En este momento, como es fácil de percibir, se torna evidente la insuficiencia de la legislación procesal, dándole al juez el poder de, considerando otras situaciones sustanciales debidamente protegidas por el proceso, localizar y utilizar la técnica procesal capaz de otorgar la debida ejecución a la tutela reconocida al derecho material.

Subráyase, además, que el razonamiento decisorio, capaz de permitir el descubrimiento de la debida técnica procesal ejecutiva, también es realizado cuando se analiza el pedido de anticipación de tutela, y no sólo cuando se está al final del proceso, pronunciándose la sentencia sobre el pedido de tutela final formulado por el actor. La diferencia radica sólo en la primera fase del raciocinio decisorio, que debe tomar en cuenta, conforme el caso, los presupuestos propios para la concesión de la anticipación de tutela o la concesión de tutela final, los cuales son completamente distintos, bastando recordar que, en el primer caso, se habla de “verosimilitud de la alegación” y de fundado riesgo de daño. Sin embargo, la segunda fase del razonamiento, en ambas situaciones, por partir de la premisa de que la tutela del derecho (anticipada o final) debe ser concedida, estará preocupada apenas con encontrar la debida técnica ejecutiva.

Es evidente que la omisión de la ley procesal en instituir una técnica adecuada no elimina el deber del juez de prestar, al actor que posee razón en el caso concreto, la tutela que le fue prometida por el derecho sustancial. Razonar de forma contraria sería dar a la ley procesal la posibilidad de obstaculizar el ejercicio del poder jurisdiccional o, aún, admitir que el derecho a la tutela del derecho material, aunque garantizado por el derecho sustancial y por la Constitución, puede dejar de tener efectividad según el deseo y la suerte de la legislación procesal.

Nótese que aquí, al contrario de lo que sucede en otros casos - como, por ejemplo, ante la insuficiencia de protección al derecho al medio ambiente o al derecho del consumidor²⁸ -, la omisión deriva de la ausencia de técnica procesal para la efectividad de cualquier tutela prometida por el derecho sustancial, sea que ella provenga de un derecho sustancial o no. Esto en razón de que la insuficiencia de protección hiere al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que tiene como

²⁸ Ver Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado* (tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto), Coimbra: Almedina, 2003.

corolario el derecho a la preordenación de las técnicas procesales adecuadas a la prestación de de toda y cualquier tutela prometida por el derecho material²⁹.

2.7. Eficacia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sobre el juez y las partes y método para elegir la técnica procesal adecuada o para suplir la insuficiencia de protección normativa.

No se puede olvidar que, cuando se dice que los derechos fundamentales inciden verticalmente sobre el Estado, se afirma que ellos generan un deber de protección al legislador, al administrador y al juez. Vale decir que el juez también tiene deber de protección y, por eso, de dar tutela (o protección) a los derechos fundamentales que no fueron protegidos por el legislador o por el administrador³⁰.

El problema, en esas situaciones, aparece cuando la ley ignora la medida de protección ordenada por la Constitución. Aquí el legislador viola un derecho fundamental en su función de mandato de tutela. Frente a la falta de acción del legislador, cabe al juez, también encargado de cumplir el deber de protección, asegurar el grado adecuado de tutela del derecho fundamental. Sin embargo, la acción del juez, en la suplencia de una omisión legislativa, no puede tener la misma amplitud de la del legislador –aquella es más restringida que ésta³¹.

Claus-Wilhelm CANARIS afirma que «la función de los derechos fundamentales de imperativo de tutela carece, en principio, para su realización, de su presencia en el derecho infraconstitucional»³². En razón de eso, dice que «al legislador ordinario le queda aquí abierto, en principio, un amplio margen de maniobra entre las prohibiciones de la insuficiencia y del exceso»³³. Ese margen, sin embargo, no es el mismo que está permitido a la intervención judicial. Sobre eso es fundamental aprender con CANARIS que «la prohibición de la insuficiencia no coincide con el deber de protección, pero tiene, antes, una función autónoma relativa a éste. Pues se trata de dos caminos argumentativos distintos, por los cuales, en primer lugar, se controla si existe, en realidad, un deber de protección, y, después, en qué términos debe éste ser realizado por el derecho ordinario sin descender debajo del mínimo de protección jurídico-constitucionalmente exigido. En el control de insuficiencia se trata, así pues, de garantizar que la protección satisfaga las exigencias mínimas en su eficiencia»³⁴. Al juez cabe sólo el control de insuficiencia, no puede él ir más allá de eso³⁵.

²⁹ Ver Luiz Guilherme Marinoni, Curso de Processo Civil, v. 1 (Teoria Geral do Processo), cit., p. 125 e ss; Luiz Guilherme Marinoni *et alli*, Fundamentos del Proceso Civil, cit., p. 119 y ss.

³⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm *Direitos fundamentais e direito privado*, cit.

³¹ Ver Luiz Guilherme Marinoni, Curso de Processo Civil, v. 1 (Teoria Geral do Processo), cit., p. 83 e ss; Luiz Guilherme Marinoni *et alli*, Fundamentos del Proceso Civil, cit., p. 80 y ss.

³² *Ibidem*, p. 138.

³³ *Id.*

³⁴ *Ibidem*, pp. 138-139.

³⁵ Por ejemplo, la Constitución de 1988 garantiza a los empleados urbanos y rurales remuneración del servicio extraordinario superior, como mínimo, en cincuenta por ciento a la normal (art. 7.º, XVI). Eso significa que en caso no haya ninguna ley laboral infraconstitucional que regule la remuneración de las horas extras de trabajo, o haya una ley que establezca valores remuneratorios inferiores al cincuenta por ciento, cabe al Poder Judicial reconocer la insuficiencia de la protección legal del trabajador y asegurar el mínimo de protección jurídico-constitucionalmente exigido – remuneración de la hora extra con cincuenta por ciento a más que la hora normal. Nada más, nada menos. No puede la Judicatura, por ejemplo, determinar, en ausencia de norma infraconstitucional, que el pago deba ser setenta por ciento superior. No cabe a los jueces dar aquella protección que ellos consideren ser la mejor para el trabajo extraordinario, sino sólo garantizar el mínimo de protección determinado por la Constitución. La situación es diferente, sin embargo, en lo que concierne al

De modo que, en esos límites, los derechos fundamentales deben ser protegidos por el juez porque inciden sobre él verticalmente (y directamente). Sin embargo, cuando el juez da tutela al derecho fundamental no protegido por el legislador o por el administrador, su decisión incide sobre los particulares (partes), entonces se puede pensar en eficacia horizontal mediada por la decisión jurisdiccional, es decir, en eficacia horizontal mediata.

Sin embargo, esa eficacia directa sobre el juez, que, mediada por la decisión, alcanza a las partes, no puede ser confundida con la eficacia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva sobre el juez³⁶. Es que la relación del juez con los derechos fundamentales debe ser vista de manera distinta cuando son considerados los derechos fundamentales materiales y los derechos fundamentales procesales, especialmente el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Cuando el juez tutela un derecho fundamental material, supliendo la omisión del legislador, el derecho fundamental tiene eficacia horizontal mediada por la jurisdicción. Sin embargo, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva incide sólo sobre la jurisdicción, procurando conformar su propio modo de actuación.

La jurisdicción toma en cuenta el derecho fundamental material para que él incida sobre los particulares, pero considera el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva *para que su actividad sea cumplida de modo que efectivamente tutele los derechos, sean ellos fundamentales o no*. El derecho fundamental material incide sobre el juez para que pueda proyectarse sobre los particulares, mientras el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional incide sobre el juez para regular su propia función.

La decisión jurisdiccional establece el puente entre el derecho fundamental material y los particulares, mientras que los derechos fundamentales instrumentales o procesales son dirigidos a vincular el propio procedimiento estatal. O mejor, en el primer caso el derecho fundamental incide mediatamente sobre los particulares, mientras que, en el último, como el derecho fundamental no es material (como, por ejemplo, el derecho ambiental), no se puede pensar en su incidencia –ni siquiera mediata– sobre los particulares. Tal derecho fundamental se destina únicamente a regular el modo del proceder estatal y, por eso, su única eficacia es sobre el Estado, evidentemente directa e inmediata.

Percíbese que el *contenido* de la decisión jurisdiccional incide en relación a los particulares. En esa hipótesis, el derecho fundamental se proyecta sobre los sujetos privados. Se trata, por lo tanto, de una eficacia sobre los particulares –y, así, horizontal– mediada por el juez. En el caso hay eficacia vertical en relación al juez y eficacia horizontal sobre los particulares, pero eficacia vertical derivada del derecho fundamental material, que confiere al juez deber de protección y acaba teniendo eficacia horizontal cuando se proyecta, mediante la decisión, sobre los privados.

Sin embargo, algo distinto acontece cuando se piensa en la incidencia del derecho fundamental frente a los órganos estatales –que también es eficacia vertical–, para el efecto de vincular su modo de proceder y actuar. En esa hipótesis, el derecho fundamental, aunque tenga por objetivo vincular el modo de actuación del Estado ante el particular, no tiene ningún objetivo de regular las relaciones entre los particulares y, por eso también, no necesita ser mediado por el juez.

legislador. Éste puede ampliar la protección constitucional, siempre que no alcance el extremo de la intervención excesiva.

³⁶ El derecho a la tutela jurisdiccional debe ser visto como «un *derecho de protección del particular a través de tribunales* del Estado en el sentido de que éste lo proteja ante la violación de sus derechos por terceros (*deber de protección del Estado y derecho del particular de exigir esa protección*)» (GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 463).

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional tiene eficacia sólo sobre el órgano estatal, pues se presta únicamente a vincular el modo de actuación de la jurisdicción, que posee la función de atender no sólo a los derechos fundamentales, sino a cualesquiera derechos. Es importante percibir, en efecto, que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, exactamente porque incide sobre el juez, *está preocupado con la efectividad de la tutela de todos los derechos y no sólo con la protección de los derechos fundamentales.*

Como está claro, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional implica sólo la vinculación del juez, no incidiendo, antes o después de la decisión, sobre los sujetos privados, y, por eso, no puede ser confundido con los derechos fundamentales materiales que pueden ser llevados a la decisión jurisdiccional.

En realidad, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, al recaer sobre la actividad del juez, puede repercutir *«lateralmente»* sobre el particular, conforme el mayor o menor «grado de agresividad» de la técnica procesal empleada en el caso concreto. *Pero nunca «horizontalmente», toda vez que ese derecho no se destina, conforme ya se ha explicado, a regular las relaciones entre los sujetos privados.*

En esa dimensión, para evitar la confusión entre la eficacia del derecho fundamental material objeto de la decisión judicial y la eficacia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional sobre la actividad del juez, *debe ser hecha la distinción entre eficacia horizontal mediatizada por la decisión jurisdiccional y eficacia vertical con repercusión lateral, ésa última propia del derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional.* Mientras el derecho fundamental material incide sobre los particulares a través de la decisión (eficacia horizontal mediatizada por el juez), el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional incide sólo sobre la jurisdicción. En el primer caso, el juez actúa porque tiene el deber de proteger los derechos fundamentales materiales y, así, de *suplir la omisión de protección del legislador*; en el segundo, porque tiene el deber de dar tutela efectiva *a cualquier tipo de derecho, aunque la ley procesal no le ofrezca técnicas adecuadas*³⁷.

Cuando el juez no encuentra una técnica procesal adecuada a la tutela del derecho, y así se puede hablar de omisión de regla procesal, él deberá suplir esta insuficiencia de la regla procesal poniendo los ojos en las exigencias del derecho material que reclama protección. Como aclara CANOTILHO, el derecho de acceso a los tribunales –también reconocido por el jurista como derecho a una protección jurisdiccional adecuada– «es un derecho fundamental formal que carece de concretización a través de otros derechos fundamentales materiales»³⁸. Lo que el derecho a la tutela jurisdiccional asegura a su titular es un poder (*power*), cuyo correlativo es una situación de sujeción (*liability*)³⁹, o sea, es el poder de exigir al Estado que él lo proteja ante la violación de sus derechos. No se trata de un derecho a una acción u omisión determinada por parte del Estado o a un bien específico, sino a un ejercicio de poder del Estado *cuyos contornos sólo serán definidos a la luz del derecho material del particular que reivindica protección.* En rigor, se trata del poder de una persona de provocar un órgano público para que éste ponga en marcha el poder estatal de intervenir coercitivamente en la esfera jurídica de un tercero de manera adecuada que asegure el derecho de aquella persona.

³⁷ Ver Luiz Guilherme Marinoni, Curso de Processo Civil, v. 1 (Teoria Geral do Processo), cit., p. 85 y ss; Luiz Guilherme Marinoni *et alli*, Fundamentos del Proceso Civil, cit., p. 82 y ss.

³⁸ *Ibidem*, p. 464.

³⁹ Adoptándose la terminología de HOHFELD, Wesley Newcomb, *Fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning* (originalmente publicado en 1919).

Si ya está predeterminado cuál es el derecho a ser tutelado, condición que es presupuesta por el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, y la discusión gira en torno sólo de cuál es el medio adecuado para conferir efectividad a ese derecho, no hay controversia o duda sobre quién tiene derecho a qué, no hay problema interpretativo a ser solucionado o situación jurídica a ser aclarada. No hay necesidad de justificar la intervención coercitiva del Estado en la esfera jurídica del particular. Eso ya está hecho. La cuestión que persiste trata respecto únicamente al modo de esa intervención, al medio por el cual el Estado debe actuar para preservar el derecho reclamado. En ese contexto, la duda sólo se coloca hacia el juez cuando el legislador instituye más de un medio apto a satisfacer el derecho tutelado, creando una norma abierta. Bien vistas las cosas, no hay aquí debate sobre medios más y menos eficaces, simplemente porque un medio, o es plenamente eficaz y satisface el derecho protegido, o no es plenamente eficaz y, entonces, no satisface el derecho protegido. Siendo necesario escoger un medio apto, teniendo en cuenta que ninguna acción estatal puede ser arbitraria, más aun cuando acarrea un perjuicio, carga o gravamen a un particular, es preciso tener criterios para ello. El criterio aquí sólo puede ser el de la menor lesividad. Si existe más de una forma posible por la cual el Estado pueda afectar a un particular, alcanzando el mismo beneficio, obviamente la única forma no arbitraria de afectación, de entre éstas, es aquella que impone el menor daño a la esfera jurídica del particular.

Cuando el legislador omite la previsión de técnica procesal o instituye una técnica insuficiente a la tutela del derecho material, y, por lo tanto, el problema ya no es de elección del medio adecuado, la perspectiva teórica de solución es la misma. El juez debe, mediante interpretación del sistema procesal a la luz de la Constitución, adoptar la técnica procesal que sea efectiva o idónea, aplicando la regla de la menor restricción posible cuando se encuentre con dos medios procesales igualmente idóneos.

No es necesario sopesar el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional y el derecho de defensa. Esos derechos no entran en colisión. Cada uno de ellos incide en un plano distinto, sin que se produzca ninguna especie de antinomia. El primero exige la selección de un medio idóneo para la protección del derecho reivindicado; el segundo, la elección, en la hipótesis de que existan diversos medios idóneos, de aquél que se muestre como el menos lesivo a la esfera jurídica del particular afectado.

En el caso de la eficacia vertical con repercusión lateral no hay que hablar de ponderación o de sopesamiento, sino de una prueba de idoneidad –por el motivo de que el Estado se somete directamente al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional– y en una prueba de necesidad o lesividad mínima⁴⁰.

2.8. La acción como garantía para la participación

Por otra parte, la acción también es una garantía para la participación del ciudadano en la reivindicación de la tutela de los derechos difusos y colectivos y en la gestión de la cosa pública. La acción, desde esta perspectiva, está ligada a la idea de democracia participativa, siendo indispensable para el incremento de la participación directa del pueblo en el poder y para la realización de derechos imprescindibles para la justa organización de la sociedad.

El particular puede participar, aunque indirectamente, en la búsqueda de tutela de los

⁴⁰ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil*, v. 1 (Teoria Geral do Processo), 6ª. ed. São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 122 y ss; Luiz Guilherme Marinoni *et alli*, *Fundamentos del Proceso Civil*, Santiago: Abeledo Perrot, 2010, p. 115 y ss.

derechos transindividuales, los cuales, sino fuese por las “acciones colectivas”, ciertamente quedarían sin instrumentos judiciales capaces de darles protección. Las “acciones colectivas”⁴¹, además de objetivar la tutela de los derechos fundamentales que exigen prestaciones sociales y protección normativa y fáctica, constituyen conductos o vías para la participación del ciudadano, aunque esa participación se de a través de entes legitimados - como el Ministerio Público o las Asociaciones legitimadas⁴² – y, por lo tanto, de forma indirecta.

Además de la legitimación característica de la acción colectiva – destinada a permitir la protección de los derechos transindividuales e, inclusive, del patrimonio público –, se atribuye - en el derecho brasilero - a cualquier ciudadano⁴³, sin la intermediación de otro ente o asociación, legitimación para proponer una “acción popular” procurando corregir un eventual desvío en la gestión de la cosa pública. El art. 5.º, LXXIII, de la Constitución brasilera, establece que cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular que persiga anular un acto lesivo al patrimonio público o de entidad en la cual el Estado participe, la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural.

Es claro que la acción, cuando se correlaciona con estos procedimientos, no puede ser vista simplemente como garantía de la viabilidad de la obtención de la tutela prometida por el derecho sustancial, constituyendo una forma imprescindible para la intensificación de la realización de la democracia a partir de la optimización de la participación.⁴⁴

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert. The special case thesis. *Ratio Juris*, Oxford, Blackwell, v. 12, n. 4, 1999.
- _____; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- ANDOLINA, Italo, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino: Giappichelli, 1990.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts. *JuS*, München, Beck, 1989.
- Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts. *JuS*, München, Beck, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro, Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general report), Fundamental guarantees of the parties in civil litigation, Milano: Giuffrè, 1973.

⁴¹ El amparo colectivo también objetiva la protección de derechos difusos y colectivos. Según el art. 5.º, LXX, de la CF brasilera, el amparo colectivo puede ser interpuesto por “partido político con representación en el Congreso Nacional” (art. 5.º, LXX, a) y “organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento hace por lo menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados” (art. 5.º, LXX, b).

⁴² Ver art. 82 del CDC y art. 5º de la Ley da Ação Civil Pública.

⁴³ De acuerdo con el art. 1.º, *caput*, de la Ley de Ação Popular (Ley 4.717/65), está legitimado para la acción popular “cualquier ciudadano”. El § 3.º de este artículo afirma que “la prueba de ciudadanía, para iniciar el juicio, será hecha con el título electoral, o con el documento que a él le corresponda”.

⁴⁴ Ver José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1992, p. 665.

- _____. Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires: EJE, 1974.
- COMMAILLE, Jacques, *Territoire de justice – Une sociologie politique de la Carte Judiciaire*, Paris: PUF, 2000.
- COMOGLIO, Luigi Paolo, *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca). Bologna-Roma: Zanichelli-Foro italiano, 1981.
- DENTI, Vittorio, Il processo di cognizione nella storia delle riforme. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 808.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- HOHFELD, Wesley N. *Fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*. Westport: Greenwood Press, 1978.
- LEVI, Edward H. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 1949.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima: Palestra Editores, 2007.
- _____. *Fundamentos del proceso civil*, Santiago: Abeledo Perrot, 2010.
- _____. *Tutela específica de los derechos*, Lima, Palestra Editores, 2008.
- _____. Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. v. 1. Milano: Giuffrè, 2005, p. 93-162.
- _____. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, São Paulo: Ed. RT, 2012, 6ª. ed.
- MICHELMAN, Frank. Justification (and justifiability) of law in a contradictory world. *Nomos XXVIII: Justification* (ed. J. Roland Pennocke John W Chapman), New York, New York University Press, v. 71, 1986.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derecho humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. *Trattato dell'argomentazione*. Torino: Einaudi, 1966.
- ROSENBERG, David. The causal connection in mass exposure cases: a “public law” vision of tort system. *Harvard Law Review*, Cambridge, Harvard University Press, v. 97, 1994.
- _____. Individual justice and collectivising risk-based claims in mass-exposure cases. *New York University Law Review*, New York, New York University Press, v. 71, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SUNSTEIN, Cass. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.
- TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997.
- TOULMIM, Stephen. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

WASSERMANN, Rudolf, Der soziale Zivilprozess, Neuwied/Darmstadt: Luchterhand, 1978.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision. *Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1974. v. 5, parte 1.