

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Luiz Guilherme Marinoni¹

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

Sumario: **1. El derecho de acción 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 pasada en 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. La regla procesal abierta como medio para la efectividad del derecho de acción; 2.6. La insuficiente protección normativa del derecho fundamental de acción; 2.7. La supresión de la insuficiencia de técnica procesal en el caso concreto; 2.8. La importancia de las reglas del medio idóneo y de la menor restricción posible; 2.9. El balance entre los derechos de acción y de defensa; 2.10. La acción como garantía para la participación

1. El derecho de acción y sus destinatarios

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

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 solo tenía sentido como garantía de protección de la libertad, la propiedad y, aún, 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 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 fuese 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 el deber de la jurisdicción 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

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

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 procedencia.

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 **brasileira** (Supremo Tribunal Federal – STF) entiende que una ley que impone la cobranza de tasas judiciales excesivas para el ejercicio de la

³ Art. 5º, XXXV, CF **brasileira**: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

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 **Emenda Constitucional** n. 7/77 -, según la cual “el ingreso 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 afrenta 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

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.

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.

deportivas después que se agotaren las instancias de la justicia deportiva, reguladas por la ley”. No obstante, en caso de que las instancias de la justicia deportiva no profirieran 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 se empezaron a ver como privilegios de algunos pocos, el Estado **le ?** 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 **en** objeto de preocupación de los más modernos sistemas jurídicos.⁸

El derecho de acción pasó así a enfrentar un nuevo cuestionamiento no solo

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: EJEA, 1974, p. 120 e ss.

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.

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 justicias especializadas 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 solo 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.

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 e ss.

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 substancial 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.

No obstante, el legislador no puede anticiparse a todas las necesidades de derecho material, dado que éstas no solo 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 són** las necesidades concretas carentes de tutela, **tiene ello** el deber de editar reglas procesales abiertas, como, por ejemplo, la del art. 461 del CPC **brasileño**¹¹. La concreción de esta norma procesal debe tomar en cuenta las

¹¹ Art. 461 (CPC). “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

necesidades del derecho material reveladas en el caso concreto, mas 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 **con (excluir con?)** 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 prometidas por el derecho material y las necesidades sociales de forma adecuada constituye una ingenuidad inexcusable¹².

La obligación de comprender a 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

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

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.

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 y el propio contenido de la tutela jurisdiccional.

La jurisdicción dejó de tener las simples incumbencias de prestar las tutelas 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 Processo Civil** y en el art. 84 del **Código de Defesa do Consumidor** **brasileros**. 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 de lo 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.

¹³ Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Ed. RT, 2004.

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 el 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 **provimientos diferenciados** y de medios de ejecución diversos. Todo esto es imprescindible para que el **justiciable** pueda obtener la tutela jurisdiccional de su derecho. **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 pasada en 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 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, deja 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 pasada en autoridad de cosa juzgada, exigiendo la ejecución para que la tutela del derecho sea completamente prestada. O mejor, 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 de lo derecho.

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. El derecho de acción exige de una técnica anticipatoria para la viabilidad del reconocimiento de la verosimilitud del derecho y del fundado riesgo de daño, de una sentencia idónea para la hipótesis de sentencia de procedencia y de un medio ejecutivo adecuado a ambas hipótesis. Si el derecho de acción no fuese reconocido como suficiente para la concesión de la anticipación de tutela o de la tutela final, no hay siquiera forma como pensar en tales técnicas procesales.

La norma del art. 5º, XXXV, 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 inhibitoria y tener a su disposición técnicas procesales capaces de permitir la anticipación de tutela.

En el STF existen tres corrientes en relación a la interpretación de la garantía de la tutela jurisdiccional en caso de “amenaza a un derecho”¹⁴. 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 ADI 223/DF – MC: “La protección jurisdiccional inmediata, disponible para situaciones jurídicas expuestas 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”.¹⁵ La segunda, radicalmente opuesta, se puede captar en los votos del Min. Moreira Alves. Dice el Ministro, en la ADI n. 223/DF – MC: “Al prohibirse, en ciertos casos, por interés público, la anticipación provisoria de la satisfacción del derecho material lesionado o amenazado, no excluye, evidentemente, de la apreciación del Poder Judicial 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 si, no puede ser vedada, pues privaría al lesionado o amenazado del socorro del Poder Judicial”.¹⁶ Posteriormente, en la ADI 1.576/DF – MC, 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 porque no se pueda poder limitarla”.¹⁷ Por fin, la tercera posición, capitaneada por el Min. Sepúlveda Pertence, enuncia que no es correcto rechazar la constitucionalidad de toda y cualquier limitación legal al otorgamiento de una liminar, debiendo la ley

¹⁴ STF, Pleno, ADI n° 223/DF – MC, Rel. p/Acuerdo Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990; STF, Pleno, ADI n° 975/DF – MC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 20.06.1997; STF, Pleno, ADI n° 295/DF - MC, Rel. p/Acuerdo Min. Marco Aurélio; DJU 22.08.1997; STF, Pleno, ADC n° 4/DF - MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 21.05.1999; STF, Pleno, ADI n° 1576/DF - MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 06.06.2003.

¹⁵ Voto del Min. Celso de Mello en la ADI n° 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 n° 295 – MC: “*Conviene no olvidar que la Constitución, al preservar el principio de inafastabilidade 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). Ahora, como regla, solamente a través de la medida liminar sería posible concebir la amenaza a un derecho*” (STF, Pleno, Rel. p/Acuerdo Min. Marco Aurélio; DJU 22.08.1997).

¹⁶ Voto del Min. Moreira Alves en la ADI n° 223/DF – MC (STF, Pleno, Rel. p/Acuerdo Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990)

¹⁷ Voto do Min. Moreira Alves en la ADI n° 1576/DF – MC (STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 06.06.2003)

restrictiva ser analizada según un criterio de razonabilidad. En la ya referida ADI n. 223/DF – MC, que tuvo por objeto la Medida Provisoria que prohibió la concesión de liminar en las acciones cautelares 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 difuso, porque en él, 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”.¹⁸

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 daño. En verdad, la posición del Min. Moreira Alves se asienta nítidamente en la superada idea del derecho de acción como derecho a una sentencia de mérito. 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 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 con base en el art. 273, I, CPC. El Min. Pertence sostiene que la restricción 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

¹⁸ STF, Pleno, ADI n° 223/DF – MC, Rel. p/Acuerdo Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990.

anticipación de tutela. Ocurre que, cuando se penetra en la verificación de los presupuestos de la liminar, obviamente no se está examinando la utilización abusiva de la restricción al requerimiento de la liminar o la medida de su concesión, 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 comprobación de los presupuestos necesarios para la concesión 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 viabilidad de la obtención de la efectiva tutela del derecho material.¹⁹

De modo que, entre las distintas posiciones adoptadas por el 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 cautelar del Estado”²⁰

2.5. La regla procesal abierta como medio para la efectividad del derecho de acción

¹⁹ Luiz Guilherme Marinoni, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima: Palestra Editores, 2007, p. 248-260.

²⁰ Voto del Min. Celso de Mello en la ADI n° 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 n° 295/DF - MC; votos de los Ministros Celso de Mello y Néri da Silveira en la ADI n° 1576/DF - MC. En la ADC n° 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 n° 1576/DF - MC, habiéndose los Ministros limitado a afirmar la decisión tomada anteriormente. En sentido contrario: ADI n° 223/DF - MC, ADI n° 295/DF - MC, ADI n° 1576/DF - MC (parcialmente) y ADC n° 4/DF - MC. Ver, además, ADI n° 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 n° 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.

Sabiendo que resulta imposible establecer tantas técnicas procesales como situaciones sustanciales carentes de tutela existen, el legislador instituye reglas procesales abiertas, esto es, reglas que permiten la utilización de las técnicas procesales en cualquier situación de derecho sustancial, siempre que se verifiquen, en el caso concreto, determinadas particularidades, o, aún, reglas que otorgan al justiciable y al juez el poder de optar por la técnica procesal adecuada al caso concreto.

El art. 273 del CPC otorga al actor y al juez el poder de utilizar la técnica anticipatoria ante todo y frente a cualquier conflicto, siempre que se verifique i) fundado riesgo de daño o ii) abuso del derecho de defensa, o que iii) parte de la demanda se halla tornado incontrovertida en el curso del proceso (art. 273, I, II e § 6º, CPC). O sea, basta la comprobación de uno de estos requisitos para que la tutela anticipatoria deba ser concedida, no importando la naturaleza material del litigio.

Por otro lado, el art. 461 do CPC, además de que también admite la tutela anticipatoria en cualquier caso en que el actor ambicione “tutela específica” (art. 461, § 3º, CPC), permite que el juez pueda, aún de oficio, imponer una multa para conminar al demandado a hacer o a no hacer, fijando su valor de conformidad con el caso concreto (art. 461, § 4º, CPC). Asimismo, el § 5º del art. 461, tal vez la mayor demostración normativa de que el actor y el juez deben tener el poder de definir la técnica procesal según las necesidades del caso, afirma expresamente que, para la efectivización de la tutela, “podrá el juez, de oficio o a petición de parte, determinar las medidas necesarias, tales como la imposición de multa por tiempo de atraso, búsqueda y secuestro ...”.

Recuérdese que, hasta hace poco tiempo, la esfera jurídica de la parte solo podía ser invadida a través de los medios ejecutivos tipificados en la ley y las liminares solo podían ser concedidas en procedimientos especiales, específicamente diseñados para determinadas situaciones de derecho sustancial. Esto para no hablar de la restricción, existente en el proceso civil de tipo liberal, al uso de la multa como medio ejecutivo, destinado a constreñir la voluntad del demandado²¹. En esta época, como se intuye, el procedimiento y, por consecuencia, la acción no podían ser

²¹ Parte de la doctrina francesa sustentó expresamente que las *astreintes* no se amoldarían al principio de la separación de los poderes (Ver Henri Mazeaud, León Mazeaud e André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Montchrestien, 1960. vol. 3, p. 640-641).

estructurados de acuerdo con el caso concreto. El procedimiento formalmente rígido y el principio de tipicidad de los medios ejecutivos eran vistos como garantías de la libertad del litigante contra las posibilidades de arbitrio del juez.²²

Actualmente, por el contrario, frente a la necesidad de tutela jurisdiccional adecuada a las nuevas situaciones de derecho sustancial, se ha tomado conciencia del deber del Estado de tutelar los derechos en la forma específica, de que no hay otra alternativa que la de dar mayor amplitud de poder al juez. Sin embargo, el poder de fijar el valor de la multa y de escoger la “medida necesaria” conforme las necesidades del caso exige, como contrapartida, un adecuado empleo de las reglas del medio idóneo y de la menor restricción posible, realzando la necesidad de que el juez fundamente adecuadamente sus decisiones, justificando la correcta observancia de estas reglas, que, en esta hipótesis, se muestran imprescindibles para legitimar el ejercicio del poder jurisdiccional.

En resumen, las normas abiertas no son nada más que respuestas del legislador al derecho fundamental de acción, que permiten el surgimiento de la tesis de que el justiciable tiene el derecho fundamental de construir la acción adecuada al caso concreto.²³

2.6. La insuficiente protección normativa del derecho fundamental de acción

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 concreto.

Por ejemplo, si tomamos en cuenta la anticipación de tutela de suma de dinero, específicamente la concesión de alimentos indemnizatorios en una acción de resarcimiento de daño. La ejecución de esta tutela debe observar, en principio, el § 3º del art. 273, toda vez que esta es la norma que trata de la ejecución de la tutela anticipatoria. Pero ocurre que dicha norma, al aludir a las normas que deben ser observadas en la ejecución de la tutela anticipatoria, hace referencia a los artículos

²² Conforme la doctrina de Giuseppe Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901. De forma crítica ver Vittorio Denti, *Il processo di cognizione nella storia delle riforme. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 808.

²³ Sobre la tesis del derecho a la construcción de la acción adecuada al caso concreto, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, v. 1, São Paulo: Ed. RT, 2007, 2ª. ed., p.230-310,

461 e 461-A, aplicables, respectivamente, a las obligaciones de no hacer y de hacer y a las obligaciones de entrega de cosas, y al art. 588 (actual 475-O), relativo sobre todo a la ejecución de la sentencia que condena al pago de suma en dinero. Además, la norma relativa a la ejecución de la tutela anticipatoria nada dice sobre los medios ejecutivos que, sirviendo a la ejecución de los alimentos fundados en el parentesco –como el descuento de haberes, el descuento de renta periódica y la coerción personal (artículos 733 y 734, CPC; artículos 17 y 18, Ley 5.478/68) -, tendrían efectividad para la ejecución de la tutela de los alimentos indemnizatorios.

Por lo tanto, al reconocer el derecho a la tutela alimentaria fundada en un acto ilícito, el juez no encontrará, en la norma que disciplina la ejecución de la tutela anticipatoria, una técnica procesal idónea. En este caso, estará frente a la falta de una técnica procesal adecuada o a una insuficiencia normativa para la protección del derecho fundamental de acción.

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 consumidor²⁴ -, 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 de acción, que tiene como corolario el derecho a la preordenación de las técnicas procesales adecuadas a la prestación de de toda y cualquier tutela prometida por el derecho material.

2.7. La supresión de la insuficiencia de técnica procesal en el caso concreto

²⁴ Ver Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado* (tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto), Coimbra: Almedina, 2003.

Como el derecho fundamental de acción también incide directamente sobre el juez (ver arriba ítem 3.7), 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, pasa 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.

Subrayase, 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 solo cuando se está al final del proceso, pronunciándose la sentencia sobre el pedido de tutela final formulado por el actor. La diferencia radica solo 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.

3. Las reglas procesales abiertas como consecuencia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional

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. Determinándose el poder de actuación del juez por la ley, eran garantizadas las formas mediante las cuales la actividad jurisdiccional podría ser ejercida. Se daba al litigante la garantía de que, en el caso de su eventual condena, la jurisdicción no podría sobrepasar los límites de los medios ejecutivos tipificados.

Acontece que, con el pasar del tiempo, se hizo necesario premunir a los litigantes y al juez de 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 del llenado de conceptos indeterminados –como la tutela anticipada fundada en «abuso de derecho de defensa» (art. 273, II, CPC)–, admitiendo su uso en la generalidad de los casos, sino también a fijar lo que denominó normas procesales abiertas (art. 461, CPC).

Esas normas derivan de la aceptación de la idea de que la ley no puede sujetar las técnicas procesales a cada una de las necesidades del derecho material o 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.

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 instrumentos procesales destinados a viabilizar la denominada «tutela específica», depende de la identificación de la especie de tutela específica (tutela inhibitoria, tutela resarcitoria en la forma específica²⁵, etc.) objeto del caso concreto, de la consideración de la regla de la menor restricción posible y, obviamente, de la racionalidad de la argumentación expresa en la fundamentación de la decisión o de la sentencia.

El art. 461 del CPC afirma que el juez podrá imponer multa diaria al reo 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 concesiva 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 búsqueda y captura, 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, determine la búsqueda e incautación 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.)²⁶.

Los procedimientos y las técnicas procesales solamente adquieren sustantividad cuando están relacionados al derecho material y a las situaciones concretas, y por

²⁵ Ver MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela inibitória*, 4ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2006.

²⁶ Ver MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2010.

eso pueden ser dichos neutros en relación al derecho sustancial y a la realidad social cuando están pensados como procedimientos o técnicas abocados, por ejemplo, a la imposición de un hacer o a la búsqueda y captura. Ahora, no es necesario mucho esfuerzo para poner en evidencia que imponer un hacer, o determinar la búsqueda e incautación, 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 reo. Si es posible escoger la técnica procesal capaz de dar protección al derecho, no hay cómo admitir que esa elección pueda perjudicar 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 reo.

Ese control puede ser hecho a partir de subreglas 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

juez²⁷, siendo que el equívoco de la justificación evidencia la ilegitimidad del uso de la técnica procesal.

La ampliación del poder de ejecución del juez, ocurrida 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 reo.

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 partes.

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.

4. La ausencia de regla procesal capaz de viabilizar la realización del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional

²⁷ 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.

Queda aún tratar de los casos de ausencia de regla o técnica procesal o de previsión de técnica procesal para una situación diferente de la contemplada en el caso concreto. Tómese como ejemplo el caso de la ejecución de la tutela anticipada de suma en dinero. El art. 273, § 3º, del CPC afirma que «la efectivación de la tutela anticipada observará, en lo pertinente y conforme a su naturaleza, las normas previstas en los arts. 588 [art. 475-O, CPC, añadido por la Ley 11.232/ 2005], 461, §§ 4º y 5º, y 461-A». Como el art. 461 trata de la sentencia que impone hacer o no hacer, el art. 461-A de la sentencia que impone entrega de cosa y el art. 475-O se refiere sólo a la eficacia de la ejecución en el transcurso del proceso –y no a la forma mediante la cual la ejecución de suma debe realizarse–, se concluye que esa norma omitió lo referido a la forma de la ejecución de la tutela anticipada de suma en dinero.

Esa omisión, sin embargo, puede ser seguramente suplida cuando se tiene conciencia de que la técnica procesal depende sólo de la individualización de las necesidades del caso concreto. Quiere decir que, si el juez identifica la necesidad de anticipación de suma en dinero, y por eso mismo concede la tutela anticipada, le acaba siendo fácil identificar la necesidad de un medio ejecutivo capaz de dar efectiva atención a la tutela anticipada.

Ese medio ejecutivo, dada a la urgencia que debe ser admitida como existente para la concesión de la anticipación de la suma en dinero, obviamente no puede ser aquél que fue pensado para dar actuación a la sentencia que condena al pago de dinero. Como las necesidades de derecho material que tienen relación con la tutela anticipada y la sentencia condenatoria son marcadamente distintas, es poco más que evidente que los medios ejecutivos deben ser con ellas compatibles.

Si el objetivo de la multa es dar mayor celeridad y efectividad a la realización de las decisiones judiciales, no hay racionalidad en admitirla sólo en relación a las decisiones que determinan hacer, no hacer o entrega de cosa. En el caso de suma en dinero, la multa, además de «librar» a la administración de justicia de un procedimiento oneroso y trabajoso y beneficiar a la parte con la eliminación de los costos y de las trabas de la ejecución por expropiación, confiere a la tutela anticipada la oportunidad necesaria para que ella pueda dar efectiva protección al derecho material y, así, realizar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional. Como es simple concluir, la multa es medio imprescindible para la ejecución de la

tutela anticipada de suma y para permitir que el juez responda al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional²⁸.

Como ese derecho fundamental 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*. Mejor dicho: si tal derecho fundamental, para ser realizado, exige que el juez esté premunido de poder suficiente para la protección –o tutela– de los derechos, la ausencia de regla procesal instituidora de instrumento procesal idóneo para ello constituye evidente obstáculo a la actuación de la jurisdicción y al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional. Frente a eso, 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 a la tutela jurisdiccional, no hay otra alternativa que admitir al juez la supresión de la omisión inconstitucional.

2.8. La importancia de las reglas del medio idóneo y de la menor restricción posible

Pese a que en raras hipótesis se pueda proceder al empleo de la regla de proporcionalidad en sentido estricto, balanceando los derechos de acción y de defensa en el caso concreto, siempre bastará, en caso de omisión de técnica procesal idónea, aplicar las reglas de adecuación y de necesidad.

Esto quiere decir que, luego de verificar la inexistencia de técnica procesal idónea para determinada situación de derecho sustancial, el juez deberá adoptar la técnica que, siendo adecuada frente a los valores del ordenamiento jurídico, sea idónea – en el sentido de efectiva – a la tutela del derecho y, al mismo tiempo, que importe la menor restricción posible para el demandado.

Aunque sea obvio, es necesario subrayar que la menor restricción posible no es un argumento que pueda ser anticipado por el de medio idóneo. O mejor dicho, no hay manera de exigir al juez un medio que traiga menor restricción a costa de falta de idoneidad o efectividad a la tutela del derecho material. Esto implicaría, la inversión del razonamiento orientado concretar la tutela de los derechos. Solo después de la definición de medio idóneo es que el juez se debe preocupar, habiendo dos medios idóneos, con aquél que traiga la menor restricción posible.

²⁸ Ver LIMA GUERRA, Marcelo, *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, Ed. RT, São Paulo, 2003, pp. 150 y ss.

Tales reglas son suficientes cuando se parte de la premisa de que la tutela del derecho es debida al actor y que, por eso, debe ser prestada a través del medio idóneo que traiga la menor restricción posible.

2.9. El balance entre los derechos de acción y de defensa

Es cierto que, para la efectividad del proceso, es preciso balancear los derechos de acción y de defensa.²⁹ Es lo que ocurre, por ejemplo, con la anticipación de tutela, cuando se admite la limitación del derecho de defensa a favor del derecho de acción.

Aunque se acostumbre afirmar que el juez, en esta situación, hace un balanceamiento entre los derechos de acción y de defensa, la verdad es que tal balance fue hecho por el legislador al instituir la regla del art. 273, I, del CPC, admitiendo la anticipación de la tutela en caso de verosimilitud de la alegación y fundado riesgo de daño.

En el caso concreto, simplemente bastará analizar la presencia de verosimilitud en el derecho y riesgo de daño. Presentes estos presupuestos definidos por el legislador, el juez no podrá dejar de conceder la tutela anticipatoria.

Por otro lado, cuando el derecho fundamental de acción incide directamente sobre el juez, obligándolo a configurar un procedimiento ante la insuficiencia de la ley procesal, esto normalmente ocurre en razón de una determinada situación de derecho sustancial o de una tutela prometida al actor por el derecho material. Es difícil de concebir un caso en que se obligue al juez a suplir la omisión del legislador única e exclusivamente en virtud del propio derecho fundamental de acción.

El art. 535 del CPC instituyó las solicitudes de aclaración, con el fin de permitir la corrección de la decisión viciada por oscuridad o contradicción (art. 535, I) y omisión (art. 535, II). No fueron establecidas para permitir la modificación sustancial de la decisión. Sin embargo, en razón de necesidades concretas, los tribunales imprimieron otra fisonomía a las solicitudes de aclaratoria, comenzando a admitir su uso para modificar la decisión en los casos de error de hecho, equívoco manifiesto o error material.

²⁹ El derecho de defensa está garantizado por el art. 5º, LV, de la CF: “a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general les están asegurados el contradictorio y la amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes”.

No obstante, cuando se atribuye a las solicitudes de aclaración efectos modificativos de la decisión o efectos infringentes, también se admite una forma de impugnación de dichas decisiones no previstas por el legislador. De modo que las solicitudes de aclaratoria con efectos infringentes se fundan en los derechos fundamentales de acción y de defensa, siendo uno u otro, conforme el caso, el responsable por la supresión de la omisión legislativa.³⁰

Además de esto, las solicitudes de aclaración, tal como fueron instituidas por el legislador, no permiten el traslado a la parte contraria.³¹ Sin embargo, cuando se comenzó a admitir el carácter modificativo de las solicitudes de declaración, la cuestión del derecho a su impugnación exigió un redimensionamiento. Cualquier forma de impugnación que pueda modificar una decisión debe poder ser respondida por la parte que fue beneficiada con ella y puede ser perjudicada por la nueva decisión que va a emitirse. En caso de que las solicitudes de aclaración con efectos infringentes fuesen admitidas sin la correspondiente posibilidad de respuesta, se estaría violando el derecho fundamental de la parte contraria al solicitante. Fue por esta razón que tanto el STF como el STJ comenzaron a exigir el traslado a la parte contraria en las solicitudes de aclaratoria con efectos modificativos.³²

Debe recordarse que los derechos de acción y de defensa se ejercitan durante todo el curso del proceso, y así se desdoblán en varios actos, siendo las solicitudes de aclaración con efectos infringentes, así como la respuesta que frente a ellos puede ser presentada, simples formas de impugnar y de alegar, o mejor, formas de participar en el proceso y convencer al Juez.³³

³⁰ Las solicitudes de aclaratoria con efectos infringentes incrementan la posibilidad de participación del actor y del demandado, dando mayor efectividad a los derechos de acción y de defensa. Por cierto, cuando se sabe que los derechos de acción y de defensa se desdoblán en una serie de corolarios –de posibilidades, etc.–, se hace mucho más fácil percibir que el derecho a la prueba, el derecho a las alegaciones y el derecho a las impugnaciones pertenecen, por iguales motivos, al actor y al demandado.

³¹ El legislador negó la posibilidad de respuesta a las solicitudes de aclaratoria exactamente por ellos no tenían por objetivo modificar la decisión cuestionada.

³² “No obstante que no exista previsión legal expresa en relación a la necesidad de intimación al solicitado para impugnar solicitudes de aclaración opuestas con propósito modificativo de lo sentenciado, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal es pacífica en el sentido de su exigencia, bajo pena de violación del principio del contradictorio y de la amplia defensa” (EDcl no EDcl no EDcl no EREsp 172.082/DF) (STJ, 1.ª T., EEDAGA 314.971, rel. Min. Luiz Fux, DJU 31.05.2004). Ver, además, STJ, 2.ª T., REsp 686.752, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.05.2005; STJ, 1.ª T., REsp 316.202, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 15.12.2003; STJ, 3.ª Sección, EDcl nos ERESP 203.724, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 04.10.2004; STJ, 5.ª T., REsp 520.467, rel. Min. Félix Fischer, DJU 31.05.2004.

³³ Aunque se acostumbre asociar el derecho a responder con el derecho de defensa, el derecho afectado por la imposibilidad de respuesta no es necesariamente el derecho de defensa. Basta observar para ello el hecho de que la decisión pueda perjudicar al demandado, abriéndole la posibilidad del uso de las solicitudes de aclaración con efectos infringentes. Ahora, el demandado, al impugnar la decisión, obviamente continúa ejerciendo su derecho

La oportunidad de respuesta constituye el desdoblamiento de la propia admisión de las solicitudes de aclaración con efectos infringentes. Mientras tanto, lo que realmente tiene relevancia en este momento es la circunstancia de que, al actuar así, el Poder Judicial admite la incidencia inmediata de los derechos fundamentales de acción y de defensa, o mejor, la supresión de la omisión legal a partir de estos derechos fundamentales, lo que revela, aunque pueda pasar inadvertido, una creación judicial del procedimiento adecuado a partir de la Constitución.

5. La subjetividad del juez y la necesidad de explicitación de la corrección de la tutela jurisdiccional mediante la argumentación jurídica

Es evidente que la necesidad de comprensión de la ley a partir de la Constitución aumenta el riesgo de subjetividad de las decisiones judiciales, lo que vincula la legitimidad de la prestación jurisdiccional a su necesaria justificación. Como explica Jerzy WRÓBLEWSKI, justificar una decisión judicial consiste en darle las razones apropiadas³⁴. Así, el problema de la legitimidad de la tutela jurisdiccional, en el Estado contemporáneo, está en verificar si es posible justificar la decisión del juez o mejor, se encuentra en la definición de aquello que asegura la aceptabilidad racional de esa decisión³⁵.

Algunos autores, especialmente Ronald DWORKIN³⁶, sostienen que es posible llegar a una teoría de la decisión correcta, es decir, a una teoría que sea capaz de sostener la existencia de una decisión correcta para cada caso concreto. Se trata de una cuestión bastante controvertida. Sin embargo, aceptada o no la tesis de la «respuesta correcta», lo cierto es que no se puede eximir al juez del deber de demostrar que su decisión es racionalmente aceptable y, en esa línea, la mejor que podría ser proferida frente a la ley, a la Constitución y a las peculiaridades del caso concreto.

Ocurre que una decisión no es racional en sí, pues la racionalidad de la decisión no es atributo de ella misma. Una decisión «se muestra» racional o no. Para ello,

de defensa. Del mismo modo, el actor, al responder a las solicitudes de aclaratoria, prosigue ejerciendo su derecho de acción.

³⁴ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Legal syllogism...*, cit., p. 39.

³⁵ Ver MICHELMAN, Frank, «Justification (and justifiability) of law in a contradictory world», en *Nomos XXVIII: Justification*, pp. 71-99.

³⁶ Ver DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio*, pp. 175 y ss.

necesita de «algo», es decir, de la racionalidad de la argumentación que la fundamenta. Esa argumentación, a cargo de la jurisdicción, puede demostrar la racionalidad de la decisión y, en ese sentido, la «decisión correcta» o la «decisión aceptable».

Es cierto que la decisión debe guiarse por la ley, pero eso obviamente no es suficiente como argumento a favor de la decisión. Decisión racional no es lo mismo que decisión basada sólo en datos dotados de autoridad; generalmente, si no siempre, la decisión judicial exige que la argumentación recaiga en puntos que no pueden ser deductivamente expuestos³⁷. O mejor, la racionalidad del discurso judicial, siempre que sobrepasa la simple deducción lógica a partir de la norma general para el caso particular, es decir, siempre que pone en cuestión la premisa de la subsunción, envuelve un discurso que va más allá de aquello que tradicionalmente se concibe como jurídico –que desborda el dominio restringido de las «fuentes del derecho»–, lo cual se puede llamar de discurso práctico o moral³⁸.

Como escribe Carlos Santiago NINO, para justificar sus decisiones los jueces deben recurrir, y de hecho recurren explícita o implícitamente, a razones justificatorias, y, en un ámbito donde están en conflicto intereses de diferentes individuos, solamente constituyen razones justificatorias principios morales considerados válidos³⁹. Esto es una consecuencia del hecho de que conclusiones normativas sólo pueden justificarse con base en normas. Soluciones normativas, como las que los jueces adoptan y los juristas propugnan, no pueden ser justificadas con base en proposiciones descriptivas acerca de normas jurídicas, elaboradas desde un concepto puramente descriptivo de derecho como el propuesto por los positivistas, ya que tales proposiciones describirían en última instancia una secuencia compleja de hechos, que, como tales, son compatibles con cualquier decisión⁴⁰.

³⁷ Respecto a la argumentación jurídica, además de las aproximaciones precursoras de Chaïm PERELMAN (PERELMAN / OLBRECHT-TYTECA, Lucie, *Trattato dell'argomentazione*), Theodor VIEHWEG (*Tópica e jurisprudência*), Edward H. LEVI (*An introduction to legal reasoning*) y Stephen TOULMIN (*The uses of argument*), son fundamentales las teorías de Neil MACCORMICK (*Legal reasoning...*, cit.), Ronald DWORKIN (*O império do direito*, cit.), Robert ALEX Y (*Teoria da argumentação jurídica*), Aulis AARNIO (*Lo racional como razonable*), Aleksander PECZENIK (*On law and reason*), Klaus GÜNTHER (*Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*), Jürgen HABERMAS (*Direito e democracia*, cit.) y Cass SUNSTEIN (*Legal reasoning and political conflict*).

³⁸ Sobre la conexión entre derecho y moral en el pensamiento de ALEX Y, ver la polémica entablada entre ALEX Y y BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho*.

³⁹ NINO, Carlos Santiago, *Ética...*, cit., p. 21.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 22.

Aun cuando existe una norma jurídica precisa para justificar la decisión que se debe adoptar, ella no puede incorporarse, como tal, al razonamiento justificatorio con independencia de juicios valorativos. Esto es así, explica Santiago NINO, porque es esencial al carácter normativo de una norma jurídica, o a su distintividad como norma jurídica, la existencia de ciertas características que marcan su formulación, y que inevitablemente se pierden cuando se trata de un razonamiento justificatorio que conduce a una decisión⁴¹. Dentro de un razonamiento normativo-justificatorio, una conclusión sólo puede derivar de una premisa normativa, y esa premisa normativa, exactamente por ser normativa, también necesita estar normativamente fundada. Luego, en ese tipo de justificación, es necesario fundar la validez de la premisa, y como una norma no puede ser validada por un hecho, sea él un hecho hipotético productor de normas (norma fundamental de KELSEN) o un hecho social (regla de reconocimiento de HART), es necesario fundar las premisas de la solución normativa en la moral. Por eso, concluye Santiago NINO, *cuando los jueces apoyan sus decisiones en normas jurídicas, lo hacen a través de juicios «de adhesión normativa», que consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden jurídico*⁴².

Según ALEXY, no son posibles teorías morales *materiales* que den una única respuesta, intersubjetivamente concluyente, a cada cuestión moral, sin embargo, son posibles teorías morales *procedimentales* que formulen *reglas o condiciones de la argumentación o de la decisión práctica racional*, siendo donde la teoría del discurso práctico-racional es una versión muy prometedora de una teoría moral *procedimental*. Esa teoría tiene una gran ventaja sobre las teorías morales *materiales*, pues es mucho más fácil fundamentar las reglas de la argumentación práctica racional que las reglas morales materiales⁴³.

Para el perfeccionamiento de la racionalidad de la argumentación judicial, ALEXY propone el paso por cuatro procedimientos o la creación de un procedimiento con cuatro etapas o grados: el primero es el *discurso práctico*, que envuelve un sistema de reglas que formula una especie de código general de la razón práctica; el

⁴¹ *Ibidem*, p. 23. Para la profundización de este argumento de Santiago NINO, ver la crítica de DWORKIN al positivismo de HART, especialmente a la noción de regla de reconocimiento como fundamento del orden jurídico, en «The model of rules» (*Taking rights seriously*, cit.).

⁴² NINO, Carlos Santiago, *Ética...*, cit., p. 23.

⁴³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 530.

segundo es el *procedimiento legislativo*, constituido por un sistema de reglas que garantiza una considerable medida de racionalidad práctica y, en ese sentido, se justifica dentro de las líneas del discurso práctico. Después siguen el *discurso jurídico* y el *procedimiento judicial*⁴⁴.

De acuerdo con ALEXY, el *discurso jurídico* es un caso especial del *discurso práctico general*. Esta tesis está basada en tres razones. La primera es que, al final, la discusión jurídica, como la argumentación práctica general, está dirigida a la solución de cuestiones *prácticas*, respecto de lo que es debido, prohibido o permitido. La segunda razón es que una pretensión de corrección es posible en el discurso jurídico como en el discurso práctico general. La tercera razón dice que la argumentación jurídica es un caso especial, porque la pretensión de corrección en el discurso jurídico es distinta de aquella presente en el discurso práctico. A diferencia del discurso práctico general, la argumentación jurídica no se refiere a lo que es absolutamente correcto, sino a lo que es correcto en el marco y sobre la base de un sistema jurídico válidamente predominante. *Lo que es correcto en un sistema jurídico depende esencialmente de lo que está autoritativamente o institucionalmente establecido y lo que se ajusta a eso. La argumentación jurídica está vinculada a las leyes y a los precedentes y debe observar el sistema de derecho elaborado por la dogmática jurídica*⁴⁵. El *discurso jurídico* restringe el margen de inseguridad del *discurso práctico*, pero obviamente no permite llegar a un grado de certeza suficiente, no eliminando la inseguridad del resultado⁴⁶. Él puede generar la aceptabilidad racional, pero no la previsibilidad absoluta, de sus decisiones.

En el *procedimiento judicial*, de igual manera que ocurre en el *procedimiento legislativo*, hay *argumentación y decisión*. Los resultados del procedimiento judicial son razonables, según ALEXY, si sus reglas y su realización satisfacen las exigencias de los procedimientos que le anteceden, es decir, las reglas del discurso práctico, del procedimiento legislativo y del discurso jurídico⁴⁷.

2.10. La acción como garantía para la participación

⁴⁴ *Ibidem*, p. 531.

⁴⁵ ALEXY, Robert, «The special case thesis», en *Ratio Juris*, vol. 12, N° 4, p. 375.

⁴⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 532.

⁴⁷ *Id.*

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 derechos transindividuales, los cuales, sino fuese por las acciones colectivas, ciertamente quedarían sin instrumentos judiciales capaces de darles protección. Las acciones colectivas⁴⁸, 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 legitimadas⁴⁹ - 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 a cualquier ciudadano⁵⁰, 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 CF, 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, dejando al actor, salvo comprobada mala fe, exento de costas judiciales y de la carga de la prueba”.

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

⁴⁸ El amparo colectivo también objetiva la protección de derechos difusos y colectivos. Según el art. 5.º, LXX, de la CF, el amparo colectivo puede ser impetrado 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*).

⁴⁹ Ver art. 82 del CDC y art. 5º de la Ley da Acción Civil Pública.

⁵⁰ De acuerdo con el art. 1.º, *caput*, de la Ley de Acción 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”.

de la participación.⁵¹

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. 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.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais (na Constituição portuguesa de 1976)*. Coimbra: Almedina, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *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.

_____. Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei, Proceso, ideologías, sociedad, Buenos Aires: EJEAA, 1974.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901.

COMMAILLE, Jacques, *Territoire de justice – Une sociologie politique de la Carte*

⁵¹ Ver José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit, p. 665.

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.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. *Uma questão de principio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GIL-ROBLES, Álvaro, Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

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, Luiz Guilherme, Curso de Processo Civil – Teoría Geral do Processo, v. 1, São Paulo: Ed. RT, 2007, 2ª. ed.

_____. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, Lima: Palestra Editores, 2007.

_____. 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.

_____. Técnica processual e tutela dos direitos, São Paulo: Ed. RT, 2004.

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.

PÉREZ, David Vallespín, El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil. Barcelona: Atelier, 2002.

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.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: UNB, 1979.

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.