

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA*

Luiz Guilherme MARINONI**

RESUMEN: Este artículo trata del derecho de acción a partir de la Constitución Federal brasileña. Propone una nueva teoría para el derecho de acción, concibiéndola como un derecho fundamental que debe estructurar al legislador infra-constitucional para permitir la efectiva tutela del derecho material. La insuficiencia de protección normativa al derecho fundamental de acción obliga al juez a reparar la falta de técnica procesal en el caso concreto, en virtud de su deber de proteger también el derecho fundamental de acción y de dar tutela jurisdiccional efectiva a toda y a cualquier situación de derecho sustancial.

Palabras clave: Constitución, derecho de acción como derecho fundamental, nueva teoría.

ABSTRACT: *This article is about the rule of action, reading by the Brazilian Federal Constitution. It proposes a new theory for the rule of action, conceiving as a fundamental right, which must be the base for the under constitution legislator to allow the material right's effective tutelage. The insufficient legal protection of the fundamental right of rule of law obliges the judge to supply legal proceedings technique's miss in the concrete case, because your duty of provides the fundamental right of rule of law's protection and gives the effective jurisdictional tutelage for all the situations of substantial rights.*

Descriptors: *Constitution, rule of law as a fundamental right, new theory.*

* Artículo recibido el 26 de noviembre del 2007 y aceptado para su publicación el 27 de abril de 2008. Traducido del portugués al español por Abraham Luis Vargas, profesor de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, República Argentina). *N. del t.:* se aclara al lector que en la traducción del trabajo del profesor Marinoni se ha preferido conservar, en lo posible, la literalidad de sus expresiones, aunque esto conlleve cierta pérdida de elegancia gramatical. La justificación de tal proceder está dada por la tésis de no corregir en demasía las entradas de los párrafos ni algunos modismos, pues, de lo contrario, la tergiversación del original sería excesiva, y esto nunca puede ser admitido por quien suscribe esta nota. Asimismo, formulo otra advertencia: algunos términos (muy pocos) fueron dejados en el idioma original, pues no tienen traducción al español (por ejemplo, *inafastabilidade*). No obstante lo anterior, en el contexto del párrafo traducido puede entenderse el sentido que quiso darle el autor.

** Profesor de Derecho procesal civil en la Universidad Federal de Paraná, Brasil.

SUMARIO: I. *Historia de la norma.* II. *Constituciones extranjeras.* III. *El derecho de acción y sus destinatarios.* IV. *Las nuevas necesidades de tutela de los derechos y la evolución del concepto de derecho de acción.* V. *Bibliografía.*

I. HISTORIA DE LA NORMA

La doctrina de Marshall, al sintetizar que un Estado cuyas leyes no otorgan un remedio para la violación de los derechos no puede ser calificado como un gobierno de las leyes,¹ tuvo impacto en el pensamiento constitucional brasileiro durante la vigencia de la primera Constitución republicana. Rui Barbosa, en un articulado presentado al Supremo Tribunal Federal en 1892, advirtió que “donde quiera que haya un derecho individual violado, deberá existir un recurso judicial para la destrucción de la injusticia”.² Esa idea, antes de ser acogida por las constituciones brasileñas, fue positivizada en el artículo 75 del Código Civil de 1916, que decía que “*a todo derecho corresponde una acción que lo asegura*”.

Las constituciones de 1824, 1891, 1934 e 1937 no contenían normas con semejante contenido. El principio de protección jurisdiccional recién fue constitucionalizado en 1946. La Constitución de 1946, en su declaración de derechos y garantías individuales, afirmó que “la ley no podrá excluir de la apreciación del Poder Judicial cualquier lesión de un derecho individual” (artículo 141, § 4o.). El principio, consagrado en la Constitución de 1946, fue repetido en la Constitución de 1967 (artículo 150, § 4o.)³ y en la Enmienda Consti-

¹ “The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection. The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right”. *Marbury vs. Madison*, 5 U. S (1Cranch) 137 (1803) (Marshall, C. J.).

² Boechat Rodrigues, Lêda, *História do Supremo Tribunal Federal*, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991, t. 1, p. 20.

³ Artículo 150, § 4o. La ley no podrá excluir de la apreciación del Poder Judicial cualquier lesión de un derecho individual.

tucional núm. 1 de 1969 (artículo 153, § 4o.).⁴ La Constitución de 1988 introdujo la locución “amenaza a un derecho” en la redacción de dicho principio. El artículo 5o., XXXV, de la Constitución Federal de 1988, afirma que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial ninguna lesión o amenaza a un derecho”, dejando claro que la ley, además de no poder excluir la *lesión*, tampoco podrá excluir la “amenaza a un derecho” de la apreciación del Poder Judicial.

Asimismo, en el artículo 5o., XXXV, desaparece la alusión al “derecho *individual*”, constante de las constituciones anteriores. El objetivo de esta exclusión fue resaltar que los derechos difusos y colectivos también están protegidos por la garantía de tutela jurisdiccional efectiva.

La doctrina y los tribunales brasileros no tienen dudas acerca de que esta norma garantiza el derecho de acción. Lo problemático, en verdad, es definir la extensión de dicho derecho y sus ámbitos de incidencia y de protección.

II. CONSTITUCIONES EXTRANJERAS

Gran parte de las constituciones extranjeras⁵ garantizan de forma explícita el derecho a la tutela jurisdiccional.⁶ En relación a las constituciones extranjeras, importa aludir a los ámbitos de protección específicamente contemplados por las normas garantizadoras del dere-

⁴ Artículo 153, § 4o. La ley no podrá excluir de la apreciación del Poder Judicial cualquier lesión de un derecho individual.

⁵ Véase, además, Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo X; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 14; Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950, artículo 6o.; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, artículo 47; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo XVIII; Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), artículo 25; Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, artículo 7o.

⁶ En Alemania, la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva se extrae del principio del Estado de derecho (LF, artículo 20). No obstante, en la Ley Fundamental alemana hay una cláusula específica que garantiza el acceso al Poder Judicial en relación a los actos del poder público ofensivos de derechos fundamentales (LF, artículo 19, 4).

cho de acción o del derecho a la tutela jurisdiccional,⁷ lo que permite desde luego percibir la fisonomía que se debe dar a la elaboración dogmática dirigida a la interpretación de la norma del artículo 5o., XXXV, de la Constitución brasilera.

La Constitución de la República Portuguesa, en su artículo 20o., 1, dice que “a todos les está asegurado el acceso al derecho y a los tribunales para la defensa de sus derechos e intereses legalmente protegidos, no pudiendo la justicia ser denegada por insuficiencia de medios económicos”.⁸ Esta norma expresamente impone al Estado la prohibición de instituir óbices de carácter económico al ejercicio del derecho de acción, así como el deber de proporcionar a los ciudadanos, sin condiciones económicas, la efectiva oportunidad para su ejercicio.

La Constitución Española afirma que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” (artículo 24, 1). La expresión *tutela efectiva* evidencia el resultado esperado del derecho de acción, que no se confunde con el mero juzgamiento de mérito. Tener derecho a la tutela *efectiva* implica destacar el deber estatal de proporcionarla.⁹

El artículo 24 de la Constitución de la República Italiana dice, en su primera parte, que “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei

⁷ Algunas constituciones tienen normas que garantizan el derecho de acción de forma menos comprensiva, sea porque preocupan sólo por la tutela jurisdiccional de los derechos y libertades constitucionales (por ejemplo, Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982, artículo 24, 1), sea porque aseguran el acceso al Poder Judicial solamente en base a ofensas derivadas de actos del poder público (por ejemplo, Constitución de Hungría de 1949, artículo 57, 5; Constitución de Bulgaria de 1991, artículo 120), sea aún por admitir la posibilidad de exclusión de ciertas situaciones de la apreciación jurisdiccional (por ejemplo, Constitución de Suecia de 1999, artículo 29-A).

⁸ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1976, pp. 654 y ss.; Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 495 y ss.

⁹ Vallespín Pérez, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002, pp. 142 y 143; Gil-Robles, Alvaro, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 85 y ss.

propri diritti e interessi legittimi".¹⁰ Esta norma, de la misma forma que los artículos 20 de la Constitución portuguesa y 24 de la Constitución Española, garantiza *expresamente* la tutela jurisdiccional de los intereses legítimos.¹¹

III. EL DERECHO DE ACCIÓN Y SUS DESTINATARIOS

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, fue considerado simplemente como 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, 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 tu-

¹⁰ Comoglio, Luigi Paolo, *Commentario della Costituzione*, Bolonia-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1981; Andolina, Italo, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Turín, Giappichelli, 1990.

¹¹ Véase, además, Constitución de Grecia de 1975, artículo 20; Constitución japonesa de 1946, artículo 32; Constitución de Rumania de 1991, artículo 21; Constitución de la República Checa de 1992, artículo 4o. c/c artículo 90; Constitución de México de 1917, artículo 17 (redacción dada por la reforma de 1987); Constitución de Perú de 1993, artículo 139, 3; Constitución de Colombia de 1991, artículo 229; Constitución de Paraguay de 1992, artículo 16; Constitución de la Federación Rusa de 1993, artículo 46; Constitución de Polonia de 1997, artículo 77; Constitución de Finlandia de 1999, artículo 21; Constitución de la República de Cabo Verde de 1992, artículo 21.

tela 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, con excepción del derecho de propiedad.

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 del 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 igualdad 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 proferir la sentencia.

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 resultase de la negación de la tutela privada y de la propia existencia del Estado, ya se encontraba en cierta forma presente en el CPC, que dice, en la primera parte de su artículo 126, que “el juez no se exime de sentenciar o despachar alegando laguna u oscuridad de la ley”. Lo cierto es que los tribunales, inclusive el STF, todavía afirman el principio de prohibición de negar la jurisdicción, pero esto es 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 partes,¹² 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 procedencia.

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 las ma-

¹² STF, RE, núm. 172.084, 2a. Turma, Rel. ministro Marco Aurelio, DJU 03-03-1995.

terias no justiciables. Es que la garantía de tutela jurisdiccional no sería tan amplia, o incluso efectiva, en caso que el legislador pudiese definir materias que no se pudieran debatir ante el Poder Judicial.

Las normas contenidas en las constituciones brasileras, relacionadas con la garantía de protección jurisdiccional, siempre enunciaron la prohibición de la ley de excluir de la apreciación jurisdiccional cualquier lesión a un derecho individual, teniendo la Constitución de 1998, la norma comentada que amplía el espacio de garantía de la tutela jurisdiccional al adjuntar 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 lesión.¹³ 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.

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. A través de la imposición de óbices no se logra, en general, impedir la discusión de una determinada y específica materia, sino que sólo se afecta una determinada posición que dependerá del cumplimiento de una tasa, sin que esta posición pueda ser relacionada con una especie de situación de derecho sustancial en particular.

El STF entiende que una ley que impone la cobranza de tasas judiciales excesivas para el ejercicio de la acción viola el artículo 5o., XXXV, de la CF. Con respecto al tema, existe en el STF, la súmula núm. 667, según la cual “viola la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción la tasa judicial calculada sin límite sobre el valor de la

¹³ Véase, *infra* epígrafe IV, 4.

causa”. El *leading case* de la materia es la Representación de Inconstitucionalidad núm. 1077/RJ, del 28-03-1984, en la cual el ministro 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.¹⁴

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 CF de 1998 no reprodujo la segunda parte del § 4o. del artículo 153 de la Constitución anterior —introducida por la EC núm. 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 artículo 5o., XXXV, 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 el STF, la exigencia de previo agotamiento de la vía administrativa afrenta la garantía de tutela jurisdiccional.¹⁵ En la realidad,

¹⁴ STF, Representación de Inconstitucionalidad, núm. 1077/RJ, Pleno, Rel. ministro Moreira Alves, DJU 28-09-1984. Véase, además, STF, Pleno, ADI, núm. 1651/PB-MC, Rel. ministro Sydney Sanches, DJU 11-09-1998; STF, Pleno, ADI, núm. 1926/PE-MC, Rel. ministro Sepúlveda Pertence, DJU 10-09-1999; STF, Pleno, ADI, núm. 948/GO, Rel. ministro Francisco Rezek, DJU 17-03-2000.

¹⁵ Decidió el STF en Plenario, relató la ministra 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 artículo 5o., XXXV, de la Constitución Federal” (STF, MS 23.789/PE, Pleno, Rel. ministro Ellen Gracie, DJU 23-09-2005. El STJ, al respecto, tiene la Súmula, núm. 89: “La acción accidental prescinde del

la única excepción a la prohibición de instancia administrativa de tránsito forzado está delineada en la propia Constitución Federal, una vez que, según su artículo 217, § 1o., “el Poder Judicial sólo admitirá acciones relativas a la disciplina y a las competencias 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 profririeran una decisión final en el plazo de sesenta días, contados desde el inicio del proceso, el derecho de acción podrá ser libremente ejercido (artículo 217, 2o., CF).

5. *El derecho de acción y su dependencia de prestaciones estatales capaces de obstaculizar las diferencias sociales*

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 Estado.¹⁶ 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 acción.¹⁷

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.

agotamiento de la vía administrativa”. Véase, además, STJ, 4a. Turma, Resp, núm. 4250/SP, Rel. ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 13-05-1991.

¹⁶ Wassermann, Rudolf, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstadt, Luchterhand, 1978, p. 45.

¹⁷ Cappelletti, Mauro, “Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei”, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, EJE, 1974, pp. 120 y ss.

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 de la sociedad, mediante, inclusive, la realización del derecho de acción, que pasó a ser identificado como “derecho de acceso a la justicia”, tornándose en objeto de preocupación de los más modernos sistemas jurídicos.¹⁸ El derecho de acción pasó así a enfrentar un nuevo cuestionamiento no sólo 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, sólo podían ser concretados en el caso que se garantizara un real —y no ilusorio— acceso a la justicia.¹⁹

Para viabilizar el acceso a la justicia, el Estado tiene el deber de dar al actor carente de una buena 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 los brasileros 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.

No es por otra razón que la Constitución Federal, en su artículo 5o., LXXIV, afirma que “el Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que comprobaren insuficiencia de recursos”. Frente a ello, ya el Estado obligado a proveer de abogado a las personas menos favorecidas económicamente, la propia Constitución Federal, más adelante (artículo 134), afirma que “la Defensoría Pública

¹⁸ Cappelletti, Mauro, “Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings (General Report)”, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milán, Giuffrè, 1973, pp. 726 y 727.

¹⁹ Según Jacques Commaille, la función de justicia como meta-garante de lo social es exigencia de su representación a los ojos de los ciudadanos. Commaille, *Territoire de justice. Une sociologie politique de la Carte Judiciaire*, París, PUF, 2000, p. 40.

es una institución esencial para la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la orientación jurídica y la defensa, en todos los grados, de los necesitados, en la forma prevista en el artículo 5o., LXXIV”.²⁰

Por otro lado, si el proceso es indispensable, no le basta al Estado con instituir formas de tutela sin considerar que algunas causas tienen un valor económico incompatible con el costo del proceso tradicional, y que determinados sectores de la población tienen dificultades financieras para utilizarlo. El legislador infra-constitucional está obligado —como no podría ser de otra forma frente a la garantía constitucional del derecho de acción (artículo 5o., XXXV, CF)— a instituir procedimientos y justicias especializadas que permitan el acceso de los más pobres al Poder Judicial. Recuérdese, en este sentido, que el artículo 98, I, de la CF, establece el deber del Estado de crear juzgados especiales para la conciliación, juzgamiento y ejecución de las causas civiles de “menor complejidad”.

6. *El derecho de acción y la necesidad de una legislación infra-constitucional 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.²¹ El derecho de acción no es simplemente el derecho a la resolución de mérito o a

²⁰ Además, la legislación infra-constitucional, desde 1950 (Ley 1060/50), prevé lo que llamó “asistencia jurídica a los necesitados” (artículo 1o.), garantizando la exención no sólo de los honorarios del abogado, sino también de los honorarios del perito, de las costas judiciales, inclusive en relación a los servicios de la justicia, y de los gastos con las publicaciones de actos oficiales, entre otras (artículo 3o.). Y recientemente, frente a la prueba del DNA, frecuente en las acciones de investigación de paternidad, fue modificado el artículo 3o. de la referida Ley 1060/50 en su inciso VI, eximiendo al necesitado “de los gastos relativos a la realización del examen de código genético-DNA que fuere requerido por la autoridad judicial en las acciones de investigación de paternidad o maternidad”.

²¹ Sobre los derechos fundamentales como derechos a prestaciones, véase Sarlet, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pp. 215 y ss.

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 el 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 sólo se transforman con el paso del tiempo sino que, igualmente, asumen contornos variados según los casos concretos. Frente a ello, 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 su ámbito, los instrumentos procesales adecuados a la tutela de los derechos. Así como el legislador no está en condiciones de estructurar tantas técnicas procesales como necesidades concretas carentes de tutela existan, tiene el deber de editar reglas procesales abiertas, como, por ejemplo, la del artículo 461 del CPC. La concreción de esta norma procesal debe tomar en cuenta las necesidades del derecho material reveladas en el caso concreto, mas su institución deriva, evidentemente, del derecho fundamental de acción.

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 infra-constitucional, sea a través

de prestaciones que posibiliten su acceso, sea mediante prestaciones normativas que instituyan técnicas procesales adecuadas.

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

Pero no basta 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 inexcusable.²²

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 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.

²² Marinoni, Luiz Guilherme, “Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali”, en varios autores, *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milán, Giuffrè, 2005, vol. 1, pp. 93-162.

IV. LAS NUEVAS NECESIDADES DE TUTELA DE LOS DERECHOS Y LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO DE ACCIÓN

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 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 artículo 461 del CPC y en el artículo 84 del CDC. 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 o del daño, o determina un resarcimiento *in natura* o el cumplimiento de la prestación en forma específica, o tal y 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 diversificadas.²³

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 tantas acciones conforme el número de las necesidades carentes de tutela. El artículo 5o., XXXV, CF, afirma un derecho de acción abstracto y atípico, pero capaz de permitir la obten-

²³ Véase Marinoni, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, RT, 2004.

ción de las variadas tutelas prometidas por el derecho material. O sea, el artículo 5o., XXXV, de la CF, garantiza el derecho al procedimiento adecuado o a la técnica procesal adecuada, sin, obviamente, definir qué técnica procesal se asegura al justiciable.

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 a partir de una lectura rápida del artículo 263 del CPC.

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 sentencias diferenciadas y de medios de ejecución diversos. Todo esto es imprescindible para que el actor pueda obtener la tutela jurisdiccional de su derecho. De modo que la acción sea, indudablemente, ejercida. *Y, la acción se ejerce a través del procedimiento adecuado.*

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 las sentencias que dependen de su ejecución, esto es, las sentencias condenatoria, mandamental y ejecutiva.

El pronunciamiento de estas sentencias, como se intuye, no presta la tutela del derecho. A menos que sean cumplidas voluntariamente, cuando, en verdad, dejan de importar como carentes 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. De modo que si la acción puede ser calificada por la intención del actor, debe ser definida por la tutela del derecho ambicionada, y, así, en lugar de ser enunciada como acción condenatoria, se debe calificar como acción resarcitoria. Nótese, por cierto, que la alteración del sistema ejecutivo implementada en el CPC, en 2005, tiene un significado importante en términos de la teoría de la acción. La dispensa de la acción, para la ejecución de la sentencia condenatoria (artículo 475, J, CPC), 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. Entonces, si el derecho de acción es el derecho a la viabilidad de obtención de la tutela de derecho material, no se puede agotar con la sentencia condenatoria, que no es más que una técnica procesal puesta al servicio de la efectiva prestación jurisdiccional.

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 de pensar en tales técnicas procesales.

La norma del artículo 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 artículo 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”.²⁴ 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 artículo 5o., XXXV, pudiendo ser expresada a través del siguiente pasaje del voto del ministro Celso de Mello en la ADI, núm. 223/DF-MC:

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 infra-constitucional que, vedando el ejercicio liminar de la tutela jurisdiccional cautelar por el Estado, ocasione la aniquilación del propio derecho material.²⁵

²⁴ STF, Pleno, ADI, núm. 223/DF-MC, Rel. p/Acuerdo ministro Sepúlveda Pertence, DJU 29-06-1990; STF, Pleno, ADI, núm. 975/DF-MC, Rel. ministro Carlos Velloso, DJU 20-06-1997; STF, Pleno, ADI, núm. 295/DF-MC, Rel. p/Acuerdo ministro Marco Aurelio; DJU 22-08-1997; STF, Pleno, ADC, núm. 4/DF-MC, Rel. ministro Sydney Sanches, DJU 21-05-1999; STF, Pleno, ADI, núm. 1576/DF-MC, Rel. ministro Marco Aurelio, DJU 06-06-2003.

²⁵ Voto del ministro Celso de Mello en la ADI, núm. 223/DF-MC (STF, Pleno, Rel. p/Acuerdo ministro Sepúlveda Pertence, DJU 29-06-1990). Se registra, en el mismo sentido, el voto del ministro Carlos Velloso en la ADI, núm. 295/DF-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, artículo 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 ministro Marco Aurelio; DJU 22-08-1997).

La segunda, radicalmente opuesta, se puede captar en los votos del ministro Moreira Alves. Dice el ministro en la ADI, núm. 223/DF-MC:

Al prohibirse, en ciertos casos, por interés público, la anticipación provisoria de la satisfacción del derecho material lesionado o amenazado, no se excluye, evidentemente, de la apreciación del Poder Judicial la lesión o amenaza al derecho, puesto que esta se obtiene normalmente con la satisfacción definitiva que es proporcionada por la acción principal, y, esta sí, no puede ser vedada, pues privaría al lesionado o amenazado del socorro del Poder Judicial.²⁶

Posteriormente, en la ADI 1576/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”.²⁷ Por fin, la tercera posición, capitaneada por el ministro Sepúlveda Pertence, enuncia que no es correcto rechazar la constitucionalidad de toda y cualquier limitación legal al otorgamiento de una liminar, debiendo la ley restrictiva ser analizada según un criterio de razonabilidad. En la ya referida ADI núm. 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 de Collor, así concluyó el ministro 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

²⁶ Voto del ministro Moreira Alves en la ADI, núm. 223/DF-MC (STF, Pleno, Rel. p/Acuerdo ministro Sepúlveda Pertence, DJU 29-06-1990)

²⁷ Voto do ministro Moreira Alves en la ADI, núm. 1576/DF-MC (STF, Pleno, Rel. ministro Marco Aurelio, DJU 06-06-2003)

caso concreto, a la medida provisoria, en la medida en que, en relación a aquél caso, la juzgue inconstitucional, porque es abusiva.²⁸

La posición del ministro Moreira Alves no merece cabida desde el momento en que el derecho fundamental de acción garantiza la efectiva tutela del derecho material y, en consecuencia, la técnica anticipatoria, imprescindible para permitir 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 ministro 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 artículo 5o., XXXV. Por otro lado, la posición del ministro 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 artículo 273, I, CPC. El ministro 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 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 im-

²⁸ STF, Pleno, ADI, núm. 223/DF-MC, Rel. p/Acuerdo ministro Sepúlveda Pertence, DJU 29-06-1990.

prescindible, 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.²⁹

De modo que, entre las distintas posiciones adoptadas por el STF, es correcta la liderada por el ministro 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”.³⁰

²⁹ Marinoni, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 248-260.

³⁰ Voto del ministro Celso de Mello en la ADI, núm. 223/DF-MC (STF, Pleno, Rel. p/Acuerdo ministro Sepúlveda Pertence, DJU 29-06-1990). En el mismo sentido: votos de los ministros Celso de Mello y Carlos Velloso en la ADI, núm. 295/DF-MC; votos de los ministros Celso de Mello y Néri da Silveira en la ADI, núm. 1576/DF-MC. En la ADC, núm. 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, núm. 1576/DF-MC, habiéndose los ministros limitado a afirmar la decisión tomada anteriormente. En sentido contrario: ADI, núm. 223/DF-MC, ADI, núm. 295/DF-MC, ADI, núm. 1576/DF-MC (parcialmente) y ADC, núm. 4/DF-MC. Véase, además, ADI, núm. 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, núm. 1576/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.

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

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 artículo 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 haya tornado incontrovertida en el curso del proceso (artículo 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 artículo 461 del CPC, además de que también admite la tutela anticipatoria en cualquier caso en que el actor ambicione “tutela específica” (artículo 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 (artículo 461, § 4o., CPC). Asimismo, el § 5o. del artículo 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 hacer efectiva 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 sólo podía ser invadida a través de los medios ejecutivos tipificados en la ley y las liminares sólo 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 demandado.³¹ En esta época, como se intuye, el procedimiento y, por consecuencia, la acción no podían ser 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.³²

Actualmente, por el contrario, frente a la necesidad de una 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.³³

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

³¹ Parte de la doctrina francesa sustentó expresamente que las *astreintes* no se amoldarían al principio de la separación de los poderes. Véase Mazeaud, Henri *et al.*, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, París, Montchrestien, 1960, vol. 3, pp. 640 y 641.

³² Conforme la doctrina de Chiovenda, Giuseppe, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901. De forma crítica, véase Denti, Vittorio, “Il processo di cognizione nella storia delle riforme”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 808.

³³ Sobre la tesis del derecho a la construcción de la acción adecuada al caso concreto, véase Marinoni, Luiz Guilherme, *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo*, 2a. ed., São Paulo, RT, 2007, vol. 1, pp. 230-310.

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 artículo 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 461 y 461-A, aplicables, respectivamente, a las obligaciones de no hacer y de hacer, y a las obligaciones de entrega de cosas, y al artículo 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 5478/68)—, 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 protec-

ción al derecho al medio ambiente o al derecho del consumidor—,³⁴ 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 *toda y cualquier tutela prometida por el derecho material*.

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

Como el derecho fundamental de acción también incide directamente sobre el juez,³⁵ 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; la primera está relacionada con los hechos, las pruebas y el derecho material, y la segunda se encuentra 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. Se subraya, además, que el razonamiento decisorio, capaz de permitir el descubrimiento de la debida técnica procesal ejecutiva, también es realizado

³⁴ Véase Canaris, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, trad. de Ingo Wolfgang Sarlet y Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2003.

³⁵ Véase *supra* epígrafe III, 7.

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 de encontrar la debida técnica ejecutiva.

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 a concretar la tutela de los derechos. Sólo 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.

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.

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.³⁶ 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 balance entre los derechos de acción y de defensa, la verdad es que tal balance fue hecho por el legislador al instituir la regla del artículo 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 artículo 535 del CPC instituyó las solicitudes de aclaración con el fin de permitir la corrección de la decisión viciada por oscuridad o contradicción (artículo 535, I) y omisión (artículo 535, II). No fueron establecidas para permitir la modificación sustancial de la decisión.

³⁶ El derecho de defensa está garantizado por el artículo 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”.

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. 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.³⁷ Además de esto, las solicitudes de aclaración, tal como fueron instituidas por el legislador, no permiten el traslado a la parte contraria.³⁸ 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.³⁹

³⁷ 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, etcétera—, 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.

³⁸ El legislador negó la posibilidad de respuesta a las solicitudes de aclaratoria exactamente porque ellos no tenían por objetivo modificar la decisión cuestionada.

³⁹ “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 jurisprudencial de 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 nos EREsp 172.082/DF) (STJ, 1a. T., EEDAGA 314.971, Rel. ministro Luiz Fux, DJU 31-05-2004). Véase, además, STJ,

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.⁴⁰

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 inadvertida, una creación judicial del procedimiento adecuado a partir de la Constitución.

10. *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 derechos trans-individuales, los cuales, sino

2a. T., REsp 686.752, Rel. ministra Eliana Calmon, j. 17-05-2005; STJ, 1a. T., Resp 316.202, Rel. ministro Humberto Gomes de Barros, DJU 15-12-2003; STJ, 3a. Sección, EDcl nos ERESP 203.724, Rel. ministro Gilson Dipp, DJU 04-10-2004; STJ, 5a. T., REsp 520.467, Rel. ministro Félix Fischer, DJU 31-05-2004.

⁴⁰ 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 de defensa. Del mismo modo, el actor, al responder a las solicitudes de aclaratoria, prosigue ejerciendo su derecho de acción.

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 dé a través de entes legitimados —como el Ministerio Público o las asociaciones legitimadas—⁴² y, por lo tanto, de forma indirecta.

Además de la legitimación característica de la acción colectiva —destinada a permitir la protección de los derechos trans-individuales e, inclusive, del patrimonio público—, se atribuye a cualquier ciudadano,⁴³ 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 artículo 5o., 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

⁴¹ El amparo colectivo también objetiva la protección de derechos difusos y colectivos. Según el artículo 5o., LXX, de la CF, el amparo colectivo puede ser impetrado por “partido político con representación en el Congreso Nacional” (artículo 5o., 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” (artículo 5o., LXX, *b*).

⁴² Véase artículo 82 del CDC y artículo 5o. de la Ley da Acción Civil Pública.

⁴³ De acuerdo con el artículo 1o., *caput*, de la Ley de Acción Popular (Ley 4717/65), está legitimado para la acción popular “cualquier ciudadano”. El § 3o. 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”.

realización de la democracia a partir de la optimización de la participación.⁴⁴

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANDOLINA, Italo, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Turín, Giappichelli, 1990.
- BOECHAT RODRIGUES, Lêda, *História do Supremo Tribunal Federal*, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991, t. 1.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, trad. de Ingo Wolfgang Sarlet y Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1976.
- , *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*, Milán, Giuffrè, 1973.
- , “Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei”, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, EJEA, 1974.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, 1901.
- COMMAILLE, Jacques, *Territoire de justice. Une sociologie politique de la Carte Judiciaire*, París, PUF, 2000.
- COMOGLIO, Luigi Paolo, *Commentario della Costituzione*, Bolonia-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1981.
- DENTI, Vittorio, “Il processo di cognizione nella storia delle riforme”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993.
- GIL-ROBLES, Álvaro, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil-teoría geral do processo*, 2a. ed., São Paulo, RT, 2007, vol. 1.

⁴⁴ Véase Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, cit., nota 8, p. 665.

- , *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra Editores, 2007.
- , “Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali”, en varios autores, *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milán, Giuffrè, 2005, vol. 1.
- , *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, RT, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.
- VALLESPÍN PÉREZ, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002.
- WASSERMANN, Rudolf, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstadt, Luchterhand, 1978.