

**Necesidad de deshacer los nudos y los equívocos de la
expresión “tutela jurisdiccional diferenciada”¹**

Andrea Proto Pisani

Università degli studi di Firenze
revista.derechoprocesal@pucp.pe

¹ Charla magistral dictada para la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú el 19 de mayo de 2014. Traducción a cargo de Giovanni Priori Posada.

1.- Hace más de cuarenta años que fue publicado en el *Foro Italiano* (1973, V, 207 ss.) un amplio ensayo con el título “*Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*”. El artículo buscaba verificar, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la legitimidad constitucional o no de la reforma del solo rito especial del trabajo (1 11 agosto 1973 n. 533) y – también implícitamente – de la introducción del procedimiento especial sumario no cautelar prevista por el artículo 28 de la ley del 20 de mayo de 1970 N. 300 (sobre esta cuestión la Corte Constitucional se pronunció con la sentencia del 3 de marzo de 1974, No. 54, *Foro it.* 1974, I, 963).

La importancia política del tema no era poca en aquel momento.

La Ley 533/1973, reformando la técnica de la *novellazione* el íntegro del título IV del segundo libro del código de procedimiento civil, introducía en nuestro ordenamiento un nuevo rito especial de cognición plena caracterizado – por el tratamiento del juicio de primer grado ante un juez monocrático y del tratamiento colegiado de la apelación – por el interrogatorio obligatorio de las partes en una primera audiencia; por la introducción de un sistema anticipado y rígido de preclusiones, con el temperamento, sin embargo, del poder atribuido al juez de admitir de oficio medios de prueba en cualquier momento; por la provisoria ejecutoriedad *ex lege* de las sentencias de condena de primer grado favorables al trabajador, por las restricciones a los denominados *nova* en apelación; por la introducción (importantísima en un periodo de devaluación monetaria anual superior a dos cifras) de la obligación del juez, en caso de condena al empleador al pago de una suma de dinero de liquidar a favor del trabajador por el mayor daño por la devaluación monetaria,

además de a los intereses, desde el momento en que surge el derecho, desincentivando con ello de modo eficaz el interés del empleador de generar la duración del proceso.

De prescindirse de esta última innovación, el interés por el procesalismo civil por la reforma del rito especial del trabajo era notable: ella estaba dirigida a experimentar en Italia institutos sobre los cuales se había discutido por decenios, de los que sobre todo la previsión del juez único monocrático de primer grado, la provisoria ejecutoriedad de la sentencia *ex lege* (aun cuando limitada) de la sentencia de primera grado, la reducción *purus rhoncus varius*. *Phasellus ligula elit*, *tristique id gravida a, cursus a urna*, *Morbi vitae libero nibh*, de las denominadas *nova* en apelación; ella estaba dirigida a reevaluar, además, al máximo el proceso de primer grado y tentar actuar por primera vez en Italia un proceso concentrado, inmediato, oral (sobre este ángulo visual el reclamo efectuado, por ejemplo por Andrioli a los ideales chiovendianos no era de hecho, nada anti histórico). Todavía esta reforma del proceso de cognición plena estaba limitada a las controversias de trabajo (y de previsión y asistencia obligatoria) por un doble motivo: ante todo por intentar asegurar una tutela jurisdiccional rápida al menos a los trabajadores, cuyas situaciones subjetivas eran (y son) todas de rango constitucional, de acuerdo a los artículos 1, 3, 2º inciso, 4, 36, etcétera de la Constitución; en segundo lugar para experimentar con referencia a un tamaño considerable de controvertidas innovaciones de basto alcance, en la perspectiva de extenderlas luego, con las oportunas adaptaciones, al rito ordinario (cosa que vendría en sustancia son la l. 26 de noviembre de 1990, No. 353).

El procedimiento de represión de la conducta antisindical introducido por la ley 300/1970 constituía (y constituye) la

primera intervención del legislador republicado dirigido a proveer de tutela jurisdiccional efectiva un derecho de libertad, la libertad de las asociaciones sindicales nacionales. Para encontrar algo similar será necesario revisar la Ley 903/1977 (artículo 15) y sobre todo la 286/1998 (artículo 44) en tema de discriminación de género o raza.

La técnica de las dos intervenciones legislativas (art. 28 l. 30/1970 y l. 533/1973) era muy diversa: toda la reforma del proceso del trabajo se movía y mueve sobre la vertiente de la diferenciación del proceso (por el aspecto especial) de cognición plena respecto del rito denominado “ordinario”; el procedimiento de represión de la conducta antisindical se movía y se mueve sobre la vertiente de la tutela sumaria (en su especie no cautelar, es decir, desenganchada de todo requisito de *periculum in mora*) que, antes de sustituir al proceso de cognición plena, se pone como fase eventual anterior el objetivo de asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional, efectividad que estaría comprometida por la duración, aun razonable, del proceso de cognición plena.

El no haber diferenciado con la máxima claridad la diferencia que se planteaba y se plantea entre la utilización de la primera (ritos especiales de cognición plena) y la segunda técnica (procesos sumarios no cautelares desenganchados del requisito del *periculum in mora* para la tutela de situaciones de libertad), se debe ciertamente a mi culpa; en 1973, en efecto, luego de un atento análisis de la jurisprudencia constitucional desarrollado sobre todo para justificar la legitimidad constitucional de varios procesos especiales sumarios esparcidos en el código y en las leyes especiales, así concluía sin especificar: “*considerado desde ese punto de vista – es decir desde el punto de vista de la Constitución – el sistema procesal civil vigente es absolutamente*

inadecuado respecto a las exigencias de la ley fundamental de nuestro Estado, no tanto – o cuando menos, no solo – a causa de la trágica duración del proceso ordinario de cognición, sino a causa de la falta de predisposición de procedimientos diferenciados [hubiera sido mejor decir aquí: “de procesos sumarios típicos”]² modelados sobre la peculiaridad de las situaciones de ventaja afirmadas por la Constitución y por lo tanto idóneas a asegurar una tutela jurisdiccional adecuada a su necesidad de tutela”.

2.- Pocos años después, primero en 1978 con ocasión de una dura polémica con Gianni Verde que me había acusado de moverme en la “lógica del marxismo revolucionario del siglo pasado” (mi artículo fue publicado en *Dir. e giur.* 1978, 534 ss., e republicado hoy en *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli 2003, 228 ss.; el artículo de Verde se lee en *Dir. e giur.* 1978, 241 ss.) y luego en 1979 con ocasión de un Congreso en Catania (la relación y la réplica se pueden leer en *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, 232 ss., 278 ss., e già in *Riv. dir. proc.* 1979, 536 ss. e in *Dir. e giur.* 1980, 751 ss) tuve ocasión de decir, esta vez con el máximo de claridad posible, que *una cosa* es la tutela jurisdiccional diferenciada, donde con ese término se entienda la predisposición de varios procedimientos de cognición plena, algunos de ellos modelados sobre la particularidad de cada situación jurídica sustancial controvertida, y *otra cosa* es la tutela jurisdiccional diferenciada, donde con ese término se entienda la predisposición de formas típicas de tutela sumaria no cautelares (desenganchada del requisito del *periculum in mora*) o cautelar.

² Los comentarios realizados entre corchetes fueron agregados posteriormente por el autor.

En aquella ocasión aclaré que, para evitar entredichos, “*estaba convencido que – en una situación fisiológica [es decir, de un rito ordinario caracterizado por su duración razonable] recurrir a los ritos especiales de cognición plena (otra cosa es la previsión de particulares normas procesales especiales) estaría dentro de los estrechos límites necesarios: a) por el respeto del apartado del artículo 3 de la Constitución: sobre el particular, por tanto, la introducción de un rito especial de cognición plena para las controversias de trabajo no es solo oportuna sino también sustancialmente obligatoria;*

b) por la exigencia de eficiencia de la administración de justicia (que no pueden ser satisfechas con el recurso a la técnica de la tutela sumaria o de los títulos ejecutivos de formación extrajudicial): sobre este punto – agregaba- pienso en la posibilidad de examinar la oportunidad de la introducción de un rito especial de cognición plena para las controversias denominadas “infortunistiche”, [y –agregaría hoy- la introducción de un intento obligatorio de conciliación para unos sectores de controversias] (v. Foro it. 2012 V 341 s. y allí otros reenvíos).

Sobre la tutela sumaria desde aquellos años adelanté la propuesta de la introducción –sobre la falsilla de cuanto había hecho el artículo 28 de la Ley 300/1970 sobre la libertad sindical de las asociaciones sindicales nacionales- de un procedimiento sumario no cautelar (es decir, desligado del requisito del *periculum in mora*) la tutela de todas las situaciones subjetivas de contenido y/o función (exclusiva o prevalentemente) no patrimonial, situaciones que sufrirían (*rectius*: cuyos titulares sufrirían) un perjuicio por definición irreparable (es decir no susceptible de tutela adecuada en la forma del equivalente monetario (donde debiesen

permanecer en estado de insatisfacción por todo el tiempo necesario para el desarrollo de un proceso de cognición plena aun de duración razonable.

En esta intervención no pretendo dedicarme en modo alguno sobre la tutela sumaria (tema, creo, sobre el cual intervine en un Congreso anterior)³ más bien deseo decir algo sobre la previsión de ritos especiales de cognición plena, ritos diferenciados respecto del rito ordinario en consideración de la peculiaridades de las situaciones sustanciales controvertidas.

3.- Es conocido como el progresivo aumento de la duración del proceso ordinario de cognición sea la causa principal de la proliferación de los ritos especiales de cognición plena. Se puede decir que no ha existido reforma importante de derecho sustancial que no haya inducido el legislador a sustraer las controversias relativas al rito ordinario previendo la introducción de ritos especiales de cognición plena. Me limito a recordar las últimas previsiones más importantes: los artículo 18 y siguientes de la Ley 189/1981 en tema de oposición contra ordenanzas que imponen sanciones administrativas, los artículos 152 y siguientes de la Ley 196/2003 relativo a la tutela de los datos personales, el decreto legislativo 5/2003 relativo al proceso societario (por suerte abrogado en el 2009), si se quiere incluso el proceso en materia de rectificación de sexo (184/1983), etc.

³ Nota del traductor: Se refiere a la Conferencia “La Tutela Sumaria” que dio en el marco del II Seminario Internacional Proceso y Constitución organizado por la Facultad De Derecho y la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Hoy el legislador ha intentado reducir, al menos en parte, esta proliferación de ritos especiales de cognición plena (ver decreto legislativo 150/2011), a pesar que con una intervención todavía parcial y no inmune a las críticas este seminario de estudio constituye una ocasión privilegiada para repensar incluso de modo radical la previsión de ritos especiales de cognición plena diferenciados respecto del rito ordinario en consideración de las peculiaridades de las situaciones sustanciales controvertidas.

Este repensar debe, según mi punto de vista, partir de la constatación del error de haber previsto un solo modelo de rito ordinario (con alguna diferenciación posible sólo en fase decisoria) independientemente de la consideración de la complejidad o no en concreto de la controversia.

No tiene sentido prever una misma fase preparatoria, al término de la cual debería resultar determinado en modo tendencialmente definitivo el *thema decidendum* (demanda, excepciones) y el *thema probandum* (hechos controvertidos sobre los cuales concentrar después la instrucción) para todos los tipos de controversia independientemente de su complejidad o no en concreto.

En verdad, del problema, creo, no se han desinteresado del todo los legisladores que se han venido sustituyendo en el tiempo. En tal sentido puede leerse el texto original del Código de Procedimiento Civil 1940-1942 cuando el artículo 184, 2º párrafo subordinaba la proposición de nuevas excepciones y de nuevos medios de prueba al reconocimiento por parte del juez de su correspondencia “a los fines de la justicia”, muy probablemente entendía que la medida de ejercicio del poder *latus sensu*

discrecional atribuido al juez debiera ser sustancialmente la complejidad o no en concreto de la controversia. Incluso, para llegar a tiempos más cercano a nosotros, el texto original (antes de la modificación introducida por el decreto legislativo 238/1995) de la Ley 353/1990 cuando el último párrafo del artículo 183 subordinaba la concesión del apéndice escrita no sólo a pedido de parte sino también, y diría especialmente, al reconocimiento por parte del juez de la presencia de “justos motivos”, muy probablemente entendía que la medida de ejercicio del poder *latus sensu* discrecional atribuido al juez debiera ser sustancialmente la complejidad o no en concreto de la controversia. El no haber tenido el coraje o la claridad intelectual de explicitar tal medida de ejercicio ha hecho que el poder discrecional previsto por el texto originario del artículo 184 viniera antes inaplicado y luego abrogado por las modificaciones de 1950, y el poder discrecional previsto por el último párrafo del artículo 183 en la versión originaria de la ley 353/1990 viniera suprimido por un decreto ley después de sólo 52 días de su entrada en vigor. Cuando luego se intervino nuevamente sobre el artículo 183 (ley 80/2005 y ley 263/2005) el legislador no ha ni siquiera advertido la existencia del problema y ha evitado elegir la subordinación del desarrollo del apéndice escrita de la primera audiencia a la sola solicitud de parte: o más precisamente, del abogado de la parte, el cual no se explica de otro modo que por un encomiable escrúpulo defensivo, efectuará el pedido 999 veces sobre 1000 (y podría costar que aquella única vez residual será el abogado de la contraparte el que efectuara dicha solicitud).

El problema ha sido, finalmente, ciertamente visto por la ley 69/2009 la cual ha introducido a los artículos 702 y siguientes el denominado rito sumario atípico de cognición, rito que debería

aplicarse a las controversias simples por disertación e instrucción (pero no es posible en el desarrollo del presente seminario detenernos en esta novedad legislativa).

4.- Si las consideraciones desarrolladas en el presente párrafo son correctas, se deriva una importantísima consecuencia.

Dado que para las controversias en vía atípica sujetas al rito ordinario no es posible saber antes del inicio del desarrollo de la fase preparatoria si la controversia particular en concreto es compleja o no, no queda más que prever una diferenciación de la conclusión de la fase preparatoria según de la complejidad o no de la controversia, complejidad o no en concreto verificada por el juez en el contradictorio de las partes (de donde sería obligatoria la participación a la primera audiencia) y de sus abogados después del intercambio de los actos improductivos al término de la primera audiencia (efectiva) de disertación.

De este modo ¿se atribuiría al juez un poder *latus sensu* discrecional no susceptible de control? Diría que no. Ante todo porque el legislador debería haber aclarado que el ejercicio del poder del juez para conceder el apéndice escrito está subordinado a la determinación de un hecho (opinable pero siempre un hecho), es decir la complejidad o no de la controversia; en segundo lugar porque, en caso que no se conceda el apéndice escrito la parte podría cuestionar el eventual error del juez de primer grado ante el juez de apelación y éste, una vez constatado el error, debería consentir a la parte el ejercicio de estos poderes procesales que no había podido ejercitar en el curso del juicio de primer grado (354 ultimo párrafo del Código de Procedimiento Civil).

La innovación adecuaría nuestro proceso a los modelos vigentes en Francia y Alemania.

5.- Diferenciación, en consecuencia, de los procesos de cognición plena, pero no en consideración de las situaciones jurídicas controvertidas (relaciones de trabajo, relaciones societarias, cuestionamiento de decretos que imponen una sanción administrativa, relaciones de arrendamiento, etc.) sino más bien en base a la distinción transversal entre controversias complejas y controversias que no resulten ser tales en concreto.

Abandono en consecuencia de la diferenciación de ritos de cognición plena en consideración de la peculiaridad sustancial de la controversia, y previsión de un único rito destinado a diferenciaciones en cuanto a modalidades de desarrollo de la fase preparatoria según la complejidad o no de controversia declarada en concreto por el juez, previo contradictorio, el término de la primera audiencia de disertación.

Para nuestro ordenamiento procesal sería, verdaderamente, una pequeña revolución copernicana.

He usado el condicional no sólo porque es necesario que de la corrección de la solución propuesta se convenzan los operadores prácticos y aquel mítico personaje constituido por el legislador, sino también porque no podemos excluir a priori que el legislador, una vez adoptada la solución propuesta como regla general, pueda absorber en el rito ordinario así reformado el denominado rito especial del trabajo. Luego de extenderse al rito ordinario las innovaciones más importantes previstas por la ley 573/1973, y una vez prevista la diferenciación del rito ordinario según la complejidad o la simplicidad en concreto de la controversia, la

previsión del rito especial del trabajo cesa de ser constitucionalmente necesaria, y para respetar algunas de sus peculiares exigencias sería suficiente introducir algunas normas procesales especiales.

Una última consideración sobre las controversias de trabajo.

Una de las más grandes novedades de la ley 533/1973 fue no sólo el actuar sobre las disposiciones procesales, sino intervenir sobre el terreno del ordenamiento y organizativo. Para ello, fueron previstas las secciones de trabajo para entregar separadamente las controversias de trabajo, para satisfacer las exigencias del nuevo rito el número de magistrados se aumentó a 300 y análogas disposiciones fueron previstas para el personal de cancillería y auxiliar. El legislador de 1973 fue particularmente atento para actuar en el mejor modo posible para que el nuevo rito pudiera tomar una particular atención en concreto.

Y así fue en el decenio 1974-1984 en el que a los jueces del trabajo le eran confiadas cerca de 400 controversias por persona. Luego de 1985 en adelante se tuvo en todos los sectores del proceso civil (también en aquellas de las controversias del trabajo) una empujada del número de las controversias que aumentaron en cerca de un millón en el decenio 1985-1995. Ahora bien, si el legislador actual quisiera moverse según el espíritu de 1973 me parece que sería constitucionalmente necesario una intervención excepcional, limitada a las secciones de trabajo que prevea su cobertura con un número adecuado de magistrados, secretarios y auxiliares: esto al menos por imposición de las numerosas disposiciones constitucionales que atribuyen un valor privilegiado a las situaciones subjetivas implicadas en la relación de trabajo:

así, por ejemplo los artículos 1, 2, 3 2º párrafo, 36, 38, etc. de la Constitución.

Pero el viento que sopla en Italia hoy no parece ser más aquél de 1973.

6.- A modo de apéndice transcribo (del *Foro italiano* 2009, V, 1ss.) un posible articulado de cuanto he estado diciendo en el transcurso de esta conferencia.

ARTICULADO:

2.19 Prima udienza di trattazione: suo svolgimento normale

Fuori dei casi previsti negli articoli precedenti, il giudice nella prima udienza di trattazione interroga liberamente le parti presenti e, quando la natura della causa lo consente, tenta la conciliazione. La mancata comparizione delle parti costituisce fatto secondario dal quale il giudice può desumere presunzioni.

Le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura può essere conferita con atto la cui sottoscrizione sia autenticata dal difensore, e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. La mancata conoscenza, senza gravi ragioni, dei fatti della causa da parte del procuratore costituisce fatto secondario dal quale il giudice può desumere presunzioni.

Il giudice richiede alle parti, e successivamente ai loro difensori, sulla base dei fatti allegati ai sensi dell'articolo 0.10 del titolo preliminare, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio sulle quali provoca il contraddittorio.

Nella stessa udienza l'attore deve, a pena di decadenza, proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza delle difese del convenuto e chiedere di essere autorizzato a chiamare un terzo se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto.

Entrambe le parti possono nella stessa udienza modificare le domande, eccezioni e conclusioni già formulate; sono consentite in ogni caso anche l'ampliamento quantitativo della domanda e la proposizione delle domande consequenziali o concorrenti.

Al termine dell'udienza le parti devono precisare le conclusioni.

2.20 **Mediazione**

Nel corso della prima udienza, e in qualsiasi ulteriore stato del processo, il giudice, qualora ne ravvisi l'opportunità e col consenso delle parti, può rinviare il processo per consentire alle parti, avvalendosi di esperti, di tentare una mediazione per raggiungere un accordo. Si applica l'articolo 2.132.

L'esperto è liberamente scelto dalle parti o, su loro richiesta, dal giudice fra gli iscritti all'albo dei mediatori.

2.22 **Controversie semplici e controversie complesse**

Ai fini degli articoli seguenti la semplicità o complessità della controversia è determinata dal giudice in base alla entità e qualità dei fatti controversi, o comunque da provare, e alle esigenze di trattazione.

2.23 **Conclusione della prima udienza: 1) controversie semplici**

Il giudice, se ritiene che la controversia non presenta particolari difficoltà, al termine della prima udienza di

trattazione invita le parti a indicare a pena di decadenza nella stessa udienza i mezzi di prova, ivi compresi i documenti, di cui intendono avvalersi e la relativa prova contraria, e fissa nuova udienza per la assunzione delle prove ritenute ammissibili e rilevanti. Se richiesto da una parte concede termine di dieci giorni per la formulazione della prova contraria.

Chiusa l'istruzione, il giudice invita le parti nella stessa udienza a precisare le conclusioni e discutere oralmente la controversia; quindi pronuncia sentenza con cui definisce il giudizio dando lettura del dispositivo e, ove possibile, anche della concisa motivazione. La motivazione, se non redatta in udienza, deve essere depositata nei quindici giorni successivi.

Su richiesta di una delle parti, il giudice concede alle stesse un termine non superiore a trenta giorni per la redazione di comparse, rinviando la causa, all'udienza immediatamente successiva a tale termine, per la discussione e la pronuncia della sentenza nelle forme del comma precedente.

2.24 Conclusione della prima udienza: 2) controversie complesse

Il giudice, se ritiene che la controversia presenta particolari complessità, al termine della prima udienza, su richiesta di parte, fissa una nuova udienza da tenersi non prima di cinquanta e non dopo sessanta giorni. Quaranta giorni prima della nuova udienza le parti possono depositare comparse contenenti repliche e venti giorni prima possono depositare ulteriori comparse contenenti eventuali controrepliche. Repliche e controrepliche devono essere conseguenza delle domande e delle eccezioni così come formulate ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 2.19.

2.25 Conclusione della prima udienza: 2) controversie complesse; segue: deduzioni istruttorie

Al termine della prima udienza di trattazione o nell'udienza fissata ai sensi dell'articolo precedente, il giudice pronuncia ordinanza nella quale indica i fatti controversi dei quali è necessaria la prova, e invita le parti a effettuare le relative deduzioni istruttorie.

Su richiesta di parte il giudice fissa una nuova udienza da tenersi non prima di cinquanta e non dopo sessanta giorni.

Quaranta giorni prima dell'udienza le parti devono a pena di decadenza produrre i documenti e formulare le richieste di assunzione di prove relative ai fatti già allegati e su quelli secondari anche non allegati che appaiano utili per la dimostrazione dell'esistenza o inesistenza dei primi; venti giorni prima dell'udienza le parti devono a pena di decadenza formulare la prova contraria alle prove articolate dall'altra parte.

Nell'udienza di cui al primo o al secondo comma il giudice ammette con ordinanza le prove ammissibili e rilevanti, ammette eventualmente prove disponibili d'ufficio, e fissa l'udienza per la loro assunzione.