

Vestir un santo para desvestir otro¹: Utilidad versus costos en el proceso cautelar

Omar Sumaria Benavente²
(osumaria@pucp.edu.pe)

“Los juristas son conservadores, bajo pena de dejar ser juristas” (George Ripert, Les forces creatives du droit, París, 1955, p. 1)

Palabras Claves: Tutela Jurisdiccional – Derecho Procesal – Medidas Cautelares– Sistema Procesal - Proceso

Resumen: El presente ensayo pretende, en el marco conceptual de la “Tutela Jurisdiccional” como Sistema, revisar el fundamento tradicional de las medidas cautelares el cual se circunscribe generalmente a reducir el tiempo como “costo del proceso”, sin embargo, no observa que esta situación produce una “utilidad excesiva” para el solicitante de una medida cautelar, con el adelanto de la jurisdicción sin que haya concluido el proceso, lo cual genera una distorsión en el “Sistema de la “Tutela Jurisdiccional”

Contenido

Resumen: 1

¹ Este título hace referencia al artículo publicado por Alfredo Bullard Gonzales “¿Cómo vestir a un santo sin desvestir otro?. La responsabilidad limitada de las sociedades y los accidentes” en Estudios de Análisis Económico del Derecho. ARA, 1996. Lima, en el cual el autor analiza como en un sistema de responsabilidad civil extracontractual que protege la responsabilidad limitada de las sociedades a veces deja desprotegida a la víctima del accidente, dado que hay mayores costos de transacción para la víctima que no se pueden trasladar, e incentivos para las empresas para descapitalizarse e incumplir las obligaciones derivadas de un accidente.

² Abogado. Adjunto de la Coordinación de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario. Programa de Gobernabilidad y Gerencia Política en George Washington University. Profesor de Derecho Procesal en la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, Academia de la Magistratura del Perú, Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima, Academia de Practica Forense del Colegio de Abogados de Lima, Posgrado en Derecho Procesal de la Universidad Central de Venezuela. Socio del Estudio “Cabrejos, Vassallo & Sumaria” Abogados.

Introducción:	2
1. El Sistema de la Tutela Jurisdiccional.....	2
2. Un sistema y dos modelos de procesos	4
3. El tema de las tutelas cautelares en el Sistema de la Tutela Jurisdiccional: La reducción del daño marginal de inducción procesal como presupuesto de la concesión de de una medida cautelar	6
4. El desequilibrio de las medidas cautelares en el Sistema de la Tutela Jurisdiccional: Utilidad versus Costos	9
Conclusiones:	11

Introducción:

La “Tutela Jurisdiccional” es un sistema que se desarrolla como expresión de la relación Estado - Sociedad, el cual debe ser coherente con el sistema político, económico y social que adopta un Estado. Este “Sistema de la Tutela Jurisdiccional” se diseña sobre la base de modelos procesales que deben corresponder a las alternativas políticas para los países de América Latina en el siglo XXI, que se basan sobre el modelo de democracias neo liberales y democracias sociales o participativas,

Pues bien, este Sistema de Tutela Jurisdiccional se convierte en el producto de la interacción de dos bienes, por un lado un bien público cuyo detentador es el Estado, denominado “JURISDICCION” y por otro lado un bien de carácter privado cuyos depositarios son las personas (individuales o jurídicas) denominado “ACCION”. A esta interacción de bienes le denominaremos “SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL”. Teniendo en consideración que cuando la persona (física, jurídica) ejerce el derecho de acción, lo que solicita es “tutela jurisdiccional”, y cuando el Estado aplica jurisdicción como respuesta al ejercicio del derecho de acción, lo que otorga es “tutela jurisdiccional”³

1. El Sistema de la Tutela Jurisdiccional

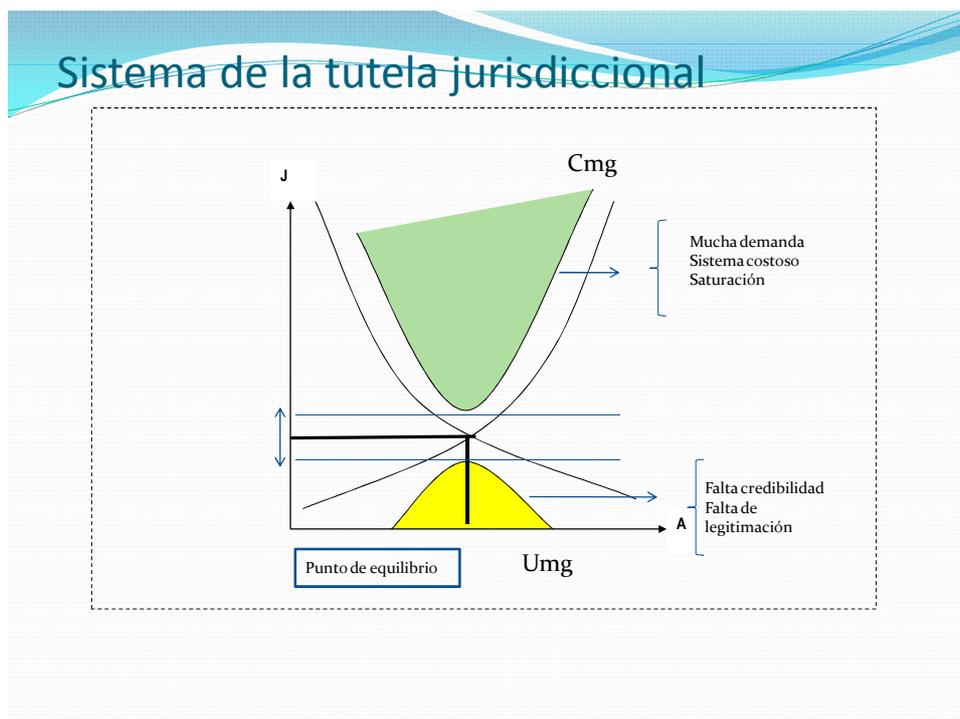
En este Sistema las reglas serían las siguientes:

³ Para profundizar sobre el tema como históricamente se va gestionando este modelo de tutela jurisdiccional desde esta perspectiva ver SUMARIA BENAVENTE, Omar. “El sistema de la tutela jurisdiccional: La disputa por la construcción de un modelo procesal en América Latina”. En “Constitución y Proceso”. ARA, Lima, 2009

- a) A determinada cantidad de ACCION (A) le corresponde una determinada cantidad de JURISDICCION (J), y viceversa, generándose así las curvas de OFERTA de dichos bienes, en un plano de coordenadas XY, es decir, una relación J(A).
- b) El cruce de ellos genera el PUNTO DE EQUILIBRIO, respecto del cual se deben corresponder dichos bienes. El PROCESO es la manera de llegar al punto de equilibrio, (este punto de equilibrio entre acción y jurisdicción algunos habrán identificado con la "JUSTICIA"),
- c) La producción en la zona superior o inferior a este punto de equilibrio corresponde a quien se le va a asignar mayor parte del "esfuerzo procesal"⁴, si las personas (a través del abogado) o el Estado (a través del juez), **y es ahí que corresponde el diseño de un proceso como mecanismo de generación de tutela jurisdiccional, dentro de una determinada política de Estado.**
- d) Sobre este punto se genera la curva del COSTO MARGINAL (Cmg), entendiéndose por ello que el costo total del proceso, suma de costos variables, tiempo, y costos fijos divididos entre cada unidad de producción de cada bien, ante la cantidad adicional que genere o utilizó del otro bien.
- e) Asimismo, debajo del punto del equilibrio esta la zona de UTILIDAD MARGINAL (Umg) para quien detenta el poder o capacidad de acción, notándose que el punto máximo de utilidad (máxima rentabilidad) es el que se encuentra más cercano al "punto de equilibrio"
- f) Debajo y sobre el punto de equilibrio, **y entre el punto más bajo del costo marginal y el punto más alto de la utilidad marginal**, se generan las zonas de producción razonables, ya sea asumiendo parte del costo los propietarios del bien público (Estado) o del bien privado (personas), y que tiene como consecuencia un distinto tipo de diseño procesal.
- g) Encima y por debajo de dichas zonas de PRODUCCIÓN, esta se volvería irracional, ya que por encima del punto más bajo del costo marginal, implicaría generar un bien demasiado costoso y con el respectivo traslado a alguno de los actores (demandante o demandado) de este mercado o por otro lado, por debajo del punto más alto de la utilidad marginal, el proceso no sería útil (rentable) para quien lo postula, generando las siguientes distorsiones:
 - 1) Si es muy alto al punto de equilibrio quiere decir que el Estado otorga mucha JURISDICCION por una cantidad mínima de ACCION, por lo que siendo la JURISDICCION un producto relativamente barato para las personas, estas demandarían demasiado, congestionando y saturando el sistema (Es el caso medidas cautelares o acciones de amparo sin contradicción que obteniendo pronunciamientos provisionales sobre el fondo y las cuales congestionan el órgano jurisdiccional)

⁴ Para revisar con mayor detalle el concepto de asignación de "esfuerzo procesal" ver COOTER, Robert y Tomas Ulen, Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica. México. 1999. Pág. 514

- 2) Si por otro lado, la relación se produce muy por debajo del punto máximo de utilidad, esto significaría que ante mucha ACCION el Estado otorga la misma o poca JURISDICCION, con la consecuente desacreditación del sistema, y desintegración del modelo político y falta de credibilidad y legitimidad, por lo cual el sistema de la Tutela jurisdiccional no sería útil para el actor y derivándose hacia otros mercados alternativos (medios alternativos de solución de conflictos, corrupción, autotutela). Esto es cuando existen procesos excesivamente formalistas, extensos, sin soluciones



2. Un sistema y dos modelos de procesos

Pues bien, en el cuadro anterior se advierte que hay una "ZONA DE PRODUCCION" permitida en la cual pueden interactuar el bien JURISDICCION y el bien ACCION. Sin embargo, como advertimos en el párrafo precedente, que dicha ZONA se encuentre por encima o debajo del "PUNTO DE EQUILIBRIO", la opción de producir hacia arriba o hacia abajo implica que parte del costo del bien lo asuma EL ESTADO (cuando es hacia arriba) o LA PERSONA (cuando es hacia abajo) y esto depende de la opción de POLITICA DE ESTADO que la sociedad pretenda.

En América Latina del siglo XXI, mal se pueden hablar de la construcción de sistemas políticos totalitarios y liberales, sino que estamos hacia la disputa de la construcción de democracias entre el modelo neo liberal y el modelo social o democrático participativo.

La relación Estado - Sociedad define el proyecto político el cual se plasma luego en una política de Estado, y en dichas políticas se encuentra el proceso legal el cual dependiendo de un "Estado Activo"⁵, identificado con un modelo democrático social, tenga un proceso legal como objetivo de implementación de política de Estado, es decir su objetivo es el impacto social, y sobre el se construyen las reglas y principios de su estructura. Por otro lado, en un modelo democrático neo liberal, que corresponde a un "Estado Reactivo" el objetivo del proceso es la resolución de la disputa.

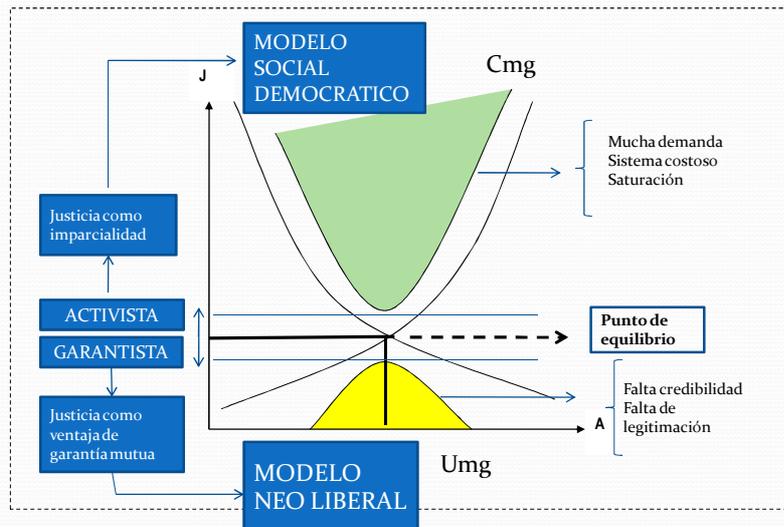
Así tenemos la generación de los siguientes modelos:

- a) En un Modelo neo liberal, se desarrolla un proceso garantista o adversarial, en donde la mayor asignación de esfuerzo procesal corresponde a las partes y responde al principio de justicia como garantía de ventaja mutua. Es decir, se garantiza la máxima utilidad que pueda conseguir el actor a través del proceso. Según este principio, la decisión del Estado debe reflejar la diferencia de poder de negociación de las partes en conflicto, y esto incentiva a las partes a acudir al sistema. Si la decisión no refleja el hecho del poder diferencial de negociación que les correspondería en una situación de acuerdo, tendrían un incentivo para violarlo. Es el autointerés en el motivo para comportarse de manera justa.
- b) En un Modelo Democrático Social – Participativo, se desarrolla un proceso activista o solidario, en donde la asignación de esfuerzo procesal del Estado es mayor, subvencionado "costos" del proceso a las partes, y tiene como sustento el concepto de justicia como principio de imparcialidad. Según este concepto se separa la diferencia del poder de negociación de la justicia. El motivo para un comportamiento justo no es el autointerés, sino un actuar en concordancia con principios que razonablemente no podrían ser rechazados por quienes buscaran un acuerdo con otros bajo condiciones libres de ventajas y desventajas negociadoras⁶

⁵ Los conceptos de Estados "activos" y "reactivos" se pueden revisar mejor en DAMASKA, Mirjan. "Las caras de la justicia y el poder. Análisis comparado del procesal legal". Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2000

⁶ BARRY, Brian. Teorías de la Justicia. Gedisa. Barcelona, 2001, pág 23

Sistema de la tutela jurisdiccional



3. El tema de las tutelas cautelares en el Sistema de la Tutela Jurisdiccional: La reducción del daño marginal de inducción procesal como presupuesto de la concesión de de una medida cautelar

En la actividad jurisdiccional, la cual concluye con el “*accertamento*” o declaración judicial de certeza, y que se realiza a través del proceso, se produce un daño, denominado “*daño marginal de inducción procesal*”, el cual se genera por la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional para satisfacer una pretensión, en razón que esta actividad no es inmediata, debiéndose esperar a la conclusión del mismo, y el tiempo que ello implica, para conocer si se tiene derecho o no a la satisfacción de lo pedido. Al respecto, se procuran respuestas técnicas y dogmáticas para la reducción de este “*daño*”. Las primeras, de origen técnico, tienden a reducir plazos y etapas del proceso, sin embargo, llega un punto de concentración del proceso en el cual ya no se puede reducir más el tiempo, con el peligro de desnaturalizarlo y violar principios fundamentales a este. Es en ese sentido, que las respuestas dogmáticas a la reducción de este daño, versan sobre la posible anticipación de los efectos de una sentencia sin que haya concluido el proceso, siendo este el sustento general de las denominadas “*medidas cautelares*”. Para llegar a este tipo de respuestas, al interior del proceso sucede un conflicto ejecutivo de doble dimensión, cuantitativa y

cualitativa, respondiendo el primero a los intereses en juego de las partes y, en el segundo con relación a los valores que opta el Estado. En la dimensión cuantitativa de este conflicto, esta por un lado el *“interés de una urgencia de satisfacción inmediata”* de parte del demandante, y por otro lado el *“interés de una cognición plena”* antes de afectar su patrimonio de parte del demandado. Asimismo, en la dimensión cualitativa entran en juego los valores que opta el sistema jurisdiccional, estando por un lado el valor *“tempestividad”* en la actuación jurisdiccional frente al valor *“estabilidad”* de la situación jurídica del status quo inicial del proceso. Esta ponderación de intereses y valores que se realiza al interior y en el desarrollo del proceso, es el denominado *“conflicto ejecutivo endo procesal”*.

En el desarrollo de ese conflicto, la ley prevé situaciones en la cuales se pueden adelantar los efectos de una cognición plena, respondiendo cuando el grado de intensidad del *“interés de urgencia”* del demandante prima sobre el grado de intensidad del *“interés de cognición plena”* del demandado. Citando a Italo Andolina, nos indica:

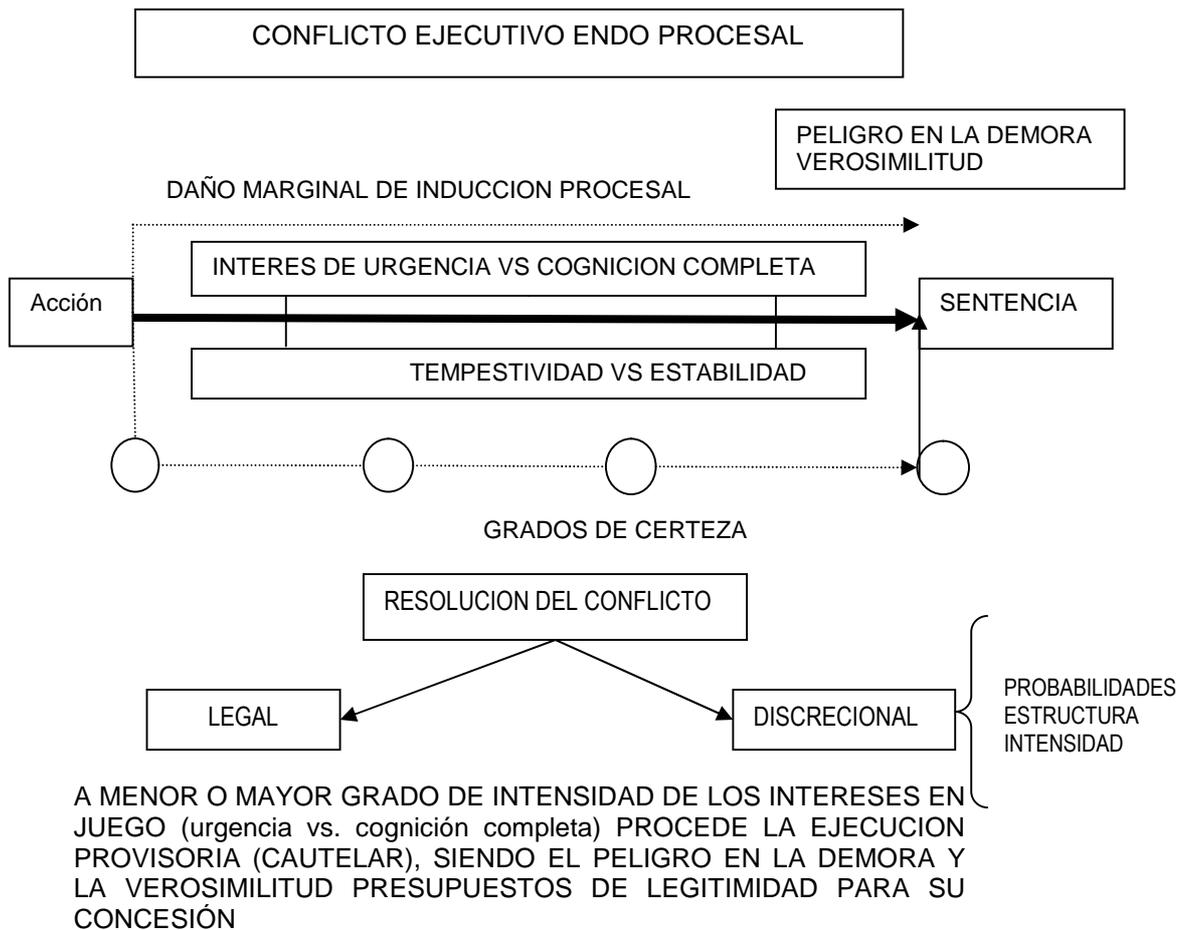
“El calificado fundamento probatorio de la demanda actora, de una parte, y en el peligro en el retardo de la otra, no son en absoluto los motivos que justifican la ejecución provisoria, sino solamente presupuestos de legitimidad en presencia de los cuales el juez puede considerarse provisto del poder discrecional de conocer del conflicto ejecutivo. Esto, es tan cierto que, en presencia de una las indicadas condiciones el no debe, sino simplemente puede conceder la cláusula”

Más adelante el mismo autor añade:

“La solidez de la prueba denota simplemente una particular debilidad del interés en la cognición completa, y consecuentemente hace presumir (pero solamente presumir) que este último es recesivo respecto del interés opuesto del actor; del mismo modo, el peligro en la demora denota simplemente una particular intensidad del interés de urgencia, y consecuentemente hace presumir (pero solamente presumir) que este último es dominante respecto del interés opuesto del demandado. Sin embargo, para que la ejecución provisoria pueda ser concedida es necesario que esta presunción esté concretamente verificada, es necesario, es decir, que el interés de urgencia (como producto de su propia particular intensidad, o a causa de su particular debilidad del interés por una cognición

completa) se demuestre efectivamente predominante respecto del opuesto interés del demandado”⁷

Es dichas circunstancias que la ley permite al juez precisar una ponderación de los intereses opuestos de las partes, con el propósito de llegar a un instituto cautelar, teniendo en consideración el grado de certeza y probabilidad, y los valores adoptados en la legislación.



⁷ ANDOLINA, Italo. "Cognición" y "ejecución forzada" en el sistema de la tutela jurisdiccional. Communitas. Lima, 2008. Pág. 62

4. El desequilibrio de las medidas cautelares en el Sistema de la Tutela Jurisdiccional: Utilidad versus Costos

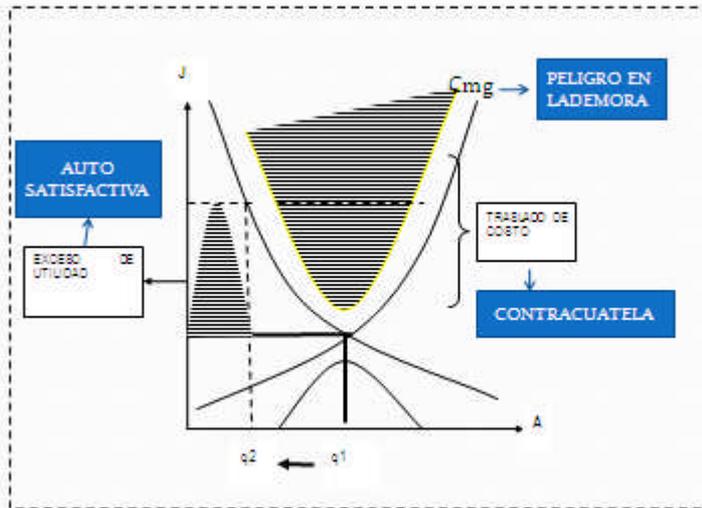
Sin, embargo, la referencia hecha, aunque cierta y correcta, carece a nuestra opinión de un elemento básico, y es que sólo toma el “tiempo del proceso” como fundamento básico para la concesión de una tutela cautelar, y obvia el concepto de la “utilidad” que genera para el solicitante la concesión de la medida. De acuerdo al análisis previamente planteado para el “sistema de la tutela jurisdiccional” se puede desarrollar la siguiente hipótesis:

“Si la acción y jurisdicción estarían en relación en un punto de equilibrio (q1), la tutela cautelar implica un desplazamiento del referido punto equilibrio (q2), en el cual aumentaría la jurisdicción y disminuiría la acción, produciendo un desequilibrio en este sistema”.

Esta hipótesis genera las siguientes consecuencias:

- a) Al producirse la relación J(A), en el punto q2, estaría reduciendo drásticamente los costos marginales del proceso trasladándolos al demandado, quien asumiría el efecto de la tutela sin declaración sobre el fondo, por lo cual se brinda la contracautela como garantía en caso de una desestimación en el proceso de fondo y cumple una función de impuesto o gravamen por el traslado del costo del proceso.
- b) Sin embargo, cuando se revisan los presupuestos básicos para la concesión de una medida cautelar, sólo se verifican con relación a este costo y su traslado, más no observa que la relación J(A) en el punto q2, también genera un exceso de utilidad para el demandante, muy por encima del punto máximo de utilidad marginal del proceso. Sin embargo, este exceso de renta, no se encuentra gravado para la concesión de la medida cautelar.
- c) Siendo ello así, se provoca una “externalidad” que beneficia al demandado sin control por parte del órgano jurisdiccional, lo cual provoca incentivos para este desplazamiento, dado que hay un doble beneficio “traslado de costos” y “excesiva rentabilidad”, y sólo uno de los efectos se encontraría gravado, lo que lleva como consecuencia la reiterada solicitud y concesión de medidas cautelares innecesarias.

Tutela Cautelar



Al ser el proceso una política pública, y haciendo un símil con la teoría económica, pues estaríamos en el caso que sólo se ha gravado el “costo” (gasto), pero no la utilidad (renta) para la concesión de la medida cautelar. Para entender esta paradoja dentro del sistema de la Tutela Jurisdiccional, citamos al tratadista Juan Javier Granados:

“El Derecho romano considera un litigio ante un iudex un contrato privado, litis constitutio. Las partes pactan ante el pretor que cumplirán la sentencia que dicte el iudex. A fin de poder demandar o defenderse judicialmente, las partes deben celebrar una stipulatio ante el pretor. Este nuevo contrato, litis constitutio, operaba la novación de la obligación anterior que había sido la causa de la acción, defensa o reconvencción, sin que importara su naturaleza. Consecuentemente, luego de la litis constitutio la obligación preexistente dejaba de existir. Podría decirse que el sistema procesal romano, bajo la dirección del pretor, operaba como un moderno sistema de arbitraje privado.

En el Derecho romano las partes en litigio tienen facultad para usar medidas autosatisfactivas para ejecutar la sententiae. Amén de constituir un medio para la ejecución de res iudicata, las medidas autosatisfactivas de parte pueden, a su vez, originar otras acciones legales. Cualquier acreedor cuyo reclamo no fuera legalmente exigible y que, sin derecho, puso manos sobre el deudor, manus iniectio, o tomó alguna propiedad del deudor en prenda, pignoris capio, podía ser hecho responsable por el duplo del monto en cuestión, in duplum. Los deudores que eran objeto de reclamos válidos preferían pagar la deuda antes que ir ante el pretor, como explica von Ihering (1968b, bk. 1, ch. 1). En consecuencia, manus iniectio y pignoris capio

son medios privados de autosatisfacción para el cobro de deudas que operan sin intervención de la autoridad curul.

Si el deudor incumple su obligación, el iudex debe calcular el valor que dicho incumplimiento representa para el acreedor. Sin embargo, calcular “quanti ea res est” (Dig. 13.3.4; la expresión corresponde a Bulgarus 2007, Cod. Cod. 2.6.6.) va a ser difícil. En tal caso, el Derecho romano permite que sean las mismas partes las que se pongan de acuerdo de manera privada sobre el monto de la indemnización mediante una stipulatio poenae. La solemnidad de la ceremonia con la que se celebra este contrato verbal anoticia a las partes que se trataba de un contrato legalmente exigible. Además, las stipulationes poenarum sirven también para hacer exigibles prestaciones de difícil ponderación pecuniaria (Zimmermann 1996, p. 97.). Muchos juristas hodiernos pasan por alto aquello que justificaba las stipulatio poenae, que los daños derivados de expectativas incumplidas suelen ser mucho mayores que el monto de la obligación.”⁸

De la cita expuesta, se puede concluir, que en un sistema de tutela jurisdiccional, para que se conceda la tutela cautelar y no provoque desequilibrios, esta tutela debe estar gravada tanto en el “traslado del costo al demandado”, como en el “exceso de utilidad para el demandante”. Así, en el derecho romano, que se convierte en el paradigma del derecho privado, si bien existían las posibilidades de medidas autosatisfactivas, éstas se otorgaban teniendo en consideración que si se solicitaba algo no exigible legalmente, se castigaba al solicitante con el pago del doble de lo solicitado, de esta forma, existía el gravamen por el adelanto de la ejecución, y por la utilidad obtenida, desincentivando medidas cautelares innecesarias o desproporcionales, lo cual va de la mano por cálculo de la indemnización por parte del iudex ante el incumplimiento, lo cual representa un costo variable muy alto (por ser difícil la determinación previa), y tiene como consecuencia, incentivar el cumplimiento, y desincentivar el incumplimiento de obligaciones.

Conclusiones:

- 1) La socialización del derecho, con el efecto en el derecho procesal, producida a partir de los años 60, genera que el proceso al ser una política pública, esta sometida a las demás lineamientos del Estado. En un diseño procesal (proceso activista) de un Estado Activo, pues la finalidad de la medida cautelar es “reducir el costo del

⁸ DEL GRANADO, Juan Javier. “La genialidad del derecho romano, una perspectiva dentro del análisis económico del derecho”, en

http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1048&context=juan_javier_del_granado

proceso" (llegar de forma más rápida al momento de la paz social con justicia), a través del traslado del "costo procesal" al demandado, por lo cual sólo se grava esta actividad, y al no considerar la situación de "exceso de utilidad" que beneficia al demandante con esta tutela, pues genera una "externalidad" no gravada, y resulta un incentivo para este tipo de medida, muchas veces desproporcional.

- 2) En un proceso que tiene como objeto la solución del conflicto (adversarial o competencial) propio de un Estado Reactivo, la tutela cautelar, no debe alterar el principio de garantía de ventaja mutua, por lo tanto, el proceso debe representar el exacto cálculo de poder que tienen los actores. Siendo la tutela cautelar un desplazamiento del punto de equilibrio de $J(A)$ a solicitud del demandante, y produciendo dicha actividad un doble beneficio, "reducción de costos" y "utilidades excesivas", ambas consecuencias deben estar gravadas, dado que lo contrario implicaría medidas cautelares innecesarias o desproporcionales que romperían el equilibrio del proceso.

Finalmente, las razones expuestas, no dejan clara, cual es la mejor alternativa, gravar el costo o la utilidad para la obtención de una tutela cautelar, es decir afectar sólo al demandado, o afectar también al demandante, la cual denota la imperfección del presente trabajo, sin embargo, no se trata de desvestir un santo para vestir otro, sino determinar en ese momento quien es el santo que necesita más ropa, es decir, que la decisión debe ser coherente con el sistema político que adopta el Estado y que tiene implicancias directas en el diseño del proceso legal.