



Roberto O. Berizonce^(*)

Fundamentos y confines de las **tutelas procesales diferenciadas**

“EN VERDAD, LA IDEA DE LA UNIVERSALIDAD DEL PROCESO ORDINARIO ATENTA CONTRA LA NECESIDAD DE TRATAMIENTO ESPECÍFICO DE LAS VARIAS SITUACIONES DE DERECHO MATERIAL. COMO SE HA SEÑALADO, ESA CONCEPCIÓN SE INSPIRA EN LA ILUSIÓN DE LA NEUTRALIDAD DEL PROCESO EN RELACIÓN AL DERECHO MATERIAL, QUE LLEGA A SER CONFUNDIDA CON LA AUTONOMÍA DEL PROCESO. NO CABE ADMITIR, ESPECIALMENTE EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA, QUE EL PROCESO CIVIL VAYAA DESLIGARSE DEL PAPEL QUE EL DERECHO MATERIAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESEMPEÑAN EN LA SOCIEDAD.”

1. El proceso común de cognición y las tutelas diferenciadas

Es bien sabido que en el derecho primitivo y en el derecho romano no se conocía la diversificación de los procesos; todos los conflictos eran decididos mediante un solo y único procedimiento de carácter general. El *solemnis ordo iudicarius*, si bien no excluía los procedimientos extraordinarios, perduró en la legislación de Justiniano y, a través de ésta, en el derecho romano canónico. Es durante la Alta Edad Media cuando aparecen nuevas formas y tipos procedimentales: el llamado proceso sumario indeterminado, simplificado en su trámite, aunque manteniendo la cognición plena y el efecto de cosa juzgada material; y el proceso ejecutivo o sumario determinado, que reduce el conocimiento del juez a los documentos mercantiles (cambial) o a los *documenta garantigia*, para pasar directamente al procedimiento compulsorio. Esas regulaciones y principalmente la *decretal clementina* de 1306 *Saepe si contigit*, vinieron a establecer verdaderas formas de tutela diferenciada que tenían como fundamento y razón de ser la satisfacción de las crecientes necesidades del tráfico mercantil de la época y las profundas transformaciones socio-económicas que de ello se habían derivado⁽¹⁾.

(*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

(1) FAIREN GUILLEN, V. Lo “*sumario*” y lo “*plenario*” en los procesos civiles. Madrid: Centro de Estudios, 2006. pp. 97 y siguientes; PALACIO L., E. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967. Volumen I. p. 84; CARLI, C. *La demanda civil*. La Plata: Lex, 1977. pp. 8-10.



En la ulterior evolución, simplificando obviamente las distintas etapas y sus desarrollos, puede afirmarse que sucesivamente se asistió al fenómeno de la progresiva expansión del catálogo de los derechos que, por razones bien diversas⁽²⁾, venían privilegiados en su tratamiento sustantivo y, como correlato, aunque no siempre con igual grado, la bonificación de su tratamiento procedimental⁽³⁾.

En verdad, la idea de la universalidad del proceso ordinario atenta contra la necesidad de tratamiento específico de las varias situaciones de derecho material. Como se ha señalado, esa concepción se inspira en la ilusión de la neutralidad del proceso en relación al derecho material, que llega a ser confundida con la autonomía del proceso. No cabe admitir, especialmente en el Estado constitucional de justicia, que el proceso civil vaya a desligarse del papel que el derecho material y los derechos fundamentales desempeñan en la sociedad⁽⁴⁾. De ordinario acaece que las específicas técnicas procesales que se aplican para abastecer las diversas situaciones especiales -y que en general se compendian en las restricciones a la cognición plena- se sustentan en comunes razones de celeridad procesal y mejor tratamiento de las causas. Sin embargo, lo que importa verificar en cada hipótesis que se pretende de tratamiento formal privilegiado no es ese dato, pues la rapidez en la definición de los conflictos constituye una exigencia común para todos los casos, sino más bien el fundamento y razón de ser que la justifique. Es necesario saber si la situación de derecho material privilegiada por el legislador es merecedora de tratamiento preferencial

“EL DESAFÍO DE LOS JURISTAS -JUECES, ABOGADOS, DOCTRINARIOS- ESTRIBA EN LA BÚSQUEDA Y LOGRO DE UN RAZONABLE Y PRUDENTE EQUILIBRIO, SIEMPRE DINÁMICO, QUE BALANCEE UNOS Y OTROS, QUE SIN PERDER DE VISTA QUE LA REGLA SIGUE SIENDO EL PROCESO MAYOR QUE ASEGURA LA PLENITUD DEL CONTRADICTORIO Y EL MEJOR RESGUARDO DE LOS DERECHOS”

en concordancia con la tutela de los derechos fundamentales⁽⁵⁾.

Se trata entonces de la búsqueda de un cartabón seguro y objetivo que permita identificar y, de hecho, acotar y restringir, las situaciones -o mejor, los derechos- que merecen -por excepción a la regla de la cognición plena -ser objeto de una tutela diferenciada que se articula mediante específicas técnicas orgánico-funcionales o

- (2) Se trata de equilibrar la situación procesal de las partes cuando una es considerada “débil” (el trabajador, el inquilino, el consumidor o usuario), frente a la otra “fuerte” (el dador de trabajo, el locador, el productor), con fundamento en el principio constitucional de la igualdad. TARZIA, G. *La durata del processo civile e la tutela dei deboli. En Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Prof. E. D. Moniz de Aragão*, Marinoni, Luiz Guilherme. Sao Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006. pp. 127 y siguientes.
- (3) La evolución del proceso civil -sostiene ARRUDA ALVIM- no ocurre desacompañadamente de la del derecho material. Históricamente en el proceso tradicional se “acumulaban” la ausencia de protección por el derecho material y por el procesal. ARRUDA ALVIM. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. Sua evolução ao lado do direito material en Processo civil. Novas tendências. Homenagem as Prof. Humberto Theodoro Junior*. Coordinador: F. Gonzaga Jaime y otros. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. pp. 59 y siguientes, especialmente p. 73).
- (4) PROTO PISANI, A. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Segunda Edición. Nápoli: Jovene, 1996. pp. 5 y siguientes. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria general do processo*. Sao Paulo: Rev. Dos Tribunais, 2006. pp. 378-379. Asimismo: MONROY GALVEZ, Juan. y Juan. MONROY PALACIOS. *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada*. Rev. de Processo (RePro). Sao Paulo: Rev. Dos Tribunais. n.º 109. p. 196 y siguientes.
- (5) MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*; pp. 380-381. *Idem.*; *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*. Traducción de Zela Villegas. Lima: Palestra, 2007. pp. 202 y siguientes; 295 y siguientes. THEODORO JUNIOR, H. *Tutela diferenciada*. En: *Studi di Diritto Processuale Civile in onere di Giuseppe Tarzia*. Milán: Giuffrè, 2005. Volumen III. pp. 2528 y siguientes.



Roberto Berizonce

procesales. Lo que a contrario lleva a ratificar la regla de la universalidad del proceso de cognición plena.

Como ha señalado Proto Pisani⁽⁶⁾, la proliferación de los procesos especiales aun frente a la disfuncionalidad del proceso madre de cognición plena, es siempre un fenómeno inquietante⁽⁷⁾. De ahí la necesidad de encontrar fundamentos claros suficientes que los sustenten y que no pueden ser otros que los que se derivan de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

2. Los derechos fundamentales como sustento de las tutelas diferenciadas

Ha de convenirse que desentrañar cuáles son en cada tiempo y circunstancias los valores y principios que ensalza la Carta Fundamental no es cuestión dogmático-exegética sino principalmente de interpretación judicial⁽⁸⁾. Bajo esa premisa, la Constitución vigente engloba valores, principios y derechos que provienen del texto histórico de 1853-1860 de sesgo liberal-individualista -valores explícitos de la libertad, igualdad, derecho de propiedad en sentido amplio, etcétera, y aún otros implícitos, derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, personalísimos, etcétera- catálogo que se incrementara con las reformas de 1957, que incorporaran los derechos sociales vinculados con el trabajo, la seguridad social, la vivienda digna, etcétera. El tradicional “bloque de constitucionalidad” fue notablemente incrementado;

por último, en 1994, con la consagración del capítulo de los nuevos derechos y garantías, que incluye la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos (artículo 41), la regulación del amparo y otros remedios expeditivos (artículo 43) y, especialmente, con la incorporación de los tratados (artículo 75, numeral 22), como fuente nutriente privilegiada, la imposición del deber de aseguramiento a cargo del Estado (artículo 75, numeral 23), enfáticamente operativo en relación a las situaciones de desventajamiento en que se encuentran determinados sujetos -niños, mujeres, ancianos y discapacitados- entre otras normas. Ha operado desde entonces el denominado fenómeno de la “juridización de la Constitución” que supone la sustancialización de su contenido mediante el denso bloque axiológico, que aglutina valores, principios y derechos en un sistema que tiene como centro a la persona humana en todas sus dimensiones; y sin excluir el reconocimiento no menos implícito de preferencias valorativas a tono con las visiones y sentimientos comunitarios, que encumbran los valores humanos y el genérico derecho humanitario⁽⁹⁾.

Ahora bien, en el vértice de la escala valorativa constitucional se ubica el derecho a la tutela

- (6) PROTO PISANI, Andrea. *I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, Rev. de Processo (RePro). *Op. cit.*; n.º 153, 2007. pp. 78 y siguientes. En Italia, a partir de 1973, se asistió al mal hábito del legislador de introducir un nuevo rito cada vez que se sanciona una importante reforma de derecho sustancial, cuando en verdad los diversos tipos procesales solo se justifican desde el punto de vista técnico en función de la mayor o menor complejidad de las cuestiones que se controvierten. (*Loc. cit.*)
- (7) En el mismo sentido: FAZZALARI, E. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1994. Séptima Edición. pp. 112, 153, 154 y siguientes. Prefiere aludir no a tutelas diferenciadas, sino a procesos “especiales” de cognición plena (pp. 155-170) y de cognición sumaria (pp. 170-178). Más allá de su acierto ortodoxo, esta postura parece insuficiente para comprender plenamente los múltiples fenómenos que examinamos.
- (8) Es necesario que el derecho defina o, al menos considere susceptible de protección determinados bienes, que de ese modo dejen de ser bienes (o realidades) indiferentes al derecho, pasando a ser considerados bienes jurídicos propiamente dichos, en función de un valor axiológico antes no existente o no percibido. Pero aún modificado el derecho material sería inocuo si no existieran instrumentos procesales eficientes (ARRUDA ALVIM. *Op. cit.*; pp. 73-74).
- (9) BAZÁN V. *Dos visiones del derecho ante un reclamo previsional*. En: La Ley, 2006-B. pp. 605 y siguientes. GIL DOMINGUEZ, A. Neoliberalismo formalista. En: La Ley, 2007-B. p. 565. Sobre la evolución sustancialmente igual operada en la Constitución brasileña: ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. Segunda Edición. Sao Paulo: Rev. Dos Tribunais, 2008. pp. 86-87 y siguientes). Históricamente los derechos fundamentales han estado ligados, más o menos íntimamente, a factores que se descubren a partir del valor de la “dignidad humana” (p. 88).



Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas

jurisdiccional efectiva -a eficaz prestación de los servicios de justicia (artículo 114, párrafo tercero, apartado 6 de la Constitución de la Nación, en adelante CN); o la tutela judicial continua y efectiva (artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires - CPBA)- que no solo es un derecho fundamental sino uno de los más trascendentes, por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos. Su contenido integra los genéricamente denominados derechos o garantías fundamentales materiales y formales de la organización y el procedimiento, el *due process iusfundamental*, de naturaleza instrumental y destinado a la realización y aseguramiento de los (demás) derechos fundamentales, a través de la organización y los procedimientos⁽¹⁰⁾. Fenómeno, por otra parte, directamente vinculado con el acceso a la justicia bajo el aspecto de la efectividad de la tutela de ciertos derechos e intereses especialmente vulnerables en las sociedades contemporáneas, como los colectivos en general⁽¹¹⁾.

Precisamente, la operancia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico funcionales y procesales, verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio, adecuadas para la salvaguarda de los derechos, y a los jueces el deber de prestar su protección en los casos concretos⁽¹²⁾. Y ello en el marco del deber genérico de aseguramiento positivo que viene impuesto por la propia Constitución (artículo 75, numeral 23)⁽¹³⁾.

El legislador común fue desarrollando, acumulativamente,

tutelas procesales específicas en función de los valores constitucionales prevalecientes⁽¹⁴⁾. Al resguardo del derecho de propiedad de sesgo liberal individualista responde, verbigracia, las previsiones sobre las diversas acciones petitorias y posesorias y los interdictos regulados en el Código Civil e instrumentados en los ordenamientos procesales como típicas tutelas diferenciadas. En un segmento distinto, y en correlato con el reconocimiento de los derechos sociales vinculados al trabajo y la seguridad social, se instituyeron fueros especializados articulando tipos procesales diferenciados; y más adelante se hizo lo propio en la materia familiar de menores e incapaces. Siguen pendientes las respuestas legislativas para articular técnicas y procedimientos específicos que atiendan, entre otros, los conflictos de pequeñas causas y de vecindad, al igual que un régimen especial que reglamente las singularidades de los procesos colectivos.

Va dicho, entonces, que dentro de nuestro sistema, las tutelas procesales diferenciadas encuentran genéricamente explícito soporte en los preceptos constitucionales aludidos, que habilitan una verdadera justicia “protectora” o “de acompañamiento”⁽¹⁵⁾.

- (10) ALEXY R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tercera reimpresión. Traducción de Garzón Valdés, E. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. pp. 454-459, quien destaca que en la discusión actual sobre derechos fundamentales ninguna idea ha despertado tanto interés como la de la conexión entre derechos fundamentales, organización y procedimiento. Entre nosotros, Gozaini considera que existe un “neoprocesalismo” que tiende a crear un emplazamiento renovado para la disciplina procesal (*El “neoprocesalismo”*, En: *La Ley*, 2005-E. p.1328; también en Buenos Aires: *Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2006. n.º 9. p. 227 y siguientes).
- (11) CAPPELETTI M. *Acceso a la justicia (como programa de reformas y como método de pensamiento)*. La Plata: *Rev. Col. Abog.*, 1981. n.º 41, pp. 153-154. BERIZONCE, R. *Efectivo acceso a la Justicia*. La Plata: LEP, 1987, pp. 5 y siguientes.
- (12) MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. *Op. cit.*; pp. 218-219.
- (13) La textura del precepto evoca los antecedentes del artículo 3 de la Constitución Italiana de 1948 y del artículo 20, párrafo 1 de la Ley Fundamental alemana. BERIZONCE, R. *Op. cit.*; p. 7.
- (14) En realidad, como lo demostrara COUTURE, todos los temas fundamentales del derecho procesal civil solo pueden ser construidos a partir de la Constitución, de ahí que es imposible hablar de una “teoría general del derecho procesal civil” que no parta de la Constitución. SCARPINELLA BUENO, C. *O modelo constitucional do direito processual civil*. En: *Proceso civil. Novas tendencias*. *Op. cit.*; pp. 157-159.
- (15) MORELLO A. M. *La jurisdicción protectora*. J. A., 1986-II, p. 305 y siguientes.; *Ibid.*; *Un nuevo modelo de justicia*. En: *La Ley*, 1986-C, pp. 800 y siguientes.; *Ibid.*; *El proceso justo*. Segunda Edición. Buenos Aires: Lexis Nexis-LEP, 2005. pp. 651 y siguientes.



Roberto Berizonce

3. Técnicas orgánico funcionales y técnicas procesales

Las tutelas diferenciadas se configuran a través de diversas técnicas, sean orgánico funcionales o procesales, que en su conjunto y a menudo acumuladas sirven a la “efectivización” en concreto de los derechos privilegiados.

Entre las primeras, a título solamente enumerativo, piénsese en la institución de fueros especializados -del trabajo y la seguridad social, agrario, de familia- para decidir los conflictos típicos en el marco de ordenamientos procesales específicos, mediante órganos integrados por una magistratura especializada, incluyendo el apoyo de gabinetes multidisciplinarios.

No menos diversas son las técnicas procesales⁽¹⁶⁾ que se utilizan que, ejemplificativamente, y con referencia a las previsiones legales, incluyen entre otras:

- a) Amplificación de los poderes del juez en punto a la ordenación de las causas (determinación del tipo de proceso, artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor 24240, en adelante “LDC”, con las reformas Ley 26361); poderes instructorios oficiosos (procesos laborales y previsionales, de familia y menores e incapaces, ambientales -artículo 32, de la Ley General de Ambiente 25675, en adelante “LGA”-).
- b) Legitimaciones extraordinarias en los procesos colectivos (artículo 52, LDC; artículo 30, LGA).

- c) Acceso irrestricto a la jurisdicción: beneficio de litigar sin gastos *ex lege* (procesos laborales y previsionales; de consumidores y usuarios, artículo 53 LDC; ambientales artículo 32 LGA).
- d) Auspicio de las soluciones autocompuestas: procesos laborales, de familia, de consumidores y usuarios (artículo 54, 59, LDC).
- e) Medidas cautelares y de urgencia oficiosas: artículo 32, LGA.
- f) Acentuación del deber de colaboración de las partes para el esclarecimiento de las cuestiones litigiosas (procesos laborales y previsionales, ambientales- artículo 53, LGA).
- g) Fuerza probatoria de los dictámenes de los organismos administrativos especializados: artículo 33, LGA.
- h) Tutelas anticipatorias y técnicas de sumarización en general⁽¹⁷⁾: alimentos provisionales, interdictos de recobrar, desalojo por intrusión, falta de pago o vencimiento de contrato, estructuras monitorias, resoluciones provisionales susceptibles de ejecución⁽¹⁸⁾.

(16) Barbosa Moreira clasifica las técnicas que se utilizan para acelerar el desenlace de los pleitos aludiendo a aquellas resoluciones tendientes a imprimir mayor rapidez al desarrollo del proceso, que “sumarizan” el procedimiento, y aquellas otras que achican o “sumarizan” la cognición, dejando abierta la revisión de lo decidido. La primera puede derivar de la creación de ritos especiales o de abreviación eventual del propio rito ordinario. En: *Tutela de urgência e efetividade do direito em Temas de Direito Processual, Oitava Série*. Sao Paulo: Saraiva, 2004, pp. 89 y siguientes. Asimismo: BEDAQUE, J. R. dos Santos. *Efetividade do processo e técnica procesal*. Sao Paulo: Malheiros, 2006, pp. 47 y siguientes. Sobre las diversas técnicas que adopta el CGP uruguayo: SIMON L.M. *Formas diferenciadas de tutela en el proceso civil uruguayo*. En: *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*. Montevideo: FCU, 1999. pp. 571 y siguientes.

(17) Las técnicas de agilización del proceso y, especialmente, de anticipación de tutela, ocupan una posición de gran relieve en el marco de las tutelas diferenciadas. THEODORO JUNIOR, H. *Tutela anticipada. Evolução. Visão comparatística*. Rev. de Processo (RePro). Op. cit.; 2008. n.º 157. pp. 130 y siguientes, 145. RICCI E. F. *Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela anticipada*. En: *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Prof. E. D. Moniz de Aragao*. Op. cit.; pp. 259 y siguientes).

(18) En el derecho uruguayo, el CGP perfeccionó las estructuras monitorias de antigua raigambre normativa, incorporando diversos instrumentos diferenciados de tutela, entre ellas, las preventivas, innovadoras y anticipatorias. Especial interés presenta



Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas

- i) Mandatos preventivos e imposición de acciones positivas en el marco del artículo 75 inciso 23 de la CN. (procesos de familia, menores e incapaces, ambientales).
- j) Régimen específico de la cosa juzgada en las acciones colectivas (artículo 54 LDC; artículo 33 LGA).
- k) Régimen específico de ejecución de sentencias colectivas: artículo 54, LDC.

Sin contar con los crecientes avances que por vía de interpretación pretoriana de las aludidas normas, y principalmente de los textos constitucionales y de las convenciones internacionales, enriquecen notablemente el cuadro que se deja expuesto⁽¹⁹⁾. Dejamos su análisis detallado para otra oportunidad.

Mediante la utilización de las técnicas orgánico funcionales y procesales, en definitiva, se persigue como objetivo central asegurar en concreto la tutela de los derechos de linaje preferencial, fundamentales en el escrutinio de la Constitución. Se enfatizan a tales fines, entre otros, los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial, sin trabas ni cortapisas, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento del derecho en lapso razonable, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva (“primacía de la realidad”) consagración en fin del derecho material, cuyo reconocimiento y efectividad, no puede frustrarse por razones puramente formales (instrumentalidad y condena del excesivo rigor formal).

4. Fronteras y confines

El ordenamiento procesal y las decisiones creativas de los

jueces, al jerarquizar cierto tipo de derechos, recogen una escala de valores en consonancia con los que preferencia la comunidad en un tiempo determinado⁽²⁰⁾. A la tradicional tutela privilegiada de la propiedad (interdictos, acciones posesorias, sumarias, etcétera), incluyendo los derechos intelectuales y autorales, o de las relaciones mercantiles (títulos ejecutivos comunes, especiales, etcétera), se suma ahora, en función de las nuevas escalas valorativas, la protección diferenciada de los derechos del trabajo y la seguridad social, y de aquellos personalísimos (a la intimidad, a la dignidad, a la salud, a la no discriminación, a la exclusión de la violencia familiar, a la calidad de vida en general, etcétera); tanto como las situaciones subjetivas de ciertas categorías de personas desventajadas (niños, mujeres, ancianos, discapacitados) y aún, la de los derechos de los consumidores y usuarios, los vinculados con el medio ambiente, el patrimonio cultural y artístico común, los que generan las pequeñas causas, los que derivan de la “coexistencialidad” en general, etcétera.

Las tutelas diferenciadas aun admitiendo su previsible proliferación en el futuro, no deberían, sin embargo, sustituir al procedimiento ordinario. El proceso común, a pesar de su inevitable complejidad y extendida duración, sigue siendo el más adecuado para resolver una masa todavía significativa de las controversias.

la tutela conferida en los procesos de interés social que regula el artículo 350, incluyendo los conflictos familiares (ordinal 2), las pretensiones propias de la materia laboral, agraria y demás de carácter social (ordinal 3), las relativas a menores e incapaces (ordinal 4). En los dos últimos supuestos, el tribunal dispondrá de todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los tribunales del orden penal en la etapa del sumario, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y a los propios del debido proceso legal. Cfr. SIMON L. M. *Op. cit.*; pp. 578-580, 581-584.

- (19) BERIZONCE, R. *Humanización del proceso y la justicia (la efectividad de los derechos sociales)*. En: *Acceso al Derecho Procesal Civil*. Director: A. M. Morello. Buenos Aires: Lajouane-LEP, 2007. Volumen I. pp. 589 y siguientes, especialmente, pp. 599-602.
- (20) Sobre el enfoque metodológico que cuestiona el método tradicional que postula una ciencia “pura” e ideológicamente “neutral”, propiciando la concepción del derecho como fenómeno social y como ciencia sociológico-valorativa. CAPPELLETI M. *Proceso, ideologías, sociedad*. Traducción de S. Sentís Melendo y T. A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974. Introducción; *Ibid.*, *L'accesso a la giustizia e la responsabilità del giurista nella nostra epoca*. En: *Studi in onore di Vittorio Denti*. Padova: Cedam, 1994. Volumen I. p. 265 y siguientes.



Roberto Berizonce

La búsqueda de procedimientos más sencillos y simplificados que permitan decidir con justicia los entuertos en tiempos razonables, es inacabada e inacabable. Al conjuero de la inevitable mutación de los requerimientos, a tono con las nuevas conflictividades y para acompasar los valores superiores irán apareciendo seguramente nuevas tutelas diferenciadas. Sin embargo, un ancho campo todavía quedará reservado a la operatividad del proceso común.

No cabe poner en cuestión la conveniencia de estatuir nuevas tutelas diferenciadas, a condición de establecer de modo concreto los requisitos a los que están subordinadas. Así encauzadas, lejos de significar una criticable deflación del sistema de enjuiciamiento ordinario, suponen por el contrario la utilización de diversas técnicas rendidoras para brindar respuestas adecuadas y puntuales a la conflictividad que involucra derechos fundamentales de las personas⁽²¹⁾.

Por otro lado, es no menos cierto que el mejoramiento y la simplificación del proceso común tendría segura incidencia en el cuadro de los procedimientos específicos. Pero el perfeccionamiento del proceso madre, difícilmente ha de excluir la lógica de la tutela preferente de ciertos derechos y garantías⁽²²⁾.

El esquivo punto de equilibrio, y al mismo tiempo, el límite o confin que demarca el territorio de las tutelas procesales

diferenciadas, no puede ser por naturaleza estático. Su ínsita movilidad, sin embargo, no excluye el intento de perfilar siquiera algunos trazos que puedan servir para aquella delimitación.

En primer lugar, parece claro que en la estimatoria colectiva no cabe cuestionar el tratamiento preferencial que se adjudica a las situaciones subjetivas de contenido y función no patrimonial (derechos de libertad, igualdad, personalísimos, a la vida, a la salud, a la dignidad, de menores e incapaces, etcétera)⁽²³⁾. Y el mismo favor ha de concederse a las cuestiones institucionales que vinculan con la ética pública, la transparencia de los negocios públicos y otras similares.

Diversa es, en cambio, la consideración de las situaciones de contenido patrimonial, de la propiedad y los negocios privados. Sin poner en cuestión el fundamento y la pervivencia de las tutelas tradicionales, procesos y técnicas especiales que tutelan la propiedad y sus atributos⁽²⁴⁾, habrá que colocar en foco ciertos procesos o procedimientos especiales,

(21) Morello describe sintéticamente el fenómeno: las aperturas se manifiestan en rededor de la *tutela urgente* y en las discriminaciones que en torno de ella han de efectuarse en mira de corresponder a las características de los asuntos controvertidos y la necesidad de organizar, a tenor de las peculiaridades de los respectivos objetos, el diseño de los diferentes tipos de técnicas procedimentales que se despliegan en un amplio abanico: "la justicia de protección" (conflictos de familia, de la seguridad social, etcétera); "de las pequeñas causas" (justicia coexistencial, de aproximación o del consenso); la de los "derechos difusos" (medio ambiente), o los procesos de finalidades protegidas (estructuras monitorias), etcétera. *Las relaciones del derecho material con el procesal*. En: *Acceso al Derecho Procesal Civil*. Op. cit.; Volumen I. p. 107.

(22) Como se ha destacado lúcidamente, está trazado por doquier el camino evolutivo que debe conducir a los diversos ordenamientos "a las reformas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional (que se inserta, en último análisis, en la cuestión del acceso a la justicia), desmitificando, cuando sea necesario, los dogmas de la universalidad del procedimiento ordinario de conocimiento, de la sentencia y de la cosa juzgada". PELLEGRINI GRINOVER, A. *Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia*. En: *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*. M. Storme y C. Gómez Lara. México; UNAM, 2005. Volumen I. p. 191.

(23) Para Proto Pisani los tiempos están "maduros" en Italia para introducir para todas esas situaciones de procesos sumarios desligados de cualquier valoración *lato sensu* discrecional, de urgencia o de irreparabilidad del perjuicio, a través de un enganche a los *proveimiento de urgencia*. PROTO PISANI. *I modelli di fase preparatoria*. Op. cit.; p. 84. No es de extrañar, por otra parte, que temas similares comiencen a ser objeto de atención preferente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, GARCÍA RAMÍREZ, S. *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. México: UNAM, 2002. pp. 99-104.

(24) Claro que la tutela procesal de la posesión debe ahora articularse con la función social de la propiedad. De ahí que uno de los presupuestos implícitos de la protección posesoria está constituido por la observancia de la función social de la propiedad,



Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas

que bajo esa denominación pretendidamente aséptica en realidad suelen enmascarar algunos instrumentos que más que al bien común atienden intereses económicos sectoriales, particularmente si se habilitan como títulos ejecutivos especiales los que emanan de documentos creados por acto unilateral del acreedor⁽²⁵⁾. Similar fundamento puede encontrarse en la ley 24.441 y el texto acordado al artículo 598 del Código Procesal Civil de la Nación, de dudosa constitucionalidad en muchos aspectos en confrontación con la garantía de la defensa⁽²⁶⁾.

Habrà que estar en guardia también, en el otro extremo, contra la excesiva laxitud en la interpretación de ciertos conceptos que podría conducir a una desmedida extensión de las tutelas preferentes. Por caso, la consideración de la calidad o *status* genérico de desfavorecido en la posición jurídica, económica o social como sustento de trato procesal privilegiado⁽²⁷⁾.

En dicha categoría bien encajan los menores o incapaces o quienes se encuentran en grave riesgo de subsistencia

o en situación de extrema vulnerabilidad. Empero, se genera la duda de si la protección cabe ser concedida por simples razones de edad avanzada y, en su caso, con cuáles alcances.

Al respecto, resulta de aplicación la enfática previsión ya aludida del artículo 75 inciso 23 de la CN reformada que garantiza la igualdad real de posibilidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. En verdad, la protección no se deriva de un simple cómputo aritmético⁽²⁸⁾, por el hecho de haber alcanzado una determinada edad; no hay un tiempo fijo que ineludiblemente marque el ingreso a la ancianidad⁽²⁹⁾. En todo

cuya demostración se erige en exigencia constitucional, según se ha destacado en la doctrina brasileña. En este sentido, DIDIER JR. F. *A função social da propriedade e a tutela processual da posse*. En: *Rev. de Processo (RePro)*, Op. cit.; 2008. n.º 161. pp. 9 y siguientes.

- (25) No es que esté en cuestión la técnica de los títulos ejecutivos de formación extrajudicial o la del procedimiento monitorio, aptas para la aceleración de los desarrollos litigiosos. (PROTO PISANI, A. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell ordinamento italiano*. Brasilia, 1997. Conferencia pronunciada en el II Congreso Brasileiro de Direito Processual), sino el abuso que pueda hacerse de ello.
- En Brasil se ha llegado a atribuir fuerza ejecutiva a documentos creados por acto unilateral del acreedor. Sirve de ejemplo la llamada "cédula de crédito hipotecario" introducida en 2001, atendiendo a reclamos de las instituciones financieras. La cuestión de la celeridad procesal, como subraya Barbosa Moreira, encubre a menudo luces y sombras desde las perspectivas del deudor desfavorecido. BARBOSA MOREIRA. *La significación social de las reformas procesales*. En: *RDP*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006-1. pp. 443-446).
- Distinto es el supuesto, entre nosotros, del título ejecutivo creado por la ley bonaerense 13829 de 2008, que incorpora los artículos 53 segundo y 53 tercero a la ley 11653, de proceso laboral. Su objetivo legitimante procura asegurar la rápida percepción de salarios debidos hasta un máximo de tres meses, y el título se configura con la intimación fehaciente efectuada por el trabajador y el silencio o negativa genérica del patrono obligado.
- (26) FALCÓN, M. *Código Procesal Civ. y Com. de la Nación*. Buenos Aires: Astrea, 2006. Volumen II. pp. 25 y siguientes, especialmente pp. 534-535.
- (27) La XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Brasilia, 4 al 6 de marzo de 2008) aprobó las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad". Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (sección Segunda, apartado 1).
- (28) En Brasil, la Ley 10173 de 2001 incorporó al CPC los artículos 1211-A, 1211-B y 1211-C estableciendo que los procesos en que figura como parte o interviniente persona con edad igual o superior a los sesenta y cinco años tendrán prioridad en la tramitación de todos los actos y diligencias en cualquier instancia; prioridad que se mantiene ocurrida la muerte del beneficiario. TARZIA, G. *La durata del proceso civil*. Op. cit.; pp. 129 y siguientes.
- (29) "Las edades parecen no tener límites. Se han escapado de sus moldes clásicos y de la idea de que cada una de ella (...)



Roberto Berizonce

caso, será menester considerar en cada supuesto concreto⁽³⁰⁾ si el envejecimiento constituye una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor se encuentre en especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia⁽³¹⁾.

La tipología de los débiles y de las relativas necesidades de protección podría extenderse *ad infinitum* al conjunto de las circunstancias de cada tiempo⁽³²⁾. Pero queda claro que no es posible pensar en la proliferación ilimitada de tutelas especiales, “construyendo” un proceso *ad hoc* para cada ciudadano que venga a encontrarse en alguna de las situaciones genéricamente consideradas de inferioridad⁽³³⁾.

Queda, por último, una cuestión diversa aunque no menos principal, que es la que se suscita cuando se enfrentan situaciones diversas amparadas todas por derechos fundamentales que sustentan contrapuestas tutelas diferenciadas. Por caso, en la tutela anticipatoria, la colisión entre el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y el de igual linaje a la seguridad jurídica⁽³⁴⁾. Cabe en tales supuestos aplicar el criterio que propone propender a la conciliación y armonización de los derechos en conflicto,

mediante una fundamentación racional -un “juicio de ponderación”- atendiendo a la máxima de proporcionalidad⁽³⁵⁾.

5. Conclusiones

El procedimiento ordinario de cognición constituye el modelo ideal imaginado para resolver la generalidad de los conflictos cualquiera fuere la naturaleza del derecho material en crisis. Un prototipo múltiple asentado en la cognición plena, profunda y completa del juez, la rigurosa observancia del contradictorio sin concesiones a su diferimiento, la plenitud de las pruebas, que culmina en la sentencia de mérito con fuerza de cosa juzgada material que abre el camino, tan solo ella, a su ejecución para la efectiva realización del derecho declarado. Desde siempre se ha admitido, sin embargo, la existencia de situaciones que ponen en crisis derechos cualificados en las valoraciones comunitarias prevaletentes, para las cuales por excepción

tiene tiempos fijos y rigurosamente señalados”. MORELLO, A. *Las edades de la persona en el cambiante mundo del derecho*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 97. El corrimiento de sus límites es notorio. Aulio Galio cuenta en las Noches áticas que Servio Tulio, Rey de Roma, estableció en vista del censo, que se es niño hasta los 17 años, que la juventud se extendía hasta los 46; y que a esa edad comenzaba la vejez. (*Op. cit.*; p. 115, con remisión a GRISOLIA, A. *Aspectos jurídicos de la vejez*. Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Cap. VI, n.º 28, 1990.)

- (30) Un dato impresionante se desprende de las estadísticas oficiales que indican que en la ciudad de Buenos Aires la muerte ocurre, en promedio, entre los 78 y 79 años en el barrio de Recoleta; y entre 69 y 71 años en Villa Lugano. REGAZZONI C. J. *Salud al Sur*. En: *La Nación*, con fecha 22 de mayo de 2008, p. 19.
- (31) Reglas de Brasilia, *Op. cit.*; sección segunda, apartado 2. Sostiene Tarzia con razón que resulta muy difícil establecer un privilegio cronológico para determinadas controversias, como se pretende con la ley brasileña aludida, sin definir los criterios de aplicación. Una simple regla de prioridad de tratamiento exigiría otras diversas especificaciones (*Op. cit.*; pp. 132-133).
- (32) Como afirma Chiarloni, existe una vasta y heterogénea tipología de los débiles y de las consecuentes necesidades de protección. Enfermos del cuerpo y del alma, portadores de desventajas, habitantes de ciudades degradadas, drogadictos, detenidos, extranjeros, desterrados, gitanos, homo y transexuales, creyentes de otros cultos, moribundos, disminuidos lingüísticos (*Riflessione minime sulla tutela giuridica dei diritti dei deboli*. Riv. Dir. Proc., 1998. pp. 958 y siguientes.)
- (33) TARZIA G. *Op. cit.*; pp. 128-129.
- (34) CAMARGO MANCUSO, E. *A colisão de direitos fundamentais na antecipação de tutela de efeitos faticamente irreversíveis*. En: *Rev. Autônoma de Processo*. Curitiba: Juria, 2007, n.º 3. pp. 157 y siguientes. Sobre los conceptos de efectividad y seguridad en una perspectiva dinámica, encuadrando los dos valores como derechos fundamentales: ALVARO DE OLIVEIRA C.A. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Rev de Processo (RePro), *Op. cit.*; 2008. n.º 155. pp. 12 y siguientes.
- (35) ALEX Y R. *Op. cit.*; pp. 111-115, 160-161 y siguientes. LORENZETTI R. *Las normas fundamentales de Derecho Privado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1995. pp. 308 y siguientes. SAUX E. I. *Conflicto entre derechos fundamentales*. En: *La Ley*, 2004-B. pp. 1071 y siguientes.



Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas

se habilitan técnicas específicas relativas a la organización funcional de la jurisdicción o ya al propio tipo procesal, que tienden a asegurar en concreto la satisfacción de los derechos materiales en cuestión. Desde la concepción de los clásicos procesos sumarios indeterminados y ejecutivos pasando por las tutelas preferentes concedidas a la propiedad⁽³⁶⁾ incluyendo la científica, técnica e intelectual, hasta el contemporáneo reforzamiento de la operatividad de los derechos no patrimoniales, sociales y colectivos en general.

Con ser exacto que la actual conjugación de factores propios como la mayor complejidad de las relaciones sociales y económicas, junto con la acentuada crisis del íntegro sistema de impartición de justicia, exteriorizada por la exacerbada y lacerante lentitud de los desenlaces, ha conducido a la proliferación de las tutelas diferenciadas⁽³⁷⁾, no lo es menos que tal fenómeno aparece más directamente

vinculado a la estimativa comunitaria de los valores e ideología que abraza la sociedad en una época determinada⁽³⁸⁾.

La confrontación entre un modelo de enjuiciamiento imaginado para abastecer genéricamente todos los entuertos en el marco teórico ideal de la plenitud de las garantías⁽³⁹⁾ y, otros diferenciados y específicos que atienden de modo preferente la realización efectiva de ciertos derechos “privilegiados”, seguirá abierta en continuidad ininterrumpida. Seguramente “nuevos derechos” de sucesivas “generaciones” se sumarán una y otra vez a la puja.

El desafío de los juristas -jueces, abogados, doctrinarios- estriba en la búsqueda y logro de un razonable y prudente equilibrio, siempre dinámico, que balancee unos y otros, que, sin perder de vista que la regla sigue siendo el proceso mayor que asegura la plenitud del contradictorio y el mejor resguardo de los derechos, sepa encontrar los espacios -y pergeñar las técnicas orgánicas y procesales- que posibiliten la tutela en concreto de las situaciones que privilegia la estimatoria general, expresa o implícitamente derivadas de las normas fundamentales.

(36) PROTO PISANI A. *Lezioni di Diritto Processual Civile*. Op. cit.; pp. 6-8.

(37) PELLEGRINI GRINOVERA. *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño*. En: *Proceso civil. Hacia una nueva Justicia civil*. A. de la Oliva Santos y D. I. Palomo Vélez. Santiago: Jur. de Chile, 2007. pp. 658-659.

(38) Las ataduras estructurales de un sistema cientificista y tributario del racionalismo, que glorifique el procedimiento ordinario -como afirma O.B. DA SILVA- han sido ultrapasados por la historia. En las actuales contingencias nuestros jueces se liberan de las amarras del sistema y se tornan magistrados operantes no tan solo diciendo, sino libremente “haciendo”, lo que los demás poderes omitieran hacer. DA SILVA, O. B. *Da função á estrutura*. Rev. de Processo (RePro). Sao Paulo: Rev. Dos Tribunais, 2008. n.º 158. p. 16.

(39) Como expresa T. Arruda Alvim Wambier, siguiendo a Larenz, los vectores orientativos de las valoraciones del juez deben ser extraídos del *ethos* jurídico dominante en la comunidad, cuya fuente de conocimiento, por excelencia, son los principios constitucionales, los artículos de la constitución relativos a los derechos fundamentales (*Recurso especial, recurso extraordinario e ação rescisoria*. Op. cit.; pp. 94-95).