

VERIFICACIÓN DE LOS HECHOS Y CONTRADICTORIO EN LA TUTELA SUMARIA⁽¹⁾

MICHELE TARUFFO

Profesor de Derecho Procesal Comparado y Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavia (Italia).

SUMARIO:

I. El modelo del proceso justo. - II. Tutela sumaria y tutela diferenciada: 1. La tutela causal; 2. La tutela sumaria alternativa. - III. Características de la sumarización: 1. El contradictorio postergado; 2. La apariencia de verdad. - IV. Una tutela sumaria adecuada.

I. EL MODELO DEL PROCESO JUSTO

En años recientes, se ha acentuado en muchos ordenamientos procesales una tendencia que puede ser reconducida a dos aspectos fundamentales.

El primero de estos aspectos concierne a la concepción del proceso como procedimiento dirigido a la verificación de la verdad de los hechos relevantes para una decisión determinada. Históricamente, es una afirmación muy común que la justicia depende de la verificación de la verdad de los hechos en los cuales se funda la controversia. Ello no amerita ponerse en discusión. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que esta concepción de la finalidad del proceso es refutada por muchos; como dice Alvin Goldman sobre el plano epistemológico general, los *veriphobics*¹ son numerosísimos y podemos decir que se les encuentra frecuentemente entre los procesalistas. No obstante, sucede que entre sus finalidades está comprendida también la verificación de la verdad de los hechos de la causa. Considerando el plano filosófico y epistemológico general en donde se va recuperando el valor ético-político y científico de la verdad, existen razones válidas para sostener que la verdad es también un valor procesal, en el sentido que el proceso debe estar dirigido a la consecución de decisiones justas y correctas.

Sería muy difícil, de hecho, aceptar un proceso que esté sistemáticamente orientado a producir decisiones fundadas sobre reconstrucciones falsas de los hechos, o incluso un proceso en el cual se considere irrelevante la eventualidad que los hechos sean reconstruidos de manera equivocada. Por así decirlo, ninguna decisión es correcta si se funda sobre hechos confusos y, por tanto, ningún proceso es correcto si no incluye entre sus propios fines la verificación de la verdad de los mismos. Se puede discutir –pero no es posible hacerlo en esta sede– sobre aquello que se entiende por “verdad” en el contexto del proceso, pero –una vez reconocido que se trata de una verdad relativa fundada sobre las pruebas producidas en juicio– parece obvio que se concluya que el proceso puede y, por tanto, debe, estar orientado a la búsqueda de la verdad. En tal sentido, las posiciones contrarias o de indiferencia respecto del valor de la verdad de los hechos como punto de referencia para la decisión del juez no pueden ser compartidas: la orientación tradicional según la cual no se puede hablar de justicia si es que los hechos no son verificados de modo real amerita ser compartida, debiéndose reformular, en términos epistémicos correctos, el concepto de verdad que se considera válido en el contexto del proceso.

El segundo aspecto que aquí interesa recalcar es que, finalmente, se reconoce en todos los ordenamientos procesales la garantía fundamental de defensa (prevista en todas las constituciones modernas), y se considera que tal garantía encuentra actuación específica en reglas que prevén el contradictorio entre las partes como fundamento de la dinámica procesal, en todas sus fases y en todos sus aspectos.

¹ Traducción del italiano de Aldo Zela Villegas. Título original: *Accertamento dei fatti e contraddittorio nella tutela sommaria*.

[N. del Trad.] Palabra acuñada por Alvin Goldman para calificar a aquellas personas que consideran que ningún tipo de verdad puede ser alcanzada y, por tanto, tienen “fobia” a la verdad.

El contradictorio tiene en realidad una naturaleza doble: de un lado constituye una precisión operativa de la garantía fundamental de defensa, porque es a través del contradictorio que las partes pueden desarrollar sus argumentaciones y su actividad de defensa durante todo el curso del proceso. De otro lado, y por cuanto concierne a la verificación de los hechos sobre la base de las pruebas, ello constituye también una necesaria regla de método: es a través de la dialéctica continua entre las partes (que se actúa con deducciones y refutaciones instructivas, y con la participación activa para la asunción de las pruebas) que se desarrolla un procedimiento de *trial and error* idóneo para asegurar un grado elevado de racionalidad y de control intersubjetivo en la formación y en la adquisición de los elementos que servirán al juez para sustentar su decisión sobre los hechos.

A través de una larga y compleja evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal que ha tomado lugar en la mayor parte de los ordenamientos procesales, ha ido emergiendo un modelo de "proceso justo" (como se le conoce en Italia), grosso modo haciendo referencia a las nociones de *due process of law* y de debido proceso legal, que se van imponiendo como esquema referencial cuando se trata de identificar las modalidades y las características fundamentales de la tutela jurisdiccional de los derechos. La noción de justo proceso, así como otras nociones equivalentes, vienen siendo frecuentemente entendidas como fórmulas sucintas en las cuales se resumen las garantías fundamentales del proceso, sobre todo aquellas que se refieren a derechos de defensa que corresponden a las partes. Sin embargo, ha ido emergiendo una concepción posterior del proceso justo, que naturalmente incluye no solo la referencia a las garantías procesales de las partes, sino que se centra en la conexión funcional entre proceso y decisión: según esta concepción –que personalmente comparto– se tiene un proceso justo cuando el procedimiento está estructurado de modo que se oriente a la consecución de decisiones justas.

En otros términos, no es suficiente que en el proceso se respeten las garantías de defensa de las partes, sino que también es necesario que la decisión final que constituye su resultado pueda ser justa. Esta afirmación es obvia solamente en apariencia: en efecto, esta introduce en el concepto de justicia del proceso una referencia a la calidad de la decisión que no viene siendo tomada en consideración por los teóricos de la *procedural justice* o de la justicia procesal como simple explicación de la autonomía de las partes, y que consideran que para tener un proceso *fair* es suficiente –específicamente– que las partes hayan podido desarrollar su actividad de defensa, pero es del todo irrelevante la calidad de la decisión que deriva de aquella.

En la definición de proceso justo que aquí se acoge, por el contrario, la orientación hacia la formulación de una decisión justa constituye una característica esencial y necesaria para que se pueda hablar de proceso justo. En tanto que para que una decisión se considere justa es necesario (aunque, obviamente, no suficiente) que se fundamente sobre una verificación real de los hechos de la causa, el proceso puede considerarse justo solamente cuando esté dirigido a consentir la búsqueda y la reconstrucción de la verdad de los hechos.

La tendencia que va claramente emergiendo en la experiencia de los sistemas procesales, desde el punto de vista evolutivo, parecen entonces converger hacia un modelo general de proceso que es justo, debido o *due*, en cuanto presenta dos aspectos estructurales necesarios: realización plena y sin límites de los derechos procesales de las partes, asegurando el contradictorio en cada fase del procedimiento, y destinado a alcanzar decisiones que puedan considerarse justas en cuanto fundadas sobre la verificación de la verdad de los hechos de la causa. En realidad, es al verificarse estas condiciones que se encuentra el fundamento de la tutela jurisdiccional de los derechos.

II. TUTELA SUMARIA Y TUTELA DIFERENCIADA

Mientras surge y se afirma el modelo ideal del proceso justo en los términos que sucintamente han sido mencionados, en todos los ordenamientos procesales toma cuerpo y se difunde también la tendencia que consiste en relacionar a las formas procesales típicas de tutela ordinaria con otros tipos de procedimientos, que en diversos casos presentan características muy variadas, pero que pueden ser reconducidas a la categoría general de tutela sumaria.

En realidad, la tutela sumaria tiene una historia muy larga, que comienza al menos con la Epístola Papal *Saepe Contingit* de 1306; en adición, las formas de tutela sumaria están previstas de distintos modos en todas las codificaciones procesales del siglo XIX. No es un buen ejemplo el código italiano de 1865, que regula un procedimiento ordinario, llamado "formal", que es muy largo, complejo y formalista, sin embargo, conoce también un procedimiento "sumario". Este procedimiento es muy simple y menos formalista, y su aplicación es limitada a algunas materias consideradas de menor importancia. También los códigos procesales actuales incluyen frecuentemente la regulación de uno o más procedimientos sumarios, que se aplican a materias particulares y a controversias de valor o de importancia limitada. Entonces, el recurso a numerosas formas de tutela sumaria constituye una especie de constante en la historia de todos los ordenamientos procesales, en base al criterio por el cual el procedimiento ordinario, más lento y complicado, corresponde a las controversias características de una mayor importancia y del hecho de no comprender materias "especiales", mientras el rito sumario estaría destinado a ser aplicado, de manera excepcional, a controversias que no requieran o no "ameriten" el despliegue de mecanismos procesales particularmente complejos.

En esta perspectiva históricamente destacada pero confusa en todos los sistemas procesales, la tutela sumaria parece destinada a desarrollar un rol de relevancia secundaria, mientras el procedimiento ordinario aparece como el sistema procesal propenso a aplicarse a cualquier controversia. Aquello que aún constituye una novedad, y se acentúa de modo particular en los últimos años, es que la tutela sumaria ha dejado de ser vista como un fenómeno secundario o marginal en el sistema de la tutela jurisdiccional, y tiende a ser considerada como una verdadera y propia alternativa al procedimiento ordinario.

La razón fundamental de este cambio es evidente, y consiste en la disfunción que —en muchos ordenamientos procesales— ataca siempre profundamente el funcionamiento del procedimiento ordinario. No obstante este no es un fenómeno particularmente reciente: en Italia hay una ley de 1901 que generalizó la aplicación del rito sumario previsto en el Código de 1865, con la intención de remediar los defectos, en términos de tardanza, complicaciones y costos, que caracterizan el rito formal, dirigido a aquel momento considerado como ordinario. El remedio fracasó y la justicia civil continúa siendo excesivamente lenta y complicada; sin embargo, la ley de 1901 constituye un claro ejemplo de como la tutela sumaria comienza a ser pensada como una alternativa a la tutela ordinaria y ya no como un remedio secundario para controversias muy particulares.

Esta tendencia encuentra ulteriores manifestaciones en los años sucesivos del siglo XX: es claro ejemplo de ello la introducción de procedimientos de injunción¹ o monitorio. Estos son configurados de distintos modos (en tal sentido, se distingue, por ejemplo, entre procedimiento monitorio documental y no documental según sea requerida o no una prueba escrita del crédito que se busca tutelar con éste), pero el elemento constante en los diversos procedimientos de tipo injuntivo consiste, de un lado, en su carácter sumario y, de otro lado, en la circunstancia que son previstos para la tutela de particulares situaciones jurídicas, como aquellas que consisten en

¹ [N. del Trad.] El proceso de injunción o "ingiunzione", en Italia, es un proceso sumario intermedio entre el proceso de cognición y el proceso de ejecución.

créditos cuya satisfacción —se dice— requiere resoluciones que deben ser pronunciadas con formas procedimentales fuertemente simplificadas y en plazos breves.

A partir de los años posteriores a la Segunda Guerra, en muchos ordenamientos, la crisis del procedimiento ordinario, y la incapacidad del legislador de procurar una tutela rápida y eficaz a los derechos de los ciudadanos, se vuelve cada vez más evidente. La crisis es, entonces, muy grave en cuanto las Constituciones posteriores a la guerra (por ejemplo, el artículo 24 de la Constitución italiana de 1948)¹ prevén la garantía de una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos, e imponen la adopción de instrumentos procesales que estén en capacidad de concretizar esta garantía.

La crisis de la justicia civil ordinaria produce respuestas diversas, en épocas distintas. En cualquier caso, en los años 70, se alcanzan reformas profundas del procedimiento ordinario dirigidas a mejorar la eficiencia y la funcionalidad. De ello son ejemplo el *Code de Procédure Civile* francés de 1977 y la *Beschleunigungsnovelle* alemana del mismo año. En otros casos se alcanzan reformas profundas del proceso civil, pero mucho más tarde, como en el caso de la Ley de enjuiciamiento española del 2000. Por su parte, en Italia varias tentativas de reformas generales del proceso civil fracasaron, e incluso algunas reformas parciales del procedimiento ordinario (pero ya en los años 90) no llegaron a mejorar la situación de modo significativo.

Hay todavía casos en los cuales la necesidad social de brindar una tutela procesal rápida y eficiente para particulares situaciones sustanciales lleva a introducir reformas que sí, por un lado, no tocan al procedimiento ordinario, por otro lado, introducen procedimientos "especiales", estructurados de un modo muy simple y capaz de alcanzar una decisión de fondo en plazos muy rápidos. En algunos casos, se trata de procedimientos especiales —en tanto son sustancialmente distintos del procedimiento ordinario— pero que no son sumarios. El ejemplo principal es el que se presenta en el proceso sobre materia laboral, que en Italia ha sido introducido con una Ley de 1973 (pero que en años posteriores ha sido extendido a otras importantes materias, como las relaciones de locación), y en España con una Ley de 1989. Estos procedimientos son "especiales" porque se aplican a materias particulares y son estructuralmente distintos del rito ordinario (la doctrina italiana habla al respecto de "tutela diferenciada"), pero no son sumarios porque, de un lado, en estos se prevé la completa actuación del principio del contradictorio y, del otro, se prevé que la decisión final esté fundada sobre la adquisición y valoración de todas las pruebas relevantes para establecer la verdad de los hechos. Aunque cambiando las formas del procedimiento, se trata siempre de procesos de cognición plena, en los cuales la controversia es decidida sobre presupuestos sustancialmente no distintos de aquellos que sirven en la cognición ordinaria. Se puede entonces sostener que también estos tipos de procedimiento corresponden al modelo ideal del proceso justo del que se ha hablado al inicio. En adición, se puede decir que esto corresponde a lo que directamente sucede en la mayor parte de los procedimientos ordinarios, en tanto que la actuación de las garantías de defensa y la verificación de los hechos en base a las pruebas implican también la importante ventaja de la mayor funcionalidad y rapidez del proceso.

1. La tutela cautelar

Otra consecuencia muy relevante de la crisis del proceso ordinario de cognición, motivado por fuertes exigencias prácticas, consiste en el recurso siempre más frecuente e intenso a las medidas cautelares. Si bien se tratan típicamente de resoluciones fundadas sobre una cognición sumaria de

¹ [Pl. del Trad.] Constitución de la República italiana: Artículo 24: "Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos.

La defensa constituye un derecho inalienable en todos los estados y etapas del procedimiento.

Se garantiza a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para defenderse y defenderse ante cualquier jurisdicción.

La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales."

los presupuestos de hecho y de derecho que la ley requiere para su expedición, de los cuales no es posible ocuparse aquí en profundidad, tratándose de un sector extremadamente complicado en el cual se mezclan numerosos instrumentos de tutela. Sin embargo, vale la pena señalar sucintamente un fenómeno muy relevante.

En cierto sentido, la sumarización de la cognición cautelar ha sido siempre justificada por el hecho de que las resoluciones sobre el particular no eran idóneas para producir efectos definitivos (específicamente, los efectos de la cosa juzgada), y que se suponía que, en todos los casos, intervendría una fase de cognición plena en el curso del posterior proceso principal. En base a la clásica definición de tutela cautelar como medio de lucha contra el tiempo de la ley procesal, se sostenía que esta era instrumental respecto de la tutela de cognición y que, por tanto, era concebida como una fase necesaria del procedimiento. En consecuencia, la instauración del proceso principal constituía una condición para que no cesen los efectos de la resolución cautelar. Incluso se ha llegado a pensar que las cosas fueron siempre así y que, por tanto, la tutela cautelar es intrínsecamente provisional, con efectos limitados y destinados a tener una duración temporal y sustancialmente breve, sosteniéndose también que era tolerable la sumarización, y la frecuente superficialidad, de la cognición que daba lugar al pronunciamiento de tales resoluciones. En cierto sentido, se sostenía que tal sumarización estaba compensada por la provisionalidad de los efectos de la medida cautelar, de la imposibilidad que sobre ella se formase la cosa juzgada, y de la necesidad que a ella le suceda la tutela de cognición plena.

En realidad, en muchos ordenamientos, la experiencia muestra que las cosas no han sido propiamente así, y en muchos casos relevantes la situación es de hecho distinta. De un lado, incluso ahí donde la instrumentalidad de la tutela cautelar no ha venido a menos, los extensos plazos de la cognición ordinaria hacen que los efectos de las medidas cautelares, siendo en principio provisionales y temporales, acaban, en realidad, subsistiendo por mucho tiempo, a veces durante años, y, por tanto, constituyen *de facto*, si no *de iure*, una solución bastante estable de la controversia. Esto ha hecho que la cognición cautelar se vuelva, en la práctica, siempre menos sumaria y, por tanto, siempre más compleja. Si las partes y el juez saben que la resolución cautelar terminará realizando una orden prácticamente casidefinitiva de los intereses en juego, buscarán alcanzar una decisión que sea menos sumaria y lo menos superficial posible: el contradictorio y la instrucción probatoria del rito cautelar acabarán siendo sustancialmente equivalentes a los del proceso de cognición, y la resolución cautelar acabará siendo anticipatoria respecto de la futura sentencia, realizando sus efectos. Entonces, el proceso de cognición que tendrá lugar posteriormente, será en los hechos una especie de repetición, bastante formal y complicada, de aquello que ya ha acaecido en el procedimiento cautelar.

De otro lado, reformas recientes de las medidas cautelares han eliminado en algún caso la instrumentalidad, volviéndolas autónomas e independientes respecto del procedimiento de cognición. El ejemplo más evidente es el del *référé* francés y recientemente, como consecuencia de la reforma del 2005, de las resoluciones de urgencia previstas en el artículo 700 del Código de Procedimientos Civiles italiano y de otras resoluciones anticipatorias. Como ha mostrado en particular la experiencia francesa, si la concesión de la medida cautelar no implica necesariamente la instauración de un procedimiento de cognición, la resolución cautelar constituye una solución prácticamente definitiva (*de facto*, si es que no *de iure*, porque las partes podrían siempre iniciar un proceso sobre el fondo) de la controversia. El caso más interesante de esta experiencia está constituido por el *référé* provision, que se distingue de la sentencia solo porque no es idóneo para producir efectos de cosa juzgada.

2. La tutela sumaria alternativa

La tutela cautelar viene por tanto a configurarse, de modo más o menos explícito, como una suerte de alternativa práctica a la tutela ordinaria de cognición. No obstante, el caso de la

transformación de la función de la tutela cautelar no es el único fenómeno de este género: de hecho, falta tomar en consideración la multiplicidad de las situaciones en que el mismo legislador es llamado a prever que la tutela ordinaria puede o debe ser sustituida por aquellas formas de tutela sumaria, la cual por tanto se vuelve una verdadera y propia alternativa de iure a la justicia ordinaria.

La primera hipótesis se verifica cuando las formas de tutela sumaria concurren con la tutela ordinaria, en el sentido que la ley consiente a las partes escoger la vía de la tutela sumaria en lugar de aquella del proceso ordinario: es, por ejemplo, el caso del procedimiento de inyunción, dado que el acreedor que estaría legitimado para su uso podría, en cualquier caso, optar por un procedimiento ordinario. Se trata, en realidad, de una hipótesis poco menos que teórica, dado que los plazos de la justicia ordinaria son incomparablemente más largos que aquellos de la tutela sumaria, por tanto, es muy improbable que el acreedor decida no servirse del instrumento más rápido y eficiente.

La segunda hipótesis se verifica cuando el legislador, para determinadas materias, prevé solamente formas de tutela sumaria, previendo que ella sea el único instrumento disponible para hacer valer un derecho en juicio. El elenco de las situaciones en las cuales se verifica este hecho es largo y variado en todos los ordenamientos, y no vale la pena entrar en detalles. Basta pensar en la misma categoría de los procedimientos denominados de jurisdicción voluntaria, o bien en los procedimientos "in camera di consiglio"⁴ del ordenamiento italiano, para tener otros ejemplos de procedimientos sumarios que vienen siendo usados para tutelar situaciones que implican derechos subjetivos de una o más partes.

De este modo, se forma un problema que requiere algunas consideraciones, y que pueden ser formuladas en estos términos: si es verdad que existe un fuerte estímulo, determinado por la ineficiencia de la tutela ordinaria, al recurrir a formas de tutela sumaria, ¿hasta qué punto este fenómeno es tolerable? Es decir: ¿ante qué condiciones se puede sostener que ello es compatible con los principios que definen el modelo ideal de proceso justo que se ha delineado anteriormente? Es evidente que el problema es razonable en cuanto aquí se está hablando de la tutela *jurisdiccional* de los derechos, que es propiamente la garantía en función de la cual este modelo viene siendo delineado, incluso también sobre la base de las garantías fundamentales del proceso.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA SUMARIZACIÓN

El problema que se ha formulado surge tanto a propósito de las formas de cognición sumaria de fondo, como a propósito de la cognición sumaria que tiene lugar en el ámbito de la tutela cautelar, dado que también en estos casos —como se ha visto— se alcanza frecuentemente una solución concreta, y de hecho definitiva, de la controversia. No obstante, si se piensa en las medidas cautelares, se puede hacer hipótesis que la tutela jurisdiccional tenga lugar en su forma más plena en el eventual proceso principal que puede seguir a la expedición de la medida cautelar (con la consecuencia que, en este caso, el problema de la adecuación de la tutela puede aparecer en alguna medida menos relevante).

Por el contrario, ello se pone en evidencia cuando se piensa en las formas de tutela sumaria no cautelar, es decir, aquellos procedimientos sumarios que concluyen con el pronunciamiento de una resolución sobre el fondo. En estos casos, en realidad, la tutela sumaria no es preliminar respecto

⁴ [N. del Trad.] Los llamados procedimientos "in Camera di Consiglio" (también llamados tutela "Camerale") o, literalmente, "in Cámara de Consejo" en el ordenamiento italiano son aquellos que resuelve el consejo del órgano jurisdiccional colegiado competente para resolver el caso mediante un procedimiento extremadamente simplificado en el que no hay lugar a audiencias públicas, desarrollándose simplemente "dentro de las paredes del despacho judicial" (para usar una expresión de Radetti). Entre básicamente son asimilables a lo que nuestro Código Procesal Civil denomina "procesos no contenciosos", sin embargo existen también otras pocas materias contenciosas que son resueltas "in Cámara de Consejo", de ahí que no pueda hacerse una traducción literal del término.

de la tutela de cognición, sino que constituye ella misma la tutela de cognición, sustituyéndose en aquello que podría ser un procedimiento ordinario.

Con particular referencia a estas hipótesis, se debe aclarar sobre todo cuales pueden ser las características de la tutela sumaria que la diferencian de la tutela ordinaria. En este contexto, existe una vastísima literatura que aquí no puede ser tomada en consideración adecuadamente. Sin embargo, con un esfuerzo de generalización y de simplificación se puede identificar tres aspectos principales en función de los cuales se define un procedimiento sumario:

- Un procedimiento es sumario si se prevé que la resolución sobre el fondo sea expedida sin que se actúe el contradictorio preventivo entre las partes. Existen varios ejemplos en distintos ordenamientos, pero el caso más notorio es el del procedimiento de inyunción, en que una resolución de condena a favor del acreedor ha sido expedida sin la presencia del deudor demandado. En tal caso se requiere, sin embargo, que el actor esté dotado de una prueba (habitualmente una prueba escrita) del hecho que expone como fundamento de su demanda, es decir, del crédito cuyo cumplimiento se solicita.
- Un procedimiento puede desarrollarse en contradictorio entre las partes, pero sin que haya una verdadera y propia fase instructiva, y, por tanto, sin que haya una verificación efectiva de la verdad de los hechos de la causa. De este tipo de procedimiento existen varios ejemplos: así –como parece que sucede en el procedimiento sumario introducido recientemente en Italia en materia societaria– tienen en común la circunstancia que la decisión del juez se fundamenta en la “verosimilitud” de los hechos alegados, pero no sobre la prueba de la efectiva existencia de tales hechos.
- Finalmente, un procedimiento puede ser sumario si está ausente tanto el contradictorio entre las partes, como una efectiva verificación probatoria de los hechos en que se fundamenta la controversia. También de este tipo de procedimiento existen numerosos ejemplos, pero el más notorio es tal vez el *Mahnverfahren* alemán, en que la resolución de condena es expedida sin contradictorio entre las partes y sobre la sola base de la narración de los hechos hecha por el actor. Partiendo de esta categoría también el *judgment by request* inglés, cuya resolución es dictada automáticamente, sin contradictorio y sin examen relativo al tema de fondo de la demanda y, por tanto, sin ningún juicio sobre los hechos.

Las razones por las cuales los legisladores procesales introducen una u otra forma de procedimiento sumario son varias, pero sobresalen sustancialmente la exigencia de evitar las complicaciones y los costos del procedimiento ordinario, en particular cuando se sostiene preeminentemente sobre cualquier otra consideración la necesidad de consentir que quien se afirma titular de un derecho (especialmente si se trata del derecho al pago de una suma de dinero o de la entrega de cosas determinadas) pueda procurarse rápidamente una resolución, posiblemente ejecutiva, que le consienta obtener sin demora la satisfacción de tal derecho. En muchos casos, la intervención del juez acaba siendo limitada a poco más que a la verificación formal de la regularidad del requerimiento formulado por el pretendido acreedor; asimismo, en muchos casos, la valoración que el juez debe cumplir es superficial y concierne no más que a la apariencia de la credibilidad de aquello que las partes afirman. He aquí, por tanto, que la finalidad consistente en conceder una tutela rápida e informal a ciertos tipos de acreedores o a ciertos tipos de situaciones jurídicas viene siendo considerada una razón suficiente para sacrificar, de vez en cuando, el contradictorio, la verificación real de los hechos, o ambas cosas.

Estas exigencias y esta finalidad pueden ser, en muchos casos, apreciadas positivamente: puede decirse, en realidad, que algunos sujetos o situaciones jurídicas particulares tienen efectivamente necesidad de una tutela especialmente rápida que el procedimiento ordinario de cognición no está

en capacidad de alcanzar. Al respecto, se podría discutir las elecciones de los legisladores en cuanto a la identificación de los sujetos o de las situaciones jurídicas que —por así decirlo— ameritan este tratamiento de privilegio, mientras otros sujetos y otras situaciones permanecen abandonadas a la infeliz suerte del rito ordinario. Este, sin embargo, es un tema que no puede ser profundizado en esta sede, y que concierne a decisiones de política del derecho que vienen cumpliendo diversos legisladores procesales. No obstante, es aún lícito preguntarse cómo y en qué medida estas decisiones pueden conciliarse con los principios de garantía que se reconocen —como se ha dicho precedentemente— como características esenciales y necesarias de la tutela jurisdiccional de los derechos.

Al respecto, se puede alcanzar una perspectiva crítica no privada de significado a través de la confrontación entre estos principios y las modalidades con que vienen siendo reguladas diversas formas de tutela sumaria. De tal confrontación surge, sobre todo, un punto fundamental: la tutela sumaria representa siempre, y —diré— por definición, un *minus* respecto de la tutela ordinaria pensada según el modelo ideal del justo proceso. En tanto se trata de un *minus*, surgen algunos problemas respecto de los cuales vale la pena detenerse, aunque sea rápidamente.

El primer problema es que entre la tutela ordinaria y la tutela sumaria no se puede consentir una hipótesis por la cual ambas mantengan una relación de equivalencia o de correspondencia funcional, al punto que sea indiferente escoger una u otra, o sustituir la primera con la segunda. Muchos legisladores parecen pensar de este modo, pero se trata de un razonamiento errado. Si se parte de la premisa que en un determinado ordenamiento (o en todos los ordenamientos) existe un modelo ideal de tutela que se fundamenta en la actuación de las garantías fundamentales del proceso justo, no es posible poner sobre el mismo plano tipos de procedimiento que, por una razón o por otra, no presentan todas las características esenciales de este proceso, y que —en particular— presentan un déficit más o menos grave a nivel de la actuación de las garantías fundamentales. Si se piensa en un tipo de tutela que no presenta las características fundamentales del justo proceso, se está pensando en cualquier cosa que está en *contraposición* con el modelo del proceso justo, y que —no correspondiendo a este modelo— de ningún modo puede considerarse como un equivalente funcional de este: no puede sino tratarse de un tipo de tutela distinta en cuanto carecen de las garantías que se consideran esenciales para que se pueda hablar de tutela jurisdiccional de los derechos, y, por tanto, de un nivel natamente inferior. Si, entonces, se trata de procedimientos que carecen de las garantías fundamentales, surge la duda sobre si estos son o no aceptables en sistemas que, sobre el plano constitucional, reconocen estas garantías.

Si se llevara este argumento al extremo, se debería también concluir que las formas de tutela sumaria, precisamente porque no están acordes al modelo constitucional de la tutela jurisdiccional, deberían ser eliminadas. A quien objetase que de tal manera que no se tutelaría de modo efectivo determinados derechos, se podría responder que un buen proceso ordinario puede alcanzar una tutela suficientemente rápida, de modo que no sea necesaria la tutela sumaria, sino solo en vía cautelar. El remedio, entonces, no estaría en introducir o en multiplicar formas de tutela sumaria, sino en volver eficiente al proceso ordinario.

Si no se acoga una posición así de extrema, sería entonces necesario reconocer que la tutela sumaria implica derogación y excepción respecto del modelo constitucional del proceso justo. Por tanto: las derogaciones y excepciones no pueden ser consideradas como equivalentes respecto de la regla de la cual se apartan. Ellas deben ser consideradas como derogaciones y excepciones: en cuanto tales deberían ser reducidas al mínimo, deberían ser configuradas en términos limitados y restrictivos, y su introducción debería estar fundada en razones particularmente fuertes. Se trataría, en realidad, de justificar la introducción de excepciones a un modelo constitucional de tutela, es decir, de justificar el sacrificio de principios que, por el contrario, son considerados fundamentales. Es lícito dudar que tal justificación “fuerte” pueda ser encontrada en la oportunidad de poner a determinados

acreedores en posición de ventaja respecto de otros acreedores, y sobre todo respecto de sus deudores. Esta oportunidad corresponde a una exigencia práctica no privada de importancia, pero es lícito preguntarse cuándo y dentro de qué límites esta exigencia práctica justifica la violación de las garantías fundamentales del proceso.

1. El contradictorio postergado

Una versión para ciertos aspectos "atenuada" de las garantías viene siendo invocada frecuentemente a fin de justificar procedimientos cuya sumarización depende esencialmente de la falta de contradictorio preventivo entre las partes. Habitualmente, en realidad, estos procedimientos no excluyen de modo absoluto la posibilidad que el demandado haga valer sus argumentos, pero ubican esta posibilidad en un momento posterior a la expedición de la resolución, y la hacen depender de la voluntad del demandado. Se habla, entonces, de contradictorio postergado cuanto se prevé que el demandado pueda defenderse solamente después que ha sido pronunciada la condena en su contra. Se llega, por tanto, a decir que, de este modo, no se viola la garantía constitucional de defensa, porque el demandado tiene aún la posibilidad de defenderse, si quiere hacerlo. En consecuencia, los procedimientos como la injunción italiana (en los cuales el deudor injuntivo puede hacer valer sus argumentos de defensa en un proceso de oposición al decreto pronunciado en su contra) no estarían en contraposición con las garantías fundamentales que se desarrollan según las reglas del proceso ordinario.

Al respecto se puede concordar en el hecho que no hay una violación absoluta de la garantía de defensa, dado que esta es, de cualquier modo, siempre posible: el problema es establecer si es tolerable una "reducción" de la actuación de esta garantía que consiste en la exclusión de la eventualidad que el pretendido deudor proponga cualquier excepción dirigida a paralizar lo solicitado por el supuesto acreedor, en vez de que la resolución sea pronunciada en confrontación entre las partes. Si la garantía de defensa fuese dworkinamente "tomada en serio" se podría fundadamente dudar de la aceptabilidad de un procedimiento en que el deudor ha sido condenado aún antes de saber que se ha iniciado un procedimiento contra él. Incluso no parece ser una solución el argumento adicional que ciertas veces ha sido usado, según el cual las actividades de defensa dependen de la disponibilidad de las partes, en tanto no es nada extraño hacer depender la instauración del contradictorio de la iniciativa del deudor. Se trata siempre, en realidad, de una iniciativa que el deudor podría tomar solamente después haberse obtenido inmediatamente la condena, y —muy frecuentemente— mientras esta condena viene siendo exigida coactivamente sobre sus bienes.

2. La apariencia de verdad

Pueden ser formuladas consideraciones críticas incluso más relevantes a propósito de aquellos procedimientos cuya sumarización depende esencialmente (en presencia o en ausencia del contradictorio de las partes) de la falta de una efectiva verificación probatoria de la verdad de los hechos relevantes para la decisión. En realidad, si una resolución judicial de fondo no ha hecho una correcta verificación de los hechos, viene a faltar —en base a cuanto se ha dicho anteriormente— una condición necesaria de la justicia de la decisión. Se desprende que la sumarización del procedimiento alcanza a condicionar la calidad de la justicia de la resolución que la contiene. Si se permite, por ejemplo, que el juez sea libre (a falta de elementos de prueba, o en todo caso de informaciones sobre los hechos de la causa) de establecer si "considera subsistentes" los hechos mismos (es la fórmula usada por el artículo 19 del Decreto Legislativo No. 5 de 2003 en materia de rito sumario en materia societaria)⁵, sobre la base de una valoración de mera verosimilitud de las alegaciones

⁵ [N. del trad.] Decreto Legislativo, No. 5, Artículo 19, Ambito de aplicación, Procedimiento.

⁶ "1. Salvo los excepciones para las acciones de responsabilidad, las controversias del artículo 1 que tienen como objeto el pago de una suma de dinero, inciso no líquido, o bien la entrega de cosas muebles determinadas, pueden ser propuestas, alternativamente o

efectuadas por el actor, aquello equivaldría a permitir el pronunciamiento de una resolución que no encuentra ningún fundamento en la verificación de los hechos.

Lo que se pide al juez, en realidad, no es reconstruir los hechos sobre la base de las informaciones ofrecidas por las pruebas, sino simplemente formular una valoración sobre las alegaciones de los hechos llevada a cabo por el actor: si este ha narrado una historia suficientemente plausible, el juez puede considerar subsistentes los hechos que justifican la expedición de la resolución. Se trata, por tanto, de una resolución que carece de una condición fundamental de justicia en la aplicación de la ley. Lo mismo se puede decir de cualquier otro tipo de resolución de fondo que pueda ser dictada sin que el juez deba establecer si los hechos invocados por el actor, para sostener su demanda, sean verdaderos o no: si no hay al respecto una decisión fundada sobre las pruebas, en realidad, no se está en posibilidad de establecer si el derecho ostentado es existente o no, e incluso se solicita al juez proveer "como si" tal derecho existiese.

El problema no se supera, como intenta hacer el legislador italiano en la norma mencionada, excluyendo que tal resolución sea idónea para producir efectos de cosa juzgada. La justicia sustancial de la decisión, de hecho, no es, por tanto, condición para la formación de la cosa juzgada: tratándose de resoluciones inmediatamente ejecutivas, que pueden dañar incluso de modo gravísimo la condición económica y, por tanto, la vida del pretendido deudor, no se puede permitir que desplieguen sus efectos sobre la base de una valoración superficial de los hechos que fundan la demanda. En otros términos, es necesario que tales resoluciones se sustenten en la verificación probatoria de la verdad de los hechos, no sobre la mera constatación de la apariencia de la verdad.

Por la misma razón, el problema no se supera sosteniendo que la resolución pueda ser hecha sobre la base de una *semiplena probatio*, o de una valoración de mera "probabilidad" de los hechos (como hace un proyecto ministerial de reforma actualmente en discusión en Italia). Además, el error consistente en considerar la probabilidad como algo inferior y también genérico respecto de la prueba plena de los hechos, confundiendo incluso con la mera verosimilitud, implica que cualquier tipo de verificación que no esté en actitud de atribuir una adecuada base probatoria para un juicio sobre la verdad de los hechos no es aceptable como fundamento de una resolución de fondo que incide sobre los derechos y sobre las obligaciones de las partes (con o sin eficacia de cosa juzgada).

Naturalmente, los dos tipos de consideraciones críticas ahora señaladas se aplican *a fortiori* a las hipótesis de tutela sumaria en las cuales viene a faltar tanto el contradictorio entre las partes, como una efectiva verificación de la verdad de los hechos de la causa.

Caso contrario, es decir, respaldar la introducción de formas de tutela sumaria que presentan los defectos que son ahora subrayados, se podría argumentar que el legislador procesal es libre de configurar remedios de cualquier género para la tutela de situaciones jurídicas particulares, y entonces es también libre de hacer que se creen resultados útiles para una parte, independientemente de la actuación del contradictorio, e incluso de la eventualidad que los hechos sean verificados de modo adecuado. Esta manera de argumentar es revolucionaria, pero sustancialmente errada. Es reveladora

las formas del artículo 2 y siguientes: mediante escrito o depositarse en la mesa de partes del tribunal competente, en comparecencia unipersonal.

2. Después de la comparecencia de las partes y antes de la plaza para la constitución del demandado, que debe suceder no más allá de las diecisiete días anteriores a la audiencia, el juez designado o considera subsistentes los hechos constitutivos de la demanda y manifiestamente infundada la concesión del demandado, pronuncia una orden inmediatamente ejecutiva de condena e impone costas y costas en el sentido del artículo 91 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles. La orden constituye título para la inscripción de hipoteca judicial.

3. El juez, si considera que el objeto de la causa o las defensas expresadas por el demandado requieren una cognición no sumaria, concede al actor los plazos del artículo 6.

4. Contre la orden de condena puede ser propuesta exclusivamente impugnación ante la corte de apelación en las formas del artículo 20.

5. La orden se integra no obstante los efectos del artículo 2909 del Código Civil.

porque ella acaba justificando métodos de solución de las controversias como las ordalías o la elección a la suerte, en cualquier momento que un legislador quiera escoger métodos particularmente rápidos y simples para atribuir derechos y obligaciones sin aplicar un criterio de justicia sustancial. Ante todo, sin embargo, ello es erróneo en cuanto el legislador procesal ordinario no goza de una discrecionalidad limitada en la creación de los métodos para la resolución de las controversias: siempre son válidos, en realidad, los principios fundamentales establecidos como garantía de la corrección del proceso y de la justicia de las decisiones. Solo dentro de los límites señalados por estos principios se puede decir que el legislador es libre de elegir las técnicas de tutela que considera oportunamente preferibles.

IV. UNA TUTELA SUMARIA ADECUADA

Si las consideraciones que preceden nos sugieren la impresión de una posición fuertemente crítica respecto de la mayor parte de las hipótesis de tutela sumaria, pues bien: esta impresión es fundada. Pero ello no significa que todas las numerosas formas de tutela sumaria que existen en los distintos ordenamientos deban ser consideradas de un modo igualmente negativo. Se debe distinguir la tutela sumaria que puede definirse como negativa, porque implica violaciones relevantes a las garantías fundamentales del proceso, de la tutela sumaria que puede definirse adecuada porque realiza la exigencia de llegar rápidamente y de modo eficaz a pronunciar resoluciones de fondo, respetando estas garantías.

La sumarización adecuada es aquella que no se funda sobre la violación de las garantías de defensa o sobre la falta de una verdadera verificación de los hechos, sino que opera sobre las formas del procedimiento. El carácter fundamental de este tipo de sumarización consiste en la eliminación o en la reducción radical de todos los formalismos, los retardos y las complicaciones que caracterizan al rito ordinario y que, en muchos casos, lo vuelven largo, complicado y sustancialmente ineficiente. También es verdad que el rito ordinario puede ser relativamente simple y rápido, y por tanto funcional, pero se puede comprender que su grado de complicación —y por tanto de ineficacia— no pueda descender de un cierto nivel. Es en cualquier caso posible construir procedimientos sumarios que sean fuertemente simplificados, y por tanto puedan funcionar en plazos breves y de modo simple, sin tener como consecuencia la violación sustancial de las garantías procesales.

Los ejemplos de procedimientos de este género son varios, y demuestran la posibilidad de configurar formas de tutela sumaria que pueden ser eficaces si se actúan las condiciones de las cuales se ha hablado, es decir, la garantía del contradictorio y la verificación de los hechos fundados sobre elementos objetivos del conocimiento. Un buen ejemplo está constituido, en Italia, por el artículo 28 de la Ley 300 de 1970⁶ (el llamado Estatuto de los trabajadores), el cual prevé un procedimiento en que se abre una fase sumaria en la cual el juez, a los dos días posteriores a la interposición del recurso, "convoca a las partes para asumir informaciones sumarias" y dicta una resolución que acoge o rechaza la demanda. Otro ejemplo útil se encuentra en el artículo 669 del Código de Procedimientos Civiles italiano⁷, en materia de procedimiento cautelar, donde se dice que el juez procede "omitiendo cualquier formalidad no esencial del contradictorio".

⁶ [N. del trad.] Ley 300 de 1970 (Estatuto de los trabajadores). Artículo 28. Represión de la conducta antisindical. — "En caso de que el empleador realice comportamientos dignos a impedir o limitar el ejercicio de la libertad y la actividad sindical además del derecho a huelga, a pedido de los organismos locales de las asociaciones sindicales nacionales que tengan interés, al pretor del lugar donde se realice el comportamiento denunciado, de los dos días siguientes, convoca a las partes y toma las informaciones sumarias, en caso de que considere que subsiste la violación de que se habla en el presente párrafo, le ordena al empleador, mediante decreto fundamentado e inmediatamente ejecutivo, el cese del comportamiento ilegítimo y la eliminación de sus efectos [...]"

⁷ [N. del trad.] Código de procedimiento civil italiano, artículo 669 Procedimiento: "Escochados las partes, el juez, omitiendo cualquier formalidad no esencial del contradictorio, procede en el modo que considere más oportuno a los actos de instrucción indispensable en relación a los presupuestos y a los objetivos del procedimiento solicitado, y provee mediante este actúando e rechazando la solicitud.

Quando lo categorista de la categoria jurídica prejudica la actuación del procedimiento, el cual decreta mediante decreto en cuenta informaciones sumarias donde haga falta. En tal caso (y), con el mismo decreto, la audiencia de comparecer a las partes

Como muestran estos ejemplos, es posible configurar tipos de procedimiento que presenten características de sumarización determinadas por la brevedad de los plazos previstos, y de "esencialidad" de las modalidades con que se actúa el contradictorio entre las partes, y de radical desformalización del procedimiento de adquisición de pruebas, que se manifiesta en la fórmula de "informaciones sumarias". Omitir las formalidades no esenciales del contradictorio implica que el contradictorio efectivamente sea actuado, y fundar las decisiones sobre los hechos y sobre las "informaciones sumarias" implica, por tanto, que el juez debe verificar—si bien de modo simplificado y desformalizado— la verdad de los hechos.

Un legislador que se preocupase de asegurar a los ciudadanos una tutela rápida, poco costosa, simple y eficiente de los derechos, tendría entonces una doble posibilidad: de un lado, debería configurar un rito ordinario que evite formalismos, complicaciones, y pérdidas de tiempo inútiles, dado que la tutela jurisdiccional ordinaria queda siempre como la vía principal para la actuación jurisdiccional de los derechos; de otro lado, y donde hayan necesidades ciertas de una tutela particularmente rápida, podría introducirse formas de sumarización que consientan conseguir este fin, sin desviarse de los principios que fundan el modelo del proceso justo; el legislador debería entonces asegurar, en cualquier caso, la actuación de la garantía del contradictorio y la verificación de la verdad de los hechos, para crear procedimientos que puedan funcionar *simpliciter et de plano, sine strepitu ac figura iudicii*.⁸

delante de sí dentro de un término no superior a quince días corridos al estar un término preventivo no superior a ocho días para la notificación del recurso y el decreto. En tal audiencia el juez, mediante auto, confirma, modifica o revoca las providencias dictadas mediante decreto.

En el caso en que la notificación tenga que realizarse al extranjero, los términos del auto anterior serán triplicados".

⁸ [N. del trad.] Simplemente, brevemente, sin solemnidad y sin la solemnidad de un proceso judicial.