

### III. LAS TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO PROCESAL CIVIL EN ITALIA\*

ANDREA PROTO PISANI

EL SISTEMA del proceso civil —heredado en Italia y en Europa de una prestigiosa tradición de estudios en la cual habían tenido la fortuna de formarse, en los tres primeros decenios del siglo, juristas de inconmensurable valor e influencia— presentaba un alto nivel de inmovilidad.

La afirmación de la autonomía del derecho de acción respecto del derecho sustantivo, del carácter publicista del proceso y de la jurisdicción como actuación del derecho objetivo, antes que de tutela de los derechos subjetivos, ciertamente había tenido el mérito de abrir el camino al análisis científico del procedimiento jurisdiccional entendido como conjunto de poderes, deberes y facultades procesales, tanto de las partes como del juez, y no sólo como un conjunto de formas y términos, pero que también determinó el inicio de un peligroso divorcio entre el estudio del derecho sustantivo y el del proceso, como si el derecho sustantivo pudiera sostener su existencia sin la concurrencia de instrumentos procesales de tutela, y como si el proceso no tuviera que adecuarse de manera continua a las necesidades de tutela de los derechos sustantivos particulares.

Los efectos perjudiciales de este divorcio no se advierten (para limitarme sólo a los estudiosos italianos) en los análisis de Mortara, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Redenti; su formación se dio en un contexto sólidamente unitario, y muchos de ellos (pienso sobre todo en Redenti y Carnelutti) fueron estudiosos de derecho sustantivo aun antes de haber sido procesalistas. En ellos, el vínculo entre derecho, derecho sustantivo y proceso es todavía muy estrecho, lo cual es evidente no sólo en el estudio de la legitimación para actuar y de la sentencia, sino también en el análisis de las formas de tutela, de los procesos de ejecución y, aunque de manera quizá más tenue, en la tutela cautelar.

Sin embargo, con el paso del tiempo —y no sólo como consecuencia del formalismo que caracterizó los años treinta y los sucesivos, hasta principio de los sesenta— esta separación produjo consecuencias muy negativas: basados en la naturaleza atípica del derecho de acción (es decir: de su idoneidad

\* Traducción de Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña.

para asegurar a todos el poder de actuar en un juicio por el simple hecho de considerarse como titulares de un derecho cualquiera reconocido por la ley sustantiva), los procesal civilistas hubieran caído en la tentación de considerar que el proceso puesto en marcha por medio del ejercicio del derecho de acción es algo en esencia unitario (o, por lo menos, susceptible de distinguirse en pocas y muy generales categorías: las acciones de condena, meramente declarativas y constitutivas; las acciones ejecutivas; las acciones cautelares) que pudiera configurarse como una categoría formal y, como tal, siempre idónea para ofrecer tutela jurisdiccional a todos los derechos previstos en la ley sustantiva, independientemente de la especificidad de sus contenidos o de los sujetos reales que fueran los titulares.

No fue una casualidad, por ejemplo, que en Italia, después de la caída del fascismo y de la entrada en vigor de la Constitución de 1948, los procesal civilistas ni siquiera percibieran cómo la revolución copernicana, acaecida a nivel de clases, de situaciones protegidas por el derecho sustantivo y la irrupción de la tutela de la persona, había impuesto una revisión radical de los conceptos y métodos de análisis, los instrumentos de tutela ofrecidos por la legislación procesal existente (entonces y aún hoy en día).

Establecida la atipicidad del derecho de acción, parecía que todos los “nuevos” derechos consagrados por la Constitución podrían encontrar tutela mediante las asépticas y neutrales categorías procesales previstas en el Código de 1942.

El mundo tranquilo de los procesal civilistas fue, por así decirlo, sacudido como consecuencia de los desarrollos, determinados sobre todo en el derecho del trabajo por las grandes reformas de los años sesenta y por la emergencia de una nueva generación de juristas convencida de las amplias posibilidades ofrecidas por el uso de la legalidad en el ejercicio de los derechos civiles.

Dos fueron los primeros resultados de esta renovada reflexión: *i*) la toma de conciencia del valor también democrático de la eficiencia de la administración de justicia, en virtud de que son las personas más débiles o que guardan una posición subalterna las que en general son más golpeadas por la ineficiencia del sistema jurídico y del sistema jurisdiccional, específicamente, y *ii*) la toma de conciencia de la importancia de la tutela sumaria, ya sea con fines de eficiencia o con fines de la efectividad del sistema de tutela jurisdiccional civil en su conjunto. Es oportuno detenerse un poco en los contenidos de esta doble reflexión y sobre los resultados que ha arrojado.

La toma de conciencia del valor también democrático de la eficiencia de la administración de justicia ha inducido a plantearse el problema de la crisis, de la lentitud del proceso de conocimiento pleno.

Esta reflexión condujo a tres resultados de gran interés: *i*) la reforma de

los procedimientos especiales del trabajo y la superación de una mal entendida transposición en el proceso del principio de igualdad (formal); *ii*) la forma del proceso ordinario de conocimiento, y *iii*) la actuación, junto a la magistratura togada profesional, de una nueva magistratura honoraria o no profesional, cuya función es la de aligerar la carga de trabajo de los jueces togados.

Como consecuencia de las grandes reformas que sufrió en Italia el derecho laboral sustantivo, el primer punto de reflexión en el que se centraron los estudiosos del proceso civil fue el de la necesidad de reformar, a la brevedad, no todo el proceso de conocimiento (proyecto que, razonablemente, no era pensable realizar en el curso de pocos meses, e incluso años, por la falta de un debate preparatorio), sino del llamado procedimiento especial del trabajo.

Diré que casi todos se declararon de acuerdo respecto a la oportunidad de una reforma sólo en el proceso relativo a las controversias laborales. Pero con ello se puso de relieve la necesidad de una tutela jurisdiccional *diferenciada* desde el punto de vista de las situaciones subjetivas objeto de un proceso de conocimientos plenario. Esta necesidad es justificada en el caso del procedimiento especial del trabajo por dos razones: *i*) considerando que “es tarea de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad entre los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”, y la necesidad de establecer un procedimiento para las controversias laborales que considerara cómo las desigualdades sustanciales entre las partes en el juicio se reflejan en el propio desarrollo del proceso, con el fin de crear instrumentos técnicos adecuados para desmotivar el interés de los patronos en la duración del juicio y favorecer el interés del trabajador en la rápida conclusión del mismo, y *ii*) dado que la Constitución atribuye un rango particular a las situaciones subjetivas implicadas en la relación de trabajo, se justifica una disciplina diferenciada, privilegiada si se desea, del proceso relativo a las controversias inherentes a tales derechos.

Este relieve parece trivial, pero no lo es de ningún modo. El establecimiento de más procedimientos de conocimiento plenario, diferenciados según las situaciones subjetivas objeto del proceso, era y es una actitud que contrasta frente a la asepsia del propio proceso respecto de las especies particulares de derecho sustantivo, que constituía uno de los fundamentos implícitos del formalismo imperante entre los estudiosos del proceso y, por tanto, una de las consecuencias más negativas del divorcio, de modo real y propio, entre el derecho sustantivo y el proceso.

En ello no se detiene el problema: la discusión acerca de la legitimidad o

no de la introducción de un “nuevo” procedimiento especial del trabajo debía conducir casi de inmediato a reflexión sobre la circunstancia de que no se estaba, de ninguna manera, frente a un hecho nuevo. Dejando a salvo la atipicidad del derecho de acción, se puede decir que los legisladores de todos los tiempos previeron una serie de procedimientos especiales de conocimiento pleno o sumario, elaborados según la especificidad de las necesidades implicadas en las particulares circunstancias subjetivas sustantivas y de sus titulares. Por ello, se solicitó iniciar una serie de investigaciones encaminadas, por un lado, a comprender, a nivel teórico, cómo tales previsiones podrían convivir, no tanto con la atipicidad del derecho de acción, sino con el respeto al principio de igualdad (formal y sustancial); por otro lado, estas investigaciones deberían individualizar los sujetos reales que históricamente, y hasta nuestros días, se han beneficiado de previsiones similares.

Era el inicio de una lectura de tipo político de la legislación procesal vigente. Sobre todo, era el inicio de una reflexión que, en breve, habría conducido a denunciar las carencias del sistema italiano de tutela jurisdiccional de los derechos en su conjunto, respecto de las nuevas necesidades de tutela surgidas a raíz de la Constitución de 1948. No era una tarea sencilla para los estudiosos con una formación que considera la ciudadela del proceso a resguardo de las tempestades políticas. (En este contexto, poco a poco se habría tomado conciencia de la importancia central que asumía una norma, originalmente residual, como lo sería el artículo 700 del Código de Procedimientos Civiles en relación con la tutela cautelar atípica. En efecto, en razón de su atipicidad, se presentaba como idónea para proporcionar una tutela “privilegiada” a muchas, si no a todas, las circunstancias subjetivas nuevas —como lo serían los derechos de libertad y de la personalidad—, para las cuales el legislador de 1942 no había previsto ninguna forma típica de tutela especial. En este punto, el discurso se vincula muy estrechamente con las reflexiones acerca de la tutela sumaria, sobre la que se hablará posteriormente.)

La introducción, en 1973, de un procedimiento especial del trabajo, pasados los primeros enfrentamientos encendidos, habría determinado, a nivel técnico, la experiencia, por primera vez en Italia, de un proceso efectivamente inmediato y concentrado. En una palabra: un proceso fundado en aquella oralidad que constituyó el punto medular de la batalla por la reforma defendida por Chiovenda a principios de siglo y que no fue retomada en 1942.

El modelo establecido por la ley 533 de 1973, era un proceso caracterizado por estrictas preclusiones en el punto a las afirmaciones de hecho y a las pruebas relacionadas con los actos introductorios del juicio (recurso y comparecencia); por la importancia central de la audiencia; por su devolución, en primera instancia, a la competencia, por materia, de un juez unipersonal; por

la ejecución provisional *ex lege* de las sentencias en primera instancia (sólo en caso de ser favorables al trabajador).

La experiencia de un modelo de este tipo ha permitido la adquisición de un patrimonio de conocimientos inestimable: las viejas y eternas diatribas respecto a la unipersonalidad o colegialidad del juzgador; acerca del procedimiento abierto o cerrado a nuevos alegatos; sobre la apelación como *novum iudicium* o como *revisio prioris instantiae*, aunque no hubieran desaparecido del todo, si hubieran sido superadas por la constatación, en la práctica, de la bondad sustancial de la reforma de 1973, independientemente de la capacidad de los jueces y abogados para adecuarse a las exigencias del nuevo proceso.

Fruto de la experiencia permitida por el “nuevo” procedimiento especial del trabajo de 1973, fue la promulgación de la ley 353 del 26 de noviembre de 1990, la cual debe afrontar la grave crisis del proceso ordinario de conocimiento por medio de la revaloración del juicio en primera instancia, que se pretende llevar a cabo mediante: i) la revisión de la fase preparatoria articulada de tal manera que, al finalizar la primera audiencia del proceso —en la cual está previsto, de manera obligatoria, el interrogatorio libre de las partes—, quede determinado, de modo definitivo, el *thema decidendum* (demanda y excepciones) y el *thema probandum* (hechos controvertidos); ii) preclusión relativa a las pruebas, basada en un plazo perentorio, contado a partir de la primera audiencia; iii) sustraer del régimen de la preclusión a las excepciones que pueden ser analizadas de oficio, y prever explícitamente la remisión en aquellos supuestos en que la falta de ejercicio a tiempo de las facultades procesales relativas a la demanda, las excepciones y las pruebas, se deba a hechos no imputables a la parte correspondiente; iv) ejecución provisional *ex lege* de todas las sentencias de primera instancia con amplia posibilidad de inhibitoria en la apelación cuando existan motivos graves; v) transformación del tribunal civil de colegiado a unitario, con reservas de colegiabilidad en materias excepcionales y predeterminadas, en un contexto de previsiones de ágiles instrumentos de solución de las relaciones entre tribunal unitario y colegiado, y vi) drástica limitación en la admisión de “nuevas” en la apelación.

En el curso del amplio debate que precedió y acompañó la aprobación de la ley 353/1990, se difundió, cada vez más, entre los operadores jurídicos de todo nivel, una convicción de fondo: una reforma aun técnicamente óptima del proceso civil, sólo puede tener en concreto una posibilidad de éxito (es decir: determinar una efectiva inversión de tendencias en la trágica situación de atraso en el sector de la justicia civil), *en cuanto* el juez togado sea aligerado de una parte considerable de los asuntos que actualmente le remiten; *en*

*cuanto* el número de controversias atribuidas al juez togado sea drásticamente reducido, y estas controversias sean enviadas a otro juzgador (o encuentren una posibilidad de ser resueltas por medio de distintas técnicas del procedimiento, como, por ejemplo, el retorno a la instancia administrativa en los casos de conciliación por accidentes automovilísticos).

Esta convicción de fondo se basaba en la constatación, por un lado, de la insuficiencia de los jueces civiles ordinarios en Italia; por otro, en la imposibilidad de aumentar más allá de unas cuantas centenas el número de jueces togados. La experiencia de los concursos para empleados del poder judicial demuestra, de hecho y con toda evidencia que, en el estado actual, nuestras facultades de derecho no pueden proporcionar cada año más de doscientos o trescientos jóvenes laureados con posibilidades de superar —aun sin brillar mucho— las pruebas del concurso.

Buscar la alternativa de los reclutamientos extraordinarios sería una acción ineficaz, porque habría significado introducir un factor de gran demérito en un aparato como el judicial en el que, por lo contrario, deberían hacerse esfuerzos por elevar los niveles de excelencia. Por ello, se gestó la necesidad de introducir un nuevo juez honorario: el juez de paz, capaz de provocar una fuerte reducción en el trabajo de la magistratura profesional y de hacer experimentar nuevas formas de reclutamiento de los jueces. Todo esto dentro del sector llamado de justicia de menor cuantía; sector importantísimo porque es aquel que está destinado a recibir, más que ningún otro, los embates del ciudadano medio. Los criterios para la selección de este nuevo juez se concretaron a la selección entre los laureados en jurisprudencia que ya hubieran realizado vida de trabajo y actividad profesional. Para tal efecto, se requiere que no sólo tengan más de 50 a 55 años de edad, sino que hayan dejado cualquier actividad laboral como dependientes, tanto en el sector público como en el privado.

La reforma de los procesos de conocimiento plenario, la actuación del juez togado único en primera instancia, la revaloración del juicio de primera instancia, la instauración de una magistratura honoraria congruente con la finalidad de disminuir la carga de trabajo de los jueces togados son las primeras tendencias de acción que se observan en el proceso civil en Italia. Sin embargo, ya se vislumbra cómo deberá estar cimentado su desarrollo por la introducción de mecanismos de arreglo extrajudicial de las controversias, y por una profunda reforma del sistema de las impugnaciones para restituir a la Corte de Casación su función institucional de Corte Suprema.

Como afirmé al inicio de esta somera relación, la segunda gran línea evolutiva dentro del proceso civil se derivó de la toma de conciencia de la importancia central de la tutela sumaria, ya sea enfocada desde su eficiencia o

desde la efectividad del sistema de tutela jurisdiccional civil entendida en su conjunto.

A donde se vaya a curiosear en la biblioteca formada por las monografías y por los ensayos publicados en el transcurso de este siglo en Italia acerca del proceso civil, es fácil constatar cómo su núcleo central está dedicado al proceso de conocimiento, con algunas exclusiones, en el sector de la ejecución forzosa. En cambio, el análisis de los procedimientos especiales casi siempre queda al margen de los manuales (en los que en ocasiones, incluso, se le coloca como nota a pie de página), o dentro de las reflexiones teóricas. Es importante darse cuenta del por qué de esto: con el afán de establecer las bases de la construcción de un nuevo sistema del proceso fundamentado en las nociones de acción y de jurisdicción, era obvio que el acento recaería en el proceso de conocimiento (y sobre la ejecución forzosa como la fase sucesiva eventual); es decir: sobre aquello que era y es el corazón de la materia.

Los procesos especiales, a pesar de toda su importancia práctica, quedaron sustancialmente fuera de este sistema, con la única y gran excepción de los procedimientos cautelares que a fuerza de su instrumentalidad (tal vez no evidenciada al máximo en el célebre estudio de Calamandrei) podían, aunque sea con algún esfuerzo, reconducirse al ámbito de un sistema centrado en el conocimiento (y en la ejecución forzosa).

Debe quedar claro que esto no significaba desinterés de nuestros predecesores por los procedimientos especiales. Sólo significaba dedicarles una atención marginal en tanto no fueran funcionales para la comprensión de las partes esenciales del sistema que se estaba elaborando. Debería haber sido tarea de las generaciones siguientes revisar y reelaborar el sistema (aún enfocado y construido con base en la consideración central del conocimiento y de la ejecución), también a la luz de los procedimientos especiales. Al respecto diré que las peticiones no faltan en los escritos de nuestros grandes viejos. Sin embargo, todo esto no habría sucedido sino en una mínima parte. Ello no sucede sólo porque los refinados instrumentos conceptuales heredados se prestaban (y se prestan) para ser utilizados con mayor seguridad y bondad de resultados respecto del conocimiento y de la ejecución, sino además porque también la irrupción del formalismo en nuestros estudios habría incrementado la importancia de los análisis estructurales, en detrimento de los funcionales, que representaban la clave insustituible de acceso al mundo de los procesos especiales.

Frente a esta situación, de alguna manera tranquilizante, se abatieron como un verdadero huracán imprevisto: *primero*, la introducción de un proceso sumario para la tutela de la libertad sindical en los centros de trabajo (artículo

lo 28 de la ley 300 del 20 de mayo de 1970); y *después*, la explosión del recurso a las medidas cautelares atípicas ofrecidas por el artículo 700 del Código de Procedimientos Civiles para la tutela de los derechos de la personalidad y de las libertades civiles en general.

De aquí surge una amplia y renovada reflexión de la tutela sumaria. Esta reflexión se inició por medio de la individualización y la distinción de las diversas funciones que, según el ordenamiento, están destinadas a resolver los procesos sumarios. Por un lado, funciones de economía procesal, es decir, evitar el costo de los procesos de conocimiento; algunas veces esta función no se justifica por la presencia de un litigio con una pretensión discutida, pero sí en los litigios con pretensión insatisfecha. Desde esta perspectiva, no podían dejar de ser redescubiertas las afinidades entre procedimientos monitorios y títulos ejecutivos de formación extrajudicial; entre oposición a un mandato de pago (*decreto ingiuntivo*) y oposición a la ejecución iniciada o advertida con fundamento en un título ejecutivo extrajudicial; y por otro lado, funciones de efectividad de la tutela cuando se esté en presencia de derechos que, en consideración a su contenido no patrimonial o de la función que en abstracto y/o en concreto deban cumplir, sufrirían un daño irreparable (o no reparable de manera adecuada mediante su equivalente monetario) si tuvieran que permanecer en estado de insatisfacción por todo el tiempo necesario para obtener una sentencia ejecutable como resultado del desarrollo de un proceso plenario.

La reflexión prosigue por medio de la toma de conciencia de que la función de efectividad de la tutela, finalmente reclamada, puede ser resuelta mediante técnicas muy diversas por el legislador: *i*) mediante la técnica (la única en nuestro ordenamiento antes de la promulgación del artículo 28 del Estatuto Laboral) de la tutela cautelar clásica, subordinada al requisito no sólo del *fumus bonis iuris* sino también de la subsistencia, en concreto, del *periculum in mora*, y destinada a desembocar en una resolución ontológicamente provisional, es decir, sin la intención de establecer una situación definitiva en la relación controvertida; *ii*) todavía, mediante la técnica de la tutela cautelar, pero con la particularidad notable (presente en nuestro ordenamiento, por ejemplo, en las acciones posesorias en los casos en que éstas son conducidas en el esquema cautelar) según la cual el establecimiento de la resolución no está subordinado a la comprobación del requisito del *periculum in mora*, en virtud de que la comprobación de la subsistencia de este requisito se efectuó, de una vez por todas, por el legislador mediante la técnica de una legislación general y abstracta, y *iii*) por la técnica de la tutela sumaria no cautelar, es decir, por el establecimiento de un procedimiento sumario típico, cuyo objeto es la comprobación del requisito del *fumus* y cuyo destino es el de desembo-

car en una resolución con la intención de establecer (si no hay oposición) una situación definitiva en la relación controvertida.

Consecuencia de esta larga, y no siempre lineal, reflexión acerca de la función y la estructura de la tutela sumaria (reflexión que por exigencias de simplificación se presentó de manera por demás esquemática y parcial, por ejemplo, se omitió la consideración de las resoluciones cautelares llamadas conservativas, como el secuestro, etcétera) es la adquisición del conocimiento de que un sistema de tutela jurisdiccional de derechos, si quiere ser funcional, no puede estar desequilibrado en la vertiente exclusiva del proceso (o de los procesos) plenarios, sino que, al mismo tiempo, debe prever también procesos sumarios no cautelares y cautelares.

En este contexto, la tutela sumaria por “accidente”, cuyo cuerpo, en esencia, es extraño al sistema fundado en las nociones abstractas de las acciones atípicas y de la jurisdicción, se hace componente esencial e imprescindible de cualquier sistema que pretenda cumplir su función histórica de tutela jurisdiccional de los derechos.

Los frutos del redescubrimiento de la importancia “central” de la tutela sumaria empiezan a cosecharse a nivel legislativo, ya sea con la introducción de medidas atípicas de condena anticipada que pueden surgir en el transcurso de los procesos plenarios (ahí en donde sean justificables por la rebeldía o por el carácter privilegiado de la prueba); ya sea con el establecimiento de, cada vez más, numerosos procedimientos sumarios típicos de tutela de los derechos de la personalidad; ya sea con la racionalización de la tutela cautelar realizada mediante el establecimiento de una disciplina del procedimiento cautelar en general realizado en la reciente ley 353 del 26 de noviembre de 1990.

El camino por recorrer es todavía largo. Cada vez que tengo la oportunidad afirmo que la gran revolución procesal de nuestro tiempo, la gran apuesta de nuestro Estado de derecho surgido y desarrollado sobre la base de una constitución rígida, es la creación de una forma de tutela jurisdiccional análoga a la tutela posesoria para la protección de los derechos fundamentales de libertad.

Revoluciones de esta índole no se realizan en un día, ni siquiera en el curso de una generación. El camino es aún largo, pero haber empezado por adquirir claridad en su recorrido no es poca cosa.