

## *Medidas autosatisfactivas\**

### Esquema introductorio

Por José Balcázar Quiroz

#### 1. Encuadramiento del problema central

Empezamos estas líneas afirmando que todo método riguroso de solución de conflictos es, forzosamente, coherente con los postulados constitucionales. Esta idea-guía fue la que presidió en todo momento nuestra investigación dirigida a analizar los cimientos de la teoría de las medidas autosatisfactivas. Sabíamos, desde un comienzo, que existía una falla en el sistema de tutela de intereses pero, obviamente, no estábamos todavía en capacidad de determinar en qué consistía el problema fundamental. La doctrina de diversos países *señalaba* la falla con relación al “abuso” de la denominada *tutela cautelar de urgencia*. Y este “abuso” implicaba la utilización indebida de la tutela cautelar para conseguir un tipo de utilidad sustancial que no le concernía a ella proporcionar. Lo indebido no consistía sino en que, a través del uso indiscriminado de las medidas cautelares, se lograba una “sumarización” del proceso, ya que el conflicto venía solucionado mediante el despacho de las mismas.

Las nuevas necesidades experimentadas por los consumidores del derecho habían logrado quebrar los moldes clásicos de tutela de intereses. Era momento de regular esta necesidad lo antes posible. La respuesta del legislador se resolvió entonces en proveer diversos mecanismos procedimentales que pudieran encauzar debidamente la tutela que, en su concepción, no correspondía decidir a la tutela cautelar. Uno de estos mecanismos aportados por el legislador fue el proceso sumario (formal), procedimiento que se caracteriza por su forma breve y simplificada<sup>1</sup>.

Al proceder de esa manera, se supuso que la falla radicaba en la falta de simplificación y brevedad de la tutela ordinaria para atender situaciones “urgentes”. Por eso se dispusieron trámites procedimentales más reducidos como, a manera de ejemplo, el proceso que dilucida casos de maltrato o violencia familiar. Con ello se creyó resolver el problema de la “falla” pero todavía quedaba por encontrar solución a otras situaciones que también producían una distorsión en el sistema tutelar y que no se caracterizaban por el elemento de la urgencia, como por ejemplo, la solicitud de una persona a su ex empleador para que le hiciera entrega de su certificado de trabajo. Más todavía, se llegó a advertir que la previsión de una tutela abreviada y simplificada no era una garantía de solución al problema<sup>2</sup>. Se nos hacía entonces más imperiosa la pregunta: ¿en qué radicaba el problema fundamental?

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Tenemos desde hace mucho un ejemplo de tal tipo procedimental: el proceso de amparo.

<sup>2</sup> Barbosa Moreira recuerda que en Brasil se utilizó el denominado “poder general de cautela” para atender de manera oblicua la carencia resultante de la excesiva duración de los pleitos sometidos al procedimiento ordinario y hasta al denominado “sumarísimo” [Barbosa Moreira, José C., *La tutela de urgencia en un episodio reciente de la historia política brasileña*, en Peyrano, Jorge W. (dir.), “Medidas autosatisfactivas”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 207 y 208].

Al respecto, pensamos que la respuesta del legislador pecó de absoluta, porque si bien es recomendable abreviar, concentrar y simplificar el proceso ordinario o también llamado “proceso de conocimiento pleno” a efectos de adecuarlo a *particulares exigencias materiales* (tal como sucede en el ámbito del derecho de familia, como ya lo hemos anotado) existen, en nuestra opinión, toda una gama de situaciones (conflictos) que no se ajustan a este esquema procedimental<sup>3</sup>. Estas situaciones, por lo demás, no pueden ser sintetizadas bajo una categoría sustancial única, lo cual nos llevó a pensar que el concepto de *instrumentalidad* resultaba demasiado estrecho para explicar el fenómeno<sup>4</sup>.

Creímos conveniente, por tanto, profundizar en el substrato sociológico-jurídico de la antes citada “falla” todavía sin saber si podíamos encontrar nuevos derroteros. Para nuestra sorpresa existía una respuesta altamente razonable: “la tutela autosatisfactiva”, que presuponía una especie particular de *conflicto* sustancialmente diverso de aquel otro que se encontraba al pie de la tutela ordinaria, esto es, aquella que es brindada a través de los moldes del proceso ordinario o por medio de cualesquiera de sus variantes procedimentales más simplificadas. Con ello, llegamos a la conclusión de que existían dos formas de hacer proceso civil, cada una con sus presupuestos y su particular ámbito de acción.

Arribamos, de esta manera, a un presupuesto más hondo: la teoría de la tutela autosatisfactiva debía desprenderse de aquella otra relativa a la tutela ordinaria. Mediante este esfuerzo, creemos haber logrado este primer paso aunque sabemos que la tarea aún no ha sido culminada<sup>5</sup>.

## 2. Acerca de la tutela tradicional de los derechos

Tanto el proceso civil romano como el proceso civil germánico pasando, obviamente, por Wach y Chiovenda en una senda que llega hasta nuestros días, han puesto en primer plano el concepto de certeza como fin esencial del proceso. Chiovenda enseña que la *finalidad esencial del proceso* consiste en la “actuación de la voluntad de la ley”.

El derecho de acción es el llamado a provocar esta “actuación de la voluntad de la ley” y, al mismo tiempo, provoca que la relación jurídica material se torne “incierto” puesto que la certeza va a obtenerse únicamente con la expedición de la sentencia.

---

<sup>3</sup> Este esquema “ordinario” presupone como norte de la actividad judicial la conversión del estado de incertidumbre a un estado de certeza, lo cual se lleva a cabo en la sentencia.

<sup>4</sup> Como sabemos, el concepto de instrumentalidad asume que los tipos procedimentales deben ajustarse a una categoría sustancial en particular.

<sup>5</sup> De allí que nuestro estudio se haya limitado a ser una “contribución”; esto es, que antes de pretender levantar todo el edificio conceptual se mantuviera en los estrechos límites de proporcionar a la ciencia procesal únicamente los pilares básicos de nuestro pensamiento. Para la revisión de la literatura consultada, así como de los argumentos que apoyan nuestra posición, véase, Balcázar Quiroz, José, *Contribución a la teoría de las medidas autosatisfactivas desde el punto de vista de la noción de ilícito: fundamentos primeros para la justificación de la autonomía del proceso autosatisfactivo con respecto al proceso de conocimiento*, tesis para optar el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

De aquí deduce la doctrina que todos los juicios que conciernan al derecho material cuestionado, diferentes a la sentencia, deben denominarse *provisorios*. Baptista da Silva por ello, habla de una “tutela prestada” debido a que, para la concepción tradicional, la única y verdadera tutela es la que emerge de la sentencia<sup>6</sup>.

Pero ahí no queda todo. Durante el apogeo de la concepción racionalista de los derechos se consideró que la única y verdadera tutela es la que emerge de la sentencia emitida en el curso de un proceso de conocimiento ordinario. Recién aquí sabremos a quién corresponde la situación jurídica de ventaja y a quién la de desventaja. Este pensamiento se consolidará definitivamente por medio de la lógica subyacente a los procesos formalmente reducidos (como, por ejemplo, el proceso abreviado o el proceso sumarísimo) pues en ellos también campea la conversión del estado de incertidumbre a certeza<sup>7</sup>.

Esto, que parece muy obvio, tiene una extraordinaria importancia práctica sobre el *diseño* de los modelos procedimentales: todo procedimiento debe estar destinado a *valorar dos intereses jurídicamente relevantes*, sacrificando uno de ellos en función del otro. La lógica del legislador procesal es la siguiente: estando en disputa la primacía de dos intereses, ambos con relevancia fundamental para el ordenamiento jurídico, no hay manera de saber desde un comienzo cuál de ellos debe tutelarse. Esta es la posición unánime de la doctrina y, por ende, absolutista. Frente a tal postura, levantamos nuestra solitaria crítica: todo aquel conflicto que no concierna a dos intereses jurídicamente relevantes no puede encontrar su solución *adecuada, útil y eficaz* en el marco del proceso de conocimiento<sup>8</sup>.

### 3. Ilícito y tutela inhibitoria

La doctrina imperante, salvo algunas excepciones notables que se van sumando desde el ámbito procesal, sigue comprendiendo dentro de la noción de ilícito, la noción de la culpa y del resarcimiento de daños y perjuicios. No obstante, cada vez más se va comprendiendo que el ilícito y el daño no son conceptos idénticos y que debe existir una tutela civil que tome en cuenta el ilícito en sí mismo considerado. Esta tutela civil se denomina “tutela inhibitoria”.

Hemos de tomar conciencia, asimismo, que el ilícito y el daño se encuentran en planos diferentes. Mientras que el primero es un concepto de teoría general del derecho, el segundo respecta al plano de la responsabilidad civil. Esto tiene una fundamental importancia dogmática: como quiera que la constatación del daño surge en la sentencia de un proceso ordinario, también se piensa lo propio con relación al ilícito, creyéndose que *necesariamente* debe aparecer al final de éste.

---

<sup>6</sup> Baptista da Silva, Ovidio A., *Racionalismo y tutela preventiva en el proceso civil*, en “Derecho procesal”, ponencia del II Congreso Internacional, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2002, p. 23.

<sup>7</sup> Por eso, estos procesos simplificados y abreviados no son sólo estructural sino también funcionalmente dependientes del proceso de conocimiento ordinario. No por otra razón son también procesos de “conocimiento” (es decir, procesos que asumen como hipótesis de trabajo la incertidumbre) aunque “extraordinarios”.

<sup>8</sup> Balcázar Quiroz, *Contribución a la teoría de las medidas autosatisfactivas desde el punto de vista de la noción de ilícito: fundamentos primeros para la justificación de la autonomía del proceso autosatisfactivo con respecto al proceso de conocimiento*, p. 84.

Pero el problema de la tutela frente al ilícito en sí mismo considerado no ha sido solucionado por completo, porque si bien se ha avanzado un poco en el tema del reconocimiento de la tutela inhibitoria a nivel sustancial, apenas se está haciendo lo propio en el terreno procesal, que es el lugar donde, *precisamente por el carácter instrumental del mismo*, la tutela inhibitoria tiene que ser *reconducida y actuada* a través de técnicas procedimentales eficaces. En Brasil, por ejemplo, la tutela inhibitoria viene actuada principalmente a través de los moldes de la llamada “anticipación de tutela”, un mecanismo novedoso que, sin embargo, es estructural y funcionalmente dependiente de un proceso de conocimiento (pleno, abreviado o sumarísimo).

Ahora bien, si una tutela inhibitoria es concebible (en tanto se dirige al ilícito en sí mismo considerado) cabría preguntarse si ello afecta de alguna forma al esquema procesal tradicional que se funda en el binomio incertidumbre-certeza. Dicho cuestionamiento es respondido satisfactoriamente, a nuestro entender, por la tutela autosatisfactiva.

#### 4. La estructura del conflicto en las medidas autosatisfactivas

En primer lugar, ya no estamos frente a una relación de tensión entre dos intereses jurídicamente relevantes, como sucede dentro de la lógica del proceso civil tradicional. Técnicamente, pues, no estamos frente a un litigio. Es un conflicto, desde luego, pero no puede ser calificado de “litigioso”, entendiendo por *litis* el sentido que le dio Carnelutti<sup>9</sup>.

Estamos, en cambio, frente a una *obstrucción injustificada al goce pleno de una situación jurídica de ventaja*. Y, si no hay justificación o no puede concebirse justificación alguna que “juridifique” en cierta medida el comportamiento del autor, esto es, que aunque se “tiña” de carácter jurídico al citado comportamiento, lo que resta es *remover* el obstáculo a fin de liberar el despliegue de efectos jurídicos que corresponden a la situación jurídica de ventaja en condiciones normales.

Aquí es donde entra a tallar el concepto de tutela inhibitoria, pues ésta tiene por finalidad prescribir órdenes de hacer o no hacer incidiendo en la esfera psicológica del demandado constriñéndolo de alguna forma a adecuar su comportamiento a las exigencias normativas del ordenamiento jurídico, lo que significa, en buena cuenta, agotar la fuente del ilícito. El proceso de conocimiento muestra su falta de adecuación para envolver en su trámite un conflicto tan peculiar como éste, ya que desde siempre ha estado dirigido a valorar dos intereses jurídicamente relevantes<sup>10</sup>.

En el otro extremo de esta peculiar relación conflictual nos topamos con una situación jurídica de ventaja cuya titularidad está fuera de discusión, a la cual, como es lógico, debemos mantener íntegra frente al comportamiento que aparece, por así decirlo, *in re ipsa* como ilícito.

<sup>9</sup> Carnelutti definía al litigio como: “el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro” (Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, tr. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Uteha, 1944, p. 44).

<sup>10</sup> Obviamente se valora lo “incierto”, lo que no puede ser materia de un análisis objetivo desde un primer momento.

¿Cómo reconocer si un comportamiento en particular no encuentra o no puede encontrar de ninguna manera sustento jurídico alguno en un interés jurídicamente relevante? En realidad, no es una tarea difícil aunque sí compleja. Por ejemplo, es impensable admitir un interés del empresario que consista simplemente en negarse a entregar los elementos de seguridad necesarios para garantizar la indemnidad psicofísica del trabajador.

Es cierto que al resolver ello, el juez va a delimitar al mismo tiempo los confines de la tutela judicial civil. En este orden de ideas, va a depender de la jurisprudencia la decisión de calificar a un conflicto particular como pasible de ser resuelto a través del proceso autosatisfactivo o de rechazar su solución a través de sus cauces, con lo cual se determina que el conflicto debe ser solucionado por medio de los instrumentos tradicionales de tutela. Por eso, la decisión debe tomarse sobre la base de un razonamiento serio, meditado y después de haber escuchado los argumentos de ambas partes.

## **5. Hacia la construcción de un modelo procedimental adecuado a las medidas autosatisfactivas**

El particular conflicto que da pie a la prestación de la tutela autosatisfactiva impulse a la construcción de un procedimiento que sepa captar su esencia. El proceso autosatisfactivo, como se ha visto, no mira a “verificar” una situación de ventaja porque no supone la incertidumbre como hipótesis de trabajo tal cual lo entiende, en cambio, el proceso de conocimiento y sus variantes. Sobre la base de la mera *acreditación* de la titularidad sobre la situación jurídica de ventaja, resta por analizar el fundamento del comportamiento del demandado a efectos de enmarcarlo o no dentro de los intereses dignos de tutela. Si producto del análisis, la acción se juridifica, se tiñe de carácter jurídico, entonces ello quiere decir que estamos ante el reino de la incertidumbre: el proceso autosatisfactivo reconoce sus límites y acepta la tutela del proceso de conocimiento como la más adecuada, claro está, siempre que se dé a través de sus formas más simplificadas.

En cambio, si a pesar del análisis judicial el comportamiento cuestionado no puede encontrar fundamento jurídico alguno en un interés jurídicamente relevante, quiere ello significar que no estamos más dentro de la lógica del proceso de conocimiento.

Veamos ahora como incide este modelo en relación a un punto concreto: el debate previo a la calificación del comportamiento cuestionado.

En cuanto a la afirmación de los hechos, sabemos que éstos se refieren a la ocurrencia del evento que se reputa ilícito, según que consista en un comportamiento comisivo u omisivo del demandado. Al respecto, caben las siguientes posibilidades:

a) Que resulten admitidos por la otra parte en la contestación de la demanda con lo cual no cabría realizar actividad probatoria alguna al respecto. Ya habiéndose arrojado los argumentos del actor de porqué ese acto es ilícito, se confiere al demandado la posibilidad de demostrar que su acto es conforme a derecho. Luego de esto se pasará a la fase de calificación jurídica del comportamiento.

b) Que los hechos sean notorios o de público conocimiento. Allí también se procederá directamente a la calificación jurídica del comportamiento.

c) Que el demandado afirme que el comportamiento de hacer o no hacer que se le imputa nunca fue realizado. Esto implica negar los hechos afirmados por el demandante. Ante ello, el juez debe hacer comprender al demandado que, de todas formas, desde el mismo momento de la citación de la demanda se le está solicitando realizar un determinado comportamiento de hacer o no hacer respecto del cual debe pronunciarse, ya sea reconociendo la pretensión como justificada, ya sea como injustificada. Si reconoce la pretensión como justificada, el juez ordenará el cumplimiento del comportamiento debido. Si por el contrario, el demandado califica la pretensión como injustificada, restará al juez realizar la valoración de este comportamiento<sup>11</sup>.

## 6. Explicación práctica del modelo

Para explicar didácticamente estos razonamientos, traemos a colación el caso de los crucifijos. En Alemania, un grupo de padres de familia que pertenecían a cierta secta religiosa demandaron al colegio donde estudiaban sus hijos a fin de que fueran retirados de las aulas los crucifijos por cuanto, señalaban, producían a los estudiantes una inmensa angustia y dolor. Finalmente, se dio la razón a los padres de familia. Pero se les dio la razón utilizando el método del “balance” de derechos. Nuestra sospecha de que se trataba de dos intereses jurídicamente relevantes se confirmaba con el criterio expuesto en nuestra tesis: ambos intereses eran dignos de tutela. Había que esperar hasta la dación de la sentencia para determinar el interés prevaleciente y el interés subordinado y, con ello, la calificación de la ilicitud del comportamiento. Quedaba claro que el proceso autosatisfactivo resultaba en este caso ineficiente<sup>12</sup>.

En cambio, para seguir hablando de los padres de familia, si son éstos miembros de los Testigos de Jehová y se oponen a la transfusión de sangre a su menor hijo, a pesar de su estado reversible, cabría preguntarse si existe un interés jurídico que pueda sustentar tal comportamiento. Y, por más que se busque en el catálogo de los derechos fundamentales o se lo intente juridificar, lo cierto es que llegaremos a la calificación de ilicitud del acto. Algunos sostienen al respecto que sí existe un interés jurídicamente relevante que justifica el comportamiento de los citados padres, pero no llegan ni siquiera a precisarlo. Intentan señalar que se trata de la expresión de la libertad religiosa, pero no argumentan sólidamente cómo es que se puede satisfacer un interés religioso a través del padecimiento y posterior muerte de una persona. Más todavía, existen deberes en cabeza de los médicos de atender la emergencia y salvar la vida del menor, bajo responsabilidad penal, lo cual demuestra en forma inequívoca que el mentado “interés jurídicamente relevante” de los padres no existe.

---

<sup>11</sup> En todos los casos, el cotejo del acto que se reputa ilícito con el ordenamiento jurídico constituye una “cuestión de puro derecho” (Marinoni, Luiz G., *La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil*, en “Derecho procesal”, ponencia del II Congreso Internacional, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2002, p. 100).

<sup>12</sup> En efecto, la ilicitud del comportamiento vendría “verificado” o “certificado” recién a partir de la expedición de la sentencia.

## 7. Observaciones finales

La doctrina de las medidas autosatisfactivas, si pretende adquirir autonomía conceptual y funcional dentro del plano de las técnicas procesales de tutela de intereses, debe escapar del ámbito de influencia creado por la *finalidad* del proceso de conocimiento para poder delinear su propio objeto de aplicación, su propio método y sus particulares institutos.

Se ha comprobado que el proceso de conocimiento no resulta ser el método institucional de solución de conflictos que resulta más apto para encauzar la tutela frente al ilícito cuando se trata de supuestos que ameritan el recurso a las medidas autosatisfactivas y, *siendo el único medio disponible para ello*, no podemos más que concluir que este modelo de proceso, en concreto, ofrece a los justiciables una tutela tanto *difícil* como *inadecuada* lo cual representa, evidentemente, una fuerte barrera contra los ideales perseguidos por el *movimiento para el acceso a la justicia* y contra la efectividad de la tutela judicial.

© Editorial Astrea, 2005. Todos los derechos reservados.

