

**GIOVANNI PRIORI POSADA¹*****La tutela giurisdizionale dei diritti in America Latina:
tra differenziazione e flessibilità^{2 3}*****1. Introduzione**

Uno dei principi fondamentali dello Stato costituzionale è l'effettiva protezione giurisdizionale *di tutti i diritti di tutte le persone*. Questo principio ci pone di fronte a grandi sfide quando cerchiamo di realizzare (non solo di garantire) la sua efficacia nella realtà. Dietro l'idea dell'effettività della protezione giurisdizionale con quell'amplessissima portata oggettiva (tutti i diritti) e soggettiva (tutte le persone) si avverte non solo una preoccupazione nel modo di operare della risposta giurisdizionale nell'ambito della realtà, ma anche circa la forma con cui quella si attua. Infatti, la Costituzione esige non solo che la tutela giurisdizionale sia adeguata, opportuna ed efficace, ma anche che il processo attraverso il quale viene concessa la risposta giurisdizionale abbia rispettato i parametri di costituzionalità.

Uno dei problemi che affliggono il processo civile consiste nel fatto che lo stesso richiede tempo per fornire la protezione giurisdizionale promessa dalla Costituzione. Non si può, infatti, ignorare che il periodo di tempo necessario alle parti per esercitare i propri diritti processuali possa avere un impatto negativo sull'efficacia della tutela del diritto sostanziale. E nemmeno che ciò possa mettere le parti del processo in una situazione di disuguaglianza. Questo problema dev'essere affrontato per il diritto processuale in tutta la sua complessità. Per affrontarlo dobbiamo cominciare a capire che anche sul piano del tempo che il processo richiede può venirsi a creare una tensione tra le parti.

Ma il tempo non è l'unico problema che ha il processo. Le regole processuali disegnano le procedure da applicare alla tutela di una generalità di diritti o di un certo tipo di diritti. La maggiore o minore rigidità di queste procedure può finire per influenzare la protezione che il processo deve finire per dare ai diritti soggettivi. Allo stesso modo, queste norme processuali sono concepite con l'idea che un cittadino con determinate condizioni sarà parte di questi processi. La rigidità delle norme processuali può finire per generare l'esclusione totale o parziale dal processo di molte persone che non soddisfano tali condizioni, il che si aggrava in società fortemente diseguali come quelle dell'America Latina.

Non tenerne conto può portare il legislatore a progettare un modello di processo che rechi svantaggio ad una delle parti in causa. La struttura e la disciplina del processo sono il risultato del modo in cui il legislatore ha deciso di risolvere la contrapposizione tra i diritti processuali dell'attore e quelli del convenuto. Ma qui ci domandiamo se quella risposta debba essere una sola; cioè, se possa soltanto esserci un unico modo di costruire il processo. Sappiamo che

¹ Professore principale del Dipartimento di Giurisprudenza della Pontificia Università Cattolica del Perú. Segretario generale dell'Istituto Iberoamericano di Diritto Processuale. Membro del Grupo para la Armonización del Derecho para América Latina. Membro del Grupo de Investigación de Derecho Procesal Crítico y Constitución.

² Questo articolo è stato scritto sulla base della relazione svolta al Seminario sulla Tutela Giurisdizionale Differenziata, tenutosi presso l'Università degli Studi di Brescia il 21 marzo 2023, insieme ai professori Andrea Proto Pisani, Eduardo Oteiza, Luca Passanante e Marco Frigessi di Rattalma. La conferenza del prof. Andrea Proto Pisani si può trovare in: PROTO PISANI, Andrea. "Significati ed equivoci della tutela giurisdizionale differenziata", *Rivista di diritto processuale*, anno LXXVIII, No. 4, agosto-ottobre, 2023, pp. 1333 e ss.

³ Questo articolo è stato scritto originalmente da me in italiano. Qui devo ringraziare di cuore ai miei cari colleghi e amici i professori Carlo Vittorio Giabardo, Luca Passanante e il dott. Marco Morotti, che hanno avuto la cortesia di fare la revisione al testo in italiano.



la risposta è negativa, perché storicamente si sono concepite diverse forme di processo a seconda delle diverse esigenze relative al diritto sostanziale. Ciò avveniva normalmente attraverso la tecnica della tutela sommaria. Ma è anche vero, per altro verso, che in Europa l'Illuminismo, che ha ispirato i codici del XIX secolo, predicava l'eliminazione dei privilegi e dei procedimenti speciali, al fine di garantire l'uguaglianza delle parti nel processo.

Sotto l'influenza del costituzionalismo nordamericano⁴, la risposta storica in America Latina è stata invece quella di prevedere processi speciali per la protezione delle libertà fondamentali, determinando, così, il sorgere di un regime speciale di protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali diverso da quello previsto nei codici europei.

Il riconoscimento dei diritti fondamentali dopo le due guerre mondiali del XX secolo ha sollevato la questione dell'adeguatezza dei procedimenti ordinari per la tutela di tali diritti anche in Europa. Nell'affrontare questo problema, si è svolto un interessante dialogo tra processualisti latinoamericani e italiani, che cerco di spiegare nelle pagine che seguono.

2. Il rapporto tra la dottrina processuale italiana e latino-americana

Il dialogo tra gli studi giuridici europei e quelli latinoamericani è sorto e si è sviluppato per ragioni storiche, politiche e culturali. Nei Paesi che furono colonie di Castiglia, la legislazione e la dottrina spagnola ebbero un'influenza preponderante fino alla metà del XIX secolo⁵. Durante il periodo delle guerre d'indipendenza e la nascita delle nuove repubbliche, l'influenza francese⁶, in particolare nei processi di codificazione, cominciò a farsi sentire con maggiore forza.

La dottrina processualistica italiana ha iniziato ad essere conosciuta in America Latina alla fine del secolo XIX⁷. Nel XX secolo, tuttavia, questo rapporto è diventato predominante. In questa relazione, che ha già più di un secolo, si possono distinguere, a mio avviso, due momenti diversi:

- (i) Un primo momento, che possiamo denominare di “recezione”; cioè, il momento nel quale la dottrina processuale latino-americana scopriva la dottrina italiana, si informava su di essa e cercava di capirla per poi, dopo un processo di interpretazione, farla propria. È l'inizio di questo rapporto.

In questo momento si cominciavano a conoscere e si studiavano le opere dei primi grandi maestri della scuola processualcivile italiana, tra i quali possiamo ricordare Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e il primo Piero

⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La Jurisdicción Constitucional en América Latina”. In: FERRER MAC GREGOR, Eduardo. *Derecho Procesal Constitucional*. Porrúa: México, 2002, tomo 1, pp. 86 e ss.

⁵ COUTURE, Eduardo. “Carnelutti y nosotros”. In: AA.VV. *Scritti giuridici in onore a Francesco Carnelutti*. CEDAM, Padua, 1950, tomo 1, pp. 321. Nello stesso senso: SENTIS MELENDO, Santiago. “La escuela procesal italiana – su influencia en los estudios procesales argentinos”. In: AA.VV. *Scritti giuridici in onore a Francesco Carnelutti*. CEDAM, Padua, 1950, tomo 2, pp. 191.

⁶ COUTURE, Eduardo. “Carnelutti y nosotros”. In: AA.VV. *Scritti giuridici in onore a Francesco Carnelutti*. CEDAM, Padua, 1950, tomo 1, pp. 321. En el mismo sentido: SENTIS MELENDO, Santiago. “La escuela procesal italiana – su influencia en los estudios procesales argentinos”. In: AA.VV. *Scritti giuridici in onore a Francesco Carnelutti*. CEDAM, Padua, 1950, tomo 2, pp. 191.

⁷ “la verdadera influencia italiana comienza en nuestro continente a fines del siglo XIX”. COUTURE, Eduardo. “Carnelutti y nosotros”. In: AA.VV. *Scritti giuridici in onore a Francesco Carnelutti*. CEDAM, Padua, 1950, pp. 324.



Calamandrei⁸. Attraverso la processualistica italiana si conosce anche quella tedesca⁹. Questa relazione produce un rinnovamento negli studi processuali in America Latina¹⁰.

- (ii) Un secondo momento di questo rapporto è quello che possiamo chiamare di “dialogo” tra la dottrina processuale italiana e quella latino-americana; cioè, il momento nel quale i processualisti italiani e quelli latinoamericani si sono conosciuti, si sono letti, capiti e hanno costruito i rispettivi pensieri, insieme o da soli, ma operando mutui riferimenti.

Secondo me il punto cardine di questo secondo momento è segnato dal rapporto intercorso tra Piero Calamandrei e Eduardo Couture¹¹.

Come vedremo in seguito, la tutela giurisdizionale differenziata forma parte di quel dialogo che ha luogo in questo secondo momento tra la dottrina processuale latino-americana e quella italiana; ma che poi ha preso la sua propria strada negli studi giuridici in America Latina.

3. La tutela giurisdizionale differenziata in Italia

a. I primi riferimenti all'idea di “differenziazione della tutela giurisdizionale” in Italia e l'impatto degli ordinamenti giuridici latinoamericani

La prima volta che si fa riferimento all'idea di differenziazione della tutela giurisdizionale in Italia risale alla prima edizione dell'importante libro di Mauro Cappelletti “La giurisdizione costituzionale delle libertà” che reca la data del 1955. Quando Cappelletti lo scrive, è chiaro che sta dialogando con l'America Latina.

Infatti. Già nella prima pagina di quel libro¹² c'è un riferimento alla costituzione messicana finalizzato ad affermare che i diritti fondamentali, pur attribuiti all'individuo, “sono in realtà permeati di un valore che trascende l'uomo singolo e investe tutta intera la società”¹³. Immediatamente dopo, Cappelletti cita il professore messicano Tena Ramirez e fa anche riferimento al Patto di Bogotà del 1948, per parlare del diritto a un ricorso effettivo per la tutela dei diritti fondamentali.

E dopo, Cappelletti si pone il seguente problema, la cui soluzione svolgerà nel suo libro: se i diritti fondamentali sono “più forti” di quelli ordinari, come mai non ci sono in Italia ricorsi speciali per la loro protezione? Cappelletti sostiene

⁸ SENTIS MELENDO, Santiago. “La escuela procesal italiana – su influencia en los estudios procesales argentinos”. In: AA.VV. Scritti giuridici in onore a Francesco Carnelutti. CEDAM, Padua, 1950, tomo 2, pp. 203.

⁹ CARLOS, Eduardo B. Prólogo a la edición castellana de: ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. EJE: Buenos Aires, 1955, pp. XI y ss.

¹⁰ GELSI BIDART, Adolfo. “Código Tipo y reforma del proceso en América Latina: entre derecho común o uniforme”. In: SCHIPANI, Sandro y VACCARELLA, Romano. *Un “codice tipo” di procedura civile per l'America Latina*. CEDAM: Padova, 1990, pp. 46.

¹¹ “Desde América Latina, Couture, y desde Europa, Calamandrei, supieron construir puentes con repercusiones que todavía perduran OTEIZA, Eduardo. “Eduardo J. Couture. Huellas que ayudan a comprender el presente”. In: LANDONI SOSA, Angel y PEREIRA CAMPOS, Santiago. *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Eduardo J. Couture*. La Ley Uruguay, 2017, Tomo I, pp. 20.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Giuffrè: Milano, 1976 (ristampa inalterata della prima edizione del 1955), pp. 1.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Giuffrè: Milano, 1976 (ristampa inalterata della prima edizione del 1955), Pp. 2



che, dato che in Italia non trova una risposta a questa domanda, deve andare a cercarla fuori. È qui che appare ancora l'America Latina (siamo nella pagina 6 del citato libro), per fare riferimento al processo di "amparo", quale "istituto capace di far effettivamente valere i diritti fondamentali"¹⁴. In seguito, aggiunge che così ci troviamo davanti a: "Un modo (...) differenziato, rinforzato, distinto, cioè anche strutturalmente ma soprattutto agli effetti, da quelli con i quali possono essere portati in giudizio altri diritti"¹⁵.

Qui l'idea di differenziazione della tutela giurisdizionale si presenta come risposta al bisogno di avere un processo strutturalmente diverso da quello che possiamo chiamare ordinario, per dare una effettiva protezione ai diritti fondamentali. E per costruire questa idea Cappelletti parte dal processo di "amparo" che esiste in America Latina. Qui si può avvertire questo dialogo al quale facevo riferimento sopra.

Mi permetto anche di aggiungere qui, per inciso, un dato storico molto interessante: nello stesso anno, il 1955, il professore messicano Hector Fix Zamudio difende la sua tesi di laurea che si intitola "*La estructura del proceso de amparo*", una delle opere più importanti del diritto processuale in America Latina. In questa tesi, Fix Zamudio affermava: "el amparo para la defensa de los derechos fundamentales requiere de una tramitacion particular en los cuales imperen los principios de rapidez, flexibilidad, concentracion y oralidad"¹⁶. Come si vede, egli spiega chiaramente, nella stessa epoca di Cappelletti, questo carattere speciale, differenziato (anche se non usa questa parola) del processo di "amparo".

Questo dato storico è molto importante perché Fix Zamudio era allievo di Niceto Alcalá Zamora y Castillo, che è stato colui che ha portato Calamandrei in Messico. Poi, gli allievi Mauro Cappelletti (di Calamandrei) e Hector Fix Zamudio (di Niceto Alcalá) si conosceranno nel 1960, rafforzando così questo dialogo tra i processualisti italiani e latinoamericani¹⁷. In 1961, Héctor Fix Zamudio tradusse il libro di Cappelletti in spagnolo che ebbe poi grande influenza in America Latina¹⁸.

Tornando al tema di questo paragrafo, ricordiamo che Cappelletti affermava che il fatto di non prevedere questo processo differenziato produce "la inadeguatezza della tutela e la inefficacia quindi del diritto"¹⁹. Questa tutela rinforzata e differenziata proposta da Cappelletti ha tre caratteristiche: (i) la struttura del procedimento deve essere modellata tenendo conto della natura dei diritti fondamentali, (ii) la composizione dell'autorità giudiziaria può essere diversa di quella ordinaria, e (iii) anche i poteri dell'organo giudicante devono essere diversi, più forti, possiamo dire.

b. La nascita dell'espressione "tutela giurisdizionale differenziata"

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. La giurisdizione costituzionale delle libertà. Giuffrè: Milano, 1976 (ristampa inalterata della prima edizione del 1955), Pp. 6

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. La giurisdizione costituzionale delle libertà. Giuffrè: Milano, 1976 (ristampa inalterata della prima edizione del 1955), Pp. 6.

¹⁶ FIX ZAMUDIO, Hector. "La estructura procesal del amparo (1955-2015)", pp. 439.

¹⁷ In 1965 Mauro Cappelletti è andato a Città del Messico un corso di lezioni sul controllo di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato. Le lezioni, rielaborate, sono state pubblicate nel 1968 per Cappelletti. CAPPELLETTI, Mauro. Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato. Giuffrè: Milano, 1968, ristampa del 1979.

¹⁸ La traduzione in spagnolo ha un piccolo cambio nel suo titolo: Fix ha deciso di usare il singolare per riferirsi alla "libertà". GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Presentación. In: CAPPELLETTI, Mauro. La jurisdicción constitucional de la libertad. Palestra: Lima, 2010, pp. 14.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. La giurisdizione costituzionale delle libertà. Giuffrè: Milano, 1976 (ristampa inalterata della prima edizione del 1955), Pp. 6



Ma l'avvento dell'espressione "tutela giurisdizionale differenziata" risale a qualche anno più tardi e precisamente ai lavori del professor Andrea Proto Pisani, che nel 1973 pubblica il suo articolo: "tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro"²⁰.

Il punto di partenza delle idee del prof. Andrea Proto Pisani è lo stesso di quello di Cappelletti, cioè, il carattere sostanziale e non solo formale dei diritti fondamentali previsti nella Costituzione²¹.

Le idee di Proto Pisani trovano giustificazione nella Costituzione italiana del 1948, che a suo avviso, provoca una "rottura violenta con il passato (come ho detto, "rivoluzione copernicana") nel sistema dei diritti, che ha sostituito alla proprietà è all'impresa i valori della persona umana, della solidarietà, della attuazione della eguaglianza sostanziale e non solo formale"²².

Da lì viene formulata l'importante frase: "la tutela giurisdizionale garantita [dalla Costituzione] o è effettiva (...) o non è"²³. La preoccupazione riguarda la durata del processo civile e l'impatto che questa durata ha sull'effettività della protezione giurisdizionale dei diritti dei lavoratori. Per tale motivo, egli aggiunge che in quei casi: "o la tutela giurisdizionale è rapida o altrimenti il processo si risolve in un sostanziale diniego di giustizia"²⁴. Per questa ragione, avere un procedimento differenziato per la tutela dei diritti del lavoro ha una giustificazione costituzionale.

Non vorrei soffermarmi sulle pagine e frasi, storiche e importanti, degli studi del prof. Andrea Proto Pisani. Vorrei soltanto darvi un altro dato storico. Nel 1979 fu pubblicato nella Rivista di Diritto Processuale l'articolo del prof. Proto Pisani che ha avuto più successo in America Latina, intitolato: "Sulla tutela giurisdizionale differenziata". Le prime parole di questo articolo sono dedicate a chiarire l'espressione "tutela giurisdizionale differenziata". Ci dice il prof. Proto Pisani che questa espressione è "altamente equivoca"²⁵. Poi ci spiega che il significato di quell'espressione si basa sull'idea - che, come lui ci ricorda, è una ovvietà - secondo la quale: "a bisogni diversi di tutela devono corrispondere forme diverse di tutela"²⁶. Rafforzando questa idea di ovvietà, il prof. Proto Pisani cita il prof. Colesanti, il quale dice che, a dire il vero, la tutela differenziata è "coeva alla storia degli istituti processuali"²⁷.

Trentacinque anni dopo, nel 2014, invitiamo a Lima il prof. Andrea Proto Pisani, per svolgere una conferenza alla Pontificia Università Cattolica del Perù sulla tutela giurisdizionale differenziata, nel Master in diritto processuale della PUCP, dove addirittura esiste un corso che si chiama "tutela giurisdizionale differenziata". In quella conferenza il

²⁰ La storia su questo articolo si può trovare in: PROTO PISANI, Andrea. "Significati ed equivoci della tutela giurisdizionale differenziata", Rivista di diritto processuale, anno LXXVIII, No. 4, agosto-ottobre, 2023.

²¹ PROTO PISANI, Andrea. "Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro". In: Il foro italiano, 1973. La stessa idea si può trovare in: PROTO PISANI, Andrea. "Significati ed equivoci della tutela giurisdizionale differenziata", Rivista di diritto processuale, anno LXXVIII, No. 4, agosto-ottobre, 2023.

²² PROTO PISANI, Andrea. "Significati ed equivoci della tutela giurisdizionale differenziata", Rivista di diritto processuale, anno LXXVIII, No. 4, agosto-ottobre, 2023, pp. 1340.

²³ PROTO PISANI, Andrea. "Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro". In: Il foro italiano, 1973.

²⁴ PROTO PISANI, Andrea. "Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro". In: Il foro italiano, 1973.

²⁵ PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. In: Rivista di diritto processuale. CEDAM, Padova, 1979, pp. 536 – 537.

²⁶ PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. In: Rivista di diritto processuale. CEDAM, Padova, 1979, pp. 537.

²⁷ COLESANTI, Vittorio. "Principio del contraddittorio e procedimenti speciali". In: Rivista di diritto processuale. Numero 4, CEDAM: Padova, 1975.



professor Proto Pisani ci comunicava che abbandonava l'idea di una differenziazione che abbia come base la diversità dei diritti soggettivi, a favore di una differenziazione di tutela, la quale trovi fondamento, invece, nella complessità delle controversie²⁸. Nel farlo, egli ci offre un'idea molto importante: sarà il giudice (nel rispetto delle norme processuali, ovviamente), e non il legislatore, colui che stabilirà, caso per caso, se la controversia è complessa o no, per dare così avvio a un procedimento o a un altro.

c. La discussione nella dottrina italiana sulla tutela giurisdizionale differenziata

I lavori di Proto Pisani sulla tutela giurisdizionale differenziata hanno suscitato un interessante dibattito in Italia. Questo si è sviluppato su due piani: a) sul piano sostanziale: se sia possibile parlare di situazioni giuridiche che possano essere definite privilegiate e, b) sul piano processuale: se sia giustificata l'esistenza di un procedimento speciale per la tutela di queste situazioni giuridiche, e i suoi limiti. Da lì, sono seguite critiche di varia natura.

È il caso, per esempio, di Vittorio Colesanti, il quale critica, sul piano sostanziale, il fatto che la tutela giurisdizionale differenziata trovi il suo fondamento “a fronte delle mutevoli esigenze che l'alternarsi delle vicende umane fa apparire come prioritarie”²⁹. Invece, la preoccupazione espressa da Luigi Montesano si collocava sul piano processuale, nel senso che i processi speciali “potrebbero facilmente comportare minori garanzie processuali”³⁰ e potessero essere generalizzati al punto tale da far diventare il processo ordinario di applicazione residuale.

Uno dei più importanti critici alla tesi di Proto Pisani è stato Giovanni Verde, secondo il quale nella Costituzione italiana è chiaro che “il legislatore ordinario non è più libero come poteva esserlo per il passato, di predisporre tecniche processuali diversificate, al fine di obbedire ad esigenze – anche se commendevoli – di celerità, di semplificazione processuali o di miglior tutela di particolari situazioni sostanziali”³¹. Ma Verde, oltre a formulare le sue critiche sul piano processuale e sostanziale, si è spinto fino ad affermare che la nozione di tutela differenziata avrebbe la sua unica spiegazione nella “logica del marxismo rivoluzionario del secolo scorso”³². Da questa critica si è poi difeso Proto Pisani³³ dicendo che è un dovere del processualista preoccuparsi di far sì che tutti i diritti, specialmente quelli di contenuto non patrimoniale, non soffrano un pregiudizio irreparabile come conseguenza della durata fisiologica del processo ordinario. Mi sembra che poi Verde abbia accettato l'idea di tutela giurisdizionale differenziata quando ha affermato che: “Ciò non significa che tali procedure ‘differenziate’ non siano possibili, ma che debbano essere non solo giustificate intrinsecamente (altrimenti si darebbe vita ad un'ingiustificata disparità di trattamento) ma anche rispettose delle esigenze di tutela oramai fatte proprie dalla Costituzione”³⁴.

²⁸ Questa conferenza è pubblicata nella Rivista del Magister: PROTO PISANI, Andrea. “Necesidad de deshacer los nudos y los equívocos de la expresión tutela jurisdiccional diferenciada”. In: Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Volumen 5 (1), 2014, pp. 179 y ss. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/169-184>

²⁹ COLESANTI, Vittorio. “Principio del contraddittorio e procedimenti speciali”. In: Rivista di diritto processuale. Numero 4, CEDAM: Padova, 1975, pp. 618.

³⁰ MONTESANO, Luigi. “Luci ed ombre in leggi e proposte di ‘tutele differenziate’ nei processi civili”. In: Rivista di diritto processuale, CEDAM: Padova, 1979, pp. 594.

³¹ VERDE, Giovanni. “Considerazioni sul procedimento di urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)”. In: AAVV. I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi. Jovene, Napoli, 1979, pp. 409 – 410.

³² VERDE, Giovanni. “Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto”. In: Diritto e Giurisprudenza, 1978.

³³ PROTO PISANI, Andrea. “Note minime sulla c. d. tutela differenziata”. In: Diritto e Giurisprudenza, 1978.

³⁴ VERDE, Giovanni. “Considerazioni sul procedimento di urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)”. In: AAVV. I processi speciali. Studi in offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi. Jovene, Napoli, 1979, nota a piede 3, pp. 410.



Qualche anno dopo, Giovanni Verde ha ribadito la sua posizione: “Sia ben chiaro che resta fermo il mio scetticismo verso l’uso della tutela differenziata, che, peraltro, mi appare come male minore di fronte alla recente proposta di un diritto processuale ‘elastico’³⁵.”

Diversa è stata la posizione di Federico Carpi, che nel 1980 scriveva che: “la problematica della tutela giurisdizionale differenziata, esaminata nell’ottica dei provvedimenti sommari non cautelari, è di grande interesse ed attualità (...)”³⁶. Poi, Sergio Chiarloni ha cercato di stabilire su un piano oggettivo quali potessero essere le ragioni che giustificano la differenziazione della tutela giurisdizionale. Scriveva a questo proposito: “Preliminarmente, occorre istituire un distinguo che mi sembra importante: una differenziazione della tutela può essere dovuta a ragioni di razionalità processuale intrinseca, cui è assolutamente estranea, pertanto, la volontà di attribuire un trattamento preferenziale a questa o quella categoria di interesse sostanziale portato in giudizio. Ovvero, al contrario, una tutela giurisdizionale differenziata viene introdotta al preciso scopo di attribuire un privilegio processuale. Questa seconda evenienza non è affatto rara (...)”³⁷.

Qualche anno dopo, il professor Luigi Paolo Comoglio³⁸ sottolineò che la tutela differenziata pone, a rigore, il problema dell’uguaglianza dei cittadini di fronte alla tutela giurisdizionale dei loro diritti. Questo modo di giustificare costituzionalmente l’esistenza di una tutela giurisdizionale differenziata si basa sulla concezione del costituzionalismo nordamericano di *outcome equality* secondo il quale si “esprime l’esigenza di una ‘parità di trattamento’ nei ‘risultati’ del processo”³⁹.

Quindi, se tutte le persone hanno il diritto ad una effettiva tutela giurisdizionale dei loro diritti, tutti devono avere la stessa possibilità di una tutela giurisdizionale che sia adeguata alla protezione degli stessi. Perciò Comoglio aggiunge: “effettività non significa, né implica, necessariamente e sempre, ‘uniformità’ (o formale) ‘eguaglianza’ di trattamento. Al contrario, la sua istituzionale vocazione a porsi quale ‘denominatore comune’ di più garanzie di giustizia la rende pienamente compatibile con la ‘diversità’ (e, quindi, pure, con la ‘differenza’ o con la ‘disuguaglianza’) ontologiche delle situazioni giuridiche da disciplinare – nonché della ‘differenziazione’ di quelle forme di tutela – identificandola proprio in tali casi, come l’unico vero elemento di “uguaglianza” (...) nel rispetto del “nucleo essenziale” dei diversi diritti inviolabili, che attengono al processo e alla giurisdizione”⁴⁰.

Una rapida lettura degli elementi fin qui descritti ci permette di osservare alcuni punti in comune nella discussione della dottrina italiana che è seguita all’opera di Proto Pisani, che poi ci serviranno per operare una comparazione con quello che accade in America Latina:

- La mancanza di riferimento ai lavori precedenti a Cappelletti⁴¹.

³⁵ VERDE, Giovanni. “Unicità e pluralità di riti nel processo civile”. In: Rivista di diritto processuale. CEDAM: Padova, 1984, pp. 665.

³⁶ CARPI, Federico. “Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata”. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1980, pp. 239.

³⁷ CHIARLONI, Sergio. “La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate”. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1988, pp. 773.

³⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. “Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile”. In: Rivista di Diritto Processuale, 2008, pp. 1517.

³⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. “Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile”. In: Rivista di Diritto Processuale, 2008, pp. 1520.

⁴⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. “Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile”. In: Rivista di Diritto Processuale, 2008, pp. 1521-1522.

⁴¹ Addirittura, in un testo scritto da Andrea Proto Pisani dopo la morte di Cappelletti, egli inizia ammettendo che: “Si può iniziare osservando che tutta l’opera scientifica di Mauro Cappelletti quale studioso del processo civile, è opera di riforma non di analisi di diritto vigente a scopi applicativi. In questo si rinviene la sua grandezza ma anche, se si vuole, il suo limite di processualciviltista”. Poi finisce con questa frase: “Nella



- Il dibattito si concentra sul processo civile in generale, anche se l'espressione "tutela giurisdizionale differenziata" è sorta a proposito del processo del lavoro.
- Il dibattito prescinde dalla preoccupazione della tutela dei diritti fondamentali.
- Manca un approccio comparatistico. Non si fa riferimento a ciò che accade in altri sistemi giuridici europei, né tanto meno a ciò che accade in America Latina. Quindi possiamo dire che quel dialogo che c'era all'inizio è poi scomparso.

Consapevole di tutte le critiche, nel recente articolo pubblicato lo scorso anno, che riflette il suo intervento al Seminario di Brescia, Andrea Proto Pisani sottolinea che queste critiche si riassumono in una diversa lettura della Costituzione italiana del 1948. Una lettura che esprimerebbe una mancanza di attenzione alla svolta copernicana che l'entrata in vigore della Costituzione vigente ha significato per il sistema di tutela dei diritti⁴².

4. La tutela giurisdizionale differenziata come caratteristica del diritto processuale latino-americano

In questa parte vorrei esporre la tesi secondo la quale la differenziazione della tutela giurisdizionale è una caratteristica del sistema giuridico processuale latino-americano e che questa differenziazione è esistita molto prima che sia sorta la discussione su questo argomento in Italia. Ecco perché l'approccio comparatistico di Cappelletti ha permesso di avvertire che l'"amparo" rappresentava un autentico caso di tutela giurisdizionale differenziata e permette di spiegare il perché i lavori di Andrea Proto Pisani abbiano avuto tanto successo in America Latina.

L'idea di tutela differenziata è coeva alla storia del processo latino-americano. Credo che questo trovi fondamento in tre ragioni:

- (i) Durante il periodo del colonialismo spagnolo, esistevano nell'America spagnola diversi processi speciali. Ciò era una conseguenza propria della pluralità giuridica caratteristica del diritto medievale portato in America dagli europei. Quindi, l'idea di pluralità sta alla base della formazione del diritto in America Latina e non è stata indebolita dall'idea di unità dei nuovi stati che si formarono dopo i movimenti di indipendenza. Va, inoltre, ricordato che c'era un diritto speciale che si applicava in America al di là del diritto castigliano (il "*derecho indiano*"). E allo stesso modo si riconoscevano il diritto e la giustizia indigeni⁴³.
- (ii) Dopo i movimenti di indipendenza, le nuove repubbliche cercarono di darsi i loro codici, anche quelli di procedura. I codici di procedura civile si presentavano con l'idea di dare ordine al disordine dovuto alla preesistenza di tanti diversi processi. In un certo senso, si voleva porre fine alla pluralità. Ma allo stesso tempo, e per influenza del costituzionalismo nordamericano, si riconosceva l'esistenza di un processo speciale per controllare la costituzionalità degli atti del potere. Con diversi nomi⁴⁴, in diverse forme e in

pur ricchissima analisi di Mauro Cappelletti si nota un limite di fondo comune a quasi tutti i processualcivili della sua generazione: l'esaminare pressoché esclusivamente il processo a cognizione piena senza considerare ad un tempo la importanza anche storica della tutela sommaria quale componente essenziale di un sistema processuale complessivamente inteso". In: "Mauro Cappelletti: riformatore del processo civile italiano". In: *Il Foro Italiano*, 2005, pp. 245 e 247.

⁴² PROTO PISANI, Andrea. "Significati ed equivoci della tutela giurisdizionale differenziata", *Rivista di diritto processuale*, anno LXXVIII, No. 4, agosto-ottobre, 2023, pp. 1340.

⁴³ CRUZ BARNEY, Oscar. *Historia del derecho indiano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 277. Vedi pure: LEVAGGI, Abelardo. *Manual de Historia del Derecho Argentino (castellano – indiano / nacional)*. Depalma: Buenos Aires, 1996, Tomo II, pp. 16.

⁴⁴ Ci sono i paesi dove l'amparo ha un altro nome: tutela (Colombia), acción de protección (Ecuador), mandato de segurança (Brasile). In altri paesi coesistono l'amparo e l'habeas corpus. In altri ci sono, al di là dell'amparo e dell'habeas corpus: habeas data e proceso de



diversi tempi, in tutta l'America Latina si riconobbe dalla seconda metà del secolo XIX⁴⁵ in poi, l'esistenza di un processo speciale per la tutela dei diritti fondamentali. Il nome più diffuso attribuito a questo speciale processo è: "amparo". Questa è una delle più importanti caratteristiche del sistema di giustizia latino-americano: l'esistenza di una tutela giurisdizionale differenziata per la tutela dei diritti fondamentali che trova la sua origine nella formazione dei nuovi stati latino-americani.

Quindi, nei primi anni della loro vita, nei nuovi Stati, coesistevano, da un lato, un processo civile formale, scritto, lento, pieno di impugnazioni, di tipo assolutamente dispositivo; e un processo di "amparo" informale, rapido, dove il giudice era dotato di maggiori poteri. Un processo civile per la borghesia, accanto a un processo di "amparo" per proteggere i diritti di tutti i cittadini nei confronti dello Stato (sarà successivamente e gradualmente esteso per poi essere utilizzato anche contro i privati).

Questa informalità del processo di amparo in confronto al processo civile ha avuto conseguenze importanti nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti in America Latina. Una di quelle è stata, per esempio, la portata della protezione della tutela cautelare. Così, mentre nel processo civile la tutela cautelare è stata concepita come tipica e limitata, al contrario, nel processo di amparo, la tutela cautelare ha sempre avuto i caratteri della atipicità e generalità. Lo stesso si può dire per altri istituti processuali, come la legittimazione ad agire, laddove nel processo di amparo è ampia per la protezione dei diritti diffusi o collettivi, o per la protezione delle libertà individuali (*actio popolare*); la possibilità di iniziare il processo prima della lesione di qualsiasi diritto fondamentale; o la possibilità di anticipare gli effetti della sentenza.

Per questa ragione, gli ordinamenti giuridici latinoamericani, e ancora più, gli Stati latino-americani, si sono formati nella consapevolezza che ci sono almeno due forme giurisdizionali di protezione dei diritti: una tutela giurisdizionale ordinaria, con diverse forme di procedimenti (processo civile), e un'altra tutela giurisdizionale speciale per i diritti fondamentali (processo di "amparo"). Pensare, da noi, di eliminare il processo di amparo significherebbe mettere sotto attacco non soltanto la democrazia, ma anche una delle basi fondamentali degli ordinamenti giuridici latinoamericani.

Ciò è ancor più vero se si considera che l'articolo 25 della Convenzione Interamericana dei Diritti Umani lo riconosce specificamente come un diritto di ogni cittadino protetto da detta Convenzione: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". Non c'è dubbio che quel "recurso sencillo y rápido" sia il processo di amparo.

Quindi, l'esistenza di un processo speciale, sommario e semplice per la tutela dei diritti fondamentali non soltanto è una caratteristica degli ordinamenti giuridici latinoamericani, ma è anche prevista nella stessa Convenzione. Con la firma della Convenzione Interamericana gli Stati hanno assunto l'obbligo di: "a) a garantizar que la autoridad

cumplimiento (Perú). Anche la portata può essere diversa, ma tutti hanno come minimo un processo speciale per la tutela dei diritti fondamentali.

⁴⁵ ABAD YUPANQUI, Samuel. El proceso constitucional de amparo. Gaceta Jurídica: Lima, 2008, pp. 27 y ss. BREWER-CARÍAS, Allan. El proceso de amparo. En el derecho constitucional comparado de América Latina. Gaceta Jurídica: Lima, 2016, pp. 11 y ss; e, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La Jurisdicción Constitucional en América Latina". In: FERRER MAC GREGOR, Eduardo. Derecho Procesal Constitucional. Porrúa: México, 2002, tomo 1, pp. 86 e ss.



competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Per questa ragione, la Corte Interamericana ha detto che: “si el Estado Parte en la Convención no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho tiene que crearlo”⁴⁶.

Dal punto di vista dell'argomento a cui è dedicato questo lavoro posso dire che la tutela differenziata, intesa in questo senso, in America Latina non è soltanto costituzionalizzata, ma anche “convenzionalizzata”.

- (iii) La terza ragione per cui il concetto di tutela differenziata accompagna tutta la storia del processo in America Latina concerne la grande disuguaglianza che caratterizza quest'area del mondo. Il processo di amparo ha rappresentato la strada per mezzo della quale coloro che sono privi del tutto, o quasi, di mezzi economici, o coloro che sono stati storicamente messi ai margini della società, hanno avuto la possibilità di proteggere i loro diritti. I poveri, gli emarginati, gli indigeni, le donne, i gruppi LGBT, e molti altri hanno trovato nell'amparo quella effettiva tutela giurisdizionale che non hanno trovato nel processo civile ordinario. Una società così disuguale come quella latino americana non si può permettere di non avere una tutela giurisdizionale differenziata.

Queste tre - ma possono aggiungersene anche altre - circostanze spiegano la grande accoglienza e il successo che la formula della “tutela giurisdizionale differenziata” ha avuto in America Latina. I lavori della dottrina italiana sono serviti, quindi, per spiegare ciò che già accadeva in America Latina, e non, invece, per imporre o importare un concetto estraneo all'esperienza latino-americana.

Non posso fare a meno di ricordare che un'altra ragione che determina l'importanza dell'amparo in America Latina è che si tratta della via nazionale preliminare che deve essere percorsa prima che un cittadino possa accedere alla giurisdizione sovranazionale, nello specifico alla Corte Interamericana dei Diritti Umani.

5. L'ampiezza della nozione di tutela giurisdizionale differenziata in America Latina

Prima di entrare nella bella sala dell'Università di Brescia dove si è svolto il Seminario che ha dato origine a questo lavoro, il mio caro amico e maestro Andrea Proto Pisani mi ha fermato un attimo e mi ha chiesto, con la gentilezza di sempre: "Giovanni, in America Latina si parla ancora di tutela differenziata?". Risposi: "Sì, caro Andrea, questa espressione ha avuto in America Latina molto più successo di quanto tu possa immaginare".

Infatti, preparando questo intervento ho trovato un recente lavoro del professore cileno Pablo Martínez Zuñiga scritto nel 2020 e pubblicato nel 2021. Egli dà la stessa mia risposta: “Sin que Proto lo haya querido, sus ideas impactaron profundamente en el pensamiento de autores de las más diversas latitudes y sistemas procesales; particularmente en Latinoamérica”⁴⁷. E aggiunge: “De tal es la envergadura de este impacto, que la doctrina de este lado del mundo profundizó particularmente sobre las técnicas sumariales no cautelares, y continúa entregando

⁴⁶ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. § 137.

⁴⁷ MARTÍNEZ ZUÑIGA, Pablo. “La tutela procesal diferenciada: orígenes, indeterminaciones y el rescate de sus notas esenciales”. In: Revista de Ciencias Sociales No. 78, 2021, Universidad de Valparaíso, pp. 19.



lineamientos y fronteras a esta categoría, rescatando su jerarquía disciplinar⁴⁸. E alla fine il professore cileno ci dice che la nozione di tutela giurisdizionale differenziata è stata accolta soprattutto nella dottrina argentina, brasiliana e peruviana⁴⁹.

5.1. Il contesto del successo: la tutela giurisdizionale differenziata come modo di esprimere la critica al modello tradizionale di tutela dei diritti

Non si può comprendere il successo che ha avuto la nozione di tutela giurisdizionale differenziata senza tener conto del contesto nel quale sono nati gli studi su questo argomento. E per farlo basta una constatazione: i più importanti lavori scritti in America Latina sulla tutela giurisdizionale differenziata iniziano con una descrizione critica del modello di tutela dei diritti ereditato dal XIX secolo (specificamente del modello liberale)⁵⁰, delle sfide poste alla tutela giurisdizionale dall'emergere di nuovi diritti, e del modo in cui la giurisdizione dovrebbe svolgere il suo ruolo di tutela dei diritti nello Stato costituzionale⁵¹.

I titolari di diritti non sono uguali nemmeno nella realtà. In società così diseguali come quelle dell'America Latina, l'unico modo per garantire una protezione uguale per tutti è stabilire differenze procedurali che siano giustificate per affrontare queste situazioni di disuguaglianza. L'attenzione alle esigenze di tutela giurisdizionale dei diritti delle persone in situazione di vulnerabilità⁵² non è un'eccezione, ma piuttosto la regola in America Latina. Pertanto, l'idea di un'unica procedura rigida per la tutela dei diritti si infrange immediatamente di fronte all'enorme disuguaglianza sociale che esiste in America Latina.

Quindi, il processo ordinario liberale è stato sottoposto a critiche dalla dottrina processuale latino-americana, ed è stato accusato di essere neutrale⁵³, inefficace per la tutela di alcuni diritti perché si basa sul postulato liberale, appunto, dell'incoercibilità degli obblighi di fare⁵⁴, essendo costruito sulla tipicità dei mezzi esecutivi e determinando tutto ciò

⁴⁸ MARTÍNEZ ZUÑIGA, Pablo. "La tutela procesal diferenciada: orígenes, indeterminaciones y el rescate de sus notas esenciales". In: *Revista de Ciencias Sociales* No. 78, 2021, Universidad de Valparaíso, pp. 19.

⁴⁹ MARTÍNEZ ZUÑIGA, Pablo. "La tutela procesal diferenciada: orígenes, indeterminaciones y el rescate de sus notas esenciales". In: *Revista de Ciencias Sociales* No. 78, 2021, Universidad de Valparaíso, pp. 19.

⁵⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. "Processo e ideologia". In: *Revista Peruana de Derecho Procesal* No. VII, Lima, 2003, pp. 473.

⁵¹ BERIZONCE, Roberto. "Fundamento y confines de las tutelas procesales diferenciadas". In: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No 40-2010; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual o tutela dos direitos*. Revista dos Tribunais: Sao Pablo, 2004, pp. 35 y ss; MARINONI, Luiz Guilherme, PÉREZ RAGONE, Alvaro y NÚÑEZ OJEDA, Raúl. *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. Abeledo Perrot: Santiago de Chile, 2010, pp. 191 y ss; MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan José. "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales". In: *Revista Peruana de Derecho Procesal* No. IV; pp. 157 y ss. PRIORI POSADA, Giovanni. *El proceso y la tutela de los derechos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 2019, pp. 138.

⁵² BERIZONCE, Roberto. "Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución". In: *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/No 48-2018.

⁵³ DINAMARCO, Candido Rangel. *La instrumentalidad del proceso*. Communitas: Lima, 2009, pp. 52 y ss; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual o tutela dos direitos*. Revista dos Tribunais: Sao Pablo, 2004, pp. 44 - 45; MARINONI, Luiz Guilherme, PÉREZ RAGONE, Alvaro y NÚÑEZ OJEDA, Raúl. *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. Abeledo Perrot: Santiago de Chile, 2010, pp. 189; MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan José. "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales". In: *Revista Peruana de Derecho Procesal* No. IV; pp. 160;

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual o tutela dos direitos*. Revista dos Tribunais: Sao Pablo, 2004, pp. 39 - 41; MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan José. "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales". In: *Revista Peruana de Derecho Procesal* No. IV; pp. 160;



una sua strutturale insufficienza per la tutela dei cosiddetti nuovi diritti⁵⁵, proprio per essere un procedimento rigido⁵⁶ e per il fatto di non contemplare procedimenti sommari⁵⁷.

Si è posta, quindi, la necessità di ripensare il modello tradizionale quando si è capito che il processo deve rispondere al bisogno di protezione di tutti i diritti di tutte le persone. In questo senso si è detto che: “los nuevos derechos le plantean al procesalista un reto de supervivencia: o se cambia sustancialmente el proceso a fin de adecuarlo a las nuevas exigencias de la sociedad, o se le hace perecer. En ese contexto, resulta indispensable que surja una alternativa a la tutela jurisdiccional ordinaria”⁵⁸.

5.2. Al di là della differenziazione procedimentale

Questo successo della nozione di tutela giurisdizionale differenziata in America Latina ha avuto luogo alla fine del secolo XX e nei primi anni del secolo XXI. Sotto l'espressione “tutela differenziata” la dottrina latino-americana individua diversi tipi di – possiamo dire – tutela giurisdizionale: tutela di urgenza, anticipata, preventiva, inibitoria, cautelare ecc.

Non si tratta soltanto di un successo, ma anche di uno sviluppo di questa espressione, al punto che si può dire che l'idea di tutela giurisdizionale differenziata in America Latina va al di là della mera differenziazione procedimentale. In tal senso, si può affermare che la “tutela giurisdizionale differenziata” è stata intesa in America Latina in due forme diverse: (i) in un senso processuale e (ii) in un senso sostanziale⁵⁹.

Sotto il profilo processuale, il concetto di tutela differenziata fa riferimento a due fenomeni diversi. Il primo, è la coesistenza di processi con strutture differenti (e diverse dall'ordinario), disegnati per dare protezione effettiva a vari

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual o tutela dos direitos. Revista dos Tribunais: Sao Paulo, 2004, pp. 41 – 44; MARINONI, Luiz Guilherme. “La ruptura del principio de tipicidad de los medios ejecutivos en el derecho brasileño”. In: Revista Peruana de Derecho Procesal No. VII, Lima, 2003, pp. 607 y ss.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual o tutela dos direitos. Revista dos Tribunais: Sao Paulo, 2004, pp. 46 – 50; PRIORI POSADA, Giovanni. “El procedimiento preestablecido en la ley: la crisis de una garantía procesal y su rediseño en el Estado constitucional”. In: Las garantías del proceso justo. Constitución y Proceso. Actas del tercer seminario internacional Constitución y proceso realizado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Palestra: Lima, 2013; PRIORI POSADA, Giovanni. “El proceso dúctil”. In: Actas del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal: Cartagena, 2015.

⁵⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan José. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”. In: Revista Peruana de Derecho Procesal No. IV; pp. 160; MARINONI, Luiz Guilherme. “O procedimento comun clasico e a classificacao trinária das sentencas como obstáculos a efetividade da tutela dos direitos”, in: Revista Peruana de Derecho Procesal No. V, Lima, 2002 pp. 176 - 177.

⁵⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan José. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”. In: Revista Peruana de Derecho Procesal No. IV; pp. 163. Nello stesso senso: PEYRANO, Jorge. “¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?”. In: <http://www.protectora.org.ar/procedimiento-de-defensa/que-es-y-que-no-es-una-tutela-diferenciada-en-argentina/21114/>. Anche Alvaro Pérez Ragona ci dice: “No es ninguna novedad la preocupación de la doctrina procesal por la decadencia del proceso civil según los cánones tradicionales por lo que, sin ningún ánimo iconoclasta, precisamos despojarnos de prejuicios (que son muchas veces prejuicios para las partes) en torno al proceso civil”. PEREZ RAGONE, Alvaro. “Tutelas provisorias de derechos en el proceso civil”. In: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 21-2000, pp. 110.

⁵⁹ Anche nell'Università di Brescia e davanti ai cari amici e professori Michele Taruffo e Luca Passanante ho avuto l'opportunità di esprimere qualche anno fa l'idea secondo la quale l'istituto della tutela giurisdizionale differenziata è stata utilizzata in America Latina per fare riferimento a due aspetti diversi della tutela dei diritti: quella processuale e quella materiale. Cfr. PRIORI POSADA, Giovanni. “El amparo en el Perú: más allá de la diferenciación de la tutela jurisdiccional”. In: SACCOCCIO, Antonio e CACACE, Simona. “Europa e America Latina: due continenti, un solo diritto”. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano”. Tomo II. Giappichelli: Torino, 2020, pp. 781 y ss.



tipi di diritti che siano lesi o di cui sia minacciata la lesione. Il secondo fa riferimento all'incorporazione di strumenti procedurali speciali, per garantire l'effettività dei diritti. L'aspetto caratteristico è la progettazione di una tecnica processuale diversa da quella del processo ordinario con l'obiettivo di fornire una tutela giurisdizionale adeguata, tempestiva ed efficace dei diritti.

In questo modo, il professore argentino Perez Ragone ha stabilito dei criteri per identificare quando ci troviamo di fronte a un caso di tutela differenziata: “Las vías diferenciadas se verifican en cuanto se verifiquen o no estos aspectos que corresponden a una u otra, uno negativo y otro positivo: (i) El positivo tiene calidad de diferenciación en los elementos subjetivos de legitimación (el interés difuso) u objetivos de materia (medida anticipatoria), o de resultado, o de alcance (alcance erga omnes de la cosa juzgada). Habrá, consecuentemente, diferenciación o calificación por alguna de las tres esferas descritas. (ii) El negativo, según que entren o no en el proceso ritual tradicional de conocimiento. Entiéndase que si se verifican alguno de los datos negativos y el positivo de calificación, nos encontramos frente a una tutela diferenciada”⁶⁰.

Analogamente, il professore cileno Pablo Martínez⁶¹ stabilisce tre criteri per valutare le disposizioni sulla protezione differenziata: (i) l'esistenza di una struttura o di un disegno processuale con un'intenzione o uno scopo (nota di non neutralità), (ii) la discussione attraverso questo disegno processuale di una pretesa autonomia di tutela di diritti non patrimoniali o di una funzione prevalentemente non patrimoniale e (iii) l'adozione in questa struttura processuale di tecniche che si allontanano dalla enclave del procedimento di cognizione ordinaria di matrice ottocentesca e che intensificano i poteri e i doveri del giudice di primo grado.

C'è un aspetto, tuttavia, su cui non c'è accordo nella dottrina latino-americana. Per un settore della dottrina, ci troveremo di fronte a un caso di tutela differenziata solo nella misura in cui il procedimento sia autonomo, cioè non dipendente da quello principale⁶² (strumentale, come accade nel caso della tutela cautelare e anticipata). Per un altro settore della dottrina, ciò sembra essere irrilevante⁶³.

In America Latina non c'è stato un contrasto o un dibattito simile a quello che si è svolto in Italia negli anni '70 sulla tutela giurisdizionale differenziata. La dottrina latino-americana ha discusso molto intensamente sui poteri del giudice, un aspetto essenziale per il buon funzionamento dell'istituto della tutela differenziata, ma che va al di là di quello⁶⁴. Dobbiamo ricordare la lunga tradizione storica in America Latina sulla differenziazione della tutela giurisdizionale e l'importanza del processo di “amparo” nei sistemi giuridici latinoamericani, come base per intendere perché non c'è stata la discussione che c'è stata in Italia. La discussione, ripeto, si è concentrata sui poteri del giudice, ma non sulla

⁶⁰ PEREZ RAGONE, Alvaro. PEREZ RAGONE, Alvaro. “Tutelas provisionarias de derechos en el proceso civil”. In: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 21-2000, pp. 113.

⁶¹ MARTÍNEZ ZUÑIGA, Pablo. “La tutela procesal diferenciada: orígenes, indeterminaciones y el rescate de sus notas esenciales”. In: *Revista de Ciencias Sociales* No. 78, 2021, Universidad de Valparaíso, pp. 29 y ss.

⁶² PEYRANO, Jorge. “¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?”. In: <http://www.protectora.org.ar/procedimiento-de-defensa/que-es-y-que-no-es-una-tutela-diferenciada-en-argentina/21114/> y MARTÍNEZ ZUÑIGA, Pablo. “La tutela procesal diferenciada: orígenes, indeterminaciones y el rescate de sus notas esenciales”. In: *Revista de Ciencias Sociales* No. 78, 2021, Universidad de Valparaíso, pp. 30 - 32.

⁶³ PEREZ RAGONE, Alvaro. “Tutelas provisionarias de derechos en el proceso civil”. In: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 21-2000, pp. 113 y PRIORI POSADA, Giovanni. *El proceso y la tutela de los derechos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 2019, pp. 138.

⁶⁴ Per esempio: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Las cautelas procesales. Crítica a las medidas precautorias*. Editorial Universidad de Rosario: Rosario, 2010.



necessità di strumenti speciali di tutela dei diritti che si discostino dal modello del processo ordinario. Quest'ultima, per così dire, è sempre stata data per scontata.

L'esistenza dell'amparo come strumento semplice e rapido di tutela dei diritti fondamentali ha fatto sì che non ci fosse neanche una discussione rilevante sulla sommarizzazione delle procedure di tutela dei diritti fondamentali. Al contrario, la dottrina latino-americana critica piuttosto il fatto che il procedimento ordinario è strutturato considerando esclusivamente l'esercizio del diritto di difesa del convenuto⁶⁵. Le obiezioni che sono state sollevate si sono concentrate su casi in cui le tecniche legate alla tutela giurisdizionale differenziata sono applicate a diritti non fondamentali. Ad ogni modo, la giustificazione della differenziazione della tutela ha sempre comportato una ponderazione tra il diritto dell'attore a una tutela giurisdizionale effettiva e il diritto di difesa del convenuto. La conclusione è stata quindi che la tutela giurisdizionale differenziata non implica una restrizione alle garanzie costituzionali delle parti⁶⁶.

Un compito ancora da svolgere per la dottrina latino-americana è quello di stabilire i limiti della tutela giurisdizionale differenziata⁶⁷.

Nell'aspetto sostanziale e sulla base della atipicità dell'azione si è andati oltre, fino a comprendere che, a dire il vero, esiste un'atipicità dei rimedi; per questa ragione, sotto l'idea di tutela inibitoria⁶⁸ o di tutela preventiva si ammette la possibilità che il giudice, entro i limiti della domanda o, addirittura in qualche caso eccezionale al di fuori di essi, possa concedere un rimedio che va oltre quello previsto dal legislatore. In questo caso, non si tratta di proporre una forma di procedimento diverso da quello ordinario, ma veramente di ammettere che il giudice possa disporre un rimedio materiale a tutela del diritto controverso che non è stato previsto dal legislatore.

A ben vedere, ciò non ha nulla a che vedere con la tecnica processuale, ma con l'ambito di tutela del diritto sostanziale. Il solo fatto di ammettere che il giudice possa pronunciare una sentenza che ordini a una delle parti di impedire la violazione di un diritto o di impedire il compimento di un atto illecito, significa, in verità, riconoscere la possibilità di ammettere in un ordinamento giuridico rimedi atipici⁶⁹, che il giudice, nei limiti di quanto chiesto e discusso nel procedimento, può plasmare autonomamente. Sicché nelle opere della dottrina latino-americana, la "tutela inibitoria" e la "tutela preventiva" risultano di regola incluse nel fenomeno della tutela differenziata. Tuttavia, questi non sono che due modi di intendere il fatto che i rimedi atipici possono essere chiesti al giudice (e da questo concessi) nel processo e che il processo dev'essere adattato alle esigenze di tutela del diritto, rispetto al quale il rimedio atipico è

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. "O direito à tutela jurisdiccional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". In: Revista Peruana de Derecho Procesal. No. VII. Lima, 2003, pp. 248.

⁶⁶ HURTADO REYES, Martín. Tutela jurisdiccional diferenciada. Palestra: Lima, 2006, pp. 125 – 126.

⁶⁷ MARTÍNEZ ZUÑIGA, Pablo. "La tutela procesal diferenciada: orígenes, indeterminaciones y el rescate de sus notas esenciales". In: Revista de Ciencias Sociales No. 78, 2021, Universidad de Valparaíso, pp. 26.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitoria. Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 222-23, 30-31 y 62-63.

⁶⁹ PEYRANO, Jorge. "La acción preventiva". In: Revista Peruana de Derecho Procesal. No. VII. Lima, 2003, pp. 383 y ss.



chiesto⁷⁰. Questo perché: “el sujeto sólo es titular de un derecho (...) cuando ese derecho disponga de una forma de tutela que sea adecuada a la necesidad de protección que esta posición exija”⁷¹.

Pertanto, partendo dalla critica dell'inefficacia del processo ordinario per la tutela di alcuni diritti (soprattutto quelli fondamentali), si formula una critica al modello di tutela sostanziale dei diritti nei sistemi giuridici latinoamericani. Da qui, la dottrina latino-americana, consapevole dell'impossibilità di separare la tutela sostanziale da quella processuale, esige dagli ordinamenti giuridici anche un'adeguata tutela giuridica sostanziale dei diritti. Così è stato detto che: “La preocupación sobre la tutela de los derechos no dice relación solo con la idoneidad del proceso para atender a los derechos, pues es una cuestión que se coloca, ya en un primer momento, en el ámbito del derecho material (...) es preciso partir de los derechos, pasar por sus necesidades, para entonces encontrar las formas capaces de atenderlas”⁷².

È per questo che gli studi più rilevanti sulla tutela giurisdizionale differenziata in America Latina si basano su questa critica della tutela sostanziale dei diritti, per cui, sulla base del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, si sostiene che il giudice possa concedere rimedi non previsti dal legislatore. Ciò è generalmente accettato nella misura in cui nella maggior parte dei casi si tratta di diritti fondamentali, motivo per cui il fondamento giuridico utilizzato in questi casi è il legame diretto tra il giudice e la Costituzione.

A volte questi due aspetti (quello processuale e quello sostanziale) si confondono nella previsione o sviluppo della dottrina sotto l'idea di effettività dei diritti⁷³; perciò c'è qui un aspetto molto interessante nella dottrina processuale latino-americana e cioè che la nozione di effettività di protezione dei diritti va al di là di una mera effettività processuale. Forse la ragione di ciò si comprende meglio leggendo questa frase: “Como el legislador no puede anticipar las necesidades del derecho material y, por razón más evidente, las circunstancias que apenas pueden ser reveladas en el caso concreto, él se apuró, en los últimos años, a promulgar normas procesales abiertas, destinadas a permitir la concreción de las técnicas procesales adecuadas al caso concreto”⁷⁴. Quindi la critica che la dottrina latino-americana opera non si ferma all'inadeguatezza del processo per la tutela dei diritti fondamentali, perché espressamente rileva che anche la tutela sostanziale non è adeguata⁷⁵.

5.3.I processi collettivi e il *proceso estructural*

⁷⁰ PRIORI POSADA, Giovanni. “El amparo en el Perú: más allá de la diferenciación de la tutela jurisdiccional”. In: SACCOCCIO, Antonio e CACACE, Simona. “Europa e America Latina: due continenti, un solo diritto”. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano”. Tomo II. Giappichelli: Torino, 2020, pp. 789 y ss.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme, PÉREZ RAGONE, Alvaro y NÚÑEZ OJEDA, Raúl. Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación. Abeledo Perrot: Santiago de Chile, 2010, pp. 228. PRIORI POSADA, Giovanni. El proceso y la tutela de los derechos. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 2019, pp. 150.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme, PÉREZ RAGONE, Alvaro y NÚÑEZ OJEDA, Raúl. Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación. Abeledo Perrot: Santiago de Chile, 2010, pp. 226 – 227. Nello stesso senso: MITIDIERO, Daniel. Anticipación de Tutela. Marcial Pons: Madrid, 2013, pp. 121 – 122.

⁷³ MONROY PALACIOS, Juan José. “Criterios para la identificación de las distintas formas de tutela procesal civil”. In: Revista Peruana de Derecho Procesal No. V, Lima, 2002, pp. 225 y ss.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. “El proceso en el Estado constitucional”. In: Revista Peruana de Derecho Procesal No. XV, Lima, 2010, pp. 201.

⁷⁵ PEREZ RAGONE, Alvaro. “La tutela civil inhibitoria como tecnica procesal civil de aplicación de los principios de prevencion y precaucion”. In: Revista de Derecho (Valparaiso), 2007, pp. 209 y ss. Anche: MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan Jose. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada”. In: Revista Peruana de Derecho Procesal No. IV, Lima, 2001, pp. 155 y ss.



Come espressione dell'impatto della nozione di tutela differenziata in America Latina, c'è l'enorme sviluppo degli studi di ciò che è noto come: processo collettivo e processo strutturale.

Il processo collettivo si riferisce al processo volto a proteggere i diritti individuali omogenei, i diritti collettivi e i diritti diffusi. Per legittimarne l'esistenza, la dottrina parte da un paradigma diverso da quello del processo civile classico, ossia dalla considerazione che la titolarità e la natura del bene su cui si fonda il diritto sono di gruppo, per cui le tecniche processuali concepite per tutelare tali diritti devono essere adattate a questa dimensione collettiva. Così, "la dottrina procesal iberoamericana ha señalado que la tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos implica una profunda modificación o reinención de los conceptos clásicos, ya que existen institutos tradicionales que no se adaptan a este tipo de procesos"⁷⁶. Ci sono Paesi che hanno fatto progressi significativi in questo ambito; i casi più paradigmatici sono il Brasile e la Colombia, che addirittura hanno una legislazione specifica completa⁷⁷. Alcuni altri, invece, come Argentina, Cile, Perù e Uruguay, hanno una regolamentazione frammentata o generica⁷⁸.

La dottrina iberoamericana ha affrontato e discusso molto il tema dei processi collettivi. Come risultato di questo dialogo, l'*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* ha elaborato un Codice modello per i procedimenti collettivi⁷⁹.

Per parte sua, *el proceso estructural* è un processo nel quale si mettono in discussione le politiche pubbliche⁸⁰. La sua esistenza e il suo riconoscimento da parte della dottrina processuale latino-americana, soprattutto in Brasile, sono dovuti all'influenza del modo in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha agito in alcuni casi paradigmatici, come quello della segregazione razziale, o anche delle decisioni della Corte costituzionale colombiana⁸¹.

In entrambi i casi, si tratta di una "riprogettazione" del processo per dare una risposta a queste speciali esigenze di tutela giurisdizionale, impossibili da soddisfare nel processo ordinario o, addirittura, in uno qualsiasi degli altri processi regolati dalla legge; e non solo riprogettazione delle norme processuali, ma persino degli istituti processuali o delle garanzie costituzionali del processo⁸². Nel caso dei procedimenti collettivi, si parla addirittura dell'esistenza di un vero e proprio sottosistema di tutela di questi diritti, al pari del sottosistema di tutela individuale⁸³. In paesi dove non esiste una regolamentazione speciale dei *procesos estructurales* l'amparo serve come via processuale per conseguire risultati analoghi.

6. Dalla tutela giurisdizionale differenziata alla flessibilità delle regole processuali in America Latina

⁷⁶ PEREIRA, Santiago. Introducción. In: PEREIRA, Santiago (coordinador). Justicia colectiva en Iberoamérica. La Ley: Montevideo, 2019

⁷⁷ PEREIRA, Santiago. "Los procesos colectivos en América". In: PEREIRA, Santiago (coordinador). Justicia colectiva en Iberoamérica. La Ley: Montevideo, 2019, pp. 26.

⁷⁸ PEREIRA, Santiago. "Los procesos colectivos en América". In: PEREIRA, Santiago (coordinador). Justicia colectiva en Iberoamérica. La Ley: Montevideo, 2019, pp. 26.

⁷⁹ Si può accedere al Codice Modelo: http://www.iibdp.org//wp-content/uploads/2020/08/IIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf

⁸⁰ CRUZ ARENHARDT, Sergio. "Processos estruturais no direito brasileiro". In: PEREIRA, Santiago (coordinador). Justicia colectiva en Iberoamérica. La Ley: Montevideo, 2019, pp. 563.

⁸¹ CRUZ ARENHARDT, Sergio; OSNA, Gustavo y JOBIM, Marco Felix. Curso de Processo Estrutural. Revista dos Tribunais: Sao Paulo, 2022, pp. 50 y ss.

⁸² PEREZ RAGONE, Alvaro; CRUZ ARENHARDT, Sergio; OSNA, Gustavo y SAHIÁN, José. Procesos colectivos en acción. Visión y misión. La Ley: Buenos Aires, 2021, pp. 112 y ss; ZUFELATO, Camilo. Cosa julgada coletiva. Saravia: Sao Paulo, 2011, pp. 158 y ss.

⁸³ SALGADO, Jose María. Tutela individual homogénea. Astrea: Buenos Aires, 2011, pp. 25.



L'esigenza di tutela giurisdizionale dei diritti e le particolari situazioni di disuguaglianza e vulnerabilità di milioni di persone in America Latina hanno portato negli ultimi anni un settore della dottrina latino-americana a proporre la flessibilità delle norme processuali, proposta che è stata accolta dalle recenti riforme introdotte in America Latina.

La nozione di flessibilizzazione processuale non è una conseguenza necessaria della nozione di tutela giurisdizionale differenziata, ma un ulteriore passo avanti nell'idea di fornire una tutela adeguata, tempestiva ed efficace dei diritti di tutte le persone. Possono esistere sistemi giuridici in cui la tutela giurisdizionale differenziata è riconosciuta, anche se l'idea di flessibilità delle norme processuali non è accettata, ma si tratterebbe di un sistema incoerente con lo scopo di fornire un'efficace tutela giurisdizionale dei diritti. Tuttavia, la necessità di prevedere norme *ad hoc* per procedure diverse potrebbe essere ridotta stabilendo le linee di fondo di un processo, che poi dovrebbe essere declinato e adattato al caso specifico⁸⁴. Pertanto, se si accetta il principio costituzionale secondo cui tutti i diritti e tutte le persone devono ottenere una tutela giurisdizionale effettiva, se ne deve coerentemente trarre la conseguenza che le norme processuali che possono ostacolare questo obiettivo costituzionale possano essere adattate al caso specifico.

Questa è stata la preoccupazione di alcuni processualisti latinoamericani negli ultimi anni⁸⁵, tanto in un'ottica oggettiva quanto soggettiva. Per molti anni ci siamo preoccupati del (per così dire) carattere oggettivo della tutela giurisdizionale, prevedendo una serie di procedimenti speciali o tecniche processuali diverse per far sì che il processo possa dare protezione a tutti i diritti; malgrado ciò, potrebbe però darsi il caso che quella previsione processuale differenziata non sia sufficiente, e che quindi la procedura debba essere adattata dal giudice nel caso concreto a questa particolare esigenza di protezione, altrimenti la tutela giurisdizionale diventerebbe inefficace.

Ma anche le persone sono diverse. Quindi adesso si parla di un processo flessibile persino in senso soggettivo, cioè di un processo nel quale il giudice abbia il potere di adattare il procedimento per far sì che le speciali condizioni di vulnerabilità di una persona o gruppo di persone non finiscano per incidere sul risultato del processo. Le Regole di Brasilia lo consentono espressamente.

Questa preoccupazione della dottrina processuale latino-americana contemporanea ha cominciato a essere accolta nelle più recenti riforme normative⁸⁶. Addirittura, ci sono nuovi codici latinoamericani che prevedono un "incidente

⁸⁴ PEREZ RAGONE, Alvaro. "Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: misión y visión en Latinoamérica". In: Revista Chilena de Derecho Privado. No. 28-2017, pp. 145.

⁸⁵ DA FONSECA GAJARDONI, Fernando. Flexibilizacão procedimental. Um novo enfoque para o estudo do procedimento em materia processual. Atlas: Sao Paulo, 2008; MOSMANN, María Victoria. "Adaptabilidad de formas y acuerdos procesales". In: AA.VV. Un proceso para una nueva justicia. Ponencias generales del XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Asociación Argentina de Derecho Procesal: Mendoza, 2022, pp. 507 y ss. PRIORI POSADA, Giovanni. "El proceso dúctil". In Actas del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal: Cartagena, 2015.

⁸⁶ Ad esempio:

- Art. 139 Código Procesal Civil de Brasil.- El juez dirigirá el proceso conforme a las disposiciones de este Código, correspondiéndole: VI – dilatar los plazos procesales y alterar el orden de producción de los medios de prueba, adecuándolos a las necesidades del conflicto a fin de dotar de mayor efectividad a la tutela del derecho;
- Proyecto de reforma de Argentina: Artículo 9º Proyecto argentino.- Adaptabilidad de las formas procesales. El juez podrá adaptar las formas, sin vulnerar el debido proceso legal, de oficio o a petición de parte.
- Proyecto de reforma de Perú: Artículo IX del proyecto peruano. Adecuación, flexibilidad, informalismo y convenciones procesales. 1. Ninguna formalidad prevista en este Código es de carácter imperativo, siempre que, habiéndose realizado de otro modo, se respeten los derechos fundamentales y garantías que con dicha formalidad se buscaban proteger y se logre la finalidad del proceso. 2. El Juez puede adecuar el procedimiento a las necesidades de protección de los derechos materiales de las partes, respetando sus derechos fundamentales en el proceso.



di adattabilità” in presenza di persone vulnerabili, come il caso del Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes y el Proyecto de Reforma del Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires⁸⁷. Così, le parti discutono davanti al giudice le modifiche che devono essere fatte al processo. In questo senso, le soluzioni legislative recenti sembrano avvicinarsi alla proposta che nel 2014 Proto Pisani formulava nel ripensare la tutela differenziata.

7. Conclusioni

In chiusura, posso offrire queste conclusioni:

- 1) A causa di circostanze storiche e sociali, l'esistenza di una tutela differenziata è insita nel sistema giuridico latino-americano.
- 2) Le prime righe sulla necessità di una tutela giurisdizionale differenziata furono scritte da Cappelletti in dialogo con l'America Latina sulla base dell'esistenza dell'*amparo* come processo speciale per la tutela dei diritti fondamentali.
- 3) Gli studi di Andrea Proto Pisani influenzarono notevolmente la dottrina latino-americana alla fine del XX secolo e all'inizio del XXI secolo.
- 4) A causa di circostanze storiche e sociali specifiche, in America Latina non c'è stato un dibattito sull'accettazione o meno della nozione di tutela differenziata, ma piuttosto un suo ampio sviluppo, maggiore di quello che si è avuto in Italia. Così in questa espressione si include non soltanto la differenziazione processuale, ma anche la possibilità di chiedere al giudice rimedi sostanziali atipici.
- 5) Attualmente, in America Latina si è iniziato a discutere e a incorporare nella legislazione di alcuni paesi l'idea di flessibilità delle norme processuali. In questo modo, la flessibilità delle norme si combina con l'idea di differenziazione della tutela giurisdizionale per dare una protezione efficace a tutti i diritti di tutti.

⁸⁷ MOSSMAN, María Victoria. “Adaptabilidad de formas”. In: [https://www.academia.edu/83905253/Adaptabilidad de las formas http_jusmendoza_gob_ar_wp_content/uploads/2022_06_Mosmann_Mar_C3_ADa_Victoria_pdf](https://www.academia.edu/83905253/Adaptabilidad_de_las_formas_http_jusmendoza_gob_ar_wp_content/uploads/2022_06_Mosmann_Mar_C3_ADa_Victoria_pdf).