

El Sistema de la Tutela Jurisdiccional: La disputa por la construcción de un modelo procesal en América Latina

Omar Sumaria Benavente¹
(osumaria@pucp.edu.pe)

“La pregunta no es sólo que tipo de procedimiento queremos, sino también qué tipo de organización del Estado poseemos” (DAMASKA, Mirjan R.²)

Palabras Claves: Tutela Jurisdiccional – Derecho Procesal – Jurisdicción – Acción – Proceso – Sistema Procesal

Resumen: El presente trabajo tiene como hipótesis que la “Tutela Jurisdiccional” es un sistema que se desarrolla como expresión de la relación Estado - Sociedad, el cual debe ser coherente con el sistema político, económico y social que adopta un Estado. Este “Sistema de la Tutela Jurisdiccional” se desarrolla sobre la base de modelos procesales que deben corresponder a las alternativas políticas para los países de América Latina en el siglo XXI

1 Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú y Maestría en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario. Estudios de Física en la Escuela de Ciencias Físicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Programa de Gobernabilidad y Gerencia Política, George Washington University. Profesor de Derecho Procesal en la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Arbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Arbitro de la Cámara de Conciliación y Resolución de Disputas de la Federación Peruana de Fútbol. Presidente de la Sección Lima, del Capítulo Perú, del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal y Comparado (CEDEPRO). Asistente Académico de la Coordinación de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Socio del Estudio “Cabrejos, Vassallo & Sumaria” Abogados.

2 DAMASKA, Mirjan R. Las caras de la justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal. Editorial Jurídica de Chile. 1986. Pág. 86

Introducción:

Nuestro talento para infringir reglas se atrofia por que nos entrenan para obedecerlas. La educación, la socialización y la estandarización se unen para convertir en un hábito aquello de cumplir la rutina de nuestras reglas.

Una vez fuera de la educación formal continuamos aprendiendo a seguir los procedimientos, a ir con la multitud y a respetar la autoridad. Se nos ha enseñado a aprender reglas, usarlas y reverenciarlas.³ Ya Jesús de Mostarín decía *“lector aficionado, no renuncies a participar en la fiesta de la ciencia por falta de títulos o escalafones. Deja que la chispa del saber prenda en la yesca de tu curiosidad y encienda en ti el fuego sagrado del gozo intelectual”*⁴

Y en el Derecho, en el Derecho Procesal particularmente, sucede lo mismo. El estudiante ha centrado su atención sobre la base de los tres elementos estructurales del proceso conocidos, la acción, la jurisdicción y el proceso, desarrollándose una disciplina procesal que se miraba a si misma, autónoma, divorciada de la realidad, repitiendo y reafirmando conceptos heredados, sin validar el contexto histórico, social, político, económico en el cual se habían creado; desnaturalizando o desconociendo el origen, y en consecuencia creando fórmulas mixtas, atemporales, en el mejor de los casos de escasa comprensión intelectual, pero peor aún de inevitable contradicción práctica, que originan el “desacreditamiento” del sistema procesal y en consecuencia el “desacreditamiento” del sistema político. No es casualidad que todo Estatuto Provisional que sucede a un Gobierno de facto tiene como primer fundamento la falta de justicia y a la inoperatividad del Poder Judicial y como consecuencia el cese inmediato de todos sus miembros.⁵ Al respecto Linn Hammergren, en un informe preparado para el Banco Mundial indica *“La mayor diferencia se halla en las acciones de los regímenes no*

3 THORPE. Scott. Como pensar como Einstein. Editorial Norma, 2009. Bogotá. Página 21

4 MOSTARIN, Jesús. “Ciencia Viva”. 2002

5 Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, Decreto Ley N° 25418, 7/04/1992:

“Artículo 2º.- Constituye objetivo fundamental del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional la reforma institucional del país orientada a lograr una auténtica democracia que eleve sustancialmente los niveles de vida de la población creando las condiciones para una mejor realización de la persona humana:

...

constitucionales: el gobierno militar que estuvo en el poder desde 1969 hasta 1980, y la administración posterior al auto golpe de Alberto Fujimori, de 1992 a 2000. Ambos rompieron con la tradición regional, y la de Perú, al intentar llevar a cabo cambios fundamentales en la operación interna del Poder Judicial. Desafortunadamente debido a fallas en sus estrategias y motivos mezclados, el legado más duradero que han dejado estos gobiernos ha sido debilitar aún más la coherencia interna del Poder Judicial, socavar su liderazgo y dañar los recursos humanos que lo componen.”, en páginas siguientes refiere, “Tampoco fue entonces una sorpresa que, cuando el Presidente Alberto Fujimori (1990-2000) organizara su autogolpe de abril de 1992, la principal justificación para hacerlo fue el estado lamentable del sector justicia y de los tribunales en particular”⁶

Así, el estudio del derecho procesal tradicionalmente se ha venido realizando sobre la revisión de sus elementos fundamentales⁷. En un principio se analizaba el proceso, las

2) Moralizar la administración de justicia y las instituciones vinculada a ella; y el Sistema Nacional de Control, decretando la reorganización integral del Poder Judicial, del Tribunal de Garantías Constitucionales, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República”

Estatuto Provisional del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, Decreto Ley N° 1, 2/10/1968.

“MANIFIESTO DEL GOBIERNO REVOLUCIONARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS: ...La acción del Gobierno Revolucionario se inspirará en la necesidad de transformar la estructura del Estado, en forma tal que permita una acción eficiente de Gobierno; transformar las estructuras económicas, sociales y culturales; mantener una definida actitud nacionalista, una clara posición independiente y la defensa firme de la soberanía y dignidad nacionales, restablecer plenamente el principio de la autoridad, el respecto y la observancia de la Ley, el predominio de la justicia y de la moralidad en todos los campos de la actividad nacional”

6 HAMMERGREN, Linn. “La experiencia peruana en Reforma Judicial: tres décadas de grandes cambios con pocas mejoras” en “En busca de una justicia distinta: experiencias de Reforma en América Latina. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1509/9.pdf>

7 Sin embargo, en cuanto a este concepto respecto de que es lo fundamental en el derecho procesal, la doctrina tampoco se encuentra de acuerdo, basta para ver ello, Eduardo B. Carlos habla de fundamentos del derecho procesal a la conexión entre derecho y ius filosofía, sus fines, su autonomía, su unidad. Devis Echeandía habla de principios fundamentales del proceso y del procedimiento.

formas procesales y la finalidad de este; luego vino el estudio de la acción y su autonomía frente al derecho sustancial, y actualmente se pone énfasis en la jurisdicción como actividad que desarrolla el órgano del Estado con potestad jurisdiccional. Más ahora, el estudio del derecho procesal abarca el concepto de "tutela jurisdiccional", entendiéndolo a este ya sea como un derecho o como una garantía para el desarrollo de la actividad jurisdiccional.

Sin embargo, la articulación de dichos elementos estructurales del derecho procesal (acción, jurisdicción y proceso) se dan a través de un sistema denominado "tutela jurisdiccional", el cual mira hacia la sociedad y es un medio para que la sociedad funcione⁸, debiendo por ello el procesalista "abrirse más al estudio de otras disciplinas" y dejar de defender determinado diseño procesal y a un específico sistema de justicia si es que este en la realidad no es validado, es decir, no es coherente con la estructura social, política o económica del Estado que lo adopta.

En la construcción de los modelos políticos de América Latina del siglo XXI, nos encontramos en la disputa entre el neo liberalismo y la democracia participativa o social, que con distintos principios, valores e ideas construyen un distinto modelo político, y siendo la "tutela jurisdiccional" el fin último de una de las funciones del Estado (la función jurisdiccional), entendiéndolo a este concepto como un "sistema", debe necesariamente tener correspondencia con el proyecto político optado por la sociedad. Así, el presente ensayo trata sobre la relación Estado – Sociedad y la Tutela Jurisdiccional como expresión de dicha relación que se manifiesta en un sistema y que debe responder a un

Couture en sus "fundamentos" habla de los principios formativos del proceso, pero no toca ningún fundamento. Calamandrei, menciona como "nociones sistemáticas fundamentales" a la jurisdicción, a la acción y al proceso, igual que Alcalá Zamora. Carnellutti distingue entre la noción de proceso las premisas de la noción del derecho procesal. Chiovenda considera como conceptos "fundamentales" "el derecho y la acción", el proceso civil y su destino, el proceso como relación jurídica. También se ha considerado cómo básico y fundamental la plasmación de las teorías, que ven en el proceso la actuación del derecho objetivo ante la existencia de un conflicto (teorías sociológicas de la jurisdicción, entre ellos Guasp) y las teorías objetivas de la aplicación de la norma al caso. (En: Una visión nueva para la enseñanza del Derecho Procesal". Omar Sumaria. II Encuentro Latinoamericano de Posgrados en Derecho Procesal. Universidad de Medellín, 2008

8 PRIORI, Giovanni. "La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso". En: *Ius et Veritas*. N° 26, pág 273

modelo procesal sostenible en un determinado sistema político, proponiendo las variables, y a través de ellas a sus indicadores para percibir las posibles fallas estructurales ya sea de orden cualitativo o cuantitativo de este sistema denominado “tutela jurisdiccional”, para en el caso, poder corregirlo o potenciarlo y obtener mejores beneficios en la estructura, lo que resultaría en un desarrollo social y económico.

1. Marco Teórico:

La Tutela Jurisdiccional entendida como derecho:

El artículo 139º, inciso 3) de la Constitución Política del Perú establece:

“Artículo 139º.- Son principios y derecho de la función jurisdiccional:

..

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional⁹.”

Concepto que recoge en parte el artículo 24.1 de la Constitución Española, el cual señala:

“Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en ejercicio de sus derecho e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”

Siguiendo las tesis de Francisco Chamorro Bernal¹⁰ y Jesús Gonzales Pérez¹¹ se puede compartir la siguiente definición:

“El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una

9 No es objetivo de este trabajo establecer las diferencias conceptuales o prácticas entre tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso, para tener una aproximación al tema consultar PRIORI, Giovanni “La efectiva tutela jurisdiccional las situaciones jurídicas materiales..”

10 CHAMORRO BERNAL, Francisco. La Tutela Jurisdiccional Efectiva. Bosh. Barcelona. 1994

11 GONZALES PEREZ, Jesús. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. Civitas. Madrid, 1989.

*situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego de cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución*¹²

Dicho concepto, abarca los grados de este derecho, que a saber son, una tutela jurisdiccional en primer grado que comprende el acceso a la jurisdicción, una tutela jurisdiccional en segundo grado que comprende el obtener una respuesta que resuelva el conflicto y que este fundada en derecho; y una tutela jurisdiccional de tercer grado que exige que esta respuesta que otorga el órgano jurisdiccional sea susceptible de ser ejecutada, el grado determina la efectividad del derecho que en conjunto es elevado al rango de constitucional y por lo tanto genera en el Estado una protección especial a través de las garantías constitucionales cuando se percibe una lesión en cualquiera de esos grados, y además de la obligación de promoción de este derecho en oposición a formas restrictivas a este derecho.

Asimismo, para la lograr la efectividad, este concepto se apoya sobre un sustento teórico definido por los principios del pro actione (a favor del ejercicio del derecho de acción), la razonabilidad, y la obligación del Estado de promover y proteger este derecho, principios por los cuales en caso de dudas ante la forma prescrita no se puede impedir o restringir el ejercicio del derecho de acción, o en todo caso aplicar sanciones graduales o racionales favoreciendo siempre el ejercicio. De tal forma el contenido de este derecho, se podría graficar de la siguiente forma:

DERECHO FUNDAMENTAL

PROTECCION CONSTITUCIONAL

A

J

DERECHO A UN PROCESO JUSTO (equitativo):

Contradicción

Dualidad de posiciones, igualdad de partes

SUSCEPTIBLE DE EFICACIA

ACCESO A LA JURISDICCION

Juez Legal

Legalidad

Condiciones materiales

DERECHO:

A obtener una respuesta

Que resuelva el conflicto

Basada en el ordenamiento jurídico

PRO-ACTIONE

RAZONABILIDAD

Antiformalismo

Subsanabilidad:

12 PRIORI, Giovanni. Op. cit. pág 280

- Proporcionalidad
 - Gradualidad
 - Estabilidad
 - Conservación
 - Interpretación mas favorable
 - Buena fe
- PROTECCION - PROMOCION

La Tutela Jurisdiccional entendida como Sistema:

En la VII Reunión de Profesores de Derecho Procesal, realizada en Valencia, 1972, se proyectó un modelo de definición del concepto jurisdicción, el cual indicaba *“Corresponde exclusivamente a los Tribunales la potestad de aplicar las normas jurídicas en los juzgados civiles, penales, contenciosos administrativos y laborales, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado por sí mismos o por medio de órganos directamente subordinados.”*¹³

Se debe tener presente que dicho concepto respecto de la jurisdicción es anterior a la Constitución Española del 1978, y podemos advertir que en dicha proposición se refleja el ahora contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es decir, el acceso a la jurisdicción, a juzgar fundado en derecho, y que se ejecute lo juzgado. En dichas circunstancias, nos parece contradictorio que un derecho que se le otorga a las personas, pueda ser al mismo tiempo el contenido de una de las funciones del Estado, por lo que luego la conclusión lógica sería que la tutela jurisdiccional es un concepto más amplio que un derecho o una función del Estado, sino que involucra a ambos elementos en un conjunto entrelazados entre sí, que contribuyen a un determinado objeto formando así un sistema¹⁴.

Este sistema propuesto estaría conformado por tres conceptos distintos que son la acción, la jurisdicción, y el proceso, los cuales se traducen en un marco constitucional sobre el cual se desarrolla la Tutela Jurisdiccional en donde el derecho de acción apunta de manera directa al derecho fundamental de la persona, y en consecuencia al concepto mismo de persona, de otro lado, en **un único órgano encargado de aplicar justicia**, es decir, encargado de realizar la actividad jurisdiccional totalmente independiente y

13 MONTERO AROCA, Juan. Introducción al Derecho Procesal. Madrid, Tecnos. 2da. Edición, 1979. Pág 74

14 DRAE. Edición 2007. Sistema: Definición conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí. Conjunto de cosas relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto

autónomo;¹⁵ y por último un **conjunto de formas establecidas y respetadas como soporte de desarrollo del proceso**, siendo este último la forma como se desarrolla la actividad jurisdiccional

El concepto de función como modelo proposicional aplicado al Sistema de la Tutela Jurisdiccional

Uno de los problemas fundamentales para la enseñanza del derecho procesal es su falta de sistemática y multiplicidad de sentidos para un mismo término, lo cual genera para un sector de los estudiosos negarle el carácter de ciencia y concluir que el derecho procesal es “el arte de convencer”¹⁶, y es que el mayor problema de ello, para poder ser considerado como ciencia, es la falta de unidad de objeto de estudio, unidad de lenguaje y unidad de método.

15 CONSTITUCION POLITICA DEL PERU. 1993. Art. 139°

16 Juan Montero Aroca (MONTERO AROCA, Juan. Introducción al Derecho Jurisdiccional con referencia especial al derecho español y peruano. Pág. 6. Biblioteca Virtual de la Academia Virtual de Altos Estudios Jurídicos), señala que la denominación “derecho procesal” sirve para designar simultáneamente por un lado a una rama del ordenamiento jurídico, por otro lado a una ciencia, y finalmente a un objeto de estudio e investigación, concluyendo que se trata de una asignatura relativamente joven, que todavía no ha alcanzado su plasmación definitiva, de la que conviene saber de dónde se parte y hacia donde se dirige. Asimismo, el profesor Alvarado Velloso (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Curso de Teoría General del Procesal. Lección 03. Academia Virtual de Altos Estudios Jurídicos) reclama de la “multivocidad” y “equivocidad” del lenguaje jurídico, por los múltiples significados que puede tener un mismo concepto y a veces con significados contradictorios, por ello deriva en la exigencia e importancia de un lenguaje científico, que no genere confusiones y que designe al elemento en forma universal, al igual que H₂O representa al elemento agua en forma única, con el fin que el derecho procesal sea considerado una verdadera ciencia. De otro lado Couture (COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil, 3ra. Edición, Bs.As., 1966), indica que la doctrina procesal se movía entre tres tendencias, una filosófica, dirigida a entender el valor justicia; otra técnica, pretendiendo estudiar las normas jurídicas en sus menores detalles al servicio de la solución del caso concreto, y otra política, que aspiraba a comprender lo que el Poder Judicial significa en el marco de los poderes del Estado, siendo una teoría no acabada y entendiendo a esta como una rama de la ciencia jurídica.

Con relación a la multiplicidad de significados para un mismo concepto, Jesús de Mostarín, señala que la profusa variedad de conceptos científicos se pueden reducir a tres tipos de conceptos: clasificatorios, comparativos y métricos¹⁷. Los conceptos clasificatorios vienen dados por los sustantivos y adjetivos del lenguaje ordinario y corresponden a lo cualitativo (dureza, mamífero, masa, conmutativo anticiclónico), mientras que los conceptos métricos corresponden a lo cuantitativo (nanómetro, omnio, pH) y los conceptos comparativos o topológicos (menor, izquierda, lateral), a un tipo intermedio. Ahora bien, según Mosterín, *“los conceptos métricos, llamados también cuantitativos o magnitudes, no tienen correspondencia con el lenguaje ordinario, son una creación original del lenguaje científico”*. Quizá esa es la razón porque personas con muy buena capacidad verbal tiene enormes dificultades en lo cuantitativo, y temen a las matemáticas y los números como a una especie de misterio¹⁸.

Por ello, se encuentra explicación el porque en el caso del derecho procesal los conceptos sólo han sido definidos dentro de su aspecto cualitativo-clasificatorio, y encontrando cada autor un rasgo distinto de cada concepto, se han producido los más variados, múltiples y hasta contradictorias definiciones en un esfuerzo por explicar a esta rama a través de sus conceptos, pero sin establecer una estructura que identifique el sistema y la funcionalidad entre sus elementos.

Para Briceño Sierra, en el derecho procesal lo fundamental está en el dinamismo. Cualquier figura, toda noción, aún las tradicionalmente estimadas como estáticas, serán sólo datos procesales si no quedan vinculados por la idea fundamental del dinamismo a través de normas dinámicas que es la que enlaza la sucesión a través de un procedimiento como previsión de conexiones. Es la sucesión de conexiones lo trascendental en el procedimiento, que no tiene la naturaleza de una pista de carrera por donde se desplazan los actos, sino de un encadenamiento que fuerza a los actos a significar el eslabón indispensable para que se produzca la conexión.¹⁹

Luego, teniendo al fundamento de la conexión y dinamismo entre los elementos del derecho procesal estos producen un “sistema” en el sentido antes mencionado como conjunto de elementos entrelazados entre sí ornadamente para cumplir un objeto, al

17 Esta división de los conceptos científicos aparece claramente formulada en Carl G. Hempel: *Fundamentals Concept Formation in Empirical Science*, The University of Chicago Press, 1952, pp. 50 y ss

18 <http://weblogs.madrimasd.org/universo/archive/2008/04/05/88342.aspx>

19 BRICEÑO SIERRA, Humberto. *Estudios de Derecho Procesal*. Capítulo III, páginas 65 y sgts.

cual denominaremos “sistema de la tutela jurisdiccional”, idea que por demás no es novedosa, dado que ya Italo Andolina se había referido a la tutela jurisdiccional como “sistema”²⁰

Para definir los elementos que constituyen este sistema, debemos tener como marco metodológico un cambio en cuanto a la formación de las proposiciones. Cómo ya lo habíamos mencionado el lenguaje del derecho se desarrolla a través de las llamadas proposiciones con funciones veritativas, por lo cual sólo puede cumplir una función clasificatoria, originada en el pensamiento aristotélico, y sobre la base de la estructura del silogismo:

S es P, que en el derecho se traduce como **S C**, es decir, supuesto de hecho implica la consecuencia jurídica. Estructura que se aplicaría a la mayoría de conceptos considerados como derechos, en este caso la tutela jurisdiccional.

Pues bien, utilizaremos el modelo proposicional introducido por G. Frege del concepto de “Función” en donde la estructura es:

F(x)

El interés de sustituir a la estructura “S es P”, por “Y = Fx”, se centra en que en el primer caso la noción del ser (S) como objeto de descripción a través de la implicancia se convierte en un obstáculo para el análisis en detalle de lo que esa implicancia encierra de manera efectiva, lográndose sólo una descripción plana horizontal. La noción de función proporciona un marco más adecuado para indagar de manera más profunda y detallada el contenido de los procedimientos involucrados en el acto de descripción, el cual se desarrolla sobre la identificación del objeto, la función correspondiente, identificación de la variable y el procedimiento.²¹

Pues, regresando al tema del derecho procesal y a la tutela jurisdiccional como sistema, se puede decir que esta concebido sobre la base de dos elementos potenciales que se definen en su ejercicio (acción y jurisdicción), uno perteneciente a la persona y el otro destinado para el Estado, y estos elementos se relacionan a través de proceso. Luego, este sistema se podría decir que, “Jurisdicción es función de la acción a través del proceso”:

20 ANDOLINA, Italo. “Cognición” y “Ejecución Forzada” en el sistema de la tutela jurisdiccional

21 Para indagar más sobre el tema de la función como estructura proposicional consultar en Samaja, Juan. Epistemología y Metodología.

J = F(a)

En donde J (jurisdicción), F (variable), = (proceso), a (acción)

Este enfoque aplicado al presente tema nos presenta dos elementos no contemplados en la lógica clásica procesal que son la infinitud de la potencia, y la finitud de los actos, y dada la continuidad que debe haber entre las magnitudes (jurisdicción y acción), el derecho procesal no se podría representar como una recta, sino como un círculo (en donde están las potencias infinitas acción y jurisdicción) y una circunferencia (que es el acto que las vuelve finita, el proceso), introduciendo así el concepto de un proceso con naturaleza dinámica.

ACCION
JURISDICC
PROCESO

Esta concepción es de otro lado consecuente con el criterio de eficiencia productiva, por el cual se entiende que todos los factores de la producción (en este caso acción y jurisdicción) se han asignado en un espacio productivo (proceso), de tal modo que ninguna reasignación ulterior aumente el producto final (es decir, un movimiento de un punto a otro en una curva contractual en el espacio de insumos)²², aplicado al proceso esto implica que no haya exceso o desvío de jurisdicción o indebido ejercicio de acción, noción que como veremos más adelante implica el modelo procesal ha adoptar de acuerdo a los objetivos de un Estado.

2. La construcción de modelos para los sistemas procesales

Nobert Wiener. En su segundo libro, editado en inglés en 1950²³, traducido al castellano y publicado con el título de "Cibernética y Sociedad", dedicó un largo capítulo al derecho, explicando estas dos ideas centrales, encontrando una relación entre el derecho y la cibernética:

- a) Que los problemas jurídicos son por naturaleza propia problemas de comunicación y de cibernética, es decir, relativos al control regular y repetible de situaciones críticas,

22 ROMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica. México DF. 1994. Pág 26

23 WIENNER, Norbert. The Human Use of the Human Begin.

- b) Que, la teoría y práctica del derecho se componen de dos conjuntos de problemas: los de su propósito general, centrados en el concepto justicia, y los de la Técnica, mediante, la cual se realizan esas ideas.

Con estos precedentes, LEE Loevinger dio “el próximo paso adelante” (The next step forward) título con el público su artículo en 1949 en “Minnesota Law Review”; en el que se habla por vez primera de “jurimetría”, en una clara alusión al uso de los ordenadores en derecho.

A mitad de los años sesenta, con la publicación de un volumen colectivo sobre el tema, se precisó el objeto de la jurimetría en tres direcciones:

- Análisis lógico del derecho a fin de aplicar las normas jurídicas modelos derivados de la lógica
- Uso del ordenador en la actividad jurídica; y
- Previsión de sentencias futuras

Sin embargo, abandonado el concepto de la jurimetría, por su escasa comprensión, a finales de los “60”, Mario Lozano²⁴ acuña el término “juscibernética” que desarrolla las posibilidades e interés de aplicación de la cibernética al ámbito jurídico la cual a su vez se divide en Modelística Jurídica o Cibernética Jurídica Constructiva²⁵ y Cibernética Práctica o Cibernética Jurídica Auxiliar (informática jurídica). La primera de estas vertientes tiene por objeto el análisis de la estructura interna del sistema jurídico con el propósito de descubrir su posibilidad cibernética, es decir, si los elementos que lo componen están ligados con arreglo a los principios del automatismo y a las relaciones de autorregulación, propias de un sistema independiente capaz de funcionar por sí sólo.

Posteriormente, Eduardo Buscaglia²⁶ retoma el concepto de jurimetría, pero entendida como la medición de los diferentes aspectos del funcionamiento de los sistemas de administración de justicia, avocándose en identificar el nivel de sostenibilidad de un sistema, a través de la determinación de variables cuantitativas (falta de fondos, asignación no eficiente de fondos) o cualitativas (discrecionalidad de los jueces) y de sus

24 LOSANO, Mario. Introducción a la informática Jurídica”. Universidad de Palma de Mallorca, 1982, página 32

25 ELIAS DE TEJADA, Francisco. La Cibernética Jurídica, en Tratado de Filosofía del Derecho”, Universidad de Sevilla, 1977. TII, pág 173 y ss.

26 BUSCAGLIA, Eduardo. “Análisis Económico de las Fuentes del Derecho y de Reformas Judiciales en los países en desarrollo”

indicadores, detectando las faltas o fallas del sistema judicial, a considerar al momento de realizar una reforma procesal. Es sobre la base de estas ideas que pretendemos construir un modelo para el que hemos denominado "Sistema de la Tutela Jurisdiccional"

El Modelo de la Tutela Jurisdiccional en el Derecho Romano

La tradición que nos precede tiene una influencia poderosa en nuestro pensamiento. Por ejemplo, el tren más moderno aún rueda sobre una vía de ancho estándar (143,5 cm). La medida se volvió estándar en los ferrocarriles norteamericanos porque fueron construidos por ingenieros británicos que habían usado la misma norma en sus ferrocarriles. Los ferrocarriles británicos adoptaron originalmente el estándar porque las herramientas disponibles para hacer los carruajes sólo servían para ejes de esa dimensión para que cupieran en las carreteras británicas. Las carreteras británicas se hicieron sobre las carreteras romanas. Los carros romanos dejaron en principio la huella de sus surcos. Los ejes de los carros romanos fueron construidos para acomodar dos caballos que medían entre sí 143,5 cm. De esta forma vemos que el ancho de vía usado por modernísimos trenes de alta velocidad fue determinado por los romanos. Cuando se construyeron los transbordadores espaciales los ingenieros norteamericanos consideraban que los tanques de combustible deberían ser más anchos, pero como se iban a transportar en tren desde Utah al Centro Espacial de Florida a través de túneles que no permitirían su paso, tuvieron que resignarse a lo que los romanos habían elegido como medida ideal. Para complicar un poco más la vida hay países vecinos que usan anchos de vía diferente, de manera que tienen que parar en la frontera y pasar el cargamento a otro tren (en Francia es de 1,43, mientras que en España es de 1,67). En el caso brasileño es paradójico hay anchos del sistema español, del francés, de 1.00 cm y de 0,76 cm.²⁷

Del mismo modo que un sistema de transporte moderno no puede librarse de lo que era perfecto para los caballos romanos, la sociedad no puede liberarse de pensamientos que todavía están modulados por siglos de viejas ideas, siguiendo los trazos de huellas dejadas hace milenios sin darnos cuenta que la razón que dio origen a la regla hace tiempo desapareció o cambió.

La actio romana:

27 COELHO, Paulo. "La distancia entre los rieles" en la Columna de Coelho:
<http://www.elcomercio.com.pe/empresa/notas/distancia-entre-rieles/20090726/318944>

Con el Derecho Romano pasa lo mismo que con el ancho de las vías para el tren, permanece e inspira a todos los sistemas jurídicos hasta la actualidad, El Derecho romano tiene como cualidad ser un mecanismo de comunicación que permite que los individuos descentralicen la administración de recursos. El Derecho privado romano hace posible la descentralización del orden social y del mercado, sin la intervención externa del Derecho público o del Estado.

Parte de la credibilidad del Derecho romano proviene de su distinción entre acciones in rem y acciones in personam. De acuerdo al Derecho romano de obligaciones, si el deudor incumple, el acreedor puede obligarlo, a través de una actio in personam, a pagar una suma dineraria equivalente (pero nunca superior) al valor de la prestación debida. Aun cuando la obligación es incierta, la ley procesal establece que el iudex debe determinarla dinerariamente, tantam pecuniam, sea lo que fuere lo que el demandado se hubiera comprometido a dar o hacer en favor del demandado, quidquid Numerius Negidius Aulum Agerium dare facere oportet. En consecuencia, cuando el cumplimiento se vuelve más costoso para el deudor que el valor de la prestación para el acreedor, el Derecho romano permite al deudor liberarse de su obligación pagando la indemnización correspondiente, de acuerdo a la regla omnis condemnatio pecuniaria. El contrato reestructura los incentivos futuros para el deudor y hace que su obligación sea creíble.²⁸

“Decía Savigny: “Actio est jus perquendi in iudicio quod sibi debetur” (actio es el derecho de exigir al tribunal aquello que es debido). Pero este no es el sentido original. Originariamente sólo existían dos medios jurídicos: la acción y la reivindicación. Toda reivindicación era dirigida por el pretor, en tanto la fórmula de la actio se apoyaba en el hecho de que el pretor daba un iudex. El derecho real corresponde a la reivindicación, y el derecho de las obligaciones a la acción. En esta definición se indica las características de que la actio concierne exclusivamente a las obligaciones de lo cual, en este pasaje, se encuentran indicios: 1) “In iudicio”, esto es, en un proceso que es llevado a término ante un juez; 2) “Quod debetur”. Deber se refiere siempre al derecho de las obligaciones y nunca al derecho real. Actio, es pues, originariamente, el derecho de exigir ante un “iudex pedaneus” aquello que la otra parte debe prestar “ex obligatione” (Metodología jurídica, trad de la edición alemana de 1951, Bs. As, 1979, p. 19)²⁹

28 DEL GRANADO, Juan Javier. La genialidad del Derecho Romano. Una perspectiva desde el análisis Económico del Derecho. *Berkeley Program in Law & Economics* Jun. 2009.
Available at: http://works.bepress.com/maximiliano_marzetti/25

Pues bien, en el derecho romano, basado en un sistema obligacional, no existía la acción, como hoy se le define, sino que era una posibilidad ante el incumplimiento del acreedor. De esta forma al formarse la relación obligacional, no existía, la acción como costo implícito al contrato, por lo que al haber bajos costos fijos, propiciaba la celebración de contratos (incentivos para contratar). Sin embargo, ante el eventual incumplimiento, aparecía la actio, como posibilidad o mecanismo para el cumplimiento de la obligación. Esta posibilidad, luego encaminada hacia el iudex, sería este quien definiría la prestación o indemnización. No siendo el iudex funcionario del Estado, y sometiendo las partes a su total decisión, producía una “externalidad” que debía incorporarse a la relación obligacional. Esta externalidad, entendida como costo no esperado asumido por la parte perdedora, tenía un alto grado de variabilidad, por lo que desincentiva el incumplimiento. Desarrollando en consecuencia el sistema de tutela, que este caso no era jurisdiccional, sino obligacional, conforme se puede apreciar del siguiente cuadro

El efecto Windscheid- Muther

Para Muther, la actio no era, pues, un apéndice o un complemento del derecho subjetivo (como pensaba Böcking y Puchta) ni el nuevo derecho a un comportamiento del adversario surgido de la violación de un derecho precedente (según el criterio de Savigny), ni finalmente, el equivalente romano de la pretensión en el sentido de Windscheid, sino el derecho al libramiento, o, más ampliamente, el derecho a la tutela judicial³⁰

Con esta cita resume el contenido de la concepción de la “actio” originada a finales de 1856, de la famosa polémica Windscheid – Muther, que para propósito de este trabajo denominaremos el “Efecto Windscheid – Muther”. Se evidencia el efecto que causó dicha concepción en el “Sistema de la Tutela Jurisdiccional”. Extendido el concepto de actio, no solo para el derecho de obligaciones sino también para los derechos reales, ahora se concibe como un “derecho” (acción) por el cual una persona puede acudir al órgano jurisdiccional para solicitar tutela. Esto trae como consecuencia, que este derecho, se traduce en un “costo fijo” alto para la celebración de contratos, ya que este derecho se

29

BATISTA DA SILVA, Ovidio. Jurisdicción y ejecución: en la tradición romano-canónica. Palestra Editores, 2005. Lima, página 90

30

PUGLIESE, Giovanni. En “Polémica sobre la actio”. EUEA, Bs. As.1974, pág.XXXIII

incorpora a toda relación contractual o no contractual, y ahora dirigido hacia el Estado este quien tiene que definir la adjudicación de derecho, para lo cual a efectos de no desincentivar las relaciones, y a diferencia del derecho romano, la decisión (sentencia), ya no debe representar un costo variable alto, sino un costo variable moderado, lo que se logra a través de mecanismos como la codificación, previsibilidad del fallo (principio de legalidad), determinación del órgano jurisdiccional (principio del juez legal). Este “costo fijo” ahora lo fija el Estado, por tanto para su determinación es que se elaboran los conceptos de configuración de este costo (condiciones y presupuestos) para poder acceder a este sistema. Finalmente sucede, que el “costo fijo” determinado por el estado “acción”, al ser tan alto (configuración de presupuestos y condiciones) se traslada a la persona, siendo ahora este su titular y queda para el Estado la determinación del costo variable que es la sentencia, formando así un nuevo sistema de tutela jurisdiccional.

El Modelo actual de la Tutela Jurisdiccional

Asignado a las personas el costo fijo de la acción como derecho, y la determinación del costo variable (la sentencia) para el Estado, la Tutela Jurisdiccional se convierte ahora en el producto de la interacción de dos bienes, por un lado un bien público cuyo detentador es el Estado, denominado “JURISDICCION” y por otro lado un bien de carácter privado cuyos depositarios son las personas (individuales o jurídicas) denominado “ACCION”. A esta interacción de bienes le denominaremos “SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL”

En dicho mercado las reglas serían las siguientes:

- a) A determinada cantidad de ACCION le corresponde una determinada cantidad de JURISDICCION, y viceversa, generándose así las curvas de OFERTA de dichos bienes.
- b) El cruce de ellos genera el PUNTO DE EQUILIBRIO, respecto del cual se deben corresponder dichos bienes. El PROCESO es la manera de llegar al punto de equilibrio, al que algunos habrán identificado con la “JUSTICIA”, la producción en la zona superior o inferior a este punto de equilibrio corresponde a quien va a asumir dicha parte del “esfuerzo” o “costo” procesal, si las personas o el Estado, **y es ahí que corresponde el diseño de un proceso como mecanismo de generación de tutela jurisdiccional, dentro de una determinada política de Estado que estará determinada por las variables sociales, políticas, económicas, históricas en un espacio y tiempo contextualizado**
- c) Sobre este punto se genera la curva del COSTO MARGINAL, entendiéndose por ello el costo de cada bien, ante la cantidad adicional que genero o utilizó del otro bien.
- d) Debajo y sobre el punto de equilibrio, se generan las zonas de producción razonables, ya sea asumiendo parte del costo los propietarios del bien público o del bien privado.

Encima y por debajo de dichas zonas de PRODUCCIÓN, esta se volvería irracional, ya que existe un costo marginal muy amplio que alguno de los actores en el mercado debe asumir, con las consecuencias que ello generaría, por ejemplo:

1) Si es muy alto al punto de equilibrio quiere decir que el Estado otorga mucha JURISDICCION por una cantidad mínima de ACCION, por lo que siendo la JURISDICCION un producto relativamente barato para las personas, estas demandarían demasiado, congestionando y saturando el sistema (Es el caso medidas cautelares o acciones de amparo sin contradicción que obteniendo pronunciamientos provisionales sobre el fondo congestionan los juzgados)

2) Si por otro lado, la relación se produce muy por debajo del punto de equilibrio, esto significaría que ante mucha ACCION el Estado otorga la misma o poca JURISDICCION, con la consecuente desacreditación del sistema, y desintegración del modelo político y falta de credibilidad y legitimidad (Esto es cuando existen procesos excesivamente formalistas, extensos, sin soluciones)

|

3. Las opciones:

Ni tan activista, ni tan garantista....

Pues bien, en el cuadro anterior se advierte que hay una "ZONA DE PRODUCCION" permitida en la cual pueden interactuar el bien JURISDICCION y el bien ACCION. Más arriba o más abajo de la denominada ZONA la producción sería irracional por los argumentos antes expuestos.

Sin embargo, como advertimos en el párrafo precedente, que dicha ZONA se encuentre por encima o debajo del "PUNTO DE EQUILIBRIO", la opción de producir hacia arriba o hacia abajo implica que parte del costo del bien lo asuma EL ESTADO (cuando es hacia abajo) o LA PERSONA (cuando es hacia arriba) y esto depende de la opción de POLITICA DE ESTADO que la sociedad pretenda.

Hemos estado asistiendo a un debate de ideologías procesales entre el denominado "garantismo procesal" y el "activismo o solidarismo procesal"³¹, sin embargo, dicho

debate se ha centrado en el aspecto técnico del proceso con relación a las facultades materiales de dirección del proceso, entre la distinción de un proceso “inquisitivo” que respondería a una supuesta ideología “totalitaria” y proceso “dispositivo” que correspondería a una supuesta ideología “liberal”.

Dicho debate, en la medida de lo personal creemos que ha sido superado y se debería orientar hacia el proceso como consecuencia de una política de Estado.

Citando a Mirjan Damaska en el Capítulo III ("*Dos tipos de Estado y los objetivos del proceso judicial*"), del libro "Las caras de la Justicia y el poder del Estado"³² el autor se concentra en analizar la forma en que el proceso puede verse marcado por dos tipos contrastantes de Estado, uno con inclinación manifiesta a gestionar la sociedad (**Estado de bienestar**) y otro, con la sola disposición de proporcionar un marco para la interacción social (**Estado laissez faire**). Usando otras palabras: un Estado activista y un Estado reactivo.

En este contexto, se analizan por el autor distintas variables que van caracterizando tanto el derecho como la administración de justicia en ambos tipos de Estado, de las cuales - finalmente - se extraen los principios estructurales fundamentales sobre los cuales se levantan los "*edificios procesales*" de cada uno.

En el caso del Estado activista, un proceso como instrumento de realización o implementación de su política, y en el caso del Estado reactivo, un proceso como resolución de conflictos o disputas. Mientras en el primero, la disputa no pasa de ser un pretexto que permite encontrar la mejor solución para un problema social (puesto en conocimiento de las autoridades a raíz de un conflicto entre el querellante y el acusado), en el segundo, la característica fundamental es el desapego del Estado en la forma en que los contendientes gestionan su contienda judicial, y donde los jueces se limitan a presidir la disputa e intervenir en forma mínima en ella.

Pues, en América Latina del siglo XXI, mal se pueden hablar de la construcción de sistemas políticos totalitarios y liberales, sino que estamos hacia la disputa de la construcción de la democracia entre el modelo neo liberal y el modelo social o democrático participativo.

Este proceso de disputa por la construcción democrática en América Latina, se puede entender como una lucha por la hegemonía que libran actores sociales y políticos, articulados de manera específica, que defienden proyectos políticos, como combinación de ideas, intereses, valores, principios y programas de acción. La disputa es compleja, distinta en forma y ritmo en cada país, determinada por la especificidad histórica, local, regional y nacional.³³

32

DAMASKA, Mirjan. Las caras de la Justicia y el poder del Estado: Análisis comparado del proceso legal. Editorial Jurídica de Chile, 2000

Luego este debate se centra en la relación Estado – Sociedad, para analizar dicho elemento y su traslado al modelo político deseado, se debe advertir la “trayectoria” de dicha relación necesaria para comprender las tensiones y la disputa por la construcción democrática en América Latina. Esta relación generalmente se presenta en dos opciones, por un lado, la perspectiva antipolítica por la cual este traslado (del poder de la sociedad civil al Estado) son forma de captación de los actores civiles por el Estado, y de otro lado, aquella óptica que advierte que la incorporación de activistas civiles a la esfera estatal es una forma de aceleración de la democratización del sistema político.

Es decir, ¿se debe estatizar el poder, o se debe civilizar el poder?. En mayor o menor grado responde a la construcción de los modelos democráticos-

La relación Estado - Sociedad define el proyecto político el cual se plasma luego en una política de Estado, y en dichas políticas se encuentra el proceso legal el cual dependiendo de un Estado Activo, identificado con un modelo democrático social, tenga un proceso legal como objetivo de implementación de política de Estado, es decir su objetivo es el impacto social, y sobre el se construyen las reglas y principios de su estructura. Por otro lado, en un modelo democrático neo liberal, el objetivo del proceso es la resolución de la disputa.

Así tenemos la generación de los siguientes modelos:

- a) En un Modelo neo liberal, se desarrolla un proceso garantista o adversarial, en donde la mayor asignación de esfuerzo procesal corresponde a las partes y responde al principio de justicia como garantía de ventaja mutua. Según este principio, la decisión del Estado debe reflejar la diferencia de poder de negociación de las partes en conflicto, y esto incentiva a las partes a acudir al sistema. Si la decisión no refleja el hecho del poder diferencial de negociación que les correspondería en una situación de acuerdo, tendrían un incentivo para violarlo. Es el autointerés en el motivo de para comportarse de manera justa.
- b) En un Modelo Democrático Social – Participativo, se desarrolla un proceso activista o solidario, en donde la asignación de esfuerzo procesal del Estado es mayor, subvencionado “costos” del proceso a las partes, y tiene como sustento el concepto de justicia como principio de imparcialidad. Según este concepto se separa la diferencia del poder de negociación de la justicia. El motivo para un comportamiento justo no es el autointerés, sino un actuar en concordancia con principios que razonablemente no podrían ser rechazados por quienes buscaran un acuerdo con otros bajo condiciones libres de ventajas y desventajas negociadoras³⁴



CONCLUSIONES

- i. En resumen, la tutela jurisdiccional es un sistema que es la expresión de la relación Estado- Sociedad, este sistema no es neutro en cuanto a la política de Estado, sino que responde directamente, en cuanto a herramienta para el desarrollo de la función jurisdiccional, al proyecto político que determina la sociedad.
- ii. Proponer y centrar el análisis y la construcción de nuevas categorías en la vinculación del origen y desarrollo de los distintos sistemas de administración de justicia con las formas características que asume **el fenómeno del poder** nos propone abandonar por poco útiles las categorías convencionales que dirigen el análisis comparado de los sistemas procesales, esto es, aquellas que dividen la cuestión mediante la simple y repetida distinción entre procesos adversariales e inquisitivos
- iii. En otras palabras, lo que se plantea es un análisis entre **justicia y poder**, y la relación con la **estructura del poder - Estado** (con el carácter del poder judicial) que vincula con la **función legítima del Estado** (con el propósito que debe perseguir la administración de justicia) dirigido hacia la sociedad.
- iv. La falta de relación entre el modelo político elegido, y su traducción en el modelo procesal a través del cual se desarrolla la función jurisdiccional, sólo trae como consecuencia, una actividad jurisdiccional inútil e ineficiente, en contradicción permanente con el Estado, y la falta de legitimación del sistema, como componente básico de un Estado de Derecho.