

# Eficientismo y Garantismo Procesales en Serio: Pasando la Página del Debate entre Publicismo y Dispositivismo Procesales

Roberto González Álvarez\*

*Un cambio de paradigma en el proceso ha sido el objeto de estudio para Roberto González en el presente artículo. El autor hace un repaso por los diversos paradigmas que fueron marcando el proceso en la historia, analizando principalmente lo que él considera el paleoprocesalismo con su discusión propia entre las corrientes del publicismo y del dispositivismo procesal. A juicio del autor, esta etapa y sus discusiones deberían ser dejadas en el pasado, debido a que sus paradigmas procesales están llenos de contradicciones con el nuevo paradigma constitucional que es propio del neo-constitucionalismo, en el que es imperante debatir desde el eficientismo y el garantismo procesal.*

## I. Premisa

Sopesada, en 1934, la reforma italiana del proceso civil (a cargo de MORTARA), al influjo de su predecesora y correlativa alemana (a cargo de VOLKMAR), ya se daba cuenta<sup>1</sup> de la pérdida del impulso de parte en el proceso civil frente al impulso de oficio que, decididamente, se había impuesto en Alemania.

El juez activo conductor y director del proceso, que dejaba atrás a aquel juez «pasivo» que, siendo espectador del drama judicial, emitía su decisión final sobre él, tiene sus mejores antecedentes en la obra legislativa austriaca de Franz KLEIN (sancionada en 1895 y vigente desde 1898) y la revolución procesal portuguesa (1926), a cargo de José Alberto DOS REIS; a los días actuales, ya impresas muchas páginas del derecho procesal, propiamente desde finales de la centuria pasada, sin cuestionar el principio dispositivo y respetando, por tanto, el principio de iniciativa privada del proceso (*nemo iudex sine actore*) y la determinación, por las partes, del *thema decidendum*, ya se hablaba en el oficio procesal y en todo ámbito, con mucha fluidez, de poderes discrecionales del juez, de rechazo *in limine* de la demanda, de aportación probatoria oficial, de dirección y conducción del proceso por el juez, de principios de concentración, inmediatez y oralidad, en

fin, de «publicización» o, mejor, de «socialización» del proceso.

Pero ello no fue doctrina pacífica, aun de tiempos recientes a la vigencia del Reglamento de Klein, se fue marcando una lucha ideológica en el proceso civil, cada vez más acentuada en el rechazo del pensamiento no compartido; hasta que, arribado el fenómeno de constitucionalización, y en él la visión fundamental de garantías procesales, como soporte de la negación y repulsa de un juez activo o director del proceso, que escapa del margen constitucional, se dio declarada y abiertamente una confrontación entre quienes rechazan la publicización o socialización del proceso y quienes la defienden.

En estos términos, la percepción procesal del constitucionalismo evidenció la separación entre dos iniciales lecturas procesales defectuosas y ofuscadas de la justicia y libertad prometidas por la Constitución, propias del publicismo y dispositivismo procesales, y las constataciones del neoconstitucionalismo que, leídas en materia procesal, se traducen en las de un nuevo procesalismo o, mejor, del neoprocesalismo.

De manera que es motivación de estas líneas rendir cuenta del tránsito de un viejo paradigma a un

\* Catedrático de Derecho Procesal Civil, Maestro en Derecho con mención en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, grado académico obtenido con la máxima calificación que otorga esa Casa de Estudios (sobresaliente por unanimidad); especializado en Tutela Jurisdiccional Efectiva y Debido Proceso en la Pontificia Universidad Católica del Perú; candidato a Doctor en Derecho e Investigación por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa; Presidente de la Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas-SOPECJ. Es autor del libro *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz* (ARA Editores, 2012) y coautor de varias obras, entre ellas, *El derecho frente a la ciencia y la tecnología* (PUCP, 2007), *La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso* (EGACAL-San Marcos, 2008) y *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas* (ADRUS, 2010-2011, tt. I-III). Es autor de diversos artículos publicados en revistas especializadas nacionales, entre ellas universitarias (2004-2012), de centros de investigación jurídica (2005-2012) y del Consejo Nacional de la Magistratura (2008), e internacionales, entre ellas, *Revista de Derecho Procesal* (Madrid, 2009), *Ars Boni et Aequi*, de la Universidad Bernardo O'Higgins (Santiago, 2011), *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* (Bogotá, 2011), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, *Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal* y otras publicaciones del Instituto Panamericano de Derecho Procesal (2007-2011).

<sup>1</sup> Cf. CARNELUTTI, Francesco, 1952: *Estudios de derecho procesal*, EJEA, Buenos Aires, pp. 165 ss.

nuevo paradigma en el derecho procesal y, en esta empresa, hacer un breve repaso del acaecer histórico del pensamiento procesal desde sus germinales manifestaciones hasta el asentamiento de su cientificidad y, en ella, de sus dos corrientes finales que son el publicismo y positivismo procesales, haciendo hincapié en la falacia de sus autodenominaciones de «activismo» y «garantismo» procesales, respectivamente. Este es el escenario en el que pretendo diferenciar el surgimiento del último paradigma de la ciencia procesal, que es el neoprocesalismo, no sin referir la concepción del eficientismo y garantismo procesales que lleva consigo, es decir, que los entiende en serio.

## II. Devenir histórico del proceso hasta la antesala de las dos últimas corrientes del paleoprocesalismo

### 1. De los orígenes al procedimentalismo

La autonomía del derecho procesal y la publicización del proceso civil son conceptos implicados, pues el desprendimiento del proceso de los causes del derecho civil –*ius vetus*– dio casi inmediata fluidez al desarrollo del procesalismo que, diferenciado del procedimentalismo, es el espacio de desarrollo del entendimiento de la función sustitutiva de la jurisdicción y, por tanto, del proceso con una finalidad pública que trasciende su finalidad privada. Se asignó así, todo un vasto desarrollo que enfoca la condición pública del proceso en el personaje que encarna tal condición: el juez.

Un proceso civil tan autónomo como la clasificación jurídica que lo estudia reconoce, en primer lugar, una proyección subjetiva que se da con el ejercicio del derecho de acción de quien es parte frente a quien es autoridad estatal, y en segundo lugar, una proyección objetiva que se da con la visualización de la finalidad mediata del objeto del derecho procesal.

Pero procedimentalismo y procesalismo no son sino estadios evolutivos del derecho procesal y, por tanto, es necesario apreciarlos en el *iter* histórico del proceso, porque eso permite advertir las raíces de la presencia, tanto de lo privado como de lo público, en el proceso civil.

En los orígenes, la concepción de una experiencia de orden y certeza (experiencia jurídica) se fue formando con los primeros atisbos de un grupo social (*ubi societas ibi ius*). Siendo, entonces, el derecho facturado a la sociedad existe una interdependencia vital entre ambos, no siendo concebibles separados, por lo menos no válidamente o con esa razón humana que los dignifica llamada *civilidad*.

La primaria organización humana no podía reconocer autoridad, sobre su entorno existente, en quienes la integran, sino únicamente en un ser superior, uno

divino que hubiera creado todo lo que se podía ver y sentir y del que su voluntad no era sino para que el individuo supeditase su conducta a ella; así, en las diferentes expresiones culturales, demarcadas por el tiempo y el espacio, esta línea explicativa del mundo se expresó de diversas maneras, calando fuerte en algunas civilizaciones que en la actualidad sufren la inmovilidad religiosa de sus instituciones jurídicas; pero, asumiendo expresiones morales o naturales en otras civilizaciones, corroborando a entender alguna irrefutable verdad en sus artificios jurídicos que, como en el caso del *civil law*, asumieron constantes transformaciones visibles en las concepciones que explican sus instituciones y solventan sus códigos<sup>2</sup>.

El derecho procesal cobró presencia luego de superada la función privada de la defensa<sup>3</sup>, es decir, cuando se asienta la prohibición de hacer justicia por mano propia<sup>4</sup> y se torna ineludible superar la intervención de la familia en la solución conciliatoria del conflicto, entonces, no quedaba sino endosar la solución del conflicto a un tercero (*ex aequo et bono*) que antes de ser funcionario público era un sujeto privado<sup>5</sup>, que se servía de un procedimiento privado arbitral<sup>6</sup> en el que para hacer efectiva su decisión final en cada caso requería valerse de una autoridad –jefe político o militar, sacerdote, rey o príncipe– capaz de darle cumplimiento por la fuerza, y es desde ahí que, superada la costumbre por el derecho<sup>7</sup>, se mira en adelante al Estado moderno. Pero, esta trayectoria no es resultado de escasos años, confluyó en su traza el alto nivel cultural de los pueblos griego y romano –sobre todo de este último–, que calaron profundos surcos evolutivos de las instituciones procesales de la antigüedad, más tarde desarrolladas en las diferentes expresiones del influjo del proceso romano.

#### 1.1. Grecia

En la cultura griega, la tenue estructura jurídica que aparece en germinales obras escritas son referencias éticas, como las contenidas en los poemas homéricos, bajo la influencia de la teología que presentaba un dios para cada fenómeno, virtud, maldad o debilidad, eran tiempos donde la justicia se individualizaba en las divinidades de Themis o Dike; era, pues, el surgimiento de la norma divina que pasó a sustituir el uso de la fuerza bruta por la imposición de una sanción, a que conduce tal norma de ser vulnerada. Estaba impregnándose en la conciencia del hombre el sentido criterio de que fracturar el derecho de otro acarrearía un castigo.

El derecho procesal en el pensamiento griego ya daba cuenta de una organización básica que contemplaba (i) la competencia de los tribunales, según el objeto de juzgamiento que se tenía asignado<sup>8</sup>, (ii) un procedimiento preponderantemente verbal, que parecía el escenario perfecto para que los defensores

2 Cf. COUTURE, Eduardo J., 1978: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, pp. 12 ss.

3 Cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, 2000: *Proceso, autocomposición y autodefensa – Contribución al estudio de los fines del proceso*, Universidad Autónoma de México, México D.F., pp. 72 ss.

4 Cf. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, 1984: *Compendio de pruebas judiciales*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Argentina, p. 15.

5 Cf. CLARÍA OLMEDO, Jorge A., 1989: *Derecho procesal*, t. I, Depalma, Buenos Aires, p. 23.

6 Sobre el mito del origen del proceso como arbitraje cf. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, 2012: *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*, ARA Editores, Lima, c. VI, sc. I, 1 y 7.

7 Cf. PODETTI, Ramiro, J., 1963: *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, EDIAR, Buenos Aires, p. 25.

8 Cf. ARISTÓTELES, 1954: *La política*, versión de Natividad MASSANÉS (Obras maestras), Editorial Iberia, Barcelona, l. VI, c. XIII.

hicieran gala de sus facultades retóricas, aun cuando la verdad pudiera fluir de sencillas exposiciones, por cierto, muy ajenas al potencial de oratoria de los griegos, (iii) la asignación del carácter público a los intereses considerados de la colectividad, (iv) la diferenciación de las acciones pública y privada bajo parámetros de identificación de cada una, etcétera.

La lucidez del razonamiento jurídico griego cobro tal importancia que llegó a ser influyente en la organización de la Roma antigua, pues hay que recordar que al ser convertida Grecia en provincia romana, el alto nivel cultural de este pueblo creador del arte se sobrepuso al conquistador<sup>9</sup>, ratifica lo expuesto el hecho de que en Roma (año 454 a.C.) se organizó una comisión para ir a Grecia a efecto de otorgar poderes a los decenviros para la redacción de una ley, el resultado fue la Ley de las XII Tablas<sup>10</sup>, raíz del fundamento de las instituciones más marcadas del derecho romano.

## 1.2. El Derecho Romano

El término proceso no es romano<sup>11</sup> –su origen es canónico y su empleo se da en la Edad Media, llegando por la doctrina alemana a los sistemas latino europeo y americano–, su utilidad semántica gravita en reflejar la complejidad de un fenómeno común en toda experiencia jurídica, y la romana no podía sino ser la más importante.

En el derecho romano la transición del proceso se manifestó en sus dos grandes etapas: la primera denominada *ordo iudiciarum privatorum* (ordenamiento de los juicios privados), con un proceso estrictamente privado, integrado a su vez por dos sistemas, de las acciones de la ley (*legis actiones*) y de las fórmulas escritas o procedimiento formulario; y la segunda, denominada *extraordinaria cognitio*, con un proceso de carácter público por la consolidación de la autoridad estatal. La denominación de la segunda, en alusión a lo irregular o anormal, es decir a lo extraordinario, que muestra su surgimiento a través de situaciones contrarias a lo ordinario o regular, que adquirieron sustancia con el paso del tiempo, acredita la posición de algunos autores de denominar la primera etapa como ordinaria y la última como extraordinaria.

Desde sus orígenes hasta la segunda guerra púnica, el derecho romano no fue sino un conjunto de usos y costumbres de natural acatamiento, hasta la llegada del siglo IV a.C. en que se promulga la Ley de las XII Tablas (*Leges duodecim tabularum*), que fue el éxito de los plebeyos en su lucha contra los patricios por la igualdad de derechos, sus disposiciones eran generales –grabadas en bronce y exhibidas en el Foro, precisamente en XII Tablas, su texto auténtico no es conocido– y abarcaban diversas ramas del derecho público y privado, proyectándola como una codificación general que, no obstante su insuficiencia, se constituyó en la base de las instituciones propias del derecho

romano. Establecida, entonces, la Ley de las XII Tablas (450-451 a.C.) tuvo vigencia la violencia vindicatoria, es decir, aquella facultad privada de quien tenía interés para la defensa de un derecho fracturado a través de la *actio* que implicaba el poder de hacer acudir por la fuerza al deudor, cuando este no concurría por voluntad propia al juicio citado, el mismo que se desenvolvía ante el magistrado, bajo estrictos formalismos dictados por el colegio de los pontífices, regulando la *manus injectio*<sup>12</sup> hasta la posibilidad de ocasionarle la muerte al deudor. Como se puede ver este es el origen del servicio de justicia en Roma, se trataba de la *jus privata* del propio ofendido, en base a un sistema oral y extremadamente formalista denominado el procedimiento de acciones de la ley (*legis actiones*), es decir, de aquellas regulaciones procesales constituidas en fórmulas orales solemnes y gestos simbólicos<sup>13</sup>, que debían repetirse con extrema precisión de palabras y movimientos por el actor ante el magistrado, teniendo en frente al demandado (*editio actionis*).

Estas acciones de la ley eran (i) la *actio per sacramentum* –permitía reivindicar la propiedad o el cumplimiento de una prestación bajo el juramento justo de pagar una suma al Estado de ser perdedor del pleito–, (ii) la *judicis postulatio* –no discute el derecho solo su extensión (estimación, evaluación o partición), empleada para el pago de un crédito o la partición de una herencia–, (iii) la *condictio* –simplificó el *sacramentum* y la *judicis postulatio* en las obligaciones de sumas determinadas y en las de cosa cierta–, así como los procedimientos ejecutivos de (iv) la *manus injectio* –daba efectividad a la sentencia contra el *judicatus* en el pago de una cantidad de dinero– y (v) la *pignoris carpio* –embargo o derecho de prenda sobre bien del deudor moroso en determinadas situaciones–, que en todo caso se caracterizaban por su «legalidad» –emanaban de la ley–, «formalismo» –expresión verbal y gestos sacramentales de las partes dictados por la ley–, «contención» –presuponía la presencia de partes en conflicto– y «judicialización» –*ordo iudiciarum privatorum*, las funciones judiciales estaban a cargo de los magistrados (fase *in iure*) y de los jueces (fase *in iudicium*).

Se concibió la *manus injectio* como el mecanismo – surgido con la Ley de las XII Tablas– de ejecución de la sentencia, contra quien había sido condenado – *judicatus*– a pagar una cantidad de metal a favor del acreedor. El procedimiento era el siguiente: emitida la sentencia condenatoria se concedía un plazo de treinta días para la efectividad del pago so pena de imponer la sanción de la *manus*, consistente en capturar al deudor y encerrarlo en una prisión privada por un lapso de sesenta días dentro de los cuales podía, por tres ocasiones, exhibirlo en el mercado a efecto de que alguien –a quien se denominó *vindex*– pague por él su deuda y lo libre de ser vendido o, en caso extremo, de perder la vida. Con el transcurso del tiempo, y la vigencia de nuevas leyes, la drasticidad de la *manus injectio* fue atemperada.

9 Cf. GONZÁLEZ LINARES, Nerio, 2003: *Ensayos de derecho procesal civil*, IPIJ, Cusco, p. 41s.

10 Cf. RASCÓN GARCÍA, César / GARCÍA GONZÁLEZ, José María, 1993: *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones*, Tecnos, Madrid, pp. XI ss.

11 Cf. NICOSIA, Giovanni, 1986: *Il processo privato romano. I. Le origini*, Giappichelli, Turin, p. 14.

12 Cf. RAMÍREZ ARCILA, Carlos, 1969: *Teoría de la acción*, Temis, Bogotá, pp. 53 s.; RASCÓN GARCÍA, César / GARCÍA GONZÁLEZ, José María, ob. cit., pp. 2 s.

13 Cf. PALACIO, Lino Enrique, 1975: *Derecho procesal civil*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 78.

Lo tedioso de las acciones de la ley, dado su formalismo extremo acompañado de la oralidad que se «teatralizaba» frente a un magistrado mimetizado ante tal espectáculo, condujo al surgimiento de un nuevo período (y procedimiento) mucho menos formalista, con fórmulas escritas y con un magistrado controlador de la admisibilidad de la fórmula requerida por los litigantes, era el procedimiento formulario (siglos II y III a.C), carente del gesto ritual, que toma el nombre por las fórmulas escritas que regulan el procedimiento. Tanto este sistema como el de las acciones de la ley caracterizan la etapa del *ordo iudiciarum privatorum* por el dominante orden privado del proceso y sobre todo por la división de este en dos fases: la del procedimiento *in iure* y la del procedimiento *apud iudicem*.

La fórmula era la instrucción escrita dispuesta por el magistrado, para que el juez desenvuelva su proceder en el caso concreto según los términos consagrados en ella. Sus partes eran: la *datio iudicis* (nombramiento del juez, era la designación del juez –*iudicis postulatio*– o su institución –*institutio iudicis*– para el caso), la *demonstratio* (objeto y contenido fáctico de la demanda, implica la *causa petendi* y la fundamentación de derecho), la *intentio* (la pretensión de las partes) y la *condemnatio* (asignaba el *imperium* de condenar o absolver al juez).

La fase *in iure*, se concibió en el sistema de las acciones de la ley por convocatoria e incentivo de la parte, previo requerimiento al demandado e inclusive exponerlo al proceso mediante la fuerza, para su desarrollo ante el magistrado (*in ius vocatio*), en base a gestos rituales y formalidades ineludibles por las que el actor expresaba los fundamentos de la reclamación de su derecho, previsto en las *legis actionis*; todo ello, con el fin de fijar los extremos del conflicto. Comprendía, entonces (la fase *in iure*), en cuanto a las acciones de la ley, la declaración del actor de las razones por las que hizo comparecer al demandado delante del pretor, quien tenía la posibilidad de, habiendo oído a las partes, admitir o rechazar la acción.

En el procedimiento formulario, esta fase, comprendía la apreciación de la demanda por el Pretor, a fin de admitirla o rechazarla –*denegatio actionis*– para proceder al interrogatorio de las partes, a cuenta de esclarecer los fundamentos de hecho y de derecho y del control de requisitos –presupuestos– procesales, en consideración a los cuales dictaría o no la fórmula, que no era otra cosa que el convenio –de matiz arbitral<sup>14</sup>– por el que las partes estipulaban que el juez condenara o absolviera al demandado, por lo que, si este reconocía la existencia de la deuda que motivó el conflicto, la consecuencia inmediata era la expedición de sentencia de condena; pero, en el caso de que el demandado contradecía y hasta oponía excepciones, ineludiblemente el proceso

generaba la *litis contestatio*<sup>15</sup>, y con ella la entrega de la fórmula por el Pretor al demandante y de este al demandado. La *litis contestatio*<sup>16</sup> era un contrato formal y, como tal, ritual coincidente con la entrega de la fórmula, que no hacía sino instaurar el litigio con sus consecuentes efectos como, por ejemplo, imposibilitar demandar sobre el mismo derecho y la fijación invariable del juez que conoce el caso, y si este fallece se requería la expedición de nueva fórmula por el magistrado.

La segunda fase, *apud iudicem* (delante del juez), implicaba la presencia del juez, quien emitía sentencia tomado el conocimiento respectivo de la causa. El procedimiento formulario, en esta fase, (i) ya no concibe el ritual ni las palabras formulistas, (ii) el procedimiento es oral y público (de realización en un único día, con inmediación, admite su prosecución en rebeldía del demandado, da espacio a la actividad probatoria –testimonial, confesión, juramento decisorio, instrumental–, con cargas procesales-probatorias para el demandante y el excepcionante, emitida la sentencia solo el fraude en el juicio daba lugar a una excepcional impugnación de la misma ante el Emperador, a través de la revisión –*restitutio in integrum*<sup>17</sup>– o la nulidad, y esto únicamente a partir del período post clásico); y (iii) el cumplimiento de la sentencia, de requerir ser por la fuerza –con la fuerza pública (*manu militari*)–, estaba a cargo del magistrado.

La segunda etapa del proceso romano, la *extraordinaria cognitio*, trajo consigo una nueva organización judicial con funcionarios que administraban justicia en nombre del Estado, pues el derecho se percibía como una función estatal –por lo que la *litis contestatio* pierde su carácter contractual y surte efectos desde la notificación con la demanda al demandado, apareciendo la *libellus conventionis* o demanda y su contestación la *libellus contradictionis*–, a través de un procedimiento sin fórmulas ni dos fases, inquisitivo, con inmediación, impulso oficial, actos escritos, notificación oficial, un juez con amplias facultades probatorias, la posibilidad de las partes para apelar (*appellatio*) la sentencia –considerada expresión de la conciencia del juez–, que de ser desestimada o no daba paso a la *res iudicata*, etcétera. Por lo que no faltó razón para verlo como un orden jurídico sólido hecho efectivo por los jueces.

Con esta última etapa, bien se aprecia el tránsito de la justicia privada<sup>18</sup> a la pública, teniendo por en medio de ese recorrido al arbitraje facultativo y al obligatorio hasta la prohibición de la justicia privada, con la injerencia del Estado y la exclusividad de la jurisdicción que ejerce.

Las invasiones bárbaras al pueblo romano revelaron el proceso germánico frente al proceso romano, sufriendo este las radicales diferencias con aquél; porque siendo el proceso romano una elaboración de refinada civilidad y cultura jurídica, el procedimiento germánico no era

14 Cf. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, *Neoprocesalismo... cit.*, c. VI, sc. I, 1 y 7.

15 Cf. HUGO, Gustavo, 1850: *Historia del derecho romano*, traducción de D. Manuel Casado Tello, Madrid, p. 277; SAVIGNY, Friedrich Carl von, 1879: *Sistema del derecho romano actual*, t. IV, traducción de Jacinto Mesía / Manuel Poley / F. Góngora y Cía, Madrid; ERRÁZURIZ EGUIGUREN, Maximiano, 1989: *Manual de derecho romano*, t. II, Jurídica de Chile, Santiago, p. 546; GONZÁLEZ ROMÁN, Héctor, 2003: *Derecho romano II. Obligaciones, contratos y derecho procesal*, Nuevo Siglo, Nuevo León, pp. 28, 168 y 177; PALLARES, Eduardo, 1965: *Derecho procesal civil*, Porrúa, México D.F., pp. 356 ss.

16 Cf. FAIRÉN GUILLEN, Víctor, 1969: *Temas del ordenamiento procesal civil*, t. I, Tecnos, Madrid, pp. 435 ss.

17 Cf. CERVENCA, Giuliano, 1990: *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, Giuffrè, Milán.

18 Cf. NICOSIA, Giovanni, *ob. cit.*, pp. 5 ss.

sino la expresión de un pueblo totalmente primitivo<sup>19</sup>. En resumida cuenta, el proceso romano mostraba un juez investido de autoridad para que, siendo un tercero imparcial frente a las partes, actúe entre ellas imponiéndoles su decisión como fin de la controversia, según su convicción formada por la suministración de las pruebas libremente valoradas, habiendo recaído la carga de la prueba en quien afirmaba un hecho y no en quien lo negaba (*onus probando incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*); se trataba, a todas luces, de un proceso altamente evolucionado.

### 1.3. El proceso germánico

El proceso germánico –aquel desarrollado en los pueblos del Norte de Europa que no llegaron a ser sojuzgados por Roma–, si bien no ostentó el grado evolutivo del romano, debido particularmente a la inclinación a lo sobrenatural de ciertas manifestaciones divinas y su consecuente religiosidad formalista, es junto a este –proceso romano–, el forjador del proceso actual, pues pese a ser rústico, portador de grotescos rasgos consuetudinarios –referidos al uso de la fuerza física resistida entre las partes, es decir, verdaderas contiendas físicas<sup>20</sup> entre dos partes–, simple e indiferente a la diferenciación del proceso civil frente al penal y consagrar la oralidad dominante, sus bondades (entre las que destacan el carácter público del proceso –el juez es funcionario del Estado–, la igualdad de las partes, la celeridad y la publicidad del proceso), al convivir con la magnífica obra procesal romana, transcurrido el tiempo, se calibraron en los posteriores desarrollos procesales hasta llegar sin duda al proceso contemporáneo.

El culto religioso, a una divinidad expresiva de su dominio de lo justo, cobraba trascendental presencia en el procedimiento de los pueblos germanos; así, gestado el proceso ante la asamblea popular, por obrar privado del ofendido o de sus familiares, se le daba inicio bajo una actuación ceremonial religiosa que definía el sometimiento del juicio a la expresión justa de Dios; el demandado, de no reconocer su culpa u obligación mediante su confesión –que aceleraba su condena–, podía contradecir y asumir la carga de la prueba para desvirtuar las razones del actor, pero no con relación a los hechos que motivaron el juicio, sino a provocar una actuación justa de la divinidad invocada en todo ese *iter* procedimental religioso-ceremonial.

Entre los medios probatorios a actuarse, siempre dirigidos al adversario<sup>21</sup>, destacaba el juramento de varios integrantes de la misma estirpe del demandado sobre la reputación de este, que en todo caso lo purificaba (juramento de purificación) de las acusaciones padecidas; pero, ninguna prueba tenía, en el juicio, papel tan trascendente como la ordalía, es decir, el sometimiento de la dilucidación de la verdad a una manifestación divina, o ciertos experimentos<sup>22</sup>, en cada

caso concreto (*iudicium Dei*)<sup>23</sup>, de ahí que, por ejemplo, quien no llegaba a ahogarse, soportaba el dolor del fuego, o se libraba de morir en duelo, era absuelto de toda responsabilidad y juzgado inocente porque así lo había manifestado el «juicio de Dios».

Dictada la sentencia, que no era opinión del juez sino verdad absoluta del pueblo soberano<sup>24</sup>, era declarada por la asamblea popular, que estaba presente durante el desarrollo del proceso, por lo que generaba consecuencias para todos y no únicamente para las partes, resultando así inapelable, hasta los períodos francos en que se posibilitó su impugnación, y no solo ello, sino se dieron cambios medulares, entre los principales, el ingreso de la prueba documental, la mitigación de la ordalía y la ejecución de la sentencia.

El afán conquistador de Roma había implantado su forma de proceso en los pueblos que vino sometiendo, los cuales al paso del tiempo también fueron invadidos por los germanos, que a su vez, implantaron su proceso, generando entre ambas formas de proceso la pugna por descollar, y mientras esta contienda se daba lugar en los pueblos conquistados, se venía concibiendo el derecho particular en cada uno de estos, así se erigieron *Charters* (Inglaterra), *Coutumes* (Francia) y *Cartas* (España) que originariamente revelaban rasgos jurídicos mestizos que finalizada la Edad Media se fueron disgregando reivindicando sus fuentes nativas, siendo en gran parte las sentadas por el derecho romano en aquellos pueblos de formación inicial romana (Italia, Francia y España), sin que esto signifique un radical divorcio de la influencia germánica, lo que se vio favorecido por el derecho canónico y, más adelante, en el proceso común se definieron los matices confluyentes del proceso latino europeo y del austro-alemán en la vertiente romano-germánica y, frente a ello, del anglosajón en la vertiente del *common law*, ambas vertientes en el derecho procesal de Occidente.

### 1.4. El Derecho Canónico

En el derecho canónico, establecida la regulación Neotestamentaria y, por tanto, todo un orden normativo apostólico al que siguieron las primeras disposiciones<sup>25</sup> canónicas como los Concilios, las normas procesales fueron tomando presencia en el derecho canónico; así, en el *Decretum* (siglo XII) se destinó un tercio de su contenido a la regulación del procedimiento (*negotiis*), y en el *Codex juris Canonici* (1917) uno de sus libros es de naturaleza procesal: Libro IV, *De processibus*, que comprende tres partes referidas al proceso judicial, las causas de beatificación y canonización y los procedimientos disciplinares.

El derecho procesal canónico al igual que sus normas, a partir del *Codex*, se definieron de naturaleza pública<sup>26</sup>

19 Cf. ROCCO, Ugo, 1983: *Tratado de derecho procesal*, t. I, Temis / Depalma, Bogotá / Buenos Aires, p. 230.

20 Cf. CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *ob. cit.*, p. 25.

21 Cf. CHIOVENDA, Giuseppe, 1989: *Principios de derecho procesal civil*, vol. I, Cárdenas ed., México D. F., pp. 9 s.

22 Cf. ROCCO, Ugo, *ob. cit.*, p. 230.

23 Cf. SILVA VALLEJO, José Antonio, 1992: «El derecho procesal en la Edad Media», en *Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor*, Cultural Cuzco, Lima, pp. 581 ss.

24 Cf. ROCCO, Ugo, *ob. cit.*, p. 230.

25 Cf. GONZÁLEZ LINARES, Nerio, *ob. cit.*, pp. 48 ss.

26 Cf. GARDELLA, Lorenzo A., 1986: «Proceso canónico» en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, t. XXIII, Driskill, Buenos Aires, pp. 297 ss.

y comprendían<sup>27</sup> instituciones como la acción, la excepción, la intervención de terceros en el proceso, la medida cautelar (*no vi operis nuntiatione*), la acción de nulidad de los actos jurídicos, la relación jurídica procesal, los actos jurídicos procesales, la capacidad procesal, deberes y facultades del juez eclesiástico, la prueba, etcétera.

Surgida la jurisdicción canónica<sup>28</sup>, funcionó aplicando el procedimiento extraordinario, en razón a que este regía cuando el Emperador Constantino extendió la competencia canónica más allá de los integrantes de la orden religiosa, propiamente a la voluntad de las partes en someterse al tribunal canónico; lo que se fortaleció al punto tal, que en los lugares donde el acento religioso era mayor, como España, el clero ejercía control sobre la función de los jueces y ello asfixiaba cada vez más al poder real, al punto que este reaccionó tanto en España como en Francia e Inglaterra sumiendo al proceso canónico nuevamente a sus meandros internos.

En el siglo XI Italia emprendió una cruzada de avivamiento del derecho romano frente al germano. Parte de ello fue perfeccionar las instituciones jurídicas romanas, y sobre todo las judiciales, lo que dio nombre a una época denominada judicialista, empujada por quienes llegaron a formar la Escuela de Bolonia, es decir, ese grupo de juristas<sup>29</sup>, encabezado por IRNERIUS y capitulado por ACCURSIO, que reedificó el derecho romano desde las bases sentadas en el Digesto, realizando trabajos de sistematización a través del uso de glosas –de ahí que a la Escuela de Bolonia se le denomina también Escuela de los Glosadores– que permitían la dilucidación terminológica –glosa interlineal– o formación de razones –glosa marginal– respecto al ordenamiento sumido en tal tratamiento.

Los procedimientos judiciales no fueron ajenos al trabajo de esta Escuela, se anotaron numerosas glosas marginales sobre los lineamientos práctico-procedimentales, que en todo caso no avistaron reposo en construcciones dogmáticas, que las fundamenten, más allá del *Speculum iudiciale* de Guglielmo DURANTE (1206) y algunos comentaristas y prácticos<sup>30</sup>.

### 1.5. El proceso común

Los logros del derecho canónico<sup>31</sup> y de la Escuela de Bolonia, significaron el establecimiento de principios cristianos, apuntalados por un rescatado derecho romano y una labor académica de fuente universitaria, aplicada por los glosadores y posglosadores, que erigieron un proceso (romano-canónico o ítalo-canónico) que abarcó gran parte de Europa, era el proceso común, y sus rasgos tanto en lo civil como en lo penal eran la oficialidad, la escritura y la preclusión dominantes.

El procedimiento en materia civil, por estar dirigido por un funcionario oficial, tomaba inicio con la citación al demandado por conducto oficial, este tenía las excepciones (previas y de «fondo») para hacerlas valer según viere conveniente a su defensa; cobró renovada vigencia la *litis contestatio* y se implantó el sistema de la tarifa legal consagrando la mayor significación de la confesión. En fin, se trataba de un proceso producto de la fusión de los procesos romano y germánico, desprendiéndose como rasgos, del primero, la presencia del juez tercero ajeno a las partes, la sentencia como expresión de la convicción del juez, por tanto no tenía valor de verdad absoluta, la prueba orientada a la verdad de los hechos, etcétera; y, del segundo, la pasividad o inactividad del juez frente a las partes, la prueba legal que exigía ciertas satisfacciones para que pueda cumplir su finalidad que era formar la convicción del juez, la contumacia, la conformación del proceso en fases diferentes (principio de orden consecutivo)<sup>32</sup> y de contenidos específicos que ponían en escena la preclusión, la querrela de la nulidad de la sentencia (*querella nullitatis*)<sup>33</sup>, etcétera.

Imperando el procedimiento extraordinario (*cognitio extra ordinem*), en la provincia romana de España, se suscitó la invasión visigoda (siglo V) que dio marcha a aquel enfrentamiento de lo romano con lo germano<sup>34</sup>, después de dos siglos de esta conflictiva convivencia de procedimientos, como ocurrió en casi todos los pueblos que la padecieron, surgió en España un derecho local con tonos híbridos de sus confluentes, que se hizo tangible en aquel equilibrado ordenamiento que amalgamó lo mejor de cada influencia, el Fuero Juzgo<sup>35</sup>. Paralelamente, se dio un derecho popular medieval que impidió la aplicación del Fuero Juzgo, más aún, porque a esto se sumó la introducción de un nuevo derecho, el árabe.

Arribado el siglo XIII entran al escenario normativo español el Fuero Real y Las Siete Partidas (sancionadas por ALFONSO EL SABIO, en 1265). El Fuero Real, como ordenamiento aplicable, ágil y práctico; y las Siete Partidas, como normatividad para la posteridad, teórica, romana y de gran mole; de estas últimas, la Partida III, reguló el proceso desde la óptica romana del Digesto, retrotrayendo el proceso del derecho romano bajo un cariz académico de apabullante extensión (comprendía 663 leyes muy extensas), con tenues jaspes de la vivencia española, por lo que no se hace mal al mirarla debajo de la lucidez, proporción y humanismo del Fuero Juzgo.

La prolongada vida de la Partida III (se estima hasta el siglo XIX), permite transportarla, en sus líneas fundamentales, a toda otra obra legislativa procesal española, sobre todo en la colonia, de ahí que inspiró

27 Cf. GONZÁLEZ LINARES, Nerio, *ob. cit.*, p. 51.

28 Cf. PODETTI, Ramiro, *ob. cit.*, p. 31.

29 Cf. NÚÑEZ, Jorge A., 1991: «Glosadores», en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, t. XIII, Driskill, Buenos Aires, p. 306.

30 Cf. ROCCO, Ugo, *ob. cit.*, p. 231.

31 Cf. JÖORS, P. / KUNKEL, W., 1937: *Derecho privado romano*, traducción de Luis Prieto Castro, Labor, Barcelona, p. 72.

32 Cf. PALACIO, Lino Enrique, *ob. cit.*, p. 84.

33 Cf. CALAMANDREI, Piero, 1984: *Derecho procesal civil – Estudios sobre el proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, t. III, pp. 295 ss.

34 Cf. CHIOVENDA, Giuseppe, 1949: «La acción en el sistema de los derechos», en *Ensayos de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, t. II, EJEA, Buenos Aires, pp. 301 ss.

35 Cf. COUTURE, Eduardo J., 2003: *Estudios de derecho procesal civil – La constitución y el proceso civil*, t. I, Lexis Nexis, Buenos Aires, pp. 208 ss.

las Leyes de Indias y las Reales Cédulas, llegando a influir al Código de Procederes Santa-Cruz (para la República Boliviana, sancionado por el Congreso Constitucional de Bolivia durante la presidencia de Andrés de Santa Cruz en 1833), y ya posteriormente en España<sup>36</sup> (1855) se promulgo la Ley de Enjuiciamiento Civil para, en 1881, ser sustituida por su homónima que precedió a la vigente, también Ley de Enjuiciamiento Civil, ley 1 de 2000.

### “El tratamiento del proceso en el derecho español del siglo XIX (...) tenía un retraso, estimado en dos siglos dentro de su contexto geográfico, retraso que se arrastró en Latinoamérica (...).”

Pero, no todo en el proceso común implicó desarrollo, muchos aspectos reflejaron en él un claro retroceso, así en materia penal se tenía, por ejemplo, la tortura como medio de actuación de la confesión y la presunción de culpa, y en materia civil la excesiva escrituralidad asignada, por la influencia del proceso germánico, entorpeció el desarrollo del proceso volviéndolo en un mecanismo aletargado e insufrible; situación que, más adelante, se corrigió dándose lugar al proceso sumario inspirado en la dispensa de formalidades del proceso canónico, que introducía la oralidad del juicio y concedía la dirección del proceso con mayores poderes al juez<sup>37</sup>. Este proceso sumario era considerado indeterminado, existiendo de otro lado los procesos sumarios determinados o ejecutivos<sup>38</sup>: *pactum executivum*, proceso documental y *mandatum de solvendo*.

En la primera mitad del siglo XIX, el proceso se consideró cosa de las partes (*Sache der parteien*); en ese sentido, ellas determinaban el destino del proceso dado su dominio de las reglas procesales, y por tanto de las modalidades formales del desarrollo del proceso<sup>39</sup>, dominando desde los tiempos del proceso hasta los límites de la sentencia (*ne eat iudex ultra petita partium*). Entonces, desde la permisión de la ley, las partes podían prolongar el tiempo del proceso según el deseo que tengan, y frente a ello nada podía hacer el juez, como tampoco podía hacer algo frente a cualquier irregularidad formal que solo podía ser excepcionada por la parte interesada. En suma, el proceso era voluntad de las partes y el juez un burócrata.

En ese panorama, era evidente que el juez carecía de poderes porque sencillamente no pasaba de ser un extraño en el proceso, además el proceso no era cosa suya, era cosa de las partes, al punto tal que las audiencias se desarrollaban entre las partes, o propiamente entre sus abogados, con la ausencia del juez hasta cuando llegara el momento de sentenciar.

Las partes tomaban conocimiento directo de las pruebas, pues eso no le correspondía al juez toda vez que existía el riesgo de que este, en el devenir probatorio, asuma una conducta parcial, por eso el juez no tomaba conocimiento directo de las pruebas, sino asumía conocimiento indirecto de las mismas a partir de las actas (protocolos o «verbales» escritos) elaboradas por el secretario u otro sujeto autorizado para ello.

Uno de los soportes de la inactividad del juez y del predominio, casi absoluto de la conducción del proceso por las partes, fue el viejo sistema de la escritura<sup>40</sup> – asentado desde el proceso justiniano, imperando luego en el proceso italiano-canónico y de ahí proyectado a todos los sistemas procesales del *civil law*–, concebido tanto para la protección del juez, frente a las acusaciones de ceder a los perjuicios de la parcialidad, como para limitar cualquier abuso del juez frente a los protagonistas auténticos del proceso, las partes.

El proceso común fue recibido en Alemania sin mayores transformaciones, aunque en parte de su territorio tuvo rechazo y mínima injerencia; durante el reinado de FEDERICO EL GRANDE se publicó el *Corpus iuris fridericianum* (1781) quedando definitivamente en la historia el proceso común, dándose paso el proceso alemán caracterizado sobre todo por el principio de oficialidad y las audiencias con las partes, legislación procesal que en el siglo XIX se vio muy influida por el Código francés inclusive en la ZPO de 1877.

En Francia, el proceso había conjugado los fundamentos del derecho romano con algunas costumbres germánicas y elementos consuetudinarios locales que, más adelante, después de algunas importantes compilaciones de comentaristas y ordenanzas reales sobre administración de justicia, llegó a codificarse en la Ordenanza de Luis XIV (1667), mostrándose con rasgos generales del proceso canónico y especiales en cuanto a la desaparición de las fases separadas del proceso, la publicidad del juicio y la iniciativa del juez; características con que pasó a ser regulado por el *Code de procédure civile*, vigente desde el 1° de enero de 1807, con modificaciones posteriores hasta la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil de 1998.

En Italia, por las invasiones sufridas y la Revolución Francesa, influyeron los procesos alemán y francés, este último sobre todo con el Código de Napoleón hasta la vigencia del *Codice di procedura civile* de 1865 que fuera derogado en 1940 por el actual *Codice*.

El tratamiento del proceso en el derecho español del siglo XIX, no fue precisamente una de las expresiones más alentadoras de evolución jurídica que por ese entonces exponía Europa; pues tenía un retraso, estimado en dos siglos dentro de su contexto geográfico, retraso que se arrastró en Latinoamérica, a excepción de Brasil, hasta iniciado el último tercio

36 Cf. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, 1998: «Cincuenta años de derecho procesal en España», en *Cinquanta anni di studi sul processo civile*, Giuffrè, Milán, pp. 39 ss.

37 Cf. ROCCO, Ugo, *ob. cit.*, p. 234.

38 Cf. PALACIO, Lino Enrique, *ob. cit.*, 85 s.

39 Cf. CAPPELLETTI, Mauro, 1973: *El proceso civil en el derecho comparado*, EJEA, Buenos Aires, p. 47.

40 Cf. *Ibidem*, p. 49.

del siglo pasado –presencia de la moderna legislación Latinoamericana– en que, con el ánimo de aunarse a la corriente «constitucionalizadora» de los derechos, dentro de los que se ubican los procesales, impulsada por vientos reivindicadores de la libertad y derechos del hombre exclamados desde la segunda posguerra mundial desde Europa, se dio la contrapartida regional a todo un movimiento internacional (congresos internacionales de derecho procesal), mediante la renovación de codificaciones que en mayor o menor medida ya fueron asimilando nuevas tendencias sobre derechos sociales, procesos constitucionales, principios procesales constitucionales, codificaciones modelo y garantías procesales de fuente fundamental, a lo que se suma una producción doctrinal procesal latinoamericana contemporánea que va más allá de sus influencias y marcha por esfuerzo propio.

### 1.6. El procedimentalismo

Se denomina procedimentalismo o exégesis de la ley al período que a fines del siglo XVII se venía concretizando para aparecer decididamente en el siglo XVIII, y tuvo una duración indeterminada, tan así es que en Europa cerró sus puertas a inicios del siglo XX, pero en América tuvo vigencia hasta hace pocos años, en el Perú, por ejemplo, el procedimentalismo latió hasta que el Código Procesal Civil de 1992 entrara en vigencia en 1993. La Escuela de la exégesis, que era como también se le denominó al período del procedimentalismo, cobra tamaño importancia por su culto absoluto al texto de la ley y lo que él significaba, por lo que nadie podía ir más allá de los límites estrictos de la palabra de la ley para estudiar una institución jurídica, acudir al servicio de justicia, defenderse en juicio o sentenciar un caso concreto.

Fue la Revolución Francesa, dados sus principios, el motor del procedimentalismo; de ahí que la mayor manifestación procesal de Europa en el siglo XIX se consolidó en Francia bajo la idea que solo la ley daba vida a la resolución del juez a través de una dilucidación silogística vertida al caso concreto.

La influencia de la legislación francesa fue definitiva en Alemania, Holanda, Bélgica, España y sobre todo en Italia<sup>41</sup>, al punto tal que viendo nada más que el texto de la ley la producción científica era prácticamente inexistente, solamente existían trabajos repetitivos de la letra de la ley organizada de una u otra forma para su estudio, por lo que no se enseñaba derecho procesal, sino procedimientos anexos de la legislación sustantiva. Se conocía la ley y solo eso.

El ocaso de este período se vio favorecido con algunos trabajos de las doctrinas alemana e italiana<sup>42</sup> que

traspasaron las fronteras exegéticas de las doctrinas española y particularmente francesa tomando en cuenta elementos comparativos y jurisprudenciales en el estudio de las instituciones no solo procesales, sino jurídicas en general. Eran ya los primeros atisbos de una diferente forma de ver el derecho, de estudiarlo y aplicarlo, con razonamiento y ánimo de hacerlo más ordenado y útil, eran pues, los albores de la época científicista, que diferenciaría el procedimentalismo (exegético) del procesalismo (científico).

### 2. El procesalismo científico: antesala de las dos últimas corrientes del paleoprocésalismo

Si el derecho procesal razonada y justificadamente tiene autonomía, si la legislación procesal codificada (sistemática) ha llegado a notables niveles evolutivos contemporáneos, si el conocimiento procesal es tan vasto, complejo y científico, es gracias al movimiento científicista del proceso –procesalismo científico–, que no es sino la tendencia doctrinal de generación normativa nacida y desarrollada en Alemania e Italia, forjadora de aguda y penetrante teorización del proceso.

El «cientificismo procesal», también denominado «sistemática constructivista»<sup>43</sup> o «constructivismo sistemático»<sup>44</sup>, implica intensos estudios orientados a ordenar (sistematizar) y mejorar el conocimiento del proceso, haciendo de este un instrumento basado en estructuras científicas teóricas desatadas en la configuración de principios, fundamentos e instituciones propias (procesales), entre las cuales la acción percibió, no sin razón, mayor trascendencia, tanta que por ella no solo se da origen al científicismo, sino al derecho procesal mismo, con autonomía de la materia sustantiva –de ahí que hablando procesalmente resulta falaz la distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo, puesto que el derecho procesal no tiene nada de adjetivo, pues no es secundario, ni accidental ni no esencial, en todo caso, calificarlo así, solo desconoce el tránsito del procedimentalismo al procesalismo, o peor, la autonomía del derecho procesal–, y esto no se puede apreciar sino remontándonos a las dos grandes Escuelas procesales europeas, la alemana y la italiana.

Se tiene registrado el punto inicial del científicismo procesal en la Escuela Alemana, propiamente en la polémica<sup>45</sup> WINDSCHEID-MÜTHER (1856-1857) sobre la acción romana, posteriormente aparecieron otros trabajos como el de Oskar VON BÜLOW (1868) sobre las excepciones y los presupuestos procesales<sup>46</sup>, al que sucesivamente se fueron sumando nuevas investigaciones del siglo pasado<sup>47</sup> dando pie a una nutrida concurrencia de científicos alemanes, entre

41 Cf. CARNELUTTI, Francesco, 1944: *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, UTEHA, Buenos Aires, pp. 3 ss.

42 Cf. SENTÍS MELENDO, Santiago, 1957: *El proceso civil*, EJE, Buenos Aires, p. 18.

43 Cf. BERIZONCE, Roberto O., 1999: *Derecho procesal civil actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 7 s.

44 Cf. WALTER, Gerhard, 1998: «Cinquanta anni di studi sul processo civile in Germania: dal costruttivismo all'apertura internazionale», en *Cinquanta anni di studi sul processo civile*, Giuffrè, Milán, pp. 111 s.

45 Cf. GONZÁLEZ LINARES, Nerio, ob. cit., pp. 79 s.; RAMÍREZ ARCILA, Carlos, 1969: *Teoría de la acción*, Temis, Bogotá, pp. 62 ss.; 1978: *Acción y acumulación de pretensiones*, Temis, Bogotá, pp. 22 ss.; 1986: *La pretensión procesal*, Temis, Bogotá, pp. 27 ss.; 1983: *Fundamentos procesales y pretensiones contencioso-administrativas*, Temis, Bogotá, pp. 23 ss.

46 Cf. VON BÜLOW, Oscar, 2008: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, ARA Editores, Lima, pp. 23 ss.

47 Cf. *ibidem*: 109 ss.



otros, KÖHLER, STEIN, DEGENKOLB, SAUER, WACH, ROSENBERG, James GOLDSCHMIDT, KISCH, SCHÖNKE.

La Escuela Italiana toma posición en la historia del derecho procesal<sup>48</sup> cuando hace de este una clasificación jurídica autónoma, es decir, cuando le da nacimiento, según la doctrina tradicional, con la mítica<sup>49</sup> Prolusión de CHIOVENDA (Boloña, 3 de febrero de 1903)<sup>50</sup> sobre la acción en el sistema de los derechos. Los integrantes de esta Escuela son harto conocidos; así, entre otros, CALAMANDREI, CARNELUTTI, REDENTI, SATTA, ALLORIO, ANDRIOLI, SEGNI, LIEBMAN, MICHELI y ROCCO. El proceso italiano<sup>51</sup> se caracteriza por su cálida latinidad, por lo que definitivamente influyó con mayor fuerza en el proceso latinoamericano antes que la fría expresión teutona.

Los estudios<sup>52</sup> actuales sobre la obra de CHIOVENDA han revertido la imagen tradicionalmente enseñada y aprendida de la Prolusión Boloñesa, trayéndola de gloria italiana del procesalismo a mito<sup>53</sup> roto o enseñanza tradicional diluida; dejando entrever una nueva data natal del derecho procesal (más remota que la divulgada por SATTA<sup>54</sup>, SENTÍS<sup>55</sup> y ALCALÁ<sup>56</sup>), una nueva fecha en que nació el «masculinizado» derecho procesal, que regresa en el pensamiento de CHIOVENDA a su Prolusión Parmesana (Parma, 5 de diciembre de 1901)<sup>57</sup>, que es donde y cuando la «*procedura civile*» cambió de sexo y se hizo «*diritto processuale*». El famoso «cambio de sexo», atribuido inicialmente a la Prolusión Boloñesa, identifica en la doctrina italiana el paso del «procedimiento civil» al «derecho procesal» que en el español, por el género que rige ambas expresiones, no cobra sentido.

El método dominante del procesalismo científico es el «método sistemático», de ahí que también se le denomina «procesalismo sistemático» o «sistemática constructivista». Esto revela de un lado que, al igual que las etapas anteriores del derecho procesal, el método determina el nombre y los límites del estadio evolutivo que se quiere observar (v. gr., el método de la glosa determinó la etapa de los glosadores y el método exegético la de la exégesis o procedimentalismo); y de otro lado, que la concurrencia del método sistemático en el derecho procesal posibilita no solo un ordenamiento normativo sistemático, sino también una jurisprudencia y doctrina sistemáticas, que en realidad se configuran como subsistemas (legislativo, jurisprudencial y doctrinal) en la percepción del derecho procesal como sistema.

### III. El proceso civil y las dos últimas corrientes del paleoprocesalismo

#### 3. El «eficientismo procesal» («inquisitivismos procesal» o «activismo judicial»): en verdad la corriente del «publicismo procesal»

El «eficientismo procesal» tiene perceptibilidad conjunta al posmodernismo, se puede afirmar que el eficientismo trajo de equipaje jurídico al «eficientismo procesal»; entonces, el eficientismo se identifica al poco tiempo de iniciada la segunda posguerra mundial, precisamente en el ánimo de transformar la tutela de los derechos, haciéndola una garantía de fuente constitucional y esta la razón de justicia de todo el orden normativo.

Coincidió todo esto con una debilitada lectura del dogmatismo jurídico, que se reparó expresión degenerativa del positivismo jurídico, porque las simplificaciones del derecho que proporcionaba fueron ilusorias<sup>58</sup>, tanto más que no alcanzaban una visión completa del derecho. Además, se había descuidado la funcionalidad del proceso; así, se hicieron evidentes (i) la vinculación del proceso a valores jurídicos en extremo difíciles de contactar y (ii) una inexistente búsqueda de los valores instrumentales, particularmente la eficacia; dándose el interés por el acercamiento a la justicia como razón constitucional del proceso.

Pero el eficientismo jurídico, que es estructural en el derecho, no cuajó en el derecho procesal, aun cuando hubo una doctrina, autodenominada «eficientismo procesal»<sup>59</sup>, que intentó atisbarlo pero con serias falencias, particularmente por su ausencia de bases filosóficas y epistémicas en el abordaje del escenario constitucional. Pero, no por ello dejó de tener enérgica presencia al punto tal que bien se puede considerar una de las dos últimas corrientes del «procesalismo científico» o «sistemática constructivista».

Tan frágil fue la configuración de esa corriente procesal, como «eficientismo procesal», que ante los débiles vientos de una nueva corriente que le salió en frente con críticas que lo pintaban de autoritarismo tan pestilente como el del fascismo, nazismo, comunismo soviético o de la inquisición medieval, cambio su denominación a «inquisitivismos procesal» y, finalmente, en reacción a ese ataque, alegremente se autodenominó «activismo judicial»<sup>60</sup> en un intento de emparentarse al activismo judicial del *common law* norteamericano, algo peor,

48 Cf. TARUFFO, Michele, 1989: «Il profilo storico», en DENTI, Vittorio, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Il Mulino, Bologna, pp. 13 ss.

49 Sobre CHIOVENDA, su Prolusión boloñesa y la mitificación de esta cf. FAZZALARI, Elio, 2003: «Giornata chiovendiana», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. LVII, Nº 4, Giuffrè, Milán, pp. 1097 ss.; CARPI, Federico, 2003: «Giuseppe Chioventa professore a Bologna», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. LVII, Nº 4, Giuffrè, Milán, pp. 1102 ss.; COLESANTI, Vittorio, 2003: «La prolusione bolognese di Chioventa del 1903», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LVII, Nº 4, Giuffrè, Milán, pp. 1110 ss.; CIPRIANI, 2003: *Batallas por la justicia civil – Ensayos*, traducción de Eugenia Ariano Deho, Cultural Cuzco, Lima, p. 500; 2003b: «Il 3 febbraio 1903 tra mito e realtà», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LVII, Nº 4, Giuffrè, Milán, pp. 1123 ss.; TARUFFO, Michele, 2003: «Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. LVII, Nº 4, Giuffrè, Milán, pp. 1139 ss.; DANNOVI, Remo, 2004: *Tra fantasia e diritto – list of novels*, Giuffrè, Milán, p. 114; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, *Neoprocesalismo... cit.*, c. IV, sc. I, 2.

50 Cf. SENTÍS MELENDO, Santiago, *ob. cit.*, p. 16.

51 Cf. DENTI, Vittorio, 1998: «La doctrina italiana del processo civile tra costituzione e riforme», en *Cinquanta anni di studi sul processo civile*, Giuffrè, Milán, pp. 135 ss.

52 Cf. CIPRIANI, Franco, *Batallas... cit.*, p. 500.

53 Cf. DANNOVI, Remo, *ob. cit.*, p. 114.

54 Cf. SATTA, Salvatore, 1971: *Derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, ts. I, II y III (*Soliloquios y coloquios de un jurista*), EJE, Buenos Aires, p. 119.

55 Cf. SENTÍS MELENDO, Santiago, *ob. cit.*, p. 16.

56 Cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, 1992: *Estudios de teoría general e historia del proceso*, 1945-1972, ts. I y II, UNAM, México D. F., p. 313.

57 Cf. CHIOVENDA, Giuseppe, *La acción... cit.*, pp. 301 ss.

58 Cf. CAPPELLETTI, Mauro, 1994: «L'accesso alla giustizia e la responsabilità del giurista nella nostra epoca», en *Studi in onore di Vittorio Denti*, vol. I, Cedam, Padua, p. 263.

59 Cf. PEYRANO, Jorge Walter, 1995: «El derecho procesal postmoderno» en *Derecho procesal civil – De acuerdo al C. P. C. peruano*, Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 71 ss.

60 Cf. PEYRANO, Jorge Walter, 2009: «Sobre el activismo judicial», en *Activismo y garantismo procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, p. 11.

declarándose hija suya a pesar de una diferencia genética tan evidente como silenciada y poco reflexionada.

Ese «activismo judicial» fue respuesta que silenció la autodenominación de «eficientismo procesal» que solo optó por consentir el mutis sobre sí. La designación de «activismo judicial» se atisbó de mayor coherencia al pensamiento de una corriente que (i) «confía» en los jueces y por eso los dota de poderes discrecionales, (ii) busca la justicia del caso concreto a toda costa, (iii) hace prevalecer la realidad de la urgencia en las decisiones de los jueces dejando atrás lo imperativo de las normas, (iv) privilegia las consecuencias sociales de la decisión jurisdiccional, etcétera.

En realidad lo que ocurrió con el «activismo judicial», más allá de dejar atrás un fallido intento por configurar el «eficientismo procesal», fue que reveló un tardío entendimiento de lo que se venía haciendo en el proceso civil, desatendido por procesalistas ajenos a los desarrollos sobre la teorización de los derechos procesales fundamentales, porque afebrados por el publicismo procesal, que había despertado ya con el albor del procesalismo científico, no repararon en la corrección de la ruta para comprender cabalmente la justicia de la que la Constitución habla en el proceso. Por eso, las denominaciones de «eficientismo procesal», «inquisitivismo procesal» o «activismo judicial», en verdad, pierden rigor cuando se evidencia que simplemente se trata de una corriente publicista del derecho procesal. Háblese, entonces, de «publicismo procesal».

#### 4. El «garantismo procesal» (o «revisiónismo procesal»): en verdad la corriente del «dispositivismo procesal»

Las desviaciones del publicismo procesal, que en un momento se intentó configurarlas, sin mucha suerte, como «eficientismo procesal», fueron reparadas desde los estudios histórico-procesales que la doctrina italiana<sup>61</sup> presentó iniciada la década final de la centuria pasada, identificando el ordenamiento procesal civil italiano como rezago del fascismo mussoliniano; esa premisa histórica se afianzó en Argentina<sup>62</sup> y España<sup>63</sup>, remontando el publicismo procesal a la inquisición medieval y al comunismo soviético, respectivamente; de manera que, esta corriente procesal, no dudó en identificar el publicismo procesal como «inquisitivismo procesal» y en autodenominarse, se dice en el mejor de los casos por decantar el respeto a las garantías procesales, «garantismo procesal».

Ahora, cuánto de garantismo jurídico podría emparentarse a ese «garantismo procesal» si basta advertir la poco convencional justificación<sup>64</sup> de dónde se tomó la denominación «garantismo», algo peor, la ausencia de razón filosófica y epistémica que grita en cada trabajo de ese «garantismo procesal» que

no cesa de pregonar (i) retomar la visión dispositiva del proceso civil, (ii) erradicar el publicismo procesal, (iii) eliminar los atributos oficiosos probatorios, (iv) la inalterabilidad absoluta del debido proceso, etcétera. Todo ello, no en razón de una real filiación filosófica del derecho o de teoría jurídica del constitucionalismo actual, sino de una tesis histórica y política que en un Estado constitucional de derecho, o en uno que pretende serlo, resulta incoherente para los propósitos que se atribuye ese «garantismo procesal», porque en ese Estado el autoritarismo no se conjura con denuncias de genética legislativa, política e histórica fétidas, sino con el entendimiento y manejo de los principios fundamentales en el canon neoconstitucional. Además, si el «garantismo procesal» no es una tendencia procesal que busque someter a revisión metódica el pensamiento del procesalismo, para forjar en él su actualización a la realidad del Estado constitucional de derecho, mal se hace en identificarlo como revisionismo<sup>65</sup>.

El «garantismo procesal», en realidad, es una corriente procesal que considera el dispositivismo (procesal) como solución al problema del entendimiento de los derechos procesales fundamentales, pero padece una miopía degenerativa del contexto en que se desarrolla el garantismo jurídico, que por cierto no es patrimonio del positivismo crítico ferrajoliano, lo desconoce tanto como pretende declararse su descendencia procesal. Por eso, es muy flaco el rigor de la denominación «garantismo procesal» en una corriente que a todas luces, sin poder ser otra cosa, es eminentemente dispositivista. Háblese, entonces, de «dispositivismo procesal».

Lo dicho no puede omitir que la doctrina del dispositivismo procesal tiene infinito valor en su contexto histórico-procesal<sup>66</sup> y político, pues haber desempolvado y para ello haber sacudido la historia del *Codice di Procedura Civile* de 1940-42 y de la mismísima Escuela dorada italiana del procesalismo científico, no solo es factura de un trabajo muy serio y comprometido con la verdad, sino de un aporte invaluable a la ciencia procesal; por lo demás, el dispositivismo procesal tiene en su haber el refrenamiento de una doctrina procesal envilecida por su descarrío pretextado en su (malentendido) eficientismo.

#### 5. El maniqueísmo del debate «publicismo» contra «dispositivismo» en el proceso civil

El fenómeno de publicización o socialización del proceso, permitió que junto a la función inmediata del proceso, que consiste en la solución del conflicto de intereses intersubjetivo, se diera, y en igual medida, la función mediata del proceso, es decir, la búsqueda de la actuación del ordenamiento jurídico como expresión del obrar público, para alcanzar la paz social, se dice, «con<sup>67</sup>/en justicia»; así, las partes tienen libertad de disponer sus propios intereses alcanzados y expuestos

61 Cf. CIPRIANI, Franco, *Batallas...* cit.

62 Cf. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, 1997: *Introducción al estudio del derecho procesal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Primera Parte; ID. 2008: Tercera Parte.

63 Cf. MONTERO AROCA, Juan, 2001: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

64 Cf. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, 2004: *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Temis, Bogotá, p. 172.

65 Cf. CHIARLONI, Sergio, 1998: «La giustizia civile e i suoi paradossi», en *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Turín, p. 40.

66 Cf. CIPRIANI, Franco, 1991: *Storie di processualisti e di oligarchi*, Giuffrè, Milán, 2002: «Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie» en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 4, Giuffrè, Milán; 2003: *Batallas por la justicia civil – Ensayos*, traducción de Eugenia Ariano Deho, Cultural Cuzco, Lima; 2003: «Il 3 febbraio 1903 tra mito e realtà», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LVII, N° 4, Giuffrè, Milán; 2006: *Scritti in onore dei patres*, Giuffrè, Milán.

67 Cf. CARNELUTTI, Francesco, 1944: *Sistema...* cit., pp. 16, 57, 82 s.; ALCALÁ-ZAMORAY CASTILLO, Niceto, 1961: *Estampas procesales de la literatura española*, Buenos Aires, pp. 18 ss.

en el proceso, es decir, pueden disponer del bien objeto del proceso, pero no del desarrollo del proceso, ni de sus respectivos tiempos ni, en suma, del proceso mismo.

Esta situación se fortificó con la presencia, en el texto constitucional y en la normatividad transnacional, de derechos y garantías procesales que involucran al juez en la («efectiva») tutela<sup>68</sup> jurisdiccional de los intereses y derechos discutidos en instancia jurisdiccional, a lo que se sumó que la mayoría de las legislaciones procesales del *civil law* se alinearon en esas filas.

**“(...) la solución está en la delimitación de los contenidos de los derechos fundamentales (...) y en la efectividad de estos a través de sus correlativas garantías procesales fundamentales (...)”.**

Frente a la pronta y amplia propagación del ánimo de proporcionar eficiencia al proceso, asignando su conducción y dirección al juez, no tardó mucho en surgir un nuevo pensamiento que vio esa situación como la reminiscencia del autoritarismo fascista, el peligro de la libertad del justiciable o la sumisión de los derechos de las partes a los poderes del juez, desatándose, entonces, el movimiento dispoitivistista (mal autodenominado «garantista»), con presencia en diferentes países y a cargo de imponentes procesalistas.

Así, en Italia<sup>69</sup>, se recuerda el inicio del Código de Procedimiento Civil italiano (1940-42) como «fascista por excelencia»<sup>70</sup>, sobre lo que luego se hizo recordar<sup>71</sup> que el proceso italiano de hace cien años descrito como fascista se aplicó a menos del 10% de los litigios, que eran los concentrados a temas sucesorios o de derechos reales entre partes acomodadas, capaces de cubrir los costos procesales; pero, por encima del olvido de ese dato están otros trabajos desmitificadores de la Escuela Clásica del procesalismo italiano que son una suspicaz insinuación que percuide los trabajos, particularmente, de CALAMANDREI. De otro lado<sup>72</sup>, en respaldo de lo anterior, también se señala que la esencia del Código de 1940 es la de ser un código autoritario. En España<sup>73</sup>, se rechaza la publicización del proceso porque se repara un parentesco socialista del proceso autoritario.

En Argentina<sup>74</sup>, se enfatiza un enfoque histórico del proceso civil publicístico en su origen inquisitorial medieval, acusando por ello al sistema publicista de auténticamente «inquisitivo». Finalmente, en el Perú, se cuestiona<sup>75</sup> el Código Procesal Civil advirtiendo excesivos poderes del juez y una genética autoritaria.

El dispoitivismismo, en resumidas cuentas, busca principalmente lo siguiente:

- a) *Retomar la visión dispositiva del proceso civil erradicando el publicismo procesal*, el juez no puede ser más conductor y director del proceso, en tanto por él se entienda un juez activista<sup>76</sup>, porque es tercero frente al conflicto de las partes y, en todo caso, solo ellas según sea la suerte de su defensa podrán cuestionar las exigencias de admisión y procedencia de la demanda y de otros actos procesales. El juez debe atender únicamente al fin concreto o inmediato del proceso porque el objeto de debate en el proceso civil es, estrictamente, privado.
- b) *Eliminar los atributos oficiosos probatorios*, porque toda «iniciativa» probatoria del juez vulnera el principio de aportación de parte, que tiene fuente fundamental, y atenta abiertamente la exigencia de «imparcialidad» del juez.
- c) *La inalterabilidad absoluta del debido proceso*, particularmente en cuanto (i) «juez imparcial» no significa juez poderoso (o ese que se vale de la «medida para mejor resolver»<sup>77</sup>); (ii) «igualdad de partes» significa libertad imperturbable de demandante y demandado en proceso –la suerte del proceso es la que las partes le asignen–; y (iii) debe dominar el «método de debate» por el que resulta impensable el rechazo *in limine* o el proveído *inaudita altera parte*.

Estos puntos<sup>78</sup> evidencian una marcada contraposición con lo que significa un proceso publicista, por lo que no es raro que se haya generado una polarización entre publicistas y dispoitivististas, en ocasiones con lamentables conductas, pues son conocidas las disputas acaloradas entre representantes de ambas posiciones que calan más un divisionismo que muestra hoy institutos, congresos, jornadas o encuentros por un lado dispoitivististas y, por otro, publicistas, como si el derecho procesal se hallara dividido por la mezquindad de un divisionismo procesal y una voluntad poco lúcida de desarrollo de la disciplina procesal civil.

68 Cf. PICÓ I JUNOY, Joan, 2003: «El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», en Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Universidad de Lima, Lima, pp. 55 s.; ID en VV. AA., 2006: *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Juan MONTERO AROCA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 109 ss.; existe traducción al italiano, 2005: «Il diritto processuale tra garantismo ed eficacia: un dibattito mal impostato» en *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè, Milán, pp. 213 ss.

69 Cf. CIPRIANI, Franco, *Batallas... cit.*

70 Cf. PICÓ I JUNOY, Joan, 2003: «El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», en Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Universidad de Lima, Lima, p. 87; ID, en 2004: MONROY GÁLVEZ, Juan F. (dir.), *Revista iberoamericana de derecho procesal*, año III, N° 4, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p.257.

71 Cf. VERDE, Giovanni, 2003: «Las ideologías del proceso en un reciente ensayo», en MONROY GÁLVEZ, Juan F. (dir.), *Revista iberoamericana de derecho procesal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, año II, N° 3, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 42.

72 Cf. MONTELEONE, Girolamo, 2002: *Diritto processuale civile*, Cedam, Padua, 333.

73 Cf. MONTERO AROCA, Juan, 2001: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

74 Cf. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, 2004: *Debido... cit.*

75 Cf. ARIANO DEHO, Eugenia, 2003: *Problemas del proceso civil*, Jurista, Lima.

76 Sobre el juez director formal del proceso tolerado por el dispoitivismismo cf. MONTERO AROCA, Juan, 2006: *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 252 s.

77 Sobre providencias para mejor proveer cf. PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Leonardo, 1964: *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 323.

78 Cf. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, 2004: «El garantismo procesal: ¿reinventando al juez «convidado de piedra»?», en *El Comercio*, de 17 de enero de 2004, Cusco.

Advertencia: cuando los argumentos positivistas son enfrentados al margen del contenido de los principios fundamentales, es decir, al margen del neoprocesalismo, se suelen esgrimir las refutaciones publicistas siguientes:

a) *Sobre la ideología fascista que inspira un juez omnímodo en el proceso.*- Muchas de las características del proceso publicista tienen antecedentes muy anteriores al fascismo, y es que querer ver, hoy día, lo nazi o fascista en una ley y no en los hombres, es una ilusión de sentimiento político, es ver al Código Procesal Civil, que es molino de desarrollo procesal, como a un gigante monstruo enemigo al que se debe enfrentar y matar para gloria y figuración propias, es pues, pasar de centinela a Quijote del proceso, y ese sentimiento no combina para nada con un instrumento técnico de desarrollo procesal, que al final de cuentas, eso es el Código Procesal Civil.

La validez del conocimiento procesal no está en el momento que nació, pues este pudo haber sido bueno o malo, sino está en que si sirve o no en la práctica real y actual, lo otro, más parece cicatera voluntad de redibujar y repintar el fresco procesal.

b) *Sobre la iniciativa probatoria del juez.*- Que el juez no tenga ninguna iniciativa probatoria, ni la facultad de control de actos procesales para el rechazo *in limine*, es volver a un juez inactivo, desenterrado del procedimentalismo exegético. Nadie puede negar que los poderes del juez deben tener limitaciones<sup>79</sup>, porque lo contrario sería abrir una puerta al abuso y la arbitrariedad; pero ello no puede ser motivo de radicalizar inconscientemente la idea de un juez tan ajeno como inútil en el conflicto de las partes.

c) *Sobre la negación del fin público del proceso.*- Que el proceso civil sea «cosa de las partes» no puede sobreponerse al fin abstracto del proceso, porque solo así, el servicio de justicia tiene proyección social. No se puede concebir que el pensamiento kleiniano (el proceso como fenómeno social de masas) se desintegre por la miseria del egoísmo escondido en una mala visión del positivismo. El proceso tiene imagen en la sociedad y ella tiene que sentir que en el sistema estatal de justicia «algo» funciona, es una locura evitar que la paz social con/en justicia sea un fin del proceso. Pareciera que se tiene miedo a que la verdad «real» fluya de cada proceso como «verdad jurídica objetiva», recuérdese que por hallar la verdad no importa quién

la proporcione aún sea este el mismísimo juez. ¿Por qué el «miedo» de algunos<sup>80</sup> a que el juez se sume a la faena de encontrar la verdad? Haciendo un paréntesis señalo que, evidentemente, en medio de esta reacción del publicismo, hay posturas mucho más cuajadas con relación a la finalidad del proceso, que no confunden la finalidad del proceso con la de la jurisdicción, por tanto atinan a ver en la sentencia la finalidad del proceso<sup>81</sup>.

d) *Sobre la inalterabilidad absoluta del debido proceso.*- El debido proceso es solo un camino a la justicia, y cuando la necesidad de llegar a ella sea urgente no habrá inconveniente en cortar la ruta. Recuérdese el conocido ejemplo del niño hospitalizado que requiere transfusión de sangre inmediata para sobrevivir a su mal, la misma que es impedida por sus padres a raíz de creencias religiosas; en este caso será útil una medida autosatisfactiva y el juez ordenará (*inaudita altera parte*) que ese niño reciba la transfusión requerida para salvar su vida. Habría que pensar qué hubiera sido del niño, si el juez hubiera procedido bajo parámetros positivistas, sencillamente hubiera hecho de ese positivismo el mayor asesino legalizado.

Cuando lo urgente clama justicia, el respaldo garantista del severo cumplimiento de las pautas del debido proceso tangible, en este caso, en un «lento pero seguro», sencillamente no funciona, porque lo único seguro será que eso de lento resulta completamente inútil.

No sin recordar la advertencia que precede a estas últimas anotaciones, conviene señalar que la incorrección que padecen es consecuencia de la omisión del entendimiento de los principios fundamentales en escenario procesal; pues no se trata de explicar que el positivismo exacerbado puede originar la ineficiencia del proceso, o que la eficiencia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas<sup>82</sup> –mucho menos de acusar al positivismo de ideología de campaña electoral<sup>83</sup>, que evita poner freno a la litigiosidad excesiva–, aquí la solución está en la delimitación de los contenidos de los derechos fundamentales (de acción y de contradicción en cada caso concreto) y en la efectividad de estos a través de sus correlativas garantías procesales fundamentales, según el principio de proporcionalidad<sup>84</sup> y el criterio de razonabilidad<sup>85</sup>.

Reitero, no se trata de elegir entre publicismo o positivismo, sino de delimitar el contenido de los

79 Sobre el equilibrio de los poderes del juez cf. ROTA, Fabio, 1994: «Per un equilibrio dei poteri del giudice», en *Studi in onore di Vittorio Denti*, vol. I, Cedam, Padua, pp. 523 ss.  
 80 Cf. BENABENTOS, Omar Abel, 2001: *Teoría general unitaria del derecho procesal*, Temis, Bogotá, p. 59.  
 81 Cf. GELSI BIDART, Adolfo, 1951: «Enfoque preliminar del proceso», en *Revista de derecho procesal*, a. IX, EDIAR, Buenos Aires, p. 298; BRISEÑO SIERRA, Humberto, 1969: *Derecho procesal*, vol. II, Cárdenas Ed., México, p. 246.  
 82 Cf. PICÓ I JUNOY, Joan, 2003: «El derecho... cit.», p. 65.  
 83 Cf. VERDE, Giovanni, *ob. cit.*, p. 44.  
 84 Cf. BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 95 s.; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 35 ss; BRAGA, Valeschka e Silva, *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*, Juruá, Curitiba, 2004, p. 25; GÓES, Gisele Santos Fernández, *Princípio da proporcionalidade no processo civil*, Saraiva, San Pablo, 2004, p. 28; DOS SANTOS, Jarbas Luiz, *Princípio da proporcionalidade – Concepção grega de justiça como fundamento filosófico – Implicancias*, Juárez de Oliveira, San Pablo, 2004, p. 59; FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Princípio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 279; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, p. 81; ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 115; BUECHELE, Paulo Arminio Tavares, *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 127; GUERRA FILHO, Willis Santiago, «Princípio da proporcionalidade e teoria do direito», en *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Malheiros, San Pablo, 2001, p. 270; CAMPOS, Amini Haddad, *O devido processo proporcional*, Lejus, San Pablo, 2001, *passim*; CASTILLO BLANCO, Federico, *Princípio de proporcionalidad e infracciones disciplinarias*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 28; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Sevilla, Ediciones del Instituto García Oviedo, n. 52, 1988, pp. 116 s.  
 85 Cf. ESCARRAS, J. C., «Conseil constitutionnel et Ragionevolezza: d'un rapprochement improbable à une communicabilité possible», en AAVV, *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1994, pp. 219; ZAGREBELSKY, Gustavo, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Boloña, 1988, pp. 147-ss.; «Su tre aspetti della ragionevolezza», en AAVV, *Il principio di ragionevolezza... cit.*, 1994, pp. 179 ss; LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El "devido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 160 ss; CIANCARDI, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Abaco, Buenos Aires, 2004, *passim*.

principios procesales fundamentales. ¿Cómo se viabiliza esto? Con el principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad en el proceso civil, lo que en buena cuenta es una particularidad del neoprocesalismo.

## 6. El sobredimensionamiento de los publicistas como «eficientistas» y de los positivistas como «garantistas»: El debate de dos bandos que creen ser lo que no son

¿Por qué el «publicismo» no es «eficientismo procesal»? Si bien el publicismo cobra relevancia con el impulso de la sistematización procesal, materializada en los principales Códigos europeos (austriaco, alemán, italiano) y luego en los americanos (argentino, colombiano, uruguayo, peruano) vigentes, con la presencia de nuevos métodos (empírico-deductivo, realístico-inductivo<sup>86</sup>, abducción<sup>87</sup> y fenomenológico-comparativo<sup>88</sup>), olvida trabajar con esos métodos en una base sistemático-conceptual, que enfoca una nueva visión del proceso expuesto en el escenario constitucional, que a su vez trasluce la exigencia de atención a pautas sociales reales que ponen a la luz procesal temas referentes a un servicio de justicia más accesible, adecuado y menos costoso que proporcione seguridad y legalidad sin descuidar los valores de libertad individual y justicia social.

El publicismo olvida que el derecho procesal no solo es eficiente sino también efectivo, es decir, que esa funcionalidad que busca en el proceso y que le permite alcanzar avances procesales (medidas autosatisfactivas, cargas probatorias dinámicas, medidas cautelares, etcétera) está supeditada a la efectividad (entiéndase constitucionalidad) del proceso. Y este es un problema sobre derechos fundamentales que se soluciona al calor de las teorizaciones actuales sobre neoconstitucionalismo donde desempeña un rol medular el principio de proporcionalidad. Por eso los desarrollos del publicismo vistos desde el eficientismo no pueden ser rechazados, sino siempre sometidos a lo efectivo (constitucional) del proceso. La eficiencia procesal no es tal si no está subordinada a la efectividad procesal.

De ser así, las grandes tendencias evolutivas del derecho procesal se acentuarán verdaderamente en el orden constitucional, social y transnacional del proceso que (aunque ya se establecieron como «dimensiones del derecho y la justicia»)<sup>89</sup> evidentemente más que orientarse a los valores de la *lex superior* (orden constitucional), la creación de una *lex universalis* (orden transnacional) y el acceso a la justicia (orden social), se proyectan a una visión más amplia (*rectius*, completa o, mejor, integrativista trialista) y ordenada del derecho mismo; son, pues, traducciones de la búsqueda de *efectividad* (orden constitucional, punto de partida de la visión del derecho procesal civil a partir de la *jurística* normológica), *eficiencia* (orden social observado por la *jurística* sociológica) y *eficacia* (orden transnacional, en el que gravitan con mayor fuerza los valores que inspiran al proceso civil y que corresponden a la *jurística* dikelógica).

Bajo esta perspectiva se percibe el «publicismo procesal» como antecedente del «eficientismo procesal» y así se entiende mejor la progresión del nuevo estadio evolutivo del derecho procesal en tanto comenzó interesándose<sup>90</sup> por (i) los obstáculos económicos del proceso, (ii) el sistema de asistencia jurídica a los pobres, (iii) la tutela de los intereses difusos y (iv) la reforma del servicio de justicia, comprendiendo este último punto el rediseño de los procesos buscando hacerlos simples, racionales, económicos y especializados, es decir, efectivos y eficientes según el tipo de controversia al que sirvan, siempre con sujeción a mecanismos preestablecidos de control adecuados, lo que en resumen, significa proveer una tutela jurisdiccional diferenciada. Eficientismo procesal civil es estudiar el proceso en su perspectiva integrativista-trialista que articula la secuencia *eficiencia-efectividad-eficacia*.

Los nuevos estudios de fines del siglo pasado condujeron de un lado, gracias al análisis histórico-comparativo y a la visión constitucional del proceso, a la revisión de las ideologías y políticas procesales orientándolas a la efectividad (constitucionalidad o, mejor, fundamentalidad) del proceso civil; y de otro lado, gracias al enfoque sociológico y valorativo del proceso, a la eficiencia (funcionalidad) del proceso civil. Cada una de estas vertientes se identifica con una corriente procesal: dispositivismo y publicismo, respectivamente. Por eso conviene en este entorno advertir que ese dispositivismo tampoco es lo que dice ser.

¿Por qué el «dispositivismo» no es «garantismo procesal»? Porque no tiene filiación con el garantismo jurídico, y menos con el garantismo que expone la expresión filosófica integrativista trialista que determina que el derecho (procesal) no solo es estructuralmente efectivo y por tanto cognitivamente garantista, sino también estructuralmente eficiente y por tanto cognitivamente eficientista. La cognición jurídica, por seguir la estructura jurídica, es garantista y eficientista. El dispositivismo nunca reconocerá o criticará esto, por lo menos no válidamente, porque no cuenta con presupuestos epistemológicos, sino solamente se basa en una premisa histórica y en un sentido críticamente limitado sobre el contenido de los derechos procesales fundamentales, omite la realidad de las aparentes colisiones entre derechos fundamentales y la concurrencia del principio de proporcionalidad en su solución.

En el mejor de los casos, desde una perspectiva filosófica forzada, el dispositivismo sería una expresión del (paleo)positivismo jurídico contrapuesta a un publicismo que, también en el mejor de los casos o de sus aspiraciones, sería una expresión de la sociología jurídica, sin negar su vinculación con expresiones del influjo del realismo jurídico.

Algunos ejemplos sobre el particular:

86 Cf. BERIZONCE, Roberto O., *ob. cit.*, p. 9.

87 Cf. PEYRANO, Jorge Walter, 1995: «El derecho procesal... *cit.*, pp. 71 ss.

88 Cf. CAPPELLETTI, Mauro, 1994: «L'accesso... *cit.*, p. 27; DENTI, 1989: 23 ss.

89 Cf. CAPPELLETTI, Mauro, 1979: «Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo», en *Studi in onore di E. T. Liebman, vol. I*, Giuffrè, Milán, p. 153 ss.

90 Cf. BERIZONCE, Roberto O., *ob. cit.*, p. 11 s.

- a) Cuando un procesalista, al crear una nueva ficción jurídica publicista, esgrime la razón de su idea en que «algo faltaba» en las atribuciones judiciales para hacer prevalecer la realidad de la urgencia en las decisiones de los jueces dejando atrás lo imperativo de las normas y de las garantías, por una denominada «justicia del caso» alcanzada por una performatividad y pragmatismo asignados al proceso, lo que está demostrando es que su pensamiento es propio de un monismo (o si se quiere unidimensionalismo o infradimensionalismo) sociológico-jurídico. Lo mismo ocurre con otro procesalista que, como está convencido de que el derecho es una ciencia que se nutre de experiencias de vida, se esfuerza porque se privilegien las consecuencias sociales de la decisión jurisdiccional, es decir, opta por la sociología jurídica y no privilegia la dogmática jurídica, que seguramente la entiende como paleopositivismo, ni la filosofía del derecho, es decir, también entiende el derecho bajo un monismo sociológico-jurídico.
- b) Cuando el derecho se entiende como un monismo (unidimensionalismo) sociológico-jurídico importan, sobremanera, los resultados y no los medios, invertir menos para lograr máximos beneficios, la justicia del caso a través de soluciones pragmáticas o de performatividad procesal, en una palabra: eficiencia. Y esta es la forma como se entiende el derecho desde el publicismo, por eso no interesan los derechos ni las garantías, sino lo que importa es que el derecho funcione, es decir, que sea socialmente funcional.
- c) Pero el derecho no es solo eficiencia y funcionalidad, sino también es efectividad y fundamentalidad.
- d) Ahora, si se mira el otro lado de la balanza queriendo ver el derecho solo como efectividad y fundamentalidad se estará en el monismo normativista (positivismo jurídico), entonces lo que importará serán los derechos y las garantías, propiamente la observancia y constitucionalidad de las mismas, es decir, importará la fundamentalidad y no la funcionalidad del derecho y es así como el positivismo procesal percibe el derecho.
- e) De manera que si se tiene en frente una medida autosatisfactiva, prueba oficiosa o cualquier otra manifestación publicista, quien entiende el derecho como un monismo sociológico jurídico estará a favor de ella porque permite eficiencia jurídica, es decir, permite la funcionalidad social del derecho; en cambio, quien entiende el derecho como un monismo normativista rechazará esa medida autosatisfactiva, porque según él no respeta derechos fundamentales ni sus garantías, algo más, porque no permite la efectividad o, peor, la fundamentalidad del derecho.

No cabe duda que publicismo y positivismo procesales son expresiones monistas del derecho, por eso son maniqueas entre sí, por eso son como agua y aceite y no pueden ser eficientismo ni garantismo, respectivamente, porque tanto eficientismo como garantismo son, en una visión integrativista

(completa) del derecho, ámbitos cognitivos del derecho, son el derecho mismo y este no puede pensarse válidamente sin uno de ellos o, mejor, sin la interacción de ellos. Y esto no es resultado del facilismo de una posición mixta, centrista o dualista. Nada de eso, esto resulta del estudio del derecho desde la estructura de su objeto en su más completa percepción de filosofía y teoría jurídicas<sup>91</sup>.

En suma, desde la última década de la centuria pasada se viene cuestionando el sistema procesal, hasta entonces indiferentemente denominado «inquisitivo», que profesa una dosis de dirección judicial mezclada de positivismo, de manera tal que a su través se podía identificar lo «inquisitivo» diferenciado de lo «inquisitivo puro», siendo el primero propio del proceso dirigido por un juez dotado de poderes discrecionales respetando la positividad procesal, es decir, una expresión «mixta» entre inquisitividad y positivismo, y, el segundo, propio de un proceso, a cargo de un juez abusivo por autoritario, en el que prácticamente no existe la menor garantía para el justiciable.

Ese cuestionamiento, propio de una tendencia procesalista positivista (mal autodenominada «garantista»), tuvo las consecuencias iniciales, siguientes:

- a) Borró la «sutil» diferencia entre lo inquisitivo y lo inquisitivo puro, haciéndolos uno solo, de modo tal que el proceso actual quedó embarrado de subjetivismo y todo lo que refleja registra imágenes y rostros de un pasado tan fétido como el del nazismo, fascismo, comunismo o la inquisición medieval.
- b) Despertó una singular lectura constitucional del proceso que (partiendo de premisas históricas que denuncian el origen autoritario de los mayores ordenamientos procesales civiles europeos y latinoamericanos, terminan por exponerlos inconstitucionales) colisionó frontalmente con las deficiencias del publicismo frente a la libertad individual o, en general, al respeto de los derechos fundamentales en escenario procesal.
- c) Busca reinstaurar el principio dispositivo en el proceso, sin dejar espacio alguno (i) al interés estatal en la solución del conflicto de intereses intersubjetivo, (ii) ni a la búsqueda jurisdiccional de la verdad de los hechos (iii) ni a la dirección del proceso por el juez.

Así las cosas, convienen algunas aclaraciones sobre el positivismo procesal. Con relación al primer punto, exalta la confusión entre lo inquisitivo (puro) y el proceso «publicizado», de ahí que seguir denominando «inquisitivo» al proceso civil actual es prolongar dicha confusión. Consecuentemente, conforme se vio, el pensamiento que profesa el proceso «publicizado» se llama «publicista» y no «inquisitivista».

Coordinados los dos últimos puntos («b» y «c») son traducción procesal de la positividad de las partes como libertad fundamental y, a decir verdad, no es nada nuevo, máxime que no se puede negar

91 Sobre la composición del derecho en el integrativismo trialista eficaz cf. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, *Neoprocualismo... cit.*, c. I, sc. I.

que el publicismo también tiene su particular discurso iusfundamental, es decir, parece mucho autodenominarse garantista si de la otra orilla no se niega, sino también se promueve, la primacía de la libertad fundamental, es más, todo esto en un escenario neoconstitucional. Por eso el pensamiento que predica la dispositividad procesal, sin más, se llama «dispositivismo» y dista mucho de ser «garantismo». No existe un solo espacio de la literatura del dispositivismo procesal del que se dé cuenta sería de su desprendimiento o influjo del garantismo jurídico o, mejor, de alguno de los garantismos jurídicos, por citar un ejemplo, el del positivismo crítico ferrajoliano que, es necesario decirlo, es el más prestigioso y difundido. Al parecer, se tuvo la idea de que si se lucha por las garantías fundamentales ya se hace teoría del garantismo, atención, sin siquiera establecer qué se entiende por *garantía* en su corriente, ni qué presupuestos epistemológicos la explican ni, algo más importante, cómo fluctúan sus concepciones en el constitucionalismo actual. O tal vez se piense que el asunto procesal dista mucho del filosófico, teórico o constitucional, pues si ello fuera así, no habría más que hablar.

Finalmente, lo cierto es que la confrontación publicismo-dispositivismo apunta a la composición constitucional del proceso civil y, en esta orientación, ninguna de las posiciones expuestas ha trazado una ruta válida que permita arribar a buen puerto. Repárese, entonces, la desviación e inconsistencia de este debate, que olvida la estructura del derecho procesal civil y el contenido de los derechos fundamentales, en su generalizada fallida y equivocada visión de lo constitucional del proceso.

#### IV. Neoprocesalismo: Superando el debate entre publicismo y dispositivismo procesales

##### 7. El proceso civil eficaz: Entendiendo el proceso desde el neoprocesalismo

El surgimiento del neoconstitucionalismo<sup>92</sup> se dio, entre otros aspectos, por (i) el cambio de la letra constitucional, que se vuelve detallada sobre derechos fundamentales, es decir, con el crecimiento del catálogo explícito de los derechos fundamentales en las nuevas Constituciones, a lo que se suma, (ii) el reconocimiento implícito de contextos principales fundamentales por Constituciones abiertas y cada vez más rígidas; (iii) la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, de modo que se diferencia en su cima su ámbito constitucional y, bajo ella, su ámbito constitucionalizado; (iv) una jurisprudencia sobreinterpretativa de los contenidos fundamentales y profusamente teorizante y esclarecida sobre los mismos; y (v) una doctrina explosiva, cada vez más abarcadora de las teorizaciones principales fundamentales, argumentativas y del

precedente, tocante de asuntos muy específicos (derechos y garantías fundamentales, proporcionalidad, razonabilidad, etcétera) que se pueden sintetizar en la emigración de la moral hacia el derecho; etcétera.

Los aspectos señalados no tienen, y no son, hitos que permitan identificar fijamente cuándo aparece el neoconstitucionalismo; pues este se da como la constatación de esos aspectos en un diálogo que presenta voces filosóficas, teórico-jurídicas, epistemológicas, políticas y sociológicas, sobre los asuntos dogmáticos de las Constituciones de estos últimos años, configurándose en realidad el fruto de una revolución del conocimiento constitucional, de modo que se identifica en él un nuevo paradigma<sup>93</sup>.

Cuando esa constatación fluye de la materia procesal, se configura el neoprocesalismo<sup>94</sup>; de manera que es un error querer ver<sup>95</sup> el neoprocesalismo con el ojo endurecido en el paleoprocesalismo, ello lleva a desvirtuar cualquier visión seria del entramado neoprocesal en atención a la constatación de los aspectos indicados.

El neoprocesalismo no es patrimonio de una tradición jurídica, de modo que la tendencia doctrinal es configuradora de diversas perspectivas neoprocesales. En esa línea, el integrativismo trialista eficaz expone su postura neoprocesal en lo que entiende por proceso civil eficaz.

El proceso civil eficaz<sup>96</sup> nace de la percepción filosófica del integrativismo trialista del derecho procesal, que identifica la estructura del derecho procesal a partir del estudio de la estructura de su objeto jurídico: la interacción litigiosa eficaz<sup>97</sup>. Consecuentemente, explicita que:

- a) El objeto jurídico procesal en su ámbito ontológico se traduce en eficacia, efectividad y eficiencia de la interacción humana litigiosa (por eso lo de «eficaz», pues efectividad y eficiencia son desprendimientos de ella por exigencia de la conformación óptica del objeto jurídico) y en su ámbito óptico denota los métodos *jurísticos* dikelógico (justicia), normológico (norma) y sociológico (hecho), por los cuales trascienden los desprendimientos ontológicos del objeto jurídico, haciendo tangible la cognición jurídica procesal en atención a sus dimensiones finalista (teoría de la justicia), fundamental (neoconstitucionalismo, garantismo) y funcional (eficientismo, análisis económico del derecho, argumentación jurídica).
- b) Obedece a un escenario neoconstitucional del derecho, en su ámbito normológico, que supedita al escenario eficientista procesal.

92 Sobre neoconstitucionalismo cf. BERNAL PULIDO, Carlos, 2006: *El neoconstitucionalismo a debate*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá; 2009: *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá; VV. AA., 2007: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Miguel CARBONELL (ed.), Trotta, Madrid; VV. AA., 2009: *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel CARBONELL (ed.), Trotta, Madrid; COMANDUCCI, Paolo / AHUMADA, M<sup>a</sup> Ángeles / GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, 2009: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid; VV. AA., 2010: *El canon neoconstitucional*, CARBONELL, Miguel / GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá; VV. AA., 2011: *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, POZZOLO, Susanna (ed.), Palestra, Lima; POZZOLO, Susanna, 2011: *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Palestra, Lima; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, *Neoprocesalismo... cit.*, c. II, sc. III, 4.

93 Cf. *ibidem*: c. V, sc. I, 1.

94 Cf. CAMBI, Eduardo, 2011: *Neoconstitucionalismo e Neoprocessalismo - Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo*, 2<sup>a</sup> ed., Revista dos Tribunais, São Paulo.

95 Cf. GOZÁINI, Osvaldo Alfredo, 2006: «El «neoprocesalismo»», en MONROY GÁLVEZ, Juan F. (dir.), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, a. VI, N<sup>o</sup> 9, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, pp. 227 ss.

96 Cf. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, *Neoprocesalismo... cit.*, c. VII.

97 Cf. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, «Objeto y estructura del derecho procesal», en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 2009, pp. 539 ss.

- c) Reconoce que los principios procesales fundamentales son los derechos procesales fundamentales (*v. gr.*, acción y contradicción), sus garantías procesales correlativas (*v. gr.*, jurisdicción, debido proceso, tutela jurisdiccional) y las normas que los consagran. Aclaro, no existen derechos-garantías, los derechos fundamentales son distintos a sus garantías fundamentales, lo que no significa que no tengan interdependencia normativo-estructural.
- d) El proceso, consecuentemente, no es una garantía, tampoco un sistema de garantías. El proceso es un método de interacción sistemática litigiosa eficaz, de modo que esa interacción no tiene únicamente corte subjetivo, sino, entre otros aspectos, también uno normativo principal fundamental.
- e) La interacción principal fundamental de eficiencia (principios técnico-políticos) procura el máximo u óptimo beneficio procesal al menor costo procesal, siempre en sujeción a la proporcionalidad y razonabilidad.
- f) Determina la validez de las decisiones jurisdiccionales eficientistas según el principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad
- g) Es, sin duda, eficientista sin dejar de ser garantista.

#### V. Conclusión

La realidad que se construye en el derecho procesal civil actual es la que permite el neoconstitucionalismo, es decir, esa constatación –pues no tiene definido un hito fundacional normativo, pretoriano o doctrinal autoral– de que los derechos fundamentales, la democracia y el Estado penden del hilo semántico de la Constitución, en un nuevo discurso que la explica anteponiendo su materialidad e irradiándola, desde el principio supremo de justicia, al significado de un constitucionalismo que colma el ordenamiento normativo con principios (derechos y garantías) maximizados en

su fundamentalidad, democratizados en su titularidad y rígidamente vinculantes (positiva o negativamente) en su funcionalidad. El derecho procesal que asume esta premisa de estudio nueva o reciente, no puede ser sino neoprocesal, pues su presencia se deslinda de un viejo paradigma del procesalismo –paleoprocesalismo– dueño de presupuestos filosóficos, epistemológicos, constitucionales y sociológicos incompatibles con el nuevo paradigma constitucional atendido en el derecho procesal.

El viejo procesalismo lleva en sus aletargados últimos pasos el peso de un debate entre publicismo y dispositivismo que, por su aguda miopía en la lectura del constitucionalismo actual, solamente transitó por rutas de intransigencia y maniqueísmo sin poder llegar a algún destino esclarecido y consensual. La corta visibilidad constitucional del paleoprocesalismo hizo que su faz publicista se viera con ropaje eficientista, divinando al dispositivismo como revisionismo, y que su faz dispoitivista se viera con ropaje garantista, divinando al publicismo como inquisitivismo. De esta confusión de percepciones lo único que queda claro es que si se habló de eficientismo y garantismo en el debate entre publicismo y dispositivismo fue porque cada bando al tiempo de autoatribuirse una etiqueta le ponía otra a su rival, sin que ellas hablen ni mucho ni poco de sus genéticas.

El eficientismo y el garantismo son ingredientes cognitivos del derecho en su percepción integrativista trialista, por cierto, muy propicia para captar con validez la utilidad del neoconstitucionalismo en el derecho procesal. Esta ruta tiene como destino final la comprensión de que el proceso es eficiente y efectivo, es decir, está determinado por el eficientismo y el garantismo jurídicos, los cuales, asumidos en este escenario dejan explícita la necesidad de pasar la página del debate entre publicismo y dispositivismo procesales, sobretudo porque ya corresponde tomar en serio el estudio del proceso desde el eficientismo y garantismo procesales. 