



Giovanni Priori Posada^(*)

Del derecho de acción a la efectiva **Tutela Jurisdiccional** de los Derechos^(**)

From the Right of Action to the Effective Jurisdictional Protection of the Rights

LA NOCIÓN DE TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA SURGE PARA DARLE SOLUCIÓN A ESOS PROBLEMAS QUE LA ACCIÓN PARECÍA HABER DEJADO SIN SOLUCIÓN.

Resumen: A lo largo de la historia del Derecho Procesal, un tema que sin duda reclama mayor importancia es el del Derecho de Acción, sin embargo, hoy en día no tiene mayor presencia. En tal sentido, el enfoque se ha trasladado hacia la Tutela Jurisdiccional Efectiva a causa del fenómeno de constitucionalización que atravesó el Derecho de Acción. El autor, además de analizar los hitos más importantes en los que se desarrolla el Derecho de Acción, se centra también en el estudio de lo que viene pasando en la actualidad con la Tutela Jurisdiccional Efectiva con la finalidad de llegar a un proceso verdaderamente eficaz que garantice nuestros derechos.

Palabras clave: Derecho de Acción - Tutela Jurisdiccional Efectiva - Derecho Procesal - Derecho Romano - Derecho material

Abstract: Throughout the history of Procedural Law, a theme which undoubtedly calls for greater importance is the right of action, however, today does not have greater presence. Accordingly, the focus has moved towards the effective jurisdictional protection due to the phenomenon of constitutionalisation which the right of action has crossed. The author, in addition to analyzing the most important landmarks in the development of right of action, also focuses on the study of what is currently happening with effective judicial protection in order to reach a truly effective process that ensures our rights.

Keywords: Right of Action - Effective Jurisdictional Protection - Procedural Law - Roman Law - Substantive Law

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho por la Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Profesor principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Priori & Carrillo Abogados. Miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(**) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 3 de febrero del 2015 y aprobado su publicación el 5 de febrero del mismo año.

Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos
From the Right of Action to the Effective Jurisdictional Protection of the Rights



1. Introducción

Si hacemos una rápida revisión de la historia del derecho procesal advertiremos que uno de los grandes temas de la disciplina (por no decir el más importante) fue el del *derecho de acción*. Su trascendencia determinó incluso el surgimiento de lo que se conoce como *procesalismo científico*, en la segunda mitad del siglo XIX.

Sin embargo, la revisión de los textos contemporáneos y congresos recientes en materia procesal nos muestran un aparente olvido del derecho de acción. ¿Qué le pasó a la *acción*?

Mi hipótesis es que la acción ha sido víctima del fenómeno de constitucionalización del derecho procesal. La preocupación por ella se ha trasladado a los estudios sobre el derecho a la *tutela jurisdiccional efectiva*. En general, diría yo, la anterior preocupación por la acción es hoy la de hacer que el proceso otorgue la plena satisfacción de todos los derechos materiales.

En estricto, el concepto de acción primero, y el de efectiva tutela jurisdiccional de los derechos, después, plantean un problema de teoría general del derecho que tiene que ver con el modo como se otorga protección a los derechos. El proceso es un medio para conseguir la tutela, no es la tutela en sí. La acción parecía durante un buen tiempo confundirse

con el remedio solicitado y durante otro buen periodo de tiempo pareció identificarse más bien con el pedido de tutela, aun mejor, con la sola posibilidad de pedir tutela jurisdiccional. Pero esos estudios no contribuyeron a hacer que el remedio llegue; que cuando llegue, llegue a tiempo y que, además, esté en aptitud de satisfacer plenamente las exigencias del derecho material. La noción de tutela jurisdiccional efectiva surge para darle solución a esos problemas que la acción parecía haber dejado sin solución.

La idea de tutela jurisdiccional efectiva plantea una relación indisoluble entre tutela jurídica y tutela jurisdiccional. Es más, trata de romper la dicotomía existente entre la tutela jurídica (que en el Estado de derecho estaba reservada al legislador) y la tutela jurisdiccional (que bajo el mismo paradigma surgido luego de la revolución francesa se le otorgaba al poder judicial). Estas dos funciones estaban claramente diferenciadas y separadas, como separados debían ser los poderes que las ejercían. Pero ello no solo quedaba allí, sino que en la tradicional concepción derivada de la Revolución Francesa, la labor del judicial (por lo tanto de la tutela jurisdiccional), aunque independiente, estaba sometida a la del legislador. De este modo, durante muchos años en las cátedras universitarias se vino enseñando aquello que parecía ser contradictorio: la independencia supone sometimiento a la ley.

Este artículo pretende recordar los hitos más importantes en el estudio del derecho de acción, tratando de explicar también lo que viene ocurriendo en la actualidad con los estudios acerca de la tutela jurisdiccional de los derechos.

2. El periodo en el que la acción se confundía con el derecho material

Antes de la segunda mitad del siglo XIX no fue posible concebir al derecho de acción como



Giovanni Priori Posada

una categoría distinta al derecho material⁽¹⁾. Se pensaba que el derecho de acción se ejercía frente al adversario, al igual que lo que ocurría con los derechos derivados de la relación material.

La definición de derecho de acción que la doctrina formulaba hasta mediados del siglo XIX partía de la definición de Celso (D. 44, 7, 51)⁽²⁾; conforme a la cual, la acción no era nada más que el derecho de alguien a perseguir en juicio lo que le es debido (*actio autem nihil est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*).

Fue solo la doctrina procesal alemana del siglo XIX la que comenzó a repensar un concepto que se había mantenido casi inalterable por cientos de años. En efecto, la doctrina procesal alemana del siglo XIX se ocupó profundamente de la acción y, al hacerlo desde las fuentes romanas, estableció algunas bases de lo que posteriormente vendría a ser la discusión acerca del derecho de acción en el siglo XX. Esas directrices serían fundamentalmente (i) la aproximación histórica a cualquier estudio que quisiera hacerse sobre la acción; (ii) el fuerte contenido dogmático de su discusión y (iii) los conceptos se elaborarían sobre la base de la relación de la acción con el derecho material.

Así, en su magnífico trabajo "*Actio e diritto subiettivo*", Giovanni Pugliese⁽³⁾ señalaba que asumir el problema de la relación que existe entre el derecho de acción y el derecho subjetivo, supone, tanto desde el aspecto histórico, como desde el dogmático, ir a las propias raíces tanto del derecho privado, como del derecho procesal, dado que los conceptos en mención son las nociones centrales de cada uno de ellos.

Esta reflexión realizada por Pugliese, no hacía sino coincidir con el magnífico trabajo realizado por Pekelis⁽⁴⁾, acerca de que: "la relación con el derecho subjetivo en general es el común denominador de todas las doctrinas sobre la acción".

De este modo, estos dos autores coincidían en que para la primera mitad del siglo XX el problema del derecho de acción había sido tradicionalmente planteado como un problema en el que este derecho busca encontrar o romper vínculos con el derecho subjetivo.

3. La noción de acción en el derecho romano

Los romanos usaron la palabra *actio* de manera muy difundida. No es claro que todas las veces que la hayan usado se hayan querido referir a lo mismo. Lo que sí es claro que cuando se referían a ella, no solo hacían en los términos de *derecho de* o a la *actio*, ni tampoco con referencia a o respecto de *un derecho subjetivo*, ni mucho menos, respecto a la idea de *situación jurídica*. Cuando usaron la noción *actio* tampoco la distinguieron de pretensión, ni mucho menos la asociaron a una noción mucho más genérica como pudiera ser a la de *tutela jurídica* o *tutela jurisdiccional*.

Lo que las fuentes nos proporcionan son datos claros de que los romanos usaron muchas veces y para varias circunstancias distintas, la noción de *actio*. Lo que los romanos no nos proporcionan es una definición de este concepto. Es más bien claro que para los romanos, la palabra *actio*, "presenta múltiples acepciones"⁽⁵⁾.

3.1. De *agere* a *actio*

En el origen de Roma, *agere* era identificado como un acto de agresión al deudor para que este cumpla con aquello a lo que se había obligado⁽⁶⁾.

- (1) MARINONI, Luiz Guilherme; Alvaro PÉREZ RAGONE y Raúl NUÑEZ OJEDA. *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010; p. 151.
- (2) PUGLIESE, Giovanni. *Polemica in torno all "actio"*. Florencia: Sasoni, 1954; p. XIII.
- (3) PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milán, 1938; pp. 3 y 4.
- (4) Traducción libre de: "*il rapporto con il diritto soggettivo in generale é il comune denominatore di tutte le dottrine dell' azione*". PEKELIS. voz: *Azione*. *Nuovo Digesto Italiano*. Turín, 1937; p. 5.
- (5) "*presenta accezioni molteplici*". PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milán, 1938; p. 6.
- (6) *Idem.*; p. 24.

Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos *From the Right of Action to the Effective Jurisdictional Protection of the Rights*

Este poder se extendía también a la facultad de hacerse, por la fuerza, de las cosas, así como de los miembros de la familia, sobre los cuales se tenía algún poder.

En la etapa sucesiva, ese solo *agere* vendrá a ser controlado formal y sustancialmente por la *civitas*⁽⁷⁾ hasta convertirse en *legis actiones*.

3.2. La noción de acción en la *legis actiones*

La noción más antigua de la acción en el derecho romano se encuentra precisamente en el propio nombre que recibe la primera forma procesal romana: *legis actiones*. En esa expresión, a decir de Burdese, el término *actiones* parecería aludir a “actos que se desarrollan de acuerdo a ciertos ritos y con recitación de determinadas fórmulas, gestos o palabras taxativamente prescritas, como esquemas formales fijos, en atención de los cuales podían encontrar tutela judicial, situaciones jurídicas de diverso contenido”⁽⁸⁾.

De este modo, en este periodo la palabra *actiones* pareciera más bien haberse concentrado en la noción de un procedimiento formal, cuya consecución se hacía necesaria para obtener la protección a determinados derechos. Esa es la misma concepción que tiene Savigny, para quien durante esta etapa el término *acción* se refiere a la forma, “a lo que es preciso hacer para atacar la violación”⁽⁹⁾.

3.3. La noción de acción en el proceso formulario

3.3.1. Las diversas formas de comprender la *actio*

A decir de Savigny⁽¹⁰⁾ en esta etapa la palabra *actio* se usaba ya no para el procedimiento, sino más bien para el derecho de acción en sí, mientras que la palabra *fórmula* hace referencia más bien a la forma de la acción.

Lo que corrobora Savigny del estudio de las fuentes romanas es que no todos los juristas romanos clásicos usaron la palabra *actio* en el mismo sentido. Así, Papiniano usa la palabra acción

para referirse solo a las *actio in personam*; mientras que Ulpiano dice más bien que algunas veces la palabra *actio* suele usarse para referirse al género (*actio in personam* y *actio in rem*), y otras veces para referirse a la especie *actio in personam*. Gayo hace también la referencia a *actio* para referirse al género⁽¹¹⁾.

¿Cuál es la diferencia entre las *actio in personam* *actio in personam* y las *actio in rem*? “se llama *in personam* la acción que protege una *obligatio*, y se llama *in rem* la acción que protege cualquiera otro derecho que no sea el de obligaciones”⁽¹²⁾. La noción *actio in rem* se usa para referirse a las acciones relativas a las cosas, a asuntos de familia y sucesiones.

Sin duda alguna la definición de *actio* romana más difundida es la que corresponde en esta época a Celso que fue incorporada en las *Instituciones* de Justiniano, conforme a la cual: “*Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, iudicio persequendi*”. No es, sin embargo, la única definición que para la época que escribe Celso, tenían los romanos.

Es interesante el análisis de las palabras incluidas en la definición de Celso que hace Savigny. Así, explica que para la época en que Celso escribe la definición, la palabra *debeatur*, corresponde a *deberi* por lo que en la definición de Celso se está excluyendo a las *actio in rem*. De otro lado, la palabra *iudicio* hace exclusiva referencia a los procesos iniciados ante un *judex*. En cambio, para la época en que Justiniano incorpora la definición de Celso en sus *Instituciones*, *iudicio* ya no hace referencia al proceso iniciado ante

(7) PUGLIESE, Giovanni. *Op. cit.*; pp. 25 y 26.

(8) BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. Turín: UTET, 1998; p. 76.

(9) DE SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Comare, 2005; p. 765.

(10) *Ídem.*; p. 766.

(11) *Ídem.*; pp. 766 y 767.

(12) *Ídem.*; p. 769.



Giovanni Priori Posada

el *judex*, sino a toda clase de proceso y, la frase *quod sibi debeatur* hace referencia a todo tipo de reclamaciones⁽¹³⁾.

Es importante mencionar que al lado de la división entre *actio in personam* y *actio in rem*, el derecho romano hacía también la distinción entre acciones civiles y honorarias. La diferencia sustancial entre ellas es que

“las *civiles* tienen una *legítima* o *civilis causa*, es decir, una causa reconocida por el derecho civil, mientras que las *honorariae* han sido introducidas por el pretor o por los ediles, en virtud de su derecho de jurisdicción. (...) Se llaman también *honorariae* las acciones fundadas en el derecho civil, cuando el edicto, modificando este derecho, les ha atribuido otro objeto y otro fin distintos”⁽¹⁴⁾.

Las acciones civiles y honorarias pueden ser *in rem* o *in personam*. Dentro de las acciones honorarias se encuentran las acciones *pretoriae*, que son las más importantes⁽¹⁵⁾.

3.3.2. La fórmula

Solo después del descubrimiento de la obra de Gayo que se produjo en el siglo XIX ha sido posible conocer al detalle el procedimiento formulario y, por tanto el contenido de las fórmulas. La fórmula se compone de cuatro partes: *demonstratio*, *intentio*, *adjudicatio* y *condemnatio*.

La *demonstratio* es la introducción de la fórmula en la que se expone el hecho que origina el debate, y es aquí donde solía ponerse el nombre de la acción⁽¹⁶⁾.

La *intentio* contenía la alegación del demandante. Muchas veces en ella se expresaban los hechos que servían de base al derecho que se pretendía aplicar, otras veces se hacía referencia a una relación de derecho preexistente⁽¹⁷⁾.

La *condemnatio* contenía la hipótesis que se pretendía que el juez declare en la sentencia⁽¹⁸⁾.

3.4. La noción de acción en la *cognitio extra ordinem*

El término *cognitio* se refiere a la actividad que es necesario realizar con la finalidad de determinar si se presentó determinada hipótesis de hecho con relevancia jurídica la finalidad de establecer con base a ella, una determinada consecuencia jurídica⁽¹⁹⁾. La especificidad *extra ordinem* se refiere a la procedencia de este proceso para los casos en que no se encontraban cubiertos por las fórmulas⁽²⁰⁾.

Lo más importante a resaltar en este tipo de proceso, fuera de ser la primera forma procesal estatal en Roma, es que este se va fortaleciendo con la pérdida de importancia de las fórmulas, cae también la tipicidad de las acciones que existía en el proceso formulario y por lo tanto se le resta importancia a la caracterización de cada una de las hipótesis para la procedencia de cada una de las acciones señaladas en la fórmula⁽²¹⁾.

Nótese pues como en general en el derecho romano no existe una particular necesidad de brindar un concepto general y abstracto de aquello que se consideraba acción.

4. El aporte de Savigny a la noción de acción

Mientras se mantenía una visión unitaria del *ius civile* (privado y público) las viejas

(13) *Ídem.*; p. 767.

(14) *Ídem.*; pp. 792 y 793.

(15) *Ídem.*; p. 792.

(16) *Ídem.*; p. 795.

(17) *Ídem.*; p. 796.

(18) *Ídem.*; p. 797.

(19) BURDESE, Alberto. *Óp. cit.*; p. 125.

(20) *Ídem.*; p. 126.

(21) *Ibidem.*

Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos *From the Right of Action to the Effective Jurisdictional Protection of the Rights*

formulaciones del derecho romano parecían suficientes⁽²²⁾. En ese sentido, muchas teorías acerca de lo que es la acción buscaban resolver el problema de la acción en el ámbito de las categorías civiles, considerando a la acción en el sistema de los derechos subjetivos privados⁽²³⁾. Ese fue el caso de Puchta o Arndts, para quienes el derecho de acción era prácticamente un agregado al derecho sustancial; siguiendo para ello la división que en su momento realizara Bentham de que los derechos son sustanciales o adjetivos⁽²³⁾.

Sin embargo, cuando la teoría jurídica comenzó a marcar la diferencia entre lo privado y lo público, comenzó la reflexión en torno al contenido y función de la acción respecto del derecho material; pues se hacía preciso establecer los alcances de la relación entre el derecho material y el derecho procesal.

Un papel muy importante en esa línea lo cumple la Escuela histórica alemana, que si bien “contribuyó a la conexión inicial entre historia del derecho y la elaboración dogmática”, su gran aporte se dio en verdad en la dogmática, antes que en la historiografía⁽²⁴⁾. Así, la escuela histórica “desplegó todos sus esfuerzos en la construcción de un sistema dogmático del derecho privado, que culminaría en los grandes tratados de Pandectas”⁽²⁵⁾. Fue entonces la base para el desarrollo de la pandectística alemana primero, y del positivismo científico, después.

Esa perspectiva de los estudios del derecho a partir solo *desde y para* la disciplina jurídica, fue determinante para establecer el contenido y ubicación del derecho de acción en el Derecho. En ese sentido, la pandectística, durante el siglo XIX se moverá entre dos direcciones distintas respecto del derecho de acción: (i) o buscar, como respeto al derecho objetivo, una soldadura con el proceso; o (ii) construir la acción como un derecho autónomo⁽²⁶⁾.

En la primera dirección está Savigny, que entiende a la acción como las modificaciones que sufre el derecho material una vez que ha sido lesionado, a fin de encontrarse en estado de defensa.

“De la violación del derecho nacería una nueva relación entre el agresor y el ofendido y esa nueva relación cuyo contenido sería la facultad de pedir la reparación de la lesión. Esta relación, dice Savigny, se llama derecho de actuar o de acción en sentido sustancial, que es distinto de la acción en sentido formal, es decir, a la efectiva actividad del ofendido, mediante la cual él hace valer su derecho de actuar, actividad que con sus condiciones y formas corresponde a la teoría del procedimiento”⁽²⁷⁾.

En efecto, en su gran obra *Sistema de Derecho Romano Actual*, Savigny dedica el estudio de la acción su capítulo IV, denominado *Violación de los derechos*. En ese capítulo Savigny⁽²⁸⁾ comienza señalando que si bien en los capítulos anteriores ha estudiado los derechos, en la medida que la libertad corresponde a la esencia de las personas, es posible la existencia de actos libres que supongan violaciones a derechos, por lo que surgen instituciones a las que denomina “garantías contra esta violación” y que son: la jurisdicción, la pena y “las formas destinadas al restablecimiento del estado normal del derecho”. Esas son instituciones que él considera nacidas para *combatir* la violación

(22) SATTÀ, Salvatore. *Voz: Azione in generale*. En: *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè; pp. 792.

(23) *Ídem.*; p. 795.

(23) *Íbidem*.

(24) MONEREO PÉREZ, José Luis. *Estudio preliminar. El pensamiento jurídico de Savigny*. En: DE SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Comares, 2005; pp. XIII.

(25) *Ídem.*; p. XIII.

(26) SATTÀ, Salvatore. *Óp. cit.*; p. 794.

(27) *Íbidem*.

(28) *Ídem.*; p. 763.



Giovanni Priori Posada

de los derechos; y que por su carácter no son objeto de estudio de Savigny por declaración expresa del autor en su libro.

Sin embargo, en esa división de Savigny existen algunas otras instituciones que también surgen de la violación del derecho, y a las que “a causa de su carácter deben ocuparnos en este punto”⁽²⁹⁾. Inmediatamente, Savigny pasa a plantear el presupuesto para comprender su noción del derecho de acción, señalando que:

“Cuando examinamos un derecho bajo su relación especial de su violación, nos aparece en un estado nuevo, el estado de defensa; y así la violación, de igual manera que las instituciones establecidas para combatirla, reobran sobre el contenido y la esencia del derecho mismo. Ahora bien, al conjunto de modificaciones en el derecho operadas por aquella causa, lo designo con el nombre de *derecho de acciones*”⁽³⁰⁾.

De la cita anteriormente dada se anuncian de manera inmediata dos conclusiones: (i) que la acción es para Savigny un nuevo estado del propio derecho material violado, confundándose con él y (ii) que a cada derecho le corresponderá una acción; por ello utiliza el plural para referirse a ella.

En ese sentido, la acción es el aspecto que toma el derecho a consecuencia de su violación⁽³¹⁾, no es entonces otro derecho, sino un aspecto del propio derecho material producido a consecuencia de su violación. Ahora bien, en tanto que la violación del derecho solo es posible que sea realizada por una persona determinada, dice Savigny, se establece entre esa persona y el titular del derecho lesionado “una relación de derecho especial y nueva, cuyo contenido es la reparación de la violación”⁽³²⁾.

Esta relación es precisamente la acción, y se produce, como tantas veces reiterará Savigny, entre el titular del derecho

lesionado y el sujeto que produce la violación. No existe por ello, en la concepción del derecho de acción de Savigny, la idea que sea un derecho ejercido frente al Estado, dado que al concebir al derecho de acción como un aspecto que toma el propio derecho material (y privado) a consecuencia de su violación, la acción no puede tener una naturaleza diferente a aquella que pudiera tener el propio derecho material, es decir, de ser un derecho privado, ejercido *inter partes*, y no frente al Estado.

Es por ello que Savigny señala que la acción tiene dos presupuestos: “un derecho y la violación de ese derecho”⁽³³⁾.

5. La polémica entre Windscheid y Muther

Para otro sector de la doctrina, en cambio, el derecho de acción es en sí mismo un derecho subjetivo, más o menos desvinculado de su objeto⁽³⁴⁾. La elaboración de este sector de la doctrina se vio influenciada por la distinción que hiciera Windscheid sobre pretensión y acción; y la consideración de que cuando el juez rechaza la demanda ello no supone la inexistencia del derecho de acción, sino sólo la inexistencia del derecho sustancial afirmado⁽³⁵⁾.

El famoso libro de Windscheid se llama “La *actio* del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho moderno” aparece publicado en 1856. A partir de la definición romana que sobre la acción da Celso, Windscheid se pregunta “qué cosa se debe entender por derecho de actuar o acción en

(29) *Ibidem*.

(30) *Idem.*; pp. 763 y 764.

(31) DE SAVIGNY, M. F. C. *Óp. cit.*; p. 764.

(32) *Idem.*; p. 765.

(33) *Ibidem*.

(34) SATTÀ, Salvatore. *Óp. cit.*; p. 796.

(35) *Ibidem*.

Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos *From the Right of Action to the Effective Jurisdictional Protection of the Rights*

este sentido⁽³⁶⁾. Esa pregunta es respondida por Windscheid, en un sentido contrario a lo que había venido sosteniendo Savigny, como “la facultad, inherente a todo derecho, de invocar en el caso en el que este venga lesionado, la tutela de la autoridad judicial⁽³⁷⁾; inmediatamente agrega, que el derecho de acción “subsiste incluso antes de la violación, pero solo se torna realizable inmediatamente después de esta⁽³⁸⁾. Windscheid es enfático en sostener que: “La *actio* no es nada de derivado, ella es algo original y autónomo⁽³⁹⁾.”

Al momento de establecer esa noción sobre la acción, Windscheid establece una nueva noción, la de *pretensión* (*Ansprüche*), al señalar que “El ordenamiento jurídico no es el ordenamiento de los derechos, sino más bien el de las pretensiones judicialmente perseguibles⁽⁴⁰⁾. En ese sentido, Windscheid señala que la palabra *actio* usada por los romanos ha sido llevada al derecho moderno, en su traducción literal, y haciéndola ver como un instituto procesal, cuando los romanos en verdad usaban la palabra *actio*, para hacer referencia a la *pretensión*, y no a la *acción*⁽⁴¹⁾. La introducción de este concepto de *pretensión* “inició más bien, una serie de cuestiones interminables, una verdadera persecución de sombras aún no concluida, teniendo por objeto la determinación precisa del concepto *Anspruch*⁽⁴²⁾.”

Nótese entonces el modo en el que Windscheid se aparta de los estudios de Savigny sobre la acción, que por otro lado, estaban en sintonía con lo que la doctrina mayoritaria sostenía para esa época. El desafiante trabajo de Windscheid no fue ajeno a las críticas, una es especialmente famosa, la que escribió Theodor Múther, llamada “Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho moderno de acción, de la *litiscontestatio* y de la sucesión singular de obligaciones”, aparecido en 1857.

La posición de Múther se encuentra resumida en el siguiente párrafo:

“Nosotros hemos encontrado para la *actio* un nuevo significado, un significado en el que la palabra se usa con mayor frecuencia y según el cual quiere decir: pretensión para la obtención de una fórmula. Hemos demostrado que el ordenamiento jurídico romano no era el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles, sino el ordenamiento de los derechos, y que solo derechos (en sentido subjetivo) podrían ser perseguidos en juicio. En consecuencia, a aquel que le correspondía un derecho a obtener una fórmula, debía tener también un derecho en sentido subjetivo, que formaba el presupuesto y el fundamento del primero. Ahora bien, ¿en qué relación se encontraba aquel derecho a la fórmula con el derecho originario? Podemos responder a esta pregunta solamente cuando hayamos examinado quien es, respecto del derecho a obtener la fórmula, el obligado. No es difícil responderla: es el Pretor, como representante de la justicia soberana del Estado (...) Tenemos entonces dos derechos completamente distintos, de los cuales uno es el presupuesto del otro, pero pertenecen a dos esferas distintas; puesto que aquel es un derecho privado, y este tiene una naturaleza pública⁽⁴³⁾.”

(36) WINDSCHEID, Bernhard. *L'actio del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*. En: PUGLIESE, Giovanni. *Polemica in torno all'actio*. Florencia: Sasoni, 1954; p. 5.

(37) *Ídem.*; p. 7.

(38) *Íbidem.*

(39) *Ídem.*; p. 9.

(40) *Ídem.*; p. 8.

(41) *Ídem.*; pp. 12 y 13.

(42) CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986; p. 8.

(43) MÜTHER, Theodor. *Sulla dottrina dell'actio romana, dell'odierno diritto di azione, della 'litiscontestatio' e della successione singolare nelle obbligazione*. En: PUGLIESE, Giovanni. *Polemica in torno all'actio*. Florencia: Sasoni, 1954; pp. 233 y 234.



Giovanni Priori Posada

La contundente respuesta da luces sobre el centro de la polémica, pues no solo señala que no se trata de un derecho privado, sino enfáticamente de un derecho público, que depende de otro derecho. Esto queda más claro cuando afirma que:

“Este derecho público, el derecho de actuar o la *actio* en este sentido, se puede considerar conexo desde el principio, como derecho condicionado, al derecho originario, también cuando el segundo no ha sido aun violado, de modo que en verdad no es un *annexum* de aquel, ni un agregado a su contenido, sino un particular derecho condicionado, que existe al lado, a la protección del otro (...)”⁽⁴⁴⁾.

Windscheid responderá a Müther precisamente en un texto titulado “La *actio*. Réplica a Th. Müther”, texto en el que se reafirmará en sus posiciones, usando un lenguaje mucho más claro que aquel usado en su primer texto.

La polémica entre estos dos juristas alemanes fue uno de los más importantes hitos para la construcción de la noción del derecho de acción. El reconocido profesor italiano Giovanni Pugliese destaca que esta polémica determinó “un cambio en la historia del pensamiento jurídico, creando para los romanistas, civilistas y procesalistas el problema de la *actio* o de la *acción* y proveer la motivación de doctrinas que hasta ahora se desarrollan en este campo”⁽⁴⁵⁾. La importancia de la polémica llega a tal punto que Pugliese señala que: “la problemática moderna relativa, sea la *actio*, sea a la acción tiene su acta de nacimiento en la publicación de Windscheid”⁽⁴⁶⁾.

De este modo, la polémica pone el centro de la discusión si existe derecho de acción independientemente de la lesión a

un derecho material, punto sobre el que ya había reflexionado Savigny.

La polémica permitió delinear lo que sería el más importante aporte de Windscheid al derecho procesal, esto es, su *noción de pretensión*⁽⁴⁷⁾, elemento fundamental para poder establecer la noción de acción, diferenciándola de la noción de *actio*. Sobre la importancia de la noción de pretensión, Pugliese señala que en las pocas frases que le dedicó Windscheid en sus textos de la polémica a la noción de pretensión: “(...) por primera vez delineó como situación jurídica sustancial, nítidamente distinta de la acción en sentido procesal y no identificable, por otra parte, con el derecho subjetivo, del que habría representado, más bien, una emanación”⁽⁴⁸⁾.

La noción de pretensión elaborada por Windscheid resulta fundamental para el surgimiento la noción abstracta de la acción, que imperó como tal durante casi todo el siglo XX⁽⁴⁹⁾, y que sirvió de base dogmática para la posterior elaboración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

A decir de Chiovenda, “aquel libro de Winscheid tuvo la indiscutible ventaja de aclarar la insuficiencia de las anteriores determinaciones de la acción: consiguió aislar uno de los elementos de esas determinaciones, esto es, el mismo derecho subjetivo”⁽⁵⁰⁾.

(44) *Ídem.*; p. 234.

(45) PUGLIESE, Giovanni. *Óp. cit.*; p. XIII.

(46) *Ídem.*; p. XV.

(47) *Ídem.*; p. XVII.

(48) *Íbidem.*

(49) “En verdad, si el contenido sustancial de la acción pasó a la noción de pretensión, si, en otros términos, la acción no comprendía más que el poder de solicitaren juicio el cumplimiento del acto o de la omisión prescritos por la norma sustancial, formando este poder la esencia de la pretensión, se facilita traer como corolario que la acción fuera una facultad o un poder en efecto independiente del derecho subjetivo sustancial, que le corresponde incluso a quien no tuviera ningún derecho”. En: *Ídem.*; p. XVIII.

(50) CHIOVENDA, Giuseppe. *Óp. cit.*; p. 9.

Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos *From the Right of Action to the Effective Jurisdictional Protection of the Rights*

En el caso del aporte de Muther, el más importante fue haber concebido que el derecho de acción se ejerce frente al magistrado, definiéndolo como “un derecho hacia el Estado a la prestación de la tutela jurídica”⁽⁵¹⁾.

6. El surgimiento de las aproximaciones publicísticas sobre la acción

La posición de Muther introdujo un elemento esencial en el desarrollo del concepto del derecho de acción, en tanto que con él se da un fuerte impulso a las teorías publicistas sobre el derecho de acción, al señalar que es un derecho ejercido frente al Estado, y no frente a la contraparte como hasta ese momento había sido defendido por la doctrina.

Pero fue la obra de Büllow, aparecida en 1868, la que sin duda alguna definió lo esencial del carácter publicístico del proceso en general, y a partir de lo cual se estableció, sin vuelta atrás, el carácter público del derecho de acción. En ese sentido, Büllow

“definió categóricamente el proceso como una relación jurídica que se desenvuelve gradualmente, con tres lados, esto es, que tiene lugar entre las partes y el juez, el esqueleto de la cual está constituido por la obligación del juez de emanar sentencia, por el derecho de las partes a tenerla, y por la obligatoriedad del resultado del proceso para las partes: relación de derecho público, que es fundada por la demanda judicial, y que tiene naturaleza formal, de donde el derecho de las partes en la relación procesal tiende a la sentencia, pero no a una determinada sentencia”⁽⁵²⁾.

Estas teorías sobre el carácter público del derecho de acción fueron las que permitieron posteriormente el surgimiento de la concepción del derecho de acción, como *derecho abstracto*, cuya elaboración se debe en gran parte a Degenkolb y Plosz. Para estos autores “también aquel que pierde la Litis, sin embargo es invitado a promoverla y a conducirla, y

buscando fuera de la Litis un fundamento a este poder, lo determinaron en el derecho a accionar en juicio, derecho subjetivo público, independientemente de la correspondencia efectiva de un derecho privado”⁽⁵³⁾.

Estas teorías son esenciales para el desarrollo posterior que tendría la elaboración del derecho de acción, como un derecho fundamental.

7. El derecho a la tutela jurídica de Wach

La construcción de la noción de acción que se comienza a dar a fines del siglo XIX se ve fuertemente influenciada por la noción de *derecho subjetivo* que comienza a surgir en la doctrina europea de esa época. Frente a la influencia de la noción de *derecho subjetivo* para establecer la categoría jurídica que mejor se adapta para explicar la noción de *acción*, surge Wach; esgrimiendo su tesis de un derecho a obtener tutela jurídica del Estado.

De este modo Wach señala que el derecho a la tutela jurídica es independiente del derecho subjetivo privado⁽⁵⁴⁾.

8. El aporte de Chiovenda

En 1903 Chiovenda pronunció su famosa Prolusión, denominada “La acción en el sistema de los derechos”; en la que elabora su concepto de derecho de acción, del siguiente modo: “a las partes como tales no les puede corresponder más que el derecho a la sentencia favorable”⁽⁵⁵⁾. Agrega Chiovenda que se ejerce frente al Estado.

(51) PUGLIESE, Giovanni. *Óp. cit.*; p. XXII. En el mismo sentido, CHIOVENDA, Giuseppe. *Óp. cit.*; p.10.

(52) CHIOVENDA, Giuseppe. *Óp. cit.*; p. 12.

(53) *Íbidem*.

(54) *Ídem.*; p. 16.

(55) *Ídem.*; p. 14.



Giovanni Priori Posada

Sin embargo, Chiovenda mantiene la línea trazada por Wach en el sentido de oponerse a la idea que la acción pueda ser explicada a la luz de la noción de *derecho subjetivo*, para afirmar que la acción es, en estricto, un poder. Así, Chiovenda señala: “La acción es un poder, frente al cual el adversario no está obligado a cosa alguna”⁽⁵⁶⁾.

Chiovenda, sin embargo es el gran partidario de la teoría concreta de la acción, conforme a la cual, reconociendo sus diferencias con el derecho material, no concibe su existencia, sin la previa existencia del derecho material. Ello se ve con claridad cuando, como he señalado, define a la acción, como el derecho a obtener una sentencia favorable.

9. El encuadramiento de la acción dentro de la teoría de las situaciones jurídicas

Dentro de la preocupación de la doctrina de fines del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, se encontraba la necesidad de encuadrar a la acción como un derecho subjetivo, una mera facultad o más bien un poder.

Dentro de los autores que consideraban a la acción como un *poder*⁽⁵⁷⁾ se encontraba Pugliese, para quien, la acción “es un poder, en tanto que los actos, con los cuales se ejercita y que el titular tiene la posibilidad jurídica de realizar, están destinados a provocar un cambio en la esfera jurídica, en la misma esfera material de un sujeto privado, determinando aquella que se puede considerar una invasión en la esfera mencionada”⁽⁵⁸⁾. Es por ello que agrega, de modo enfático, que para él la acción es el “poder de actuar”⁽⁵⁹⁾. ¿Y qué es *agere*? “En líneas generales, la actividad, judicial o no, que se refiere a la realización de la sanción”⁽⁶⁰⁾.

(56) *Ídem.*; p. 20.

(57) Es importante mencionar en este punto que, a fin de llegar a establecer que la acción es un poder, Pugliese se ve en la necesidad de delinear lo que él considera que debe entenderse por tal. Esta situación se hace necesaria en un momento de desarrollo de la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas, en el que la delimitación de algunos conceptos aun no era clara. Quizá, precisamente, la noción de poder para ese entonces, era una de la menos trabajada. Es por ello que Pugliese señala que: “*il potere é una facoltà qualificata, in quanto conoisiste nella possibilitá giuridica di compiere certi atti, i quali però (...) hanno in sé una particolare forza e spiegano una speciale efficacia nei riguardi di terzi espresamente determinati*”. PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milán: 1938; p. 21 (nota a pie).

(58) PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milán: 1938; 19 - 20.

(59) *Ídem.*; p. 21.

(60) *Ídem.*; p. 24.

(61) SATTA, Salvatore. *voz: Azione in generale*. En: *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè; p. 800.

En general la discusión, previa a estas intervenciones de Pugliese, buscaba también el encuadramiento de la acción en la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas, siendo la mejor prueba de ello toda la Prolusión del mismo Chiovenda, de 1903.

10. El carácter de la acción

Las mayores discusiones se dieron sobre el carácter del derecho de acción, es decir, aquellas que lo consideran como concreto o abstracto.

Aceptada generalizadamente la tesis de que el derecho de acción es autónomo del derecho sustancial, la polémica en la doctrina se ha dado respecto a la concreción o abstracción del derecho de acción.

La teoría del derecho de acción como derecho concreto establece que el derecho de acción depende de la existencia del derecho material; de modo que solo tiene acción quien efectivamente sea titular del derecho material.

La teoría del derecho acción como derecho abstracto supone que el derecho de acción no depende de la existencia del derecho material, ni de ningún presupuesto material, por lo tanto, “le corresponde a cualquiera, en cualquier circunstancia, como derecho de dirigirse a los tribunales, un derecho que le corresponde a todo ciudadano *uti civis*”⁽⁶¹⁾.

Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos *From the Right of Action to the Effective Jurisdictional Protection of the Rights*

Sin embargo, la absoluta abstracción del derecho de acción terminó por concebir una noción de acción apartada totalmente del derecho material y, por ende diseñar un proceso civil alejado del derecho material, lo que supuso una frustración en los fines del proceso⁽⁶²⁾.

11. Hacia la constitucionalización de la acción

Son precisamente los autores posteriores a la segunda guerra mundial, aquellos que incorporan el carácter constitucional del derecho de acción. En ese sentido, tienen un rol especialmente importante cuatro autores, de los cuales, es preciso señalar, dos son latinoamericanos. Se trata de Calamandrei, Couture, Cappelletti y Fix Zamudio.

El aporte de Calamandrei se dará en el ámbito de esbozar las primeras ideas acerca el valor que tiene la Constitución y comenzará a establecer las primeras líneas sobre su influencia en el proceso⁽⁶³⁾.

Sin embargo, es Couture el que de manera mucho más firme lo señalará, incluso estableciendo ese carácter para la acción. De este modo, Couture define la acción como “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión”⁽⁶⁴⁾.

Es interesante el desarrollo de este concepto en Couture, al afirmar que:

“Históricamente este derecho ha sido confundido con otros poderes jurídicos o facultades a los que se confiere el mismo nombre. La doctrina, luego de una tarea que ya lleva casi un siglo, ha logrado aislarlo y determinar

su esencia, habiendo sido objeto de una formulación especial en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948”⁽⁶⁵⁾.

La esencia del derecho de acción, entonces, en palabras de Couture, es la de considerarla un derecho humano, al haber sido consagrada como tal en la declaración universal, al establecer que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”⁽⁶⁶⁾.

Es por ello que luego Couture dirá: “Este poder jurídico compete al individuo como tal, como un atributo de su personalidad”⁽⁶⁷⁾. Luego agregará: “Es por esta circunstancia que en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de la justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución”⁽⁶⁸⁾.

El estudio de la obra de Couture es fundamental. En la cita anterior, Couture ha establecido su relación entre *acción y realización efectiva de las garantías de la justicia*. Esta idea resulta

(62) Sobre este tema hemos trabajado un artículo previo: PRIORI POSADA, Giovanni. *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. En: IUS ET VERITAS. No. 26. Lima, 2003.

(63) CALAMANDREI, Piero. *La relatividad del derecho de acción*. 1965. En FIX ZAMUDIO, Héctor. *La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional*. En: IUS ET VERITAS. No. 9. Lima, 1995; p. 100.

(64) COUTURE, Eduardo. *Obras. Fundamentos de derecho procesal civil*. 5ta edición. Buenos Aires: La Ley, 2010; p. 49.

(65) *Ibidem*.

(66) *Ídem*; p. 50.

(67) *Ibidem*.

(68) *Ibidem*.



Giovanni Priori Posada

central en la evolución hacia la noción de tutela jurisdiccional efectiva.

Otro autor que tiene en esta llegada un rol muy importante es Cappelletti, a partir de sus trabajos sobre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el control de constitucionalidad de las leyes, pero en especial, sus trabajos sobre el acceso a la justicia. En ese sentido, en su gran estudio sobre “El acceso a la justicia: tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”, no solo pondrá énfasis en el rol que tiene el derecho de acceso como el primer y más importante de los derechos, sino también en su efectividad⁽⁶⁹⁾. En el libro que escribe con Bryan Garth señala que: “El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico - el “derecho humano” más fundamental - en un sistema igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar derechos de todos”⁽⁷⁰⁾.

La constitucionalización del derecho de acción, sin embargo, se puede notar con mucha mayor claridad en la obra de Fix Zamudio, quien consolidará ese fenómeno, estableciendo su relación con la noción la de tutela jurisdiccional efectiva⁽⁷¹⁾.

El trabajo de estos autores en la consideración del derecho de acción como derecho fundamental fueron muy importantes para dar el gran paso que se dio hacia fines del siglo XX: la consideración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como principio y derecho básico en el proceso.

12. La efectividad de la tutela jurisdiccional

La efectividad de la tutela jurisdiccional es la gran preocupación del derecho procesal actual. El gran aporte en este punto se debe a los estudios del profesor Andrea Proto Pisani.

La efectividad se define fundamentalmente como la necesidad de que la tutela jurisdiccional de los derechos que se brinda a través del proceso sea *adecuada* (o *idónea*) y *oportuna*. De este modo, si la tutela jurisdiccional no es adecuada ni idónea no es efectiva, y si no es efectiva, señala el profesor Andrea Proto Pisani, simplemente, “no es”⁽⁷²⁾.

Con base a lo dicho, en mi opinión, la efectividad de la tutela jurisdiccional, supone:

- a) El derecho a que la tutela jurisdiccional sea idónea. La *idoneidad* o *adecuación* de la tutela jurisdiccional hace referencia a la necesidad de que el proceso esté en condiciones de dar aquello que el ordenamiento jurídico ha previsto como medio para la protección del derecho material.

De este modo, se trata entonces de una idoneidad en doble sentido; una idoneidad material y una idoneidad instrumental.

- a.1) La idoneidad material parte de reconocer que “entre necesidad y remedio existe una relación directa”⁽⁷³⁾. Es decir, entre la necesidad de protección de un derecho y su medio de protección (remedio) debe existir una coherencia de modo que se asegure con el medio de protección aquello que el derecho requiere para su satisfacción.

Cuando hablamos de medio de protección nos referimos al instituto (consecuencia

(69) CAPPELLETTI, *El acceso a la justicia*. Fondo de Cultura Económica: México, 1996.

(70) CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryan. *El acceso a la justicia. La tendencia mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de Cultura Económica: México, 1996.

(71) FIX ZAMUDIO, Héctor. *La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional*. En: IUS ET VERITAS. No. 9; pp. 102.

(72) PROTO PISANI, Andrea. *Studi di diritto processuale del lavoro*. Angeli: Milán, 1976, pp. 66.

(73) Traducción libre de: “*Tra bisogno e rimedio v` è un filo diretto*”. DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Giuffrè: Milán, 1993; p. 6.

Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos *From the Right of Action to the Effective Jurisdictional Protection of the Rights*

jurídica) prevista por el ordenamiento jurídico frente a la lesión o amenaza de lesión de un derecho material. Es esa consecuencia la que debe ser idónea, es decir, adecuada, para obtener la satisfacción del derecho material que, con los hechos de la realidad, se ha visto lesionado o se está viendo amenazado. En palabras de Andrea Proto Pisani, *efectiva* supone “idónea a tutelar el derecho necesitado de protección”⁽⁷⁴⁾.

De este modo, la idoneidad en sentido material consiste en que el juez otorgue al derecho material aquel remedio (medio de protección) que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección de dicho derecho. En ese sentido, debe conferir en el ámbito del caso concreto aquello que de modo general y abstracto el ordenamiento jurídico ha previsto para el caso de la lesión de ese derecho.

La exigencia de idoneidad material no se ve restringida, en el caso de los derechos fundamentales, a que el Juez conceda el remedio que el legislador haya previsto para la protección de dichos derechos, pues en su rol de garante de la constitucionalidad, el juez ordinario está en condiciones, incluso de conferir un remedio distinto al previsto por el legislador, en aquellos casos en los que dicho remedio se considere lesivo del derecho fundamental o insuficiente para conseguir su satisfacción material.

- b.1) La idoneidad instrumental o procesal supone que el proceso debe ser el adecuado para brindar el remedio que el ordenamiento jurídico haya previsto para la protección del derecho material. Dicho de otro modo, atendiendo a la necesidad de protección del derecho y a su naturaleza, el proceso debe estar en capacidad de brindar esa respuesta del ordenamiento, de modo que se logre con ella, la plena satisfacción del derecho.

El proceso, por ende, no debe ser un obstáculo, sino un vehículo para la obtención de la protección prevista por el

ordenamiento jurídico para la específica protección del derecho. Por ello, la efectividad de la tutela jurisdiccional reclama del proceso que este sea diseñado y llevado a cabo de modo que la tutela material que brinda el ordenamiento jurídico se de en sus mismos términos, de modo de obtener aquella satisfacción que con él se quiere dar.

- b) El derecho a que la tutela jurisdiccional sea oportuna. La *oportunidad* hace más bien referencia al momento en el que debe darse esa respuesta jurisdiccional. De este modo, se parte de la idea que la tutela jurisdiccional debe llegar en el momento necesario como para no (i) generar mayor lesión de la que ya se está produciendo o (ii) evitar que ella se vuelva irreparable, e (iii) incluso evitar que dicha lesión se produzca.

De este modo, en el momento en el que el derecho material requiera que la tutela jurisdiccional intervenga de inmediato, el proceso debe estar en capacidad de hacerlo, sea de modo provisional o definitivo, en caso contrario, “el proceso se resuelve en una sustancial denegatoria de justicia”⁽⁷⁵⁾.

Siendo que el tiempo es un evento del que el proceso no se puede librar, deben entonces diseñarse todos los medios necesarios no solo para hacer que lo resuelto sea efectivo, sino para garantizar que llegado el momento, los efectos puedan producirse. De este modo, no solo basta con asegurar la efectividad una vez

(74) PROTO PISANI, Andrea. *Studi di diritto processuale del lavoro*. Angeli: Milán, 1976; p. 66.

(75) “Di conseguenza, con riferimento alle situazione sostanziale rispetto alle quali l'intervento giurisdizionale ha significato solo se immediato o comunque rapido - alle situazione sostanziale cioè che subiscono un pregiudizio irreparabile dal potersi nel tempo del loro stato di insoddisfazione - o la tutela giurisdizionale è rapida o altrimenti il processo si risolve in un sostanziale diniego di giustizia: non assolve la funzione assegnatagli dall'art. 24, 1 comma, Costituzione”. PROTO PISANI, Andrea. *Studi di diritto processuale del lavoro*. Angeli: Milán, 1976; p. 66.



Giovanni Priori Posada

dictada la sentencia con calidad de cosa juzgada, sino también asegurarla en un momento anterior a él.

- c) El derecho a la realización plena de los efectos de las resoluciones judiciales. Este derecho ha sido normalmente predicado respecto de las sentencias de condena, a través de la necesidad de ejecución de las resoluciones judiciales como parte esencial de la tutela jurisdiccional efectiva. Pero este derecho no se restringe a ellas, pues alcanza también a las resoluciones meramente declarativas y a las constitutivas que, aunque de modo distinto a las resoluciones de condena, protegen de igual modo a los derechos materiales.

Si bien es verdad la efectividad de las resoluciones de condena puede ser fácilmente atendida a través de la ejecución de resoluciones judiciales (con toda la complejidad que ello supone atendiendo a la diversidad de las obligaciones que deben ser realizadas y los derechos satisfechos), no menos importante resulta ser atender la efectividad de los demás tipos de resoluciones.

En el caso de las resoluciones declarativas el solo hecho que con la expedición de una resolución que adquiera la calidad de cosa juzgada se obtenga la protección solicitada, a veces pone en riesgo la intensidad de dicha protección, especialmente en lo que se refiere a los alcances de dicha declaración y a los efectos subjetivos, objetivos y temporales que esta pudiera tener.

La efectividad de la tutela jurisdiccional hace que este tipo de resoluciones tenga toda la intensidad necesaria para hacerle frente a cualquier tipo de comportamiento, declaración o situación que se quisiera producir con posterioridad al momento en el que sentencia declarativa adquiriera la calidad de cosa juzgada y que pretendiera restarle eficacia o negarla. En ese sentido, no se hace necesario que conjuntamente a la declaración se haya dictado una orden jurisdiccional para hacerla más intensa o para entender que tiene un grado mayor de obligatoriedad. Toda aquella fuerza con la que el Estado hace cumplir las sentencias de condena, es la misma fuerza que se pone a disposición de la tutela declarativa. Lo que ocurre es que el modo de hacerla valer no puede equipararse en modos, pero sí en intensidad, respecto de la sentencia de condena.

Lo mismo debe decirse de las *sentencias constitutivas*, pues la situación creada, modificada o extinguida por la sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada es el modo mediante el que se tutela el derecho material, por ende, es indispensable reconocer como consecuencia de la efectividad de la tutela jurisdiccional toda la fuerza necesaria para hacer intensa y vinculante esa protección.

La preocupación del derecho procesal ha estado centrada fundamentalmente en los aspectos que anteriormente hemos denominado como (i) idoneidad instrumental; (ii) oportunidad y (iii) realización plena de los efectos de las resoluciones judiciales. El aspecto de la idoneidad sustancial ha sido y es objeto de preocupación del derecho material.

Sin embargo, el establecimiento de esta división ha ido más allá de lo estrictamente disciplinar. En el modelo trazado en el Estado de Derecho, el legislador ha sido el competente para establecer el diseño legal de los procesos a través de los cuales, en principio, se podría verificar el cumplimiento de lo que hemos denominado como (i) idoneidad instrumental; (ii) oportunidad y (iii) realización plena de los efectos de las resoluciones judiciales; pero también es él el competente para el diseño de los remedios que permitan establecer lo que hemos denominado la idoneidad material.

La elevación a rango constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha determinado el surgimiento de diversos principios, como el de flexibilidad de las normas procesales, destinados a permitir que el Juzgador, en el caso concreto pueda, pero aun con ciertas restricciones, la adecuación procedimental, lo que supone una incursión del Juzgador en labores que bajo el paradigma

Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos
From the Right of Action to the Effective Jurisdictional Protection of the Rights

del Estado de derecho estaban circunscritas esencialmente en las labores propias del Poder Legislativo.

Sin embargo, más allá de establecer esas competencias y alcances de la función del Poder Judicial de adecuar las normas procesales ¿puede el poder judicial, en aras de dar una protección eficaz a los derechos, crear para el caso concreto un remedio que no ha sido previsto por el legislador, modificarlo o atenuarlo? No hablamos de la función de *crear derechos*, sino de ingresar solo al ámbito de los remedios. ¿O es que el Juez está circunscrito a satisfacer derechos dentro de los límites y con los remedios previstos por el legislador?

De este modo, si asumimos que la tutela jurisdiccional efectiva se vulnera también cuando la respuesta jurisdiccional que el juez debe dar para la protección de un derecho no es capaz de dar plena satisfacción del derecho

material, debido a la estructura del remedio previsto por el legislador, de modo que si el juez otorgase ese remedio, no está protegiendo verdaderamente el derecho.

Las deficiencias en el establecimiento del remedio previsto por el legislador para el caso de la protección del derecho nos plantea un problema un poco más complejo de resolver, en la medida que el modelo tradicional de Estado de derecho ha establecido la fórmula conforme a la cual la determinación del remedio le corresponde al legislador, correspondiéndole al juez solo la labor de tener que aplicar ese remedio. Estos son los puntos en los que debemos reflexionar hoy.

13. A modo de conclusión

El estado actual de la disciplina en materia de tutela jurisdiccional efectiva, además de llevar a preguntarnos si estamos o no más cerca o lejos de la concepción que los romanos tenían de acción, debe permitirnos la realización de un estudio, despercudidos de mucho de los prejuicios jurídicos de los que hemos sido víctimas, a fin de delinear un proceso que se acerque más a la protección eficaz de todos y cada uno de los derechos de los ciudadanos. 