
La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria rein vindicación de los fines del proceso

Giovanni F. Priori Posada

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister por la Università di Roma 'Tor Vergata'. Profesor Ordinario de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Profesor en la Maestría con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Miembro de la Asociación Civil *Ius et Veritas*.

1. Introducción.

Quizá una frase de un ilustre procesalista latinoamericano podría resumir la preocupación personal que nos envuelve al escribir este artículo: “(e)l proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido”⁽¹⁾. El presente trabajo pretende compartir con los lectores esta angustiante preocupación, la misma que tiene como sustento el inmenso deseo de que “el proceso no aplaste el derecho”⁽²⁾ y con ello no aplaste también la justicia y la paz social.

Esta preocupación parte del hecho que el desarrollo histórico del Derecho Procesal ha determinado que, poco a poco, el proceso haya ido olvidando su cometido fundamental: brindar una efectiva tutela a las situaciones jurídicas materiales, para con ello lograr la paz social en justicia. Dicho cometido, además, es la justificación misma de la existencia del proceso, pues sin él el proceso se convertiría en el más inservible e inhumano rito que los hombres hayan creado.

En ese sentido, las deficiencias que día a día encontramos en el sistema de justicia, las críticas que dicho sistema recibe diariamente y el estado de violencia social cotidiana que envuelve a nuestra sociedad son

motivos más que suficientes para formularnos la siguiente pregunta: ¿sirve para algo el proceso? Y si sirve para algo ¿para qué sirve? Pero detenerse solamente en responder estas preguntas significaría no haber avanzado nada y supondría detenernos en aquel mundo de abstracción conceptual que tanto daño le ha hecho ya al proceso. Por ello, una vez que sepamos que el proceso sirve para algo y para qué, es absolutamente imprescindible que comencemos a pensar de qué manera podemos hacer que el proceso sirva mejor a sus fines.

Para ello debemos observar al proceso desde fuera de él; olvidar de una vez por todas que al proceso sólo se le observa y estudia desde el proceso mismo; dejar de rendirle culto a viejas y tradicionales instituciones procesales por el mero respeto a la tradición; y dejar de defender determinado diseño procesal y a un específico sistema de justicia cuando somos conscientes de que no sirven para nada.

De esta manera, los procesalistas deben abrirse más al estudio de otras disciplinas y, qué duda cabe, deben observar mucho más y mejor a la sociedad que es la única a la que se debe el proceso. El proceso debe ser un medio que sirva para que la sociedad sea cada vez mejor, y no uno que sirva para ayudar a que seamos una cada vez más injusta y peor sociedad. Es el proceso el que debe adaptarse a la sociedad, y no la sociedad al

(1) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo, Buenos Aires: Faira, 2002. p. 120.

(2) *Ibid.*

proceso. Por ello debe reivindicarse el hecho que el proceso está al servicio de los hombres y de la satisfacción de sus necesidades, y no al revés⁽³⁾.

El proceso no existe por sí ni para sí, ni se debe a sí mismo⁽⁴⁾. Por ello, una visión del proceso desde el interior del mismo hacia él mismo, es una mirada huérfana. Un procesalismo introvertido es un procesalismo decadente⁽⁵⁾. El proceso debe ser visto desde fuera de él, para ver cómo él sirve a algo distinto a sí mismo. El procesalismo, entonces, debe ser más bien extrovertido.

El presente trabajo intentará ofrecer algunas reflexiones acerca de la necesidad de redefinir algunos institutos procesales para hacer que el proceso se reencuentre con los fines que justifican su propia existencia.

2. Nociones previas a la noción de proceso.

En la visión tradicional del Derecho Procesal se parte de la idea que, en la sociedad, los hombres tienen un sinnúmero de necesidades que deben satisfacer. Para lograr la satisfacción de dichas necesidades, los hombres requieren de bienes aptos para ello. Una vez que un hombre identifica un bien como apto para satisfacer su

necesidad se produce una relación entre la necesidad del hombre y el bien apto para satisfacerla; y es a esta relación a lo que la Teoría General del Derecho denomina "interés"⁽⁶⁾.

Los bienes, sin embargo, no son siempre suficientes para poder satisfacer las necesidades de todos los hombres. Es esta escasez de bienes lo que provoca que dos o más sujetos puedan identificar un mismo bien como apto para satisfacer sus respectivas necesidades, situación en la cual cada uno de ellos va a tener una relación de tensión respecto de un mismo bien; y es esto lo que da lugar al conflicto intersubjetivo de intereses⁽⁷⁾.

El surgimiento de un conflicto intersubjetivo de intereses genera el peligro de una solución violenta, y la violencia es un peligro para la paz social la cual sólo se logra a través de una solución justa de los diversos conflictos.

De esta manera, la propia sociedad organizada, con base en los diversos valores que la inspiran⁽⁸⁾, dicta sus propias normas de conducta (Derecho objetivo) en las cuales dispone cuál es la solución a los diversos conflictos de intereses que se presentan. Estas normas se dictan con la finalidad de dar una solución justa al conflicto evitando con ello la violencia social y procurando con su dictado la paz social en justicia.

(3) "Y Dios creó al hombre. Mi particular reflexión sobre el sistema procesal toma como punto de partida a la persona, en función de la cual se construye todo el sistema jurídico. Vale la pena recordarlo, porque con frecuencia, nos afanamos por crear estructuras que, lejos de satisfacer las necesidades del individuo, acaban por ponerlo a su servicio, como si de un siervo se tratara". RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El sistema procesal español*. Barcelona: Bosch, 2000. p. 3.

(4) Ya en ese mismo sentido se pronunciaba Couture: "(e)l proceso por el proceso no existe". COUTURE, Eduardo. Op. cit.; p. 18.

(5) La palabra "decaer" es, para el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "(...) perder alguna persona o cosa alguna parte de las condiciones o propiedades que constituían su fuerza, bondad, importancia o valor". REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de Lengua Española*. 21era. edición. Tomo I. Madrid, 1992. p. 665.

(6) Sobre el particular, véase: BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. *Diritto Civile. Norme, Soggetti e rapporto giuridico*. Tomo I.1. Torino: Utet, 1997. pp. 260 y ss.; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Uteha, 1994. pp. 11 y ss.; CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto. Edizione Scientifiche Italiane. Ristampa della Scuola di specializzazione in diritto civile dell' Università di Camerino della terza edizione della Società del Foro Italiano*. Roma, 1951; ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires-Bogotá: Depalm-Temis, 1976. pp. 16 y ss. Dentro de la doctrina nacional podemos citar a TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*. Tomo I. Lima: Rodhas, 1999. pp. 11 y ss. Nosotros también le hemos dedicado algunas líneas a este tema en: PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional*. En: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo y Giovanni PRIORI POSADA. *Apuntes de Derecho Procesal*. Lima: ARA, 1997. pp. 28 y ss.; PRIORI POSADA, Giovanni. *Reflexiones en torno al artículo VI del Título Preliminar del Código Civil*. En: *Advocatus. Nueva época. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*. No. 7. 2002. pp. 172 y ss.

(7) Para Carnelutti la situación de conflicto se explica de la siguiente manera: "(s)i el interés significa una situación favorable a la satisfacción de una necesidad; si las necesidades del hombre son ilimitadas, y si por el contrario, son limitados los bienes, es decir, la porción del mundo exterior apta para satisfacerlas, como correlativa a la noción de **interés** y a la de **bien** aparece la del **conflicto de intereses**. Surge conflicto entre dos intereses cuando **la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta**". CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho...*; p. 16. Sin embargo, en la concepción de Carnelutti, se hace preciso, además, tener en cuenta la noción de **litigio**, según la cual "llamo litigio al **conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro**". Ibid. p. 44.

(8) FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8va. edición. Padua: CEDAM, 1996. p. 22. El citado profesor italiano manifiesta que: "(l)a norma jurídica se adscribe a la esfera del valor, entendido sea como algo aprobable o preferible para determinada cultura o, y correlativamente, como criterio -regla- de conducta ordenado sobre el valor: la norma o normas incorporan un valor que resulta potenciado por los atributos propios de la juridicidad". Traducción libre de: "(l)a norma giuridica é da ascrivere alla sfera del valore inteso vuoi

En dichas normas, el Derecho objetivo establece de manera abstracta y general qué interés, de aquellos que se encuentran en conflicto, es el que será digno de tutela (interés prevalente) y qué interés es el que debe ceder (interés no prevalente o subordinado), otorgando con ello a los particulares diversas situaciones jurídicas (situaciones jurídicas de ventaja a quien resulta ser titular del interés prevalente y situaciones jurídicas de desventaja a quien resulte ser titular del interés no prevalente)⁽⁹⁾.

El presupuesto, claro está, es que dichas normas de conducta sean actuadas de manera espontánea por los sujetos, lo que no ocurre con frecuencia. Para ello, el ordenamiento jurídico otorga a los particulares un medio que sirva para actuar el Derecho objetivo cuando los particulares no cumplan espontáneamente con sus disposiciones normativas. Dicho medio o instrumento es el proceso.

La explicación dada en los párrafos precedentes nos anuncia una verdad incontrastable: el proceso es siempre un medio para alcanzar fines que son distintos a sí mismo. En efecto, a través del proceso se busca que el Derecho objetivo sea aplicado al caso concreto para con ello dar una protección efectiva a las situaciones jurídicas de los particulares, logrando con ello tutelar sus intereses y satisfacer con ello sus necesidades. A través de ello, se busca obtener la paz social en justicia, pues, se logra una solución al conflicto de manera pacífica erigiéndose el proceso precisamente sobre la base de un presupuesto: la eliminación de la facultad de los particulares de hacer justicia por su propia mano. Y es que la justicia se opone a la violencia; por ello, “el acto fundamental a

través del cual se puede decir que se funda la justicia en una sociedad, es el acto en virtud del cual la sociedad priva a los individuos del derecho y del poder de hacer justicia a sí mismos”⁽¹⁰⁾. En ese mismo sentido se pronuncia el profesor Andrea Proto Pisani cuando sostiene “que la jurisdicción estatal, y el correlativo derecho o poder de acción, representan la contrapartida a la prohibición de la autotutela privada”⁽¹¹⁾. El derecho de acción, el proceso y la función jurisdiccional son por ello institutos que están íntimamente ligados a esa tarea social de acercarnos a la justicia y alejarnos de la violencia. Si alguno de ellos no funciona bien la sociedad estará cada vez más lejos de la justicia y, en consecuencia, de obtener la paz social.

De ahí que Paul Ricoeur afirme que: “detrás del proceso está el conflicto, el contraste, la controversia, el litigio; y en el fondo del litigio está la violencia. El lugar de la justicia se encuentra, de esta manera, señalado como por una huella, como parte del conjunto de alternativas que una sociedad opone a la violencia y, todas juntas, definen un Estado de derecho”⁽¹²⁾. Y sin duda la justicia es la alternativa por la que una sociedad que procura la paz social duradera debe optar⁽¹³⁾; pues la paz social presupone que cada uno de los miembros de una sociedad reconozcan como justa la solución dada a un conflicto de intereses.

A partir de todo lo anterior queda expuesto con absoluta contundencia que el proceso es un instrumento fundamental para conseguir la tutela efectiva de las situaciones jurídicas de los particulares⁽¹⁴⁾, para que lo establecido por el derecho objetivo tenga una real vigencia⁽¹⁵⁾ y para con todo ello lograr una paz social en justicia⁽¹⁶⁾.

alcunché di approvabile, di preferibile in una data cultura, vuoi, e correlativamente, come criterio -regola- di condotta su di esso ordinato: la norma, o piú norme (...) incorporano un valore il quale ne risulta potenziato per gli attributi propri per la giuridicità (...).

(9) BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. cit.; pp. 270.

(10) Traducción libre de “(...) l'atto fondamentale attraverso cui si può dire che la giustizia é fondata in una società, é l'atto in virtù del quale la società priva gli individui del diritto e del potere di fare giustizia a se stessi (...)”; RICOEUR, Paul. *Il Giusto* (traducido por: IANNOTTA DI MARCOBERARDINO, Daniella). Turín: Società editrice italiana, 1998. p. 163.

(11) PROTO PISANI, Andrea. *Apunti sulla tutela cautelare nel processo civile*. En: *Rivista di diritto civile 1987 Parte I*. Sin embargo, en dicha publicación aparece una nota del editor en la cual se señala: “por cortés autorización de la dirección se anticipa aquí la publicación de la voz *provvedimenti cautelari* redactada para la Enciclopedia *giuridica* del Instituto de la Enciclopedia Italiana”.

(12) Traducción libre de: “(...) dietro al processo c'è il conflitto, la vertenza, la controversia, il litigio; e sullo sfondo del conflitto c'è la violenza. Il posto della giustizia si trova così segnato come da un'impronta, come facente parte dell'insieme delle alternative che una società opone alla violenza e che, tutte insieme, definiscono uno Stato di diritto”. RICOEUR, Paul. Op. cit.; p. 162.

(13) *Ibid.*; pp. 163-164.

(14) FAZZALARI, Elio. Op. cit.; pp. 116, 271 y ss.; ASCENCIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. pp. 22-23; QUINTERO, Beatriz y Eugenio PRIETO. *Teoría general del proceso*. 3era. edición. Bogotá: Temis, 2000. p. 309; DI MAJO, Adolfo. *Tutela civile dei diritti*. 2da. edición. Milán: Giuffrè. pp. 4-7; LUISO, Francesco. *Diritto processuale civile*. Tomo I. Milán: Giuffrè, 1997. pp. 3-6; LEIBLE, Stefan. *Proceso civil alemán*. Medellín: Diké. pp. 53-55; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Volumen 1. Sao Paulo: Saravia, 2000. pp. 17-32; y, PUGLIATTI, Salvatore. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milán: Giuffrè, 1935. p. 1.

(15) VESCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2da. edición. Bogotá: Temis, 1999. pp. 89- 92.

(16) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Bogotá: Temis - De Belaunde y Monroy Abogados, 1996. pp. 9-10; DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Universidad, 1997. p. 43.

3. El divorcio y reconciliación del derecho procesal con el derecho material⁽¹⁷⁾.

El Derecho Procesal clásico se vertebra sobre la base de tres conceptos fundamentales: acción, jurisdicción y proceso. Pero es sin duda la evolución de los estudios acerca del derecho de acción la que ha marcado la pauta del desarrollo del Derecho Procesal.

En pocas palabras podemos decir que el concepto del derecho de acción ha transitado por tres etapas:

a) Aquella en la cual no existía distinción alguna entre el derecho de acción y el derecho subjetivo material (identidad entre *ius* y *actio*), noción que va desde el Derecho romano hasta mediados del siglo XIX;

b) Aquella en la cual se establece una clara distinción entre el derecho subjetivo material y el derecho de acción, lo que se produce con la famosa polémica Windscheid-Muther (1856) y se consolida con Giuseppe Chiovenda en su célebre Prolusión de Bolonia (1903); etapa en la cual si bien se establece que el derecho de acción y el derecho subjetivo material son dos derechos distintos, aún se mantiene la idea que existe el primero sólo en la medida que exista el segundo y es lo que ha dado lugar a lo que se denomina la **teoría concreta del derecho de acción**, para la cual el derecho de acción es el derecho a obtener una sentencia favorable; y,

c) Aquella en la cual se ratifica que el derecho de acción y el derecho subjetivo material son dos derechos distintos, sin embargo, se llega a establecer que la existencia y titularidad del derecho de acción en nada depende de la existencia y titularidad del derecho subjetivo material; dando esto lugar a la **teoría abstracta** del derecho de acción.

Como vemos, el desarrollo de la noción del derecho de acción ha ido siempre en el rumbo de buscar una absoluta autonomía del derecho de acción respecto del derecho material, buscando un absoluto divorcio y separación entre ambos derechos. Dicha autonomía del derecho de acción respecto del derecho material fue precisamente lo que llevó al surgimiento de una disciplina jurídica autónoma e independiente: el Derecho Procesal.

Dicho recorrido que comenzó en el siglo XIX y se prolongó por gran parte del siglo XX determinó que el Derecho Procesal se proclamara como disciplina autónoma e independiente, y que los estudios procesales miraran sólo a las instituciones procesales, dejando de lado a las situaciones jurídicas materiales. Se comenzó entonces a desarrollar una disciplina procesal que se

miraba a sí misma, pues cualquier mirada fuera de ella y en especial a la disciplina material, sería acusada de retrógrada, pues hubiera supuesto una contaminación del Derecho Procesal con el derecho material, lo que era inaceptable en un momento en el cual se hacía necesario la proclamación de la más absoluta autonomía del Derecho Procesal, pues el Derecho Procesal como disciplina autónoma recién se estaba gestando. Ramos Méndez describe esta situación en los siguientes términos: “(h)asta entonces la ciencia del proceso había vivido el crédito que le proporcionaban el Derecho Civil y el Derecho político, que le suministraban los conceptos de acción y jurisdicción, respectivamente. Llegada la hora de la emancipación existe el empeño por el momento de borrar toda huella del derecho de la concepción de la acción (...) la preocupación fundamental es establecer distancias entre la acción y el derecho”⁽¹⁸⁾.

El citado profesor español sigue explicando dicha situación en los siguientes términos: “(e)l Derecho Procesal en un esfuerzo por lograr una autonomía e independencia propias (...) trata de elaborar sus propios conceptos. Este despegue, por llamarlo así, de la ciencia del Derecho Procesal respecto del Derecho privado provoca una primera fractura entre el Derecho y el proceso (...). Desde un punto de vista de la naturaleza jurídica del proceso se inscribe en el campo dualista: derecho y proceso son dos entidades completamente independientes la una de la otra. En efecto, muy mucho se cuidan de señalar los autores en sus construcciones que la relación procesal es autónoma, en el sentido de plena independencia de la relación material; que son distintos los presupuestos, los sujetos y el contenido de ambas; que mientras una de ellas es de Derecho público, la otra de Derecho privado; que la relación procesal es compleja, mientras que la relación de Derecho privado puede ser simple; en fin, que las vicisitudes de la relación procesal son propias e independientes de la relación material. En este momento y ante la novedad del hallazgo que supone el concepto de relación jurídico procesal, señalado unánimemente por la doctrina como punto de arranque de la moderna ciencia procesal, los autores se preocupan sobre todo de diferenciar el proceso del Derecho privado, alejando lo más posible ambos conceptos”⁽¹⁹⁾.

La situación anteriormente descrita puso un especial énfasis en el desarrollo y estudio de institutos procesales olvidando la esencia y finalidad última del proceso: la

(17) PRIORI POSADA, Giovanni. *Litigación estratégica. Hacia una efectiva tutela jurisdiccional del medio ambiente* (por publicarse).

(18) RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho y proceso*. Barcelona: Bosch, 1978. pp. 61-62.

(19) *Ibid.*; p. 28.

de ser un mecanismo para la protección jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales a través de la aplicación del derecho objetivo al caso concreto. Dicha situación supuso un desarrollo de la disciplina procesal absolutamente divorciada de los cambios y modificaciones de las situaciones jurídicas materiales, las que especialmente se dieron en la segunda post-guerra.

Con ello tuvimos un Derecho Procesal que evolucionó divorciado de las instituciones materiales; sin observarlas y sin preocuparse por ellas. De esta manera, el Derecho Procesal se divorció de su propia finalidad y esencia, de su propia razón de ser, cual es la de brindar a las personas un medio adecuado para la protección de sus situaciones jurídicas.

Se olvidó de esta manera que el proceso surge ante la necesidad de brindar tutela jurisdiccional a las situaciones jurídicas materiales cuando éstas se vean lesionadas o amenazadas y que el proceso sólo justifica su existencia en la medida que el mismo responda de manera adecuada a esa lesión o amenaza de lesión. Se olvidó que la “tutela jurisdiccional debe partir de la realidad sustancial y a la realidad sustancial debe tornar”⁽²⁰⁾. Se pensó que el Derecho Procesal y el Derecho material podían separarse, divorciarse, en aras de una desesperada proclamación de la autonomía del Derecho Procesal, como si esta tan ansiada autonomía fuera incongruente con la necesaria relación que debe existir entre el Derecho Procesal y el Derecho material, relación que está dada por una situación de instrumentalidad del primero respecto del segundo. Lo expuesto ya había sido manifestado hace varios años por el ilustre profesor italiano Salvatore Pugliatti, para quien, “(e)s tal estrecho el nexo entre el aspecto sustancial y aquél formal (procesal) del derecho, que se puede decir indisoluble, tanto que no se puede concebir un derecho sustancial sin el derecho procesal, y viceversa, y esta relación de correlativa reciprocidad no compromete, en nada, la autonomía sistemática del derecho procesal frente al derecho sustancial (...)”⁽²¹⁾.

Otro profesor italiano, Andrea Proto Pisani, explica la situación comentada de la siguiente manera: “(l)a afirmación de la autonomía del derecho de acción respecto del Derecho sustantivo, el carácter publicista del proceso y de la jurisdicción como actuación del Derecho objetivo, antes que de tutela de los derechos subjetivos, ciertamente había tenido el mérito de abrir el camino científico del procedimiento jurisdiccional entendido como conjunto de poderes, deberes y facultades procesales, tanto de las partes como del juez, y no sólo como un conjunto de formas y términos, pero que también determinó el inicio de un peligroso divorcio entre el estudio del derecho sustantivo y el del proceso, como si el derecho sustantivo pudiera sostener su esencia sin la concurrencia de instrumentos procesales de tutela, y como si el proceso no tuviera que adecuarse de manera continua a las necesidades de tutela de los derechos sustantivos particulares”⁽²²⁾.

En sede nacional también ha sido expresada esta preocupación en los siguientes términos: “(...) la necesidad de separar al proceso de los derechos materiales -en donde fue cobijado tradicionalmente como una expresión más de cada derecho-, determinó que se construyera una disciplina (la procesal) totalmente autónoma, en el sentido de desarrollarse de manera independiente respecto de los derechos materiales a los cuales debía de servir de instrumento. Es decir, la urgencia de autonomía ha sido llevada a extremo, al punto tal que se ha construido un sistema procesal que se perfecciona a sí mismo sin que fuera trascendente establecer una relación entre sus rasgos y la naturaleza y fines de los derechos materiales respecto de los cuales sólo es un instrumento para lograr su eficacia”⁽²³⁾.

La situación antes descrita ha comenzado a sufrir un cambio radical, pues la doctrina procesal de fines del siglo XX comenzó a buscar una reconciliación entre el desarrollo de los institutos procesales y la tutela de las situaciones jurídicas materiales a través de la noción de “tutela jurisdiccional efectiva”, sin abandonar, claro está, uno de los más grandes logros de la disciplina

(20) Traducción libre de: “*l'attività giurisdizionale deve partire dalla realtà sostanziale ed alla realtà sostanziale deve tornare*”. LUISO, Francesco. Op. cit.: p. 5.

(21) Traducción libre de: “*E' tal stretto il nexo tra l'aspetto sostanziale e quello formale (processuale) del diritto, che si può dire indisolubile, sí che non si può concepire un diritto sostanziale senza il diritto processuale, e viceversa, e questo rapporto di correlativa reciprocità non compromete tuttavia l'autonomia sistemática del diritto processuale di fronte a quello sostanziale (...)*”. PUGLIATTI, Salvatore. Op. cit.: pp. 2-3.

(22) PROTO PISANI, Andrea. *Derecho Procesal Civil en Italia*. En: SOBERANTES FERNÁNDEZ, José Luis. *Tendencias actuales del Derecho*. 2da. edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 34.

(23) MONROY GÁLVEZ, Juan y Juan José MONROY PALACIOS. *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Número IV. p. 163. En el mismo sentido: MONROY PALACIOS, Juan José. *Panorama actual de la justicia civil: Una mirada general desde el proceso*. En: *Themis. Revista Derecho*. Número 43. 2001. pp. 165-168.

procesal: la concepción del derecho de acción como derecho autónomo y, si no perdemos la real dimensión de las cosas, como abstracto.

4. La efectividad del ordenamiento jurídico como manifestación de su legitimidad.

Hemos señalado que la sociedad se dicta normas con la finalidad de asegurar a las personas la satisfacción pacífica de sus diversas necesidades otorgando, para ello, diversas situaciones jurídicas a los particulares en función de una elección entre los dos intereses en conflicto, que concluye con la opción de tutelar uno de ellos. Con ello, en las referidas normas se establece un criterio de distribución en la sociedad de los diversos bienes, el mismo que está en la base de la solución justa de los diversos conflictos.

Pero hemos señalado también que es común que los particulares no cumplan espontáneamente con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, lo que determinaría que las situaciones jurídicas de los particulares reconocidas por el Derecho objetivo no encuentren una efectiva tutela, poniendo con ello en riesgo la propia convivencia social pacífica y justa.

Aquí surge la noción del principio de efectividad del ordenamiento jurídico⁽²⁴⁾, como un elemento que justifica su propia existencia y razón de ser y que, al mismo tiempo, lo legitima.

Para entender lo que se entiende por principio de efectividad del ordenamiento se hace preciso recurrir a uno de sus principales cultores, el célebre jurista Hans Kelsen, para quien "(1)a validez de un ordenamiento jurídico, que regula el comportamiento de determinados hombres, se encuentra con una segura relación de dependencia con el hecho que el comportamiento real de estos hombres corresponde al ordenamiento jurídico o también, como se suele decir, a su eficacia"⁽²⁵⁾. Sigue Kelsen señalando lo siguiente: "(e)l ser eficaz⁽²⁶⁾ un

(…) el derecho procesal se divorció de su propia finalidad y esencia, de su propia razón de ser, cual es la de brindar a las personas un medio adecuado para la protección de sus situaciones jurídicas

ordenamiento jurídico, en rigor, significa solamente que la conducta de los hombres se conforma al mismo"⁽²⁷⁾.

De esta manera, un ordenamiento jurídico sólo será efectivo en la medida que los hombres adecuen su conducta a lo establecido por él, es decir, en la medida que lo establecido por el ordenamiento jurídico sea cumplido en la realidad⁽²⁸⁾. Es la conducta de los sujetos la que determina o no la efectividad del ordenamiento jurídico. Lo expuesto nos anuncia ya, algo en lo que no nos detendremos pero que creemos importante señalar: mientras mayor consenso tengan las normas previstas en un ordenamiento jurídico, mayor será la posibilidad de que los sujetos adecuen su conducta al mismo, pues los sujetos reconocerán con su libre conducta la vigencia de un ordenamiento jurídico, sin embargo, si no es así, el ordenamiento jurídico será una cadena que dificultará el actuar de los individuos, pues para adecuarse a él, el individuo no actuará libremente, sino obligado por la fuerza del Estado.

Por ello, se establece que el principio de efectividad es el criterio de legitimación del propio ordenamiento jurídico. Así, "un ordenamiento jurídico es legítimo en su complejidad, cuando es efectivo, es decir, cuando la mayor parte de sus reglas son observadas, la mayor parte de las veces, por la mayor parte de sus destinatarios

(24) Cabe precisar, sin embargo, que el principio de efectividad del ordenamiento jurídico tiene su origen en el Derecho Internacional, de acuerdo a lo sostenido por reconocida doctrina. Así, véase: PIOVANE, Pietro. *Voz: Effettività (principio di)*. En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIV. Milán: Giuffrè, 1965. pp. 420-431. Asimismo: BOBBIO, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. 1era. edición. 7ma. reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. pp. 124-127. Sin embargo, el mismo Piovane sostiene lo siguiente: "la misma formulación del principio de efectividad, como se presenta en los tratados más autorizados, no limita el radio de acción de este principio al derecho internacional". Traducción libre de: "*la stessa formulazione del principio de effettività, quali si presenta nella trattazione più consapevoli, non limita il raggio d'azione di questo principio al diritto internazionale*".

(25) KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. Turín, 1956. p. 77. Citado por: PIOVANE, Pietro. Op. cit.; p. 426.

(26) Si bien la palabra utilizada por Kelsen en la traducción al italiano es "eficacia", la palabra más adecuada para referirse al fenómeno descrito es "efectividad", y es así como se ha difundido este fenómeno tanto en lengua inglesa como en la italiana; precisamente para diferenciarlo del fenómeno de la eficacia jurídica. Para esta explicación terminológica, recomendamos la lectura de PIOVANE, Pietro. Op. cit.; 420.

(27) KELSEN, Hans. *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milán, 1952. p. 24. Citado por: PIOVANE, Pietro. Op. cit.; 426.

(28) BIANCA, Massimo. *Diritto civile. La norma giuridica e i soggetti*. Milán: Giuffrè, 1990. pp. 26-27.

(...) la efectividad es el principio de legitimación del sistema (...) el principio de efectividad (...) es la condición necesaria para la legitimación de un sistema jurídico⁽²⁹⁾.

Si no son cumplidas las reglas establecidas por un ordenamiento jurídico el mismo pierde su razón de ser. Por ello, se hace preciso que se diseñen efectivos mecanismos que garanticen la efectividad de un ordenamiento jurídico, pues sólo así serán efectivas las situaciones jurídicas de los particulares⁽³⁰⁾ garantizando con ello la paz social en justicia.

5. Una reafirmación necesaria: la instrumentalidad del proceso.

Para lograr todo lo anteriormente expuesto, se hace preciso que el ordenamiento jurídico dote a los sujetos de un instrumento adecuado para ello y este instrumento es el proceso. Nótese que si nos encontrásemos en una sociedad en la que todos los individuos cumplen con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico no sería necesario el proceso, pues los fines del ordenamiento jurídico, las satisfacción de los intereses de los particulares y la paz social en justicia se habrían logrado sin más; sin requerirse ningún medio adicional para ello. Asimismo, si en una sociedad se admitiese la autotutela o autodefensa como un medio legítimo de hacer valer todas las situaciones jurídicas de los particulares, el proceso no sería necesario, pero es dudoso que la paz social en justicia se logre. Por ello, la noción de proceso se justifica en la medida en que vivimos en una sociedad en la que los sujetos con mucha frecuencia no cumplen con las disposiciones del derecho objetivo, y en la que se ha prohibido el recurso a la autotutela. El carácter instrumental del proceso es por ello innegable.

Él es un recorrido necesario para lograr la satisfacción de los intereses de los particulares y la paz social en justicia. O, si se quiere, el proceso es un instrumento del que se vale el ordenamiento jurídico para hacer que las situaciones jurídicas de los sujetos sean efectivas y la paz social en justicia se logre.

La doctrina enseña que “(e)llo revela que el verdadero alcance del proceso es servir de instrumento

para el ejercicio de la acción y la jurisdicción, para el enjuiciamiento, en suma, para el juicio. Carácter instrumental que no significa contingencia, sino por el contrario necesidad inmanente para el juicio; ni tampoco quiere decir accesoriedad, precariedad, sino sólo que el proceso no es un fin en sí mismo. Es precisamente a través del proceso como, según ponen de relieve los autores de diversa forma, se tutela el orden jurídico general, se actúa la voluntad concreta de la ley, se realiza un conjunto de valores, cómo se interpretan las normas sustanciales con validez intersubjetiva, cómo se logra la satisfacción jurídica, cómo se determina, en definitiva, el derecho irrevocablemente en el caso concreto⁽³¹⁾.

Pero el proceso no es un mero instrumento, sino que además es un instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional, pues sin él, la función jurisdiccional no puede desplegarse. El proceso es, pues, un instrumento necesario para que la tutela jurisdiccional pueda prestarse⁽³²⁾.

En otra cosa no consiste la esencia misma del proceso: en ser un instrumento de la efectividad del ordenamiento jurídico, de las situaciones jurídicas de los particulares, y de la paz social en justicia. Olvidar esa esencia es dejar de lado la propia razón de ser del proceso y desnaturalizar su existencia. Sería vaciar de contenido al proceso mismo. Reafirmar la instrumentalidad del proceso es llenar de contenido a dicho instituto, darle un sentido a su existencia y encontrarle una justificación y una tarea dentro del ordenamiento jurídico: servir de medio de tutela.

6. La tutela jurisdiccional.

Podríamos decir que la noción de “tutela” puede ser entendida como la protección que viene ofrecida a un determinado interés ante una situación en la cual el mismo sea lesionado o insatisfecho⁽³³⁾. Por ello, cada vez que se reflexione sobre la tutela debemos necesariamente reflexionar sobre los diversos medios que el ordenamiento jurídico prevé en el caso de la lesión o amenaza de lesión de una situación jurídica⁽³⁴⁾ y la forma de tutela de las situaciones jurídicas por excelencia es la tutela jurisdiccional, la misma que se

(29) Traducción libre de: “un ordinamento giuridico é legittimo nel suo complesso quando é effettivo, cioè quando la maggior parte delle sue regole sono osservate il più delle volte dalla maggior parte dei loro destinatari (...) la effettività é il principio de legittimazione del sistema (...) principio di effettività é la condizione necessaria per la legittimazione del sistema giuridico (...)”. BOBBIO, Norberto. *Voz: Fatto normativo*. En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XVI. Milán: Giuffrè, 1967. pp. 994-995.

(30) DI MAJO, Adolfo. *Voz: Tutela (diritto privato)*. En: *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè. p. 361.

(31) RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho y proceso...*; pp. 46-47. En el mismo sentido: ASCENCIO MELLADO. *Op. cit.*; pp. 22-23.

(32) VALENCIA MIRÓN, Antonio José. *Introducción al Derecho Procesal*. Granada: Comares, 2000. p. 350.

(33) DI MAJO, Adolfo. *Op. cit.*; p. 360.

(34) *Ibid.*; p. 361.

lleva a cabo a través del proceso. De esta forma, la tutela jurisdiccional hará que la tutela prevista por el ordenamiento jurídico a los diversos intereses, sea efectiva.

La doctrina explica de la siguiente manera la relación existente entre tutela jurídica y tutela jurisdiccional: "(l) a tutela jurídica que concede la norma sustancial consiste en el reconocimiento de derechos, con su haz de facultades y deberes correlativos, atribuyéndoles la protección jurídica necesaria para que se pueda afirmar que son derechos, mientras que la tutela jurisdiccional hace referencia a la función estatal desempeñada por Jueces y Tribunales cuyo cometido es actuar el derecho objetivo, aplicando, en su caso, las sanciones expresas o implícitamente establecidas en éste para el caso de la violación de la norma jurídica. En un primer momento, la tutela jurídica comporta la creación de un derecho subjetivo y, en un segundo momento, este derecho subjetivo puede ser protegido mediante la tutela jurisdiccional"⁽³⁵⁾.

De esta manera, el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales brinda aquella protección que no ha sido lograda por la espontánea conducta de los sujetos. Así, si bien antes del proceso el derecho se encuentra amenazado, vulnerado o lesionado, luego del proceso se pretende que dicho derecho se encuentre protegido pues el Estado pone de sí toda la fuerza que él detenta para que dicho derecho sea respetado incluso, contra la voluntad de algunos particulares⁽³⁶⁾.

Y es que precisamente la tutela jurisdiccional que se brinda a través del proceso opera cuando la protección del ordenamiento jurídico no ha operado por medio de la colaboración de los privados; así: "(...) la función del proceso es siempre la de constituir un remedio a la carencia de cooperación que se verifica en las relaciones entre los privados. Y sólo donde dicha cooperación no se dé, se evidencia la necesidad de tutela jurisdiccional"⁽³⁷⁾.

No es posible pues afirmar un absoluto divorcio y separación entre el proceso y las situaciones jurídicas materiales. En efecto, "(...) la inescindibilidad del proceso con el derecho material significa, entonces, que la efectividad de éste depende de aquél en la medida

que la función jurisdiccional adopta distintas formas procesales, se diversifica en una pluralidad de procesos destinados a proporcionar la tutela jurisdiccional adecuada al correspondiente derecho material"⁽³⁸⁾.

En eso consiste la tutela jurisdiccional, y ésta cumple también un rol en la efectividad del ordenamiento jurídico, pues una de las manifestaciones de dicho principio es precisamente el otorgar una efectiva protección a las situaciones jurídicas de los particulares⁽³⁹⁾. La trascendencia de esta necesidad, es decir, de lograr una protección efectiva de las situaciones jurídicas de los particulares está en la base misma de un Estado constitucional y está en el mismo fundamento de un Estado democrático, por ello, el propio ordenamiento reconoce en los particulares, como uno de sus derechos más esenciales y fundamentales, el contar con una tutela jurisdiccional efectiva.

7. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en Derecho con posibilidad de ejecución.

7.1. La efectividad como rasgo esencial del derecho.

La efectividad de la tutela jurisdiccional sin duda constituye el rasgo esencial de este derecho, de forma tal que una "tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela"⁽⁴⁰⁾. Es por ello que "el sistema procesal trata de asegurar que el juicio cumpla el fin para el que está previsto"⁽⁴¹⁾.

La efectividad de la tutela jurisdiccional puede ser entendida en dos sentidos.

Según el primero de ellos, todas y cada una de las garantías que forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva deben tener una real y verdadera

(35) VALENCIA MIRÓN, Antonio José. Op. cit.; p. 5.

(36) FAZZALARI, Elio. *Voz: Tutela giurisdizionale*. En: *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffé. p. 404.

(37) Traducción libre de: "(...) la funzione del processo è pur sempre quella di costituire un rimedio a la carenza di cooperazione che si verifica nei rapporti interprivati. E, solo ove tale cooperazione venga meno, si evidenzia il bisogno di tutela giurisdizionale". DI MAJO, Adolfo. Op. cit.; p. 362.

(38) VALENCIA MIRÓN, Antonio José. Op. cit.; p. 350.

(39) DI MAJO, Adolfo. Op. cit.; p. 361; y, FAZZALARI, Elio. *Voz: Tutela giurisdizionale...*; p. 403.

(40) CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Bosch: Barcelona. 1994. p. 276.

(41) RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El sistema procesal...*; p. 68.

existencia. Por ello, la doctrina sostiene que: “(...) efectividad quiere decir que el ciudadano tenga acceso real y no formal o teórico a la jurisdicción, al proceso y al recurso; que pueda defenderse real y no retóricamente, que no se le impongan impedimentos irrazonables a ello. Efectividad quiere decir que la persona afectada por un juicio sea llamada al mismo, efectividad quiere decir que no se hurte al ciudadano una resolución al amparo de formalismos exagerados; efectividad quiere decir que la resolución decida realmente el problema planteado (...)”⁽⁴²⁾.

Según el segundo sentido para entender la efectividad, ésta tiene que ver con la real y verdadera tutela que debe brindar el proceso a las situaciones jurídicas materiales amenazadas o lesionadas. Es decir, en este segundo sentido la tutela jurisdiccional efectiva tiene que ver directamente con el hecho que el proceso debe cumplir la finalidad a la que está llamado a cumplir. De esta manera, “es indispensable que la tutela jurisdiccional -de los derechos y de los intereses- sea efectiva. No toda forma de tutela satisface el precepto constitucional; su actuación exige que el juez disponga de los instrumentos y de los poderes para hacer conseguir al interesado el bien de la vida (la utilidad) que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza. El principio de efectividad se vincula, entonces, a una concepción entre el derecho sustancial y procesal, porque la tutela jurisdiccional es indispensable para la actuación del derecho sustancial. El simple reconocimiento de una posición jurídica no es suficiente: la tutela jurisdiccional debe garantizarle su actuación”⁽⁴³⁾. De esta manera, un diseño de tutela jurisdiccional inadecuado provocaría la insatisfacción del derecho material, es decir, su vulneración. En otras palabras una tutela jurisdiccional no efectiva provoca la ineficacia de la situación jurídica sustancial⁽⁴⁴⁾.

De esta manera, la efectividad de la tutela jurisdiccional tiene que ver con la instrumentalidad misma del proceso, es decir, con la función que debe

cumplir éste en el ordenamiento jurídico. En efecto, “el derecho procesal cumple una función instrumental esencial: (...) debe permitir que los derechos e intereses legítimos, garantizados por el derecho sustancial, sean tutelados y satisfechos. El principio de efectividad, en esa perspectiva, constituye un aspecto de la visión más general de la efectividad del ordenamiento jurídico, y en consecuencia es justificada la afirmación según la cual el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra dentro de los principios supremos del ordenamiento, en estrecha relación con el principio de democracia”⁽⁴⁵⁾.

Con ello, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el acceso de los ciudadanos al proceso, ni en que el proceso sea llevado con todas y las más absolutas garantías previstas para su desarrollo; sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva va más allá de ello, y alcanza hasta la satisfacción plena de la situación jurídica material lesionada o amenazada en todos aquellos casos, claro está, en que se ampare la pretensión del demandante. Por ello, Francisco Chamorro⁽⁴⁶⁾ sostiene que se puede hablar de cuatro grados de efectividad:

a) La efectividad de primer grado garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. Queda claro entonces que la tutela jurisdiccional efectiva no se agota en el mero acceso y en el proceso debido; sino que se requiere además una respuesta del órgano jurisdiccional.

b) La efectividad de segundo grado garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado. Sin embargo, esto no quiere decir que este derecho garantice a los ciudadanos un tipo especial de respuesta jurisdiccional, sino sólo que se resuelva el problema planteado independientemente de la respuesta que se dé, siempre que, claro está, dicha solución sea razonable y esté en armonía con el ordenamiento jurídico.

(42) CHAMORRO BERNAL, Francisco. Op. cit.; p. 276.

(43) Traducción libre de: “(...) *è indispensabile che la tutela giurisdizionale -dei diritti e degli interessi- sia effettiva. Non ogni forma di tutela soddisfa il precetto costituzionale, la sua attuazione esige che il giudice disponga degli strumenti e dei poteri per far conseguire all'interessato il bene della vita (l'utilità) che l'ordinamento riconosce e garantisce. Il principio di effettività si ricollega, dunque, ad una connessione unitaria dei rapporti tra diritto sostanziale e processuale, perché la tutela giurisdizionale è indispensabile per l'attuazione del diritto sostanziale. Il semplice riconoscimento di una posizione soggettiva non è sufficiente: la tutela giurisdizionale deve garantirne l'attuazione*”. SICA, Marco. *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti di urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*. Milán: Giuffrè, 1991. p. 6.

(44) CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Milán: Giuffrè, 1976. p. 6.

(45) SICA, Marco. Op. cit.; pp. 6-7. Traducción libre del texto: “*Il diritto processuale riveste una funzione strumentale essenziale: (...) deve consentire che i diritti e gli interessi legittimi, garantiti dal diritto sostanziale, siano tutelati e soddisfatti. Il principio di effettività, in questa prospettiva, costituisce un aspetto del più generale profilo dell'effettività dell'ordinamento giuridico; è quindi giustificata la affermazione che il diritto alla tutela giurisdizionale rientra tra i principi supremi dell'ordinamento in stretta connessione col principio di democrazia*”.

(46) CHAMORRO BERNAL, Francisco. Op. cit.; p. 277-279.

c) La efectividad de tercer grado garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.

d) La efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada.

La efectividad de la tutela jurisdiccional, entonces, no sólo reclama que todas y cada una de las garantías que forman parte de dicho derecho sean respetadas en el proceso en concreto, sino además, reclama que el proceso sea el instrumento adecuado para brindar una tutela real a las situaciones jurídicas materiales.

7.2. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental.

Si consideramos, como lo hemos hecho, que la justicia y la paz social son aspiraciones valiosas para un hombre y para su comunidad, y aceptamos que el derecho y su aplicación efectiva respecto de todos y cada uno de los individuos, son el mejor medio que está a nuestro alcance para lograr esos fines⁽⁴⁷⁾, debemos concluir que resulta fundamental que se le reconozca al ciudadano el derecho de alcanzar esos fines de manera efectiva. De esta manera, “el derecho a la justicia (...) es un derecho que los hombres tienen por el solo hecho de ser hombres”⁽⁴⁸⁾.

El reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho fundamental ha determinado que dicho derecho haya sido elevado a la jerarquía de derecho constitucional, con todas las consecuencias que ello supone:

a) Tiene una doble naturaleza, pues por un lado desarrolla una función en el plano subjetivo actuando como garantía del individuo; y por otro, desarrolla una función en el plano objetivo, asumiendo una dimensión institucional al constituir uno de los presupuestos indispensables de un Estado Constitucional⁽⁴⁹⁾.

b) Es un derecho que vincula a todos los poderes públicos, siendo el Estado el primer llamado a respetar este derecho⁽⁵⁰⁾. Con ello, cualquier acto del Estado

expedido por cualquiera de sus órganos que lesione o amenace este derecho es un acto inconstitucional.

c) No se requiere la existencia de una norma legal para que dicho derecho sea exigible ante los órganos jurisdiccionales⁽⁵¹⁾.

d) Todo juez está obligado a inaplicar cualquier disposición legal o de rango inferior a la ley que lesione o amenace el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

e) Toda norma del ordenamiento jurídico debe ser interpretada conforme al contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De esta manera, cada vez que un órgano jurisdiccional deba interpretar o aplicar una norma procesal debe hacerlo a la luz del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

f) Existe la posibilidad de interponer una demanda de amparo contra cualquier acto que lesione o amenace el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

h) El Poder Legislativo está obligado a respetar este derecho constitucional en su tarea de producción normativa⁽⁵²⁾.

Sin perjuicio de todo lo expuesto anteriormente, la configuración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho constitucional en el ordenamiento jurídico peruano es incuestionable debido a su expreso reconocimiento en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993, conforme al cual:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”.

Dejando de lado la grave omisión del constituyente del rasgo de la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional, la misma que puede excusarse si admitimos que una tutela jurisdiccional que no es efectiva no es en realidad una verdadera tutela; el constituyente peruano nos enfrenta a un problema adicional, que es la relación que existe entre el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, asunto sobre el que ya se ha pronunciado un

(47) MORENO ORTIZ, Luis Javier. *Acceso a la justicia*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2000. p. 81; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: Ara, 2001. pp. 229-236; HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998. pp. 1-6.

(48) GONZALEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1989. p. 19-31.

(49) PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Ara, 2002. pp. 72-73; HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: PUCP, 1997. pp. 55-56; PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 25; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994. pp. 59-60; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. cit.; pp. 236-242.

(50) PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 25.

(51) Ibid.

(52) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. cit.; p. 243.

(53) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 5. Lima: PUCP, 1999. p. 49.

sector de la doctrina nacional, tema en el que nos detendremos a continuación. Sin embargo, creemos importante señalar que consideramos un importante avance el logrado por el texto constitucional de 1993 al haber consagrado de manera expresa el derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) como derecho constitucional, pues el mismo no se encontraba previsto en la Constitución Política de 1979. En efecto, los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva no se encontraban expresamente establecidos en la Constitución Política de 1979⁽⁵³⁾ y en el Proyecto de Constitución de 1993 sólo se encontraba expresamente reconocido el derecho al debido proceso. Sin embargo, el texto vigente fue el resultado de una aprobación con 53 votos a favor y 5 votos en contra⁽⁵⁴⁾ en el Congreso Constituyente Democrático.

7.3. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

7.3.1. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva en la doctrina nacional.

La inclusión en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993 de los derechos al debido

proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva ha generado una diversidad de posiciones en la doctrina nacional acerca de la relación entre ambos derechos constitucionales, muchas de las cuales son, incluso, anteriores al propio texto constitucional. En ese sentido, podemos identificar los siguientes grupos de posiciones en la doctrina nacional acerca de la relación que existe entre debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva:

a) El derecho al debido proceso es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Eguiguren Praeli⁽⁵⁵⁾, Monroy Gálvez⁽⁵⁶⁾, Ticona Postigo⁽⁵⁷⁾). Dentro de esta posición también nos hemos ubicado nosotros en un trabajo anterior⁽⁵⁸⁾.

b) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso se relacionan por un estricto orden secuencial, de forma que primero opera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y luego el debido proceso. Nótese que en esta tesis el debido proceso no es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como se sostiene en la tesis anterior (Espinosa-Saldaña⁽⁵⁹⁾, López Flores⁽⁶⁰⁾).

c) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso son, en sustancia, lo mismo (Quiroga León⁽⁶¹⁾, Rubio Correa⁽⁶²⁾).

(54) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *El centro del Debate Constitucional en 1993*. Tomo II. Lima: Congreso de la República, 2000. p. 467.

(55) "Puede considerarse que este derecho a una efectiva tutela judicial comprende tres aspectos: en primer lugar, un derecho de los justiciables de **acción y acceso real**, libre, amplio e irrestricto a la prestación jurisdiccional del órgano estatal competente; en segundo lugar, a que la atención de las pretensiones se desarrolle conforme a las reglas del **debido proceso**, es decir, según las normas vigentes y los estándares aceptados como necesarios para hacer posible la eficacia del derecho; y, en tercer lugar, a la **efectividad de la sentencia**, es decir, a que el proceso concluya en una resolución final, la misma que debe estar arreglada a derecho y dotada de un contenido mínimo de justicia, decisión ésta que debe ser susceptible de ser ejecutada con coercitividad". EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *La inexecución de sentencias por incumplimiento de entidades estatales. Algunas propuestas de solución*. En: *Ius et Veritas*. Número 18. p. 97.

(56) MONROY GÁLVEZ, Juan. Op. cit.; pp. 245-249. Para el profesor Monroy, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva puede ubicarse antes del proceso y durante el proceso, encontrándose en este último al debido proceso. Sin embargo, el profesor Monroy señala: "(e)n nuestra opinión, entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia sólo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero" (página 249).

(57) "(...) el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho genérico que, a su vez comprende tres derechos fundamentales específicos: de acción, de contradicción o defensa en general y derecho al debido proceso". TICONA POSTIGO, Víctor. Op. cit.; p. 61.

(58) PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley...*; p. 77.

(59) "Podríamos entonces decir, con cargo a un mayor análisis posterior, que si bien la tutela jurisdiccional efectiva implicaría por lo menos un acceso de todo justiciable a los tribunales judiciales tanto en el desarrollo del proceso judicial (incluida la ejecución de sentencias) como en el desenvolvimiento de los diferentes procedimientos administrativos y las relaciones entre los particulares deberán respetarse las garantías del debido proceso". ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular*. En: *Cuadernos Jurisdiccionales. Asociación No hay Derecho*. Lima: Ediciones Legales, 2000. p. 53 (nota 27).

(60) "Por consiguiente, podemos concluir que del análisis realizado en el derecho peruano (...) el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional se concibe como aquel que tiene todo sujeto de derechos -por el solo hecho de serlo- que lo habilita para exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional. Por consiguiente, una vez que ingresa al proceso para satisfacer su necesidad de justicia mediante la solución del conflicto intersubjetivo, el ciudadano requiere la protección de su derecho a contar con todas las herramientas inherentes al proceso judicial (observancia de las garantías mínimas), lo cual determinará la emisión de una solución justa por parte de quien debe resolver el conflicto. Esto último, en el derecho peruano, es lo que atañe al debido proceso y aquello que lo dota de contenido". LÓPEZ FLORES, Luciano. *La protección del derecho a la tutela jurisdiccional: flexibilizando dogmas, repensando estrategias desde la perspectiva del interés público*. En: *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos. Serie de Publicaciones Especiales*. Número 14. Santiago de Chile: Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2002. p. 157.

(61) "Por tutela jurisdiccional efectiva o debido proceso legal, se entiende, (...) la satisfacción efectiva de los fines del derecho en el proceso,

d) El reconocimiento del derecho al debido proceso hace innecesario reconocer el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues los elementos que configuran este derecho se encuentran dentro del primero. En ese sentido, como el derecho al debido proceso es un derecho de alcance mucho más general que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (pues el primero se aplica en todos los ámbitos mientras que el segundo sólo a los procesos judiciales) debe reconocerse sólo el derecho al debido proceso (Bustamante Alarcón⁽⁶³⁾).

La diversidad de opiniones en la doctrina nacional es evidente y es que el tema de marras no es sencillo, pues el origen de la dificultad de establecer las relaciones entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso radica precisamente en el origen de estos dos derechos fundamentales.

7.3.2. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

No pretendemos (ni podríamos dada la extensión del presente trabajo) realizar un exhaustivo estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano sobre las relaciones entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, sin embargo quisiéramos dedicarle sólo algunas líneas a este tema atendiendo fundamentalmente las últimas resoluciones del Tribunal Constitucional.

Una sentencia que nos parece emblemática es la expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente No. 615-1999-AA/TC en la cual se establece lo siguiente:

“En ese sentido, el Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan

irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley (*sic*), sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos, sin que so pretexto de cumplirlas, se propicie en realidad una burla a la majestad de la administración de la justicia en general y, en forma particular, a la que corresponde a la justicia constitucional”. Esta sentencia sin duda refleja la tesis doctrinaria según la cual el debido proceso forma parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

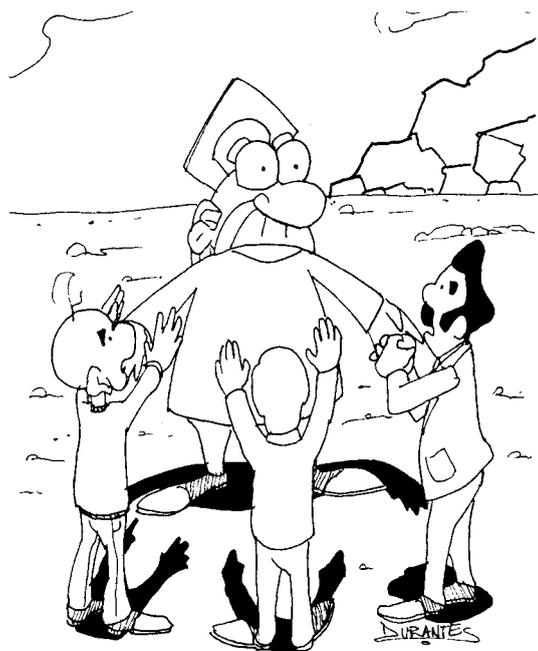
Una más reciente sentencia (20 de junio de 2002) es la expedida en el expediente No. 1230-2002-HC/TC (caso Tineo Cabrera) en la cual el Tribunal Constitucional establece algunas nociones importantes. La primera afirmación importante es aquella según la cual “(u)na interpretación desde la Constitución (...) no puede obviar que la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, si bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el *hábeas corpus*, el amparo o *hábeas data*, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”.

Resulta pues manifiesta la expresión de nuestro máximo intérprete de la Constitución de que los derechos necesitan ser efectivos y que para ello se requiere de la protección jurisdiccional de los mismos, de ahí que la Constitución haya reconocido el derecho a la “protección jurisdiccional de los derechos y

la realización de la paz social mediante la plena vigencia de las normas jurídicas (...) esto es, la misma idea que anima el origen y finalidad del proceso judicial jurisdiccional. De allí es que sin duda la doctrina procesal actual equipara plenamente los conceptos de tutela judicial efectiva en tanto tutela jurídica con su instrumento el proceso judicial, con el concepto anglosajón de debido proceso legal o *due process of law*”. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la administración de justicia*. En: *La constitución diez años después*. Lima: Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989. p. 303.

(62) “De manera que lo más razonable en vista de la cercanía de los dos conceptos, es decir que debido proceso y tutela jurisdiccional parecen ser en sustancia el mismo cuerpo de derechos que tiene dos nombres distintos por haber tenido dos tendencias distintas, tanto de naciones como de familias de derecho”. RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit.; p. 49.

(63) “(...) ciñéndonos estrictamente a la comprensión estadounidense (que dicho sea de paso corresponde al lugar donde el proceso justo ha alcanzado su mayor desarrollo), el reconocimiento del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso hace innecesario reconocer el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, por la sencilla razón de que los elementos de esta última están comprendidos dentro del primero”. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. cit.; p. 186.



libertades fundamentales” cuyo reconocimiento, como lo sostiene la propia sentencia “es consustancial al sistema democrático”. De esta manera, el Tribunal Constitucional entiende que “el reconocimiento de derechos fundamentales y el establecimiento de mecanismos para su protección constituyen el supuesto básico del funcionamiento del sistema democrático”.

Una primera interpretación de dicha sentencia podría llevarnos a concluir que el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades es sinónimo del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sin embargo, más adelante en la propia sentencia el Tribunal Constitucional sostiene “el concepto de ‘proceso regular’ (...) está inescindiblemente ligado al desarrollo normal y respeto escrupuloso de los derechos de naturaleza procesal: el de tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso y, con ellos, todos los derechos que lo conforman”. Luego, refiriéndose al caso que resolvía el Tribunal Constitucional manifiesta: “no puede decirse que el *hábeas corpus* sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en un proceso penal, cuando ella se haya expedido con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben observarse con toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido al derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades

fundamentales y, por otro, promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo”. En esta parte de la sentencia el Tribunal Constitucional reclama que tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como el debido proceso tengan, como cualquier otro derecho fundamental, un mecanismo de tutela o protección jurisdiccional, y esa es una manifestación más del derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

En lo personal creemos que existe un derecho a la tutela (o protección) jurisdiccional efectiva de todas las situaciones jurídicas de ventaja reconocidas por un ordenamiento jurídico; incluidas, claro está, todas las situaciones jurídicas de ventaja fundamentales o derechos fundamentales. Pero no existe un derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales distinto al derecho a la protección o tutela jurisdiccional de todos los demás derechos. Por ello, creemos que el uso que hace el Tribunal Constitucional de la expresión “derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales” podía haberse evitado haciendo uso de la expresión “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” que, además, se encuentra expresamente prevista en la Constitución. De esta manera, lo único que se está haciendo es contribuir a la complejidad del problema que ya había planteado la Constitución de 1993, pues a las referencias realizadas al “derecho al debido proceso” y a la “tutela jurisdiccional” que hace la Constitución, el Tribunal Constitucional agrega el “derecho a la protección jurisdiccional”; sin precisar claramente los contenidos de estos tres derechos.

Otra sentencia que podría ayudarnos a comprender lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la sentencia expedida el 3 de enero de 2003 en el proceso de inconstitucionalidad seguido contra los Decretos Leyes No. 25475, No. 25659, No. 25708, No. 25880 y No. 25744 (expediente No. 010-2002-AI/TC). En el numeral 10.1. de esta sentencia el Tribunal Constitucional vuelve a mencionar lo siguiente: “nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales. Un planteamiento en contrario conllevaría la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional o derecho de acceso a la justicia reconocido por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución”. Esta vez el Tribunal Constitucional usa como sinónimos el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de acceso a la justicia; y los

relaciona -aunque no de manera clara, al menos para el autor de este trabajo- con el derecho a la protección jurisdiccional.

Más adelante, en el numeral 10.4. de la misma sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que: “el artículo 8, numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la protección jurisdiccional de todos los individuos y, en consecuencia, nadie puede ser impedido de acceder a un tribunal de justicia para dilucidar si un acto, cualquiera sea el órgano estatal del que provenga, afecta o no sus derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Nuevamente pareciera aquí utilizarse indistintamente las nociones de protección jurisdiccional de los derechos y acceso a la justicia.

De esta manera, somos de la opinión que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano no ayuda en la tarea de aclarar los derechos contenidos en la Constitución.

7.3.3. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva: dos manifestaciones de tradiciones jurídicas diferentes.

El problema en el que se encuentran tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales para delinear las relaciones entre el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva radica en que ambos derechos tienen su origen en dos tradiciones jurídicas distintas.

En efecto, mientras el derecho al debido proceso tiene su origen en la tradición jurídica del *Common Law*⁽⁶⁴⁾, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene

su origen en la tradición jurídica romano-germánica; y esto es algo en lo que la doctrina nacional que se ha preocupado del tema está de acuerdo⁽⁶⁵⁾. Por eso, cualquier explicación de la relación de estos dos derechos debe partir teniendo en cuenta la diversidad de tradiciones jurídicas en las cuales surge cada uno de éstos.

De esta manera, a fin de comprender mejor las relaciones entre tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso, debemos partir de qué se entiende por tradición jurídica. Siguiendo a John Henry Merryman⁽⁶⁶⁾ la tradición jurídica es un complejo de comportamientos profundamente arraigados e históricamente condicionados sobre la naturaleza del derecho; el rol del derecho en la sociedad y en el ámbito político; la organización y funcionamiento de un sistema jurídico y sobre el modo en el que el derecho debe ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado; de forma tal que la tradición jurídica relaciona al sistema jurídico de un Estado con la cultura de la cual ella es una expresión parcial.

Ahora bien, dos de las tradiciones jurídicas más importantes que existen en el mundo son la romano-germánica y la anglosajona. Si bien son tradiciones jurídicas que en nuestra época están en constante diálogo y comunicación, las mismas tienen diferencias de origen, culturales y estructurales fundamentales. La primera de ellas tiene un origen mucho más antiguo, pues sus orígenes pueden remontarse hacia el año 450 a.C., fecha probable de la aparición de las XII Tablas en Roma; mientras que la segunda al año 1066 d.C., fecha en la cual los normandos conquistan Inglaterra⁽⁶⁷⁾. Mientras en la primera de ellas las fuentes del Derecho

(64) La fuente original del debido proceso se encuentra en la Carta Magna de 1215 expedida por el Rey Juan para reconocer una serie de derechos feudales en respuesta a las demandas de los barones de Runnymede (HOYOS, Arturo. Op. cit.; pp. 1-6). De esta forma, en el capítulo 39 se establecía: “(n)ingún hombre libre será detenido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado, ni en modo alguno arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él mediante el juicio de sus pares según la ley de la tierra” (BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. cit.; p. 182).

Como se ve ya en 1215 surge la idea, aun cuando todavía la denominación de “debido proceso”, la cual surge recién en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, según la cual: “(n)inguna persona será detenida para que responda por un delito capital o infamante por algún otro motivo, sin un auto de denuncia o acusación de un gran jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, cuando éstas estén en servicio efectivo en tiempos de guerra o de peligro público; ni por un mismo delito podrá someterse a una persona dos veces al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; ni podrá obligársele a nadie a testificar contra sí mismo en una causa penal; **ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal**; ni tampoco podrá tomarse la propiedad privada para uso público sin compensación”.

Posteriormente, se dicta la Sección 1 de la XIV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, según la cual: “(T)odas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a la jurisdicción de éstos, son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado en el cual residen. Ningún Estado podrá hacer o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos. Ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad sin el **debido proceso legal**, ni negarle la protección igual de las leyes dentro de su jurisdicción”.

(65) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. cit.; p. 185; RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit.; p. 49; ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. Op. cit.; p. 51.

(66) MERRYMAN, John Henry. *La tradizione di Civil Law nell'analisi di un giurista del Common Law*. Milán: Giuffrè, 1973. p. 9.

más importantes son formales (Constitución, ley, reglamento, y sólo en defecto de éstas la jurisprudencia, costumbre y principios generales); en la segunda las principales fuentes del Derecho son la jurisprudencia y la costumbre⁽⁶⁸⁾. Mientras en la segunda el desarrollo de la tradición jurídica radica en los jueces a través de la doctrina del *stare decisis*, en la primera el papel del juez no es tan difundido e importante como el que tiene la legislación formal o la doctrina⁽⁶⁹⁾. En efecto, mientras que la tradición jurídica del *Common Law* es una tradición jurídica de jueces, la romano-germánica es una tradición jurídica de doctrinarios y legisladores; de forma tal que, mientras en un caso el Derecho avanza con las decisiones jurisprudenciales, en el otro con los aportes doctrinarios que posteriormente son recogidos por las leyes⁽⁷⁰⁾. De ahí que la importancia de la ciencia jurídica en una tradición sea mayor que en la otra. No es ésta la sede para delinear una diferencia de las dos tradiciones jurídicas, ni es éste un trabajo de derecho comparado; sin embargo, la enumeración hecha demuestra la gran diferencia entre ambas concepciones.

Es precisamente en estas diferencias en las que sustenta también la diferencia entre el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, mientras que el debido proceso es un derecho que surge en una tradición donde el Derecho evoluciona con los jueces a partir de decisiones jurisprudenciales; el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho que surge en una tradición donde el Derecho evoluciona sobre la base de la doctrina.

En ese sentido, el profesor Rubio Correa afirma que: "(...) el debido proceso es una institución anglosajona que se comporta como anglosajona y que, por consiguiente, sólo puede ser definido y precisado por la propia ley y jurisprudencia que lo aplique creativamente"⁽⁷¹⁾. De la misma manera podemos decir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es una institución romano-germánica que se comporta como tal. De esta manera, mientras el debido proceso es una institución cuyo contenido será determinado por los jueces en su actividad jurisdiccional, es decir, es un

derecho cuyo contenido irá variando dependiendo de su aplicación al caso concreto; el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho cuyo contenido es elaborado por la doctrina sobre la base de la trascendencia y finalidad que cumple dicho derecho en todo el sistema jurídico, para luego, ser reconocido por el legislador y aplicado por los jueces. Mientras en un caso se espera que los jueces creen el contenido, en el otro se espera que los jueces lo apliquen y lo respeten (aunque, claro está, no sólo los jueces)⁽⁷²⁾.

Ahora bien, el Perú, como todo Latinoamérica, pertenece a la tradición romano-germánica. En ese sentido, si partimos de considerar que unos de los valores de nuestra sociedad son la justicia y la paz social, que para lograr ellos se reconoce una serie de derechos de las personas, que se hace preciso que ese reconocimiento no se agote en ello sino en lograr una verdadera efectividad, si una de las principales funciones del Estado es hacer que ese reconocimiento sea efectivo; entonces, se hace preciso reconocer el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Ese derecho que faculta a los particulares a exigir tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas de ventaja que se vean lesionadas o amenazadas. Por ello, la Constitución peruana ha reconocido el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Pero además, creemos que en la denominación del derecho está su real alcance y contenido: lograr una efectiva tutela jurisdiccional; alcance y contenido que no se logra extraer de la denominación "debido proceso", denominación que pone énfasis en el instrumento, antes que en la finalidad; que se preocupa del medio, antes que del resultado. Lo trascendente es que el medio se ha adecuado para alcanzar el resultado. No que el medio se respete sin importar el resultado. Creemos que el énfasis puesto en la propia designación del debido proceso está en el proceso mismo y no en la tutela que él brinda. La noción de tutela jurisdiccional responde más a esa necesidad de que el proceso cumpla realmente los fines a los que está llamado a cumplir. Pero no sólo ello, no podemos en un país como el Perú, esperar que el derecho a un debido proceso evolucione

(67) Ibid.: pp. 11 y 12.

(68) Ibid.: pp. 33-41.

(69) Ibid.: pp. 53-58.

(70) Ibid.: 85-91. De esta manera Merryman (página 86) afirma que: "*i professori e i teorici del diritto. Questi sono i veri protagonisti della tradizione di Civil Law: il diritto continentale è un diritto di professori*" (los profesores y los teóricos. Estos son los verdaderos protagonistas de la tradición del derecho civil: el derecho continental es un derecho de profesores). Más adelante sostiene (página 86): "*il diritto angloamericano continua ad essere un diritto di giudici*" (el derecho angloamericano continúa siendo un derecho de jueces).

(71) RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit.: p. 58.

(72) Con esto no pretendemos desconocer la importante labor que pueden cumplir los jueces en la creación del Derecho dentro de la tradición jurídica romano germánica; sino ser realistas a partir del hecho que en nuestra tradición jurídica el juez no tiene el rol más importante en la creación del Derecho.

y complete su contenido como lo hace en los Estados del *Common Law*, pues las realidades, culturas y comportamientos son distintos; porque el sistema jurídico todo se comporta diferente.

En ese sentido, incorporar una noción ajena a nuestra tradición jurídica puede generar serias distorsiones en nuestro sistema de justicia y en las garantías de los particulares frente a él. Esa distorsión, creemos, se demuestra en una reciente sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, al afirmar en el expediente No. 1941-2002-AA/TC que “el Tribunal Constitucional opina que no en todos los procedimientos administrativos se titulariza el derecho al debido proceso. Por ello, estima que su observancia no puede plantearse en términos abstractos, sino en función de la naturaleza del procedimiento que se trata, teniendo en cuenta el grado de afectación que su resultado -el acto administrativo- ocasione sobre los derechos e intereses del particular o administrado”. Sigue el Tribunal Constitucional señalando más adelante lo siguiente: “(e)n tal sentido la ratificación o no de magistrados a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, se encuentra en una situación muy singular. Dicha característica se deriva de la forma como se construye la decisión que se adopta en función de una convicción de conciencia y su expresión en un voto secreto y no deliberado, si bien esta decisión debe sustentarse en determinados criterios; sin embargo, no comporta la idea de una sanción sino sólo el retiro de la confianza en el ejercicio del cargo. Lo que significa que, forzosamente, se tenga que modular la aplicación -y titularidad- de todas las garantías que comprende el derecho al debido proceso, y reducirse ésta sólo a la posibilidad de audiencia”. De esta manera, el Tribunal Constitucional concluye: “(e)l establecimiento de un voto de confianza que se materializa a través de una decisión de conciencia por parte de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, sobre la base de determinados criterios que no requieran ser motivados, no es ciertamente una institución que se contraponga al Estado Constitucional de Derecho y los valores que ella persigue promover, pues en el derecho comparado existen instituciones como los jurados, que, pudiendo decidir sobre la libertad, la vida o el patrimonio de las personas, al momento de expresar su decisión, no expresan las razones que las justifican”.

De esta manera, compartimos la opinión de Montero Aroca sobre el particular, quien sostiene que “(l)o difícil es llegar a saber qué es realmente el ‘debido proceso’, pues, (...) la frase es bellísima retóricamente, pero que técnicamente no sólo no dice nada, sino que constituye la negación misma del proceso y de la ciencia procesal. En efecto, incluso en los Estados Unidos se admite que la expresión tiene un sentido flexible y de acomodación a los tiempos, en el que se introducen elementos jurídicos, pero también políticos, sociológicos, éticos y morales de contornos poco definidos, y ello hasta el extremo de que no se define positiva y de modo general lo que sea el debido proceso, sino que la jurisprudencia ha ido y sigue diciendo caso por caso que una determinada actividad o la falta de la misma en un proceso da lugar a la vulneración del derecho a un debido proceso”⁽⁷³⁾. De esta manera, en opinión de Montero Aroca la noción de “debido proceso” que surge en la Constitución de los Estados Unidos se debe a que el constituyente norteamericano desconocía los enunciados fundamentales de la ciencia procesal: “(e)l error de partida está en que no se tenía ni se tiene una noción clara de lo que es el proceso ni de los principios que lo conforman, pues si se hubiera tenido se habría comprendido que lo que el constituyente norteamericano pretendía era simplemente proclamar que ninguna persona podía ser privada de la vida, de la libertad o de la propiedad sino por medio del proceso, sin que la palabra debido añadida nada al derecho. No existen un proceso debido y otros indebidos; existe verdadero proceso, sin más, o no existe proceso”⁽⁷⁴⁾.

Finalmente sentencia el profesor español señalando: “(e)n muchos ambientes jurídicos de países de tradición jurídica continental se siente una ‘fascinación’ absurda por el sistema jurídico norteamericano. Este sistema puede ser adecuado en su medio, pero desde luego no tiene sentido pretender copiar lo que no puede adecuarse en sistemas jurídicos distintos”⁽⁷⁵⁾.

7.3.4. El debido proceso aplicable a todos los ámbitos.

Precisamente debido al desarrollo jurisprudencial que ha tenido en los Estados Unidos el derecho al debido proceso, la jurisprudencia fue ampliando su aplicación a ámbitos distintos al proceso

(73) MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Lima: ENMARCE, 1999. p. 155.

(74) *Ibid.*; p. 156.

(75) *Ibid.*; p. 157.

jurisdiccional, lo que ha determinado que sea mayor la complejidad que debe afrontar quien intenta definir dicho derecho. “Este es el momento oportuno para recordar la enorme complejidad de la institución del *due process of law* no sólo en los Estados Unidos sino en general en los países de tradición jurídica anglosajona, y la razón de dicha complejidad es que la institución se ha ido desarrollando a través del sistema de creación jurisprudencial del derecho a lo largo de más de siete siglos, con lo que en la actualidad su presencia es patente en todos los ámbitos relevantes del derecho y en relación a los bienes o derechos fundamentales de la persona, vida, libertad y propiedad”⁽⁷⁶⁾.

El desarrollo de la jurisprudencia de los Estados Unidos ha determinado pues que se afirme que el debido proceso no sólo debe ser respetado en procesos jurisdiccionales, sino en cualquier otro ámbito: procedimiento administrativo o procedimientos entre particulares, por ejemplo; noción que ha sido recogida incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽⁷⁷⁾.

En el Perú, esa es la principal razón por la que se sostiene que el reconocimiento del debido proceso hubiera sido suficiente en nuestro texto constitucional, sin que se reconozca el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva⁽⁷⁸⁾. Nosotros somos de la opinión que en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, los particulares tienen un sinnúmero de derechos que sólo son aplicables y oponibles en ella y ante ella. En eso consiste el complejo de derechos que forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, no se puede transportar todo ese complejo de derechos a ámbitos distintos al jurisdiccional, como al procedimiento administrativo o a procedimientos entre particulares, pues la naturaleza de éstos es sustancialmente distinta. Ello no quiere decir que en estos procedimientos no exista una serie de derechos que deben ser respetados por todos, como el derecho de defensa, a la prueba, etcétera; y que tienen naturaleza constitucional; sin embargo, existen otros que no pueden ser transportados a ámbitos distintos al jurisdiccional, como el derecho a la doble instancia, a la efectividad de las sentencias o a la cosa juzgada, para citar algunos ejemplos.

En ese sentido, si bien existen derechos constitucionales que deben ser respetados ineludiblemente por todos en el procedimiento administrativo y en procedimientos entre particulares, creemos que ese hecho no debe llevarnos a considerar que existe un gran derecho: el derecho al debido proceso que pueda enunciarse para todos los ámbitos de manera uniforme. Creemos que se debe reconocer constitucionalmente tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho a un “debido proceso o procedimiento”; sin que se tenga que tratar de mezclar ambos derechos, pues hacerlo significaría crear un artificio inconsistente en la medida que a la larga la confusión que se produce al intentar designar con un mismo nombre dos situaciones complejas distintas determina un gran peligro de que ninguno de esos dos derechos constitucionales tenga una efectiva vigencia. Repetimos, no dudamos, sino que reafirmamos que tanto en el procedimiento administrativo, como en procedimientos entre particulares, se deben respetar derechos fundamentales como la defensa; pero debemos tener mucho cuidado de no mezclar ni confundir fenómenos que, por naturaleza, son distintos.

De esta manera, dejar de lado o no reconocer el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sería retroceder años; sería dejar a los particulares en un inminente riesgo de que sus derechos y garantías no encuentren esa efectividad real que necesitan y que sólo se garantiza a través de la tutela jurisdiccional efectiva.

7.4. Contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Habiendo dejado claramente establecida nuestra posición acerca de la relación que existe entre derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso, corresponde ahora establecer cuál es el contenido de este derecho constitucional. Inicialmente debemos decir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de contenido complejo en la medida que está conformada por una serie de derechos que determinan su contenido. Esta serie de derechos sería como sigue: derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales, derecho a un proceso con las garantías mínimas, derecho a una resolución fundada en derecho y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales⁽⁷⁹⁾.

(76) ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Barcelona: Bosch, 1995. p. 228.

(77) HUERTA GUERRERO, Luis. *El debido proceso y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: tendencias actuales y posibilidades de aplicación por las defensorías del pueblo*. En: *Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo*. Número 3. Mayo 2001. p. 81.

(78) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. cit.; pp. 184 y ss. Marcial Rubio también considera que bastaba referirse al derecho al debido proceso, pero por razones distintas: RUBIO CORREA, Marcial. Op. cit.; p. 65.

A continuación, nos referiremos brevemente a cada uno de estos aspectos:

7.4.1. El derecho de acceso a la jurisdicción.

Si el Estado prohíbe a los particulares el recurso a la autotutela para que éstos puedan proteger sus intereses, es evidente que el Estado debe garantizar que los particulares puedan acceder a la función jurisdiccional para que a través del inicio de un proceso se pueda lograr una tutela a la situación jurídica de ventaja que ha sido amenazada o lesionada. Si no se permite este acceso o éste se restringe, entonces, ello sería lo mismo que admitir que el Estado no tiene ningún interés en tutelar determinado derecho.

La importancia del derecho de acceso a la jurisdicción para la efectiva tutela de las situaciones jurídicas de ventaja puede ser constatada con las palabras de Mauro Cappelletti, para quien “(e)n realidad, el derecho a un acceso efectivo se reconoce cada vez más como un derecho de importancia primordial entre los nuevos derechos individuales y sociales, ya que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva. 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”⁽⁸⁰⁾. La consideración de Cappelletti del derecho de acceso a la jurisdicción como el más fundamental de todos, parte de una consideración evidente: la única forma de garantizar la eficacia de las situaciones jurídicas es garantizando a las personas el libre e igualitario acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos. Si ello no se garantiza, las situaciones jurídicas serían una mera proclamación.

Para ello, el Estado debe procurar eliminar todas las barreras que limiten, restrinjan o impidan el libre e igualitario acceso a los órganos jurisdiccionales.

7.4.2. El derecho a un proceso con las mínimas garantías.

Este derecho a un proceso en el que se respeten las mínimas garantías, debe principalmente respetar el

derecho a un juez natural, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a la asistencia de letrado y el derecho de defensa.

El derecho al juez natural puede ser enunciado como el derecho que tienen los sujetos a que un proceso sea conocido por un tercero imparcial predeterminado por la ley.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas parte del supuesto que el proceso es un instrumento necesario para que se actúe la tutela jurisdiccional, pero dicha necesidad no puede convertir el proceso en un instrumento que desnaturalice a la propia tutela jurisdiccional, es decir, que la convierta en no efectiva. Por ello, el proceso debe durar un plazo razonable.

Es el derecho que tienen las personas a contar con un abogado que la asesore en su defensa durante el proceso.

El derecho de defensa es el derecho que tienen todas las partes a formular todas sus alegaciones y pruebas dentro de un proceso; a que sean tratadas con igualdad dentro de él; a que tengan conocimiento oportuno de las ocurrencias del proceso para que, en un tiempo razonable puedan preparar su defensa; el derecho a que se resuelva sobre aquello respecto de lo cual han tenido oportunidad de defenderse (congruencia); a que la sentencia afecte a quien ha participado del proceso; y a que puedan hacer uso de los recursos previstos por la ley.

7.4.3. El derecho a una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso.

Es el derecho que tienen las partes a que al término del proceso el órgano jurisdiccional expida una resolución que ponga fin al proceso y al conflicto, solucionando el problema que le ha sido planteado; resolución que debe ser motivada, racional, razonable y justa.

7.4.4. El derecho a la efectividad de las resoluciones.

Es el derecho que tienen las partes a que lo decidido por el órgano jurisdiccional sea cumplido. Para

(79) Debemos señalar, sin embargo, que en un trabajo anterior (PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley...*; pp. 77-91) habíamos manifestado que, a nuestro juicio, podía sostenerse que el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva podía ser explicado en base a tres momentos. Aunque, en sustancia la posición que expresamos esta vez se mantiene, sólo hemos variado la forma de explicar su contenido, al considerarla más adecuada y mucho más comprensiva de lo que realmente significa el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

(80) CAPPELLETTI, Mauro y Bryan GARTH. *El acceso a la justicia. La tendencia mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. pp. 12-13.

ello, se debe proveer al ciudadano de todos los medios adecuados para que se garantice la efectividad de las resoluciones judiciales: medidas cautelares.

8. La tutela diferenciada como manifestación de una efectiva tutela de las situaciones jurídicas materiales: una aproximación general.

No es ésta la sede para entrar a un estudio profundo ni detallado de tan importante tema. Por otro lado, la complejidad del mismo haría que sea irresponsable intentar dedicarnos a este tema sin la profundidad y espacio que lo merece; pero al mismo tiempo concluir este trabajo sin dedicarle unas palabras a este tema, aunque muy breves, significaría haber dejado inconclusa la tarea propuesta. Por ello, con el riesgo de pecar de irresponsables por intentar resumir en breves palabras todo este gran tema del Derecho Procesal contemporáneo, nos proponemos concluir con la tarea propuesta al inicio de estas líneas.

El instituto de la tutela diferenciada tiene que ver con la necesidad de que el proceso sirva a los fines para los que ha sido creado, para que la sociedad reconozca en el proceso la justicia que vivamente busca, para que el proceso sea un medio efectivo de protección de las situaciones jurídicas materiales.

De esta manera, se busca que el proceso responda con mayor eficacia a la exigencia de tutela que reclaman los ciudadanos, que sea cada vez más adecuado a las nuevas necesidades de tutela de las situaciones jurídicas materiales, se busca un medio de tutela distinto para cada situación particular.

De esta manera, podemos explicar el fenómeno de la tutela diferenciada en los términos esgrimidos por los profesores Monroy Gálvez y Monroy Palacios: “(p)recisamente una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad, determinó la necesidad de aumentar las previsiones tradicionales de tutela ordinaria así como de sus manifestaciones clásicas. Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su compromiso con hacer efectivos los distintos derechos materiales que, como ya se expresó, habían desarrollado otras manifestaciones que exigían fórmulas procesales más expeditivas, es cuando aparece la llamada **tutela jurisdiccional diferenciada**”⁽⁸¹⁾.

En este rubro de tutela diferenciada podemos ubicar a la tutela preventiva y a la tutela de urgencia.

Por tutela preventiva se puede entender la prestación jurisdiccional destinada a impedir la realización, continuación o repetición de un acto ilícito⁽⁸²⁾; permitiendo con ello que la tutela jurisdiccional opere antes que se produzca un ilícito con el propósito de evitarlo. Nótese cómo en este caso el Derecho Procesal brinda una respuesta adecuada a la situación jurídica sustancial, pues crea mecanismos para evitar que la lesión de la misma se produzca, lo que opera bajo la hipótesis de que una efectiva tutela de las situaciones jurídicas sustanciales es aquella que no sólo las protege frente a la lesión, sino también ante la amenaza de lesión. Con ello, se parte de la idea de por qué pensar que la tutela jurisdiccional deba actuar sólo después de haber sido lesionada una situación jurídica sustancial, y por qué no evitar que la lesión se produzca.

La tutela de urgencia “tiene por finalidad neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela del proceso”⁽⁸³⁾; de esta manera, se parte de la hipótesis que existen determinadas situaciones donde la providencia jurisdiccional debe actuar de manera inmediata, urgente, pues de no hacerlo la situación jurídica podría verse lesionada de manera irreparable; por ello, no puede esperarse llevar un largo proceso cognitivo para después de él, recién dictar una resolución sobre el tema de fondo; si la respuesta no se da hoy, la situación jurídica material no sería realmente protegida.

Esta formas de tutela tienen a su vez varias manifestaciones, sobre las cuales ya no nos podemos detener por razones de espacio. Lo trascendente es que todo lo expuesto parte de ver cómo el instrumento poco a poco se va adecuando a las situaciones materiales, pues finalmente para eso existe el proceso. Los mecanismos procesales ni las respuestas jurisdiccionales pueden considerarse como dogmas, como institutos inamovibles, sino que deben ir modificándose conforme las exigencias de tutela varíen. Y en eso consiste el tema que nos convoca.

9. A manera de conclusión.

En una sociedad en la que desesperadamente se busca justicia, los procesalistas cumplen una labor trascendental, pues un proceso inadecuado, largo, costoso, formalista, tedioso, inaccesible para los

(81) MONROY GÁLVEZ, Juan y Juan José MONROY PALACIOS. Op. cit.; p. 163.

(82) Ibid.

(83) Ibid.; p. 170.

particulares, es un proceso que no es adecuado a ese hambre de justicia que tiene nuestra sociedad latinoamericana. Sólo a partir de la reivindicación de los fines del proceso, de la reafirmación de su

instrumentalidad, del abandono de conceptos e instituciones tradicionales poco útiles y de una sincera mirada a la sociedad; el Derecho Procesal podrá cumplir con la sociedad a la cual se debe. 聖