



El paradigma constitucional del proceso civil. Bases teóricas^(*)

The constitutional paradigm of civil procedure. Theoretical bases

Christian Delgado Suárez^(**)

Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

“Alice: Would you tell me, please, which way I ought to go from here?

Cheshire Cat: That depends a good deal on where you want to get to.

Alice: I don't much care where.

Cheshire Cat: Then it doesn't much matter which way you go.

Alice: ... So long as I get anywhere

Cheshire Cat: Oh! You're sure to do that, if only you walk long enough.”

Lewis Carroll^(***)

Resumen: El presente ensayo ofrece una base teórica posible y verificable para afirmar lo que se denomina como el cuarto paradigma procesal, correspondiente a la perspectiva constitucional del proceso civil o a la constitucionalización del proceso civil, como superación de sus anteriores etapas clásica e instrumentalista. Para ello, a través del método interdisciplinario, la investigación se vale del derecho constitucional, de la interpretación jurídica y del derecho procesal para remodelar las bases teóricas del proceso civil y otorgarle un valor constitucionalizado a través del reconocimiento de los derechos fundamentales procesales como normas de directa aplicación conteniendo mandatos de optimización. Si de constitucionalizar el proceso civil se trata, el ensayo, entonces, no solo busca el tránsito seguro por el recuento de las así llamadas garantías procesales. Por el contrario, el método funcional o de utilidad aplicado al mismo impone que el aporte pase por reconocerle al juez del Estado Constitucional el deber de tutela judicial incluso de los mismos derechos procesales fundamentales frente al defecto o ausencia de reglas que debiesen implementar y densificar el principio de tutela jurisdiccional efectiva. Con esto se permitirá deconstruir y reconstruir conceptos como el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de acción, retirándoles el *slogan* de meras garantías que permiten el acceso a la jurisdicción, para endosarles el carácter de mandatos de optimización directamente ejecutados por los jueces. Se trata, entonces, de la tutela del proceso, en el proceso, por parte del juez.

Palabras clave: Tutela jurisdiccional efectiva - Derecho de acción - Eficacia directa - Derechos fundamentales - Paradigma constitucional del proceso - Derecho Procesal Civil - Perú

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 03 de abril de 2024 y su publicación fue aprobada el 07 de junio de 2024.

(**) Abogado por la Universidad de Lima (Lima, Perú). Máster en Derecho Procesal Civil por la Universidade Federal do Paraná. Máster en “Global Rule of Law and Constitutional Democracy” por la Università de Génova. Profesor en las maestrías de Derecho Procesal y Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Italiana de Estudiosos del Proceso Civil. Correo electrónico: cdelgados@pucp.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5629-8609>.

(***) Carrol, Lewis (1993). *Alice in Wonderland*. Wordsworth Editions, (pp. 89-90).



Abstract: This essay offers a feasible and verifiable theoretical basis for affirming what is called the fourth procedural paradigm, corresponding to the constitutional perspective of the civil procedure or the constitutionalization of it, as an overcoming of its previous classical and instrumentalist stages. To this end, through the interdisciplinary method, the research uses constitutional law, legal interpretation and procedural law to reshape the theoretical bases of the civil process and give it a constitutionalized value through the recognition of fundamental procedural rights as directly applicable norms containing optimization mandates. If it is a question of constitutionalizing the civil procedure, the essay, then, does not only seek the safe passage through the account of the so-called procedural guarantees. On the contrary, the functional or utility method applied to the same imposes that the contribution is to recognize the judge of the Constitutional State the duty of judicial protection even of the same fundamental procedural rights in the face of the defect or absence of rules that should implement and densify the principle of effective jurisdictional protection. This will make it possible to deconstruct and reconstruct concepts such as the fundamental right to effective judicial protection and the right of action, removing from them the slogan of mere guarantees that allow access to jurisdiction, to give them the character of optimization mandates directly executed by judges. It is, then, about the protection of the procedure, within the procedure, by the judge.

Keywords: Effective jurisdictional protection - Right of action - Direct effectiveness - Fundamental rights - Constitutional paradigm of the process - Civil Procedure - Peru

1. Introducción

No sería exagerado ni desubicado traer a colación el famoso diálogo entre *Alicia y el gato de Cheshire* para el ámbito del derecho y específicamente a los dominios del derecho procesal civil.

La vaguedad de este camino y el volátil destino al que aspiramos llegar, colocan al operador jurídico preocupado

con el proceso civil en un panorama como el retratado en ese diálogo de Lewis Carroll en la célebre obra *Alicia en el país de las maravillas*, es decir, en un pleno desconocimiento del camino que debemos tomar actualmente al momento de ver qué se esconde más allá del proceso civil clásicamente concebido, teorizado y legislado.

Si es que es verdad que el devenir histórico del proceso civil nos presentó tres etapas metodológicas o microparadigmas⁽¹⁾, actualmente es una exigencia que el procesalista reflexione y practique un *reality check* con el objetivo de descubrir los caminos que el proceso irá a recorrer en adelante sea en ámbitos doctrinarios, legislativos o jurisprudenciales. Nos referimos a un sincero cuestionamiento de dónde estamos y a dónde iremos⁽²⁾.

En lo que respecta al desarrollo de nuestra ciencia procesal, hemos sido testigos de las tres revoluciones científicas las que, sin duda alguna, impactaron en la forma de entender y construir el proceso civil. La lucha por la paternidad de la definición de estos tres momentos nos condujo a entenderlos como 'la evolución histórica del proceso, las etapas metodológicas del proceso' o como proponemos comprenderlos como los 'microparadigmas procesales', siguiendo la célebre teoría epistemológica de las revoluciones científicas de Tomas Kuhn⁽³⁾.

En efecto, cualquier estudioso u operador jurídico interesado en el proceso civil advertirá que estos tres microparadigmas se

- (1) Sobre los cambios paradigmáticos en las ciencias exactas e inclusive como modelo a ser adoptado en las ciencias sociales, véase "La estructura de las revoluciones científicas", de Thomas Samuel Kuhn (2006, p. 149).
- (2) Para un retrato de la situación actual y el futuro desarrollo del derecho y del proceso, véase "Globalización, derecho y proceso", de Juan Federico Monroy Gálvez (2009, p.193).
- (3) Entendiendo por paradigma una respuesta o realización científica que, durante un lapso, se revela como modelo para la solución de los problemas que esta ciencia enfrenta. Así, Tomas Kuhn alude a la cualidad de mutable de un 'paradigma' en el sentido de ser un modelo que trae una respuesta para un cierto problema durante un periodo de tiempo determinable. Si el proceso civil fue visitado por estos tres momentos metodológicos ya referidos, sincretismo, cientificismo e instrumentalismo, el hecho de haber trascendido el primero al segundo y éste al tercero, nos permite inferir que estos modelos – o soluciones razonables y científicas – evolucionan y mutan. Es esclarecedor el dictado de Kuhn al indicar que 'el surgimiento de teorías nuevas se ve usualmente precedido por un periodo de profunda inseguridad profesional debido a que exige una destrucción a gran escala de un paradigma anterior. Véase "La estructura de las revoluciones científicas", de Thomas Samuel Kuhn (2006, p. 152). Entendidas estas etapas del proceso como microparadigmas – con el objetivo de atomizar el término 'paradigma –, parece reveladora la idea de al ser métodos superados y a superarse, poder entenderlos como microparadigmas que continúan en constante evolución, antagonismo y re-invencción. De ahí que teorizamos la inauguración de este cuarto microparadigma, la perspectiva constitucional del proceso, emergiéndose como nuevo método o razón para entender el proceso civil. Este fundamento es tratado en "Efetividade processual e tutela preventiva dos direitos", de Christian Delgado (2013).



manifestaron de la siguiente forma⁽⁴⁾: i) en el sincretismo; ii) en la perspectiva científica del proceso o clasicismo procesal y; iii) en el instrumentalismo. Dentro de estos tres microparadigmas, el paradigma filosófico racionalista e iluminista de cuño pre y post-revolucionario fue el factor determinante que esbozó y decidió por nosotros el camino a seguir, así como el objetivo del proceso civil. Tal modelo teórico tuvo una ideología totalizadora y garante del *status quo* de los últimos siglos, puesto que no le bastó apenas definir el destino del proceso civil, sino, también, del derecho como unidad. Tal marca profunda – y, duradera – se refleja hoy como obstáculo del cual varios sistemas e inclusive doctrinas aún no consiguieron superar.

Entretanto, Mauro Cappelletti, timonel del movimiento mundial por el acceso a la justicia, llamó la atención de la comunidad jurídica para el hecho de que el proceso civil debería adecuarse y adaptarse de forma estrecha a la naturaleza particular de su objeto y finalidad, esto es, la propia naturaleza del derecho substancial y la finalidad de tutela de los institutos de este derecho material (1974, p. 5). Ahora bien, continuar pensando el proceso como mero rito y alabar el procedimiento por el procedimiento sin prestar atención a las necesidades sociales, retrataría al proceso como una ciencia que fagocita la pretensión de tutela del justiciable para adorar, cual paganos, una herramienta como si esta fuese a la vez el fin, negándose, así, la tutela jurisdiccional de los derechos.

A raíz de la nueva teorización realizada en Europa, específicamente en Italia, se aceptó como un intento de respuesta a las nuevas necesidades sociales, la interdependencia del derecho procesal con el derecho material. Es de tal forma que, por medio del instrumentalismo ofrecido al proceso, este obtuvo la ideología y técnicas con las que la post-modernidad, pregonada por Grossi⁽⁵⁾, influyó al proceso civil. Es un hecho a todas luces evidente que, durante los años de maduración del proceso civil, fuimos obligados a continuar estudiándolo como una ciencia exacta para, posteriormente, entender el instrumentalismo procesal y rescatar lo mejor

de estos dos movimientos. No obstante, el derecho procesal civil evolucionó para auto-atribuirse aspectos renovados y no contentarse simplemente con la tutela del derecho material sin mirar a la Constitución. Es por ello que en magníficas palabras de Calmon de Passos (2012), ni Cappelletti, Denti o Proto Pisani idealizaron estas soluciones instrumentalistas con miras a perpetuarlas (p. 68).

Con esas coordenadas trazadas⁽⁶⁾, fue necesario inaugurar un cuarto 'microparadigma'. La perspectiva constitucional del proceso se erigió como derivación del así llamado neoconstitucionalismo y de la necesidad de aplicar y entender el proceso civil bajo la óptica de la fuerza normativa de la Constitución y la eficacia de los derechos fundamentales procesales. De tal forma, ahora el proceso civil obtendría esta legitimidad para constituirse en una herramienta de protección de los valores incrustados en la Constitución y como instrumento protector y de concreción de los derechos fundamentales mediante la función jurisdiccional.

Esta investigación gira en torno al problema consistente en el estancamiento teórico y normativo respecto de la constitucionalización del proceso civil. Esta situación que ha venido ganando fuerza de forma paulatina ha dejado a su paso una serie de interrogantes para quien pretenda iniciar una investigación al respecto, tales como: ¿cómo explicar la actual relación entre proceso y Constitución? ¿es la Constitución para fines de la concretización del derecho a la tutela judicial efectiva una

Previamente, se aludió en sede nacional que un cambio paradigmático en el derecho lo constituye el ingreso al Estado Constitucional del Derecho, véase “¿Rechazando la justicia? El derecho de acceso a la justicia y el rechazo liminar de la demanda”, de Giovanni Priori Posada & Eugenia Ariano Deho (2009).

Precísese que la adecuación o terminología de *microparadigma* procesal alude al cambio de modelo o perspectiva frente a la crisis que el procesalismo clásico o científico sufrió al no dar respuesta a las exigencias sociales frente a los nuevos derechos, exigiendo nuevos roles de la jurisdicción. Esto se constata y afirma, nuevamente, en “Efetividade processual e tutela preventiva dos direitos” de Christian Delgado (2013).

Para mayor información sobre el argumento o modelo de microparadigma procesal, véase “La constitucionalización en el derecho procesal” de Giovanni, Priori (2018).

- (4) Para mayor información, véase “Perfis da tutela inibitória coletiva”, de Sérgio Cruz Arenhart (2003, p. 23) y “Colaboración en el proceso civil”, de Daniel Francisco Mitidiero (2009, p. 31).
- (5) Quien, en su *prolusione* en la Universidad de Ferrara, titulada *il novecento giuridico*, afirmó que el jurista post-moderno no debe mirar sólo a la relación Estado-individuo, sino, prestar atención a la relación Estado-sociedad. Pues es la sociedad que es ordenada por el derecho y que tiene en el juez al primer operador de la auto reglamentación social. Véase en “Introduzione al novecento giuridico”, de Grossi Paolo (2012) y en “Mitologie giuridiche della modernità”, de Grossi Paolo (2007).
- (6) La circularidad entre el derecho procesal y el derecho material y el advenimiento de las teorías de la interpretación en el quehacer judicial.



norma directamente aplicable por la judicatura? ¿qué rol o papel tiene el juez del estado contemporáneo al enfrentarse a las ausencias o defectos normativos de orden procesal?

En lo que atañe al enfoque teórico que sustenta la propia idea de reconocer o reivindicar un paradigma a nivel procesal, este radica en la perspectiva o punto de vista conducto a lo largo de la presente investigación, conducente a afirmar que existe una nueva relación metodológica entre el derecho constitucional y el derecho procesal. Perspectiva que se encuentra instrumentalizada por la necesidad de que el juez del estado de derecho deba integrar el ordenamiento jurídico procesal frente a la ausencia o deficiencia normativa con miras a tutelar un defecto o ausencia en la legislación procesal. Esto solo puede ser llevarse a cabo a través de la explicación del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional y la interpretación de este por parte de la jurisdicción.

A su vez, el presente trabajo tiene por objetivo introducir el estudio del proceso bajo el lente de la Constitución con el propósito de entenderlo como herramienta para la tutela de los derechos fundamentales bien como de los derechos subjetivos desplegados infraconstitucionalmente.

Asimismo, se busca rebatir o dejar de lado cualquier teoría que indique que la Constitución es un mero documento y que, por tanto, posee dispositivos normativos despojados de directa aplicación para, a partir de ello, entender que las disposiciones constitucionales que contienen derechos fundamentales tienen presunción de aplicación directa al poder público, incumbiéndolo con la tutela normativa de estos derechos. En síntesis, visitaremos la relación entre Proceso y Constitución pretendiendo ofrecer otro contenido que vaya más allá de la simple exposición o elenco de garantías procesales, pues consideramos que esta relación se caracteriza, principalmente, por permitir la concreción de los derechos fundamentales materiales y procesales⁽⁷⁾.

En paralelo, esta investigación no solo aplica un método analítico o teórico, en la medida que propone reivindicar ciertos elementos para la construcción de un nuevo modelo teórico procesal. A nivel práctico, dota de argumentos

a la jurisdicción con miras a aplicar de forma integradora y directa el principio – derecho tutela jurisdiccional efectiva ante una ausencia o insuficiencia normativa y concretizar así este derecho fundamental, exigiendo del juez un papel de creación de una técnica adecuada al caso concreto, ante alguna patología normativa.

2. Una relectura sobre la clásica relación entre proceso y constitución

El estudio contemporáneo del derecho procesal civil se ha preocupado de forma permanente por extender un puente de comunicación entre el Proceso y la Constitución. Esto, inclusive, en nuestra región latinoamericana tuvo como estudioso pionero a Couture, quien propugnaba con suficiente anticipación a sus pares europeos la necesaria relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional⁽⁸⁾. Como ya es notorio, ninguna rama del derecho puede vivir al margen de la fuerza normativa de la Constitución si es que pretende tener un efecto práctico en el mundo de los hechos. En efecto, vale recordar que la constitucionalización del proceso civil fue puesta en evidencia en los años setenta con las enseñanzas de Cappelletti, Trocker y Denti; quienes entendieron que el microparadigma procesal ‘cientificista’ había alcanzado su zénit, incentivando que esta ciencia fuese deconstruida sólo para ser nuevamente edificada a la luz del derecho material y de la Ley Fundamental. Estas teorías nos ofrecieron propuestas para considerar al proceso como instrumento preocupado con

(7) El presente estudio no lidia o cuestiona la incorrección teórica del término *neoconstitucionalismo*. El fenómeno [o corriente iusfilosófica] denominada neoconstitucionalismo se encuentra, actualmente, en serio cuestionamiento y permanente revisión de sus postulados teóricos considerando que existen variantes de esta corriente.

(8) Muestra de esta labor es el acuñamiento del término derecho constitucional procesal presente en sus Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina, y profundizado en su ya clásica publicación sobre Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Véase “Estudios de Derecho Procesal en Honor Hugo Alsina” de Eduardo Couture (1946, pp. 158-173). Esto, sin dejar de lado evidentemente los aportes de Héctor Fix-Zamudio, quien en su tesis de licenciatura ya afirmaba la importancia de esta relación, al evidenciar la existencia “de una disciplina instrumental que se ocupa del estudio de las normas que sirven de medio para la realización de las disposiciones contenidas en los preceptos constitucionales, cuando estos son desconocidos, violados o existe incertidumbre sobre su significado, siendo esta materia una de las ramas más jóvenes de la ciencia del derecho procesal y, por lo tanto, no ha sido objeto de una doctrina sistemática que defina su verdadera naturaleza y establezca sus límites dentro del inmenso campo del derecho” (Fix-Zamudi, 1955, p. 57).



la realización del derecho material. Esta perspectiva, a ser desarrollada más adelante, ha sido puesto en gran destaque por la procesalística brasilera, inclusive introduciendo una teoría procesal de la Constitución⁽⁹⁾ o una teoría circular del proceso y constitución (Zanetti, 2021, p. 45).

El movimiento del instrumentalismo procesal, iniciado por los maestros italianos de los años setenta, vino acompañado por la necesidad de constitucionalizar el proceso civil, esto es, de tornarlo accesible y revestido de ciertas garantías que impidiesen una intromisión o injerencia del Estado o *que suprimiesen, inclusive, la tutela normativa del Estado frente a derechos fundamentales procesales*. Tal fenómeno, que a nuestro ver constituye elemento genético del proceso civil contemporáneo, se caracterizó por presentar dos dimensiones (Didier Jurnior, 2011, pp. 28-29).

En torno a la primera, existe una incorporación a los textos constitucionales de dispositivos normativos procesales como derechos de participación y de procedimiento con función netamente 'prestacional' por parte del Estado. De la misma forma, diversos países contrajeron obligaciones por medio de instrumentos bilaterales o multilaterales a través de los cuales reafirmaron el respeto al debido proceso inspirándose en la *carta magna libertatum* anglosajona como génesis del *due process of law*. Sirven como ejemplos de tal contexto la Convención Europea de Derechos del Hombre y también el Pacto de San José de Costa Rica. Resáltese, además, que tal constitucionalización del proceso elevó ciertos derechos a un nivel de intangibilidad y prohibición de retroceso para los derechos – en este caso, procesales – que ahora pasarían a gozar del adjetivo 'fundamental'.

Nótese que, en esta primera etapa de constitucionalización del proceso civil, se pretendió revestirlo con garantías constitucionales que asegurasen al ciudadano el cuidado de estos derechos participativos dentro del proceso. La segunda dimensión de este proceso constitucionalizador nos invita a entender los dispositivos normativos procesales

como dispositivos que concretizarán las disposiciones constitucionales con el objetivo de encontrar alguna eficacia en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Se trata de reflexionar sobre la tutela normativa que el legislador ofrece al derecho a la tutela jurisdiccional para ramificar o desagregar este derecho fundamental.

En este punto, es posible afirmar que la primera fase de constitucionalización del proceso fue una fase matizada por el tono *garantista* que el texto normativo atribuía a los derechos procesales. Sin embargo, como toda garantía, su función medular tenía que ver con la protección del ciudadano ante el Estado, imposibilitándolo de interferir en la esfera privada del ciudadano⁽¹⁰⁾. Mejor dicho; se vivió la constitucionalización de derechos procesales para implementar una defensa frente al Estado y a los posibles desvíos de poder, bien al acceder a la justicia, como también una vez instalado el proceso⁽¹¹⁾. El término garantía, por ende, reconducía a la *seguridad* que daba el Estado de éste mismo no interferir en la vida del ciudadano.

En lo que atañe a la segunda fase de constitucionalización del proceso - o del que denominamos cuarto microparadigma procesal 'perspectiva constitucional del proceso' – se trata de un tema que viene siendo investigado y desarrollado hace poco. Realmente, no engañamos al decir que el constitucionalismo, recientemente, se ha interesado por el estudio del proceso teniendo como pacífica que la relación entre el Proceso y Constitución no se agota en la afirmación

(9) Para mayor información, véase "Teoria processual da Constituição", de Willis Santiago Guerra Filho y Henrique Garbellini Carnio (2017).

(10) Relativo a este punto, Canotilho afirma que, "rigurosamente, las clásicas garantías son también derechos, aunque muchas veces se resalte en ellas un carácter instrumental de protección de los derechos. Las garantías se traducían sea en el derecho de los ciudadanos a exigir de los poderes públicos la protección de sus derechos o sea en el reconocimiento de medios procesales adecuados a esa finalidad (derecho de acceso a los tribunales para la defensa de los derechos, principios del *nullum crime sine lege* y *nulla poena sine crime*, derecho de *habeas corpus*, principio del *non bis in idem*)" (2003, pp. 273-274).

(11) Para mayor información, véase Pico Joan y Picó Junoy (1997, p. 17). En verdad, la premisa medular del libro citado parte de la idea de que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, establecido en el art. 24 de la Constitución Española, es una garantía mínima que impide que el Estado violente este derecho. Sin embargo, el autor español fracasa al dejar de referirse o tratar de alguna eficacia normativa de esta mal llamada garantía y lamentablemente anuncia que esta violación a dicha garantía se configura por el abuso del legislador o del juez, pero no dice nada al respecto de la ausencia de regla infraconstitucional que viabilice o efectúe esta tutela jurisdiccional prestada al derecho material. De tal suerte, para quien todavía cree que la tutela jurisdiccional es una garantía y no un derecho que exija una prestación del Estado, será lícito decir que esta garantía aparece cuando se comete una violación al derecho, sirviendo, por ende, como simple oposición al Estado.



de que el proceso debe contar con las garantías mínimas que son abrazadas por las diversas Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial⁽¹²⁾. En verdad, profundizar una teorización *ad infinitum* sobre las garantías procesales sería repetir lo que ya se dijo líneas arriba sobre las garantías constitucionales del proceso como restricciones del Estado de cara al justiciable. Las garantías procesales, de tal forma, todavía no eran consideradas como derechos fundamentales procesales, puesto que la garantía, a diferencia del término derecho fundamental, implica siempre la seguridad de un *no hacer* por parte del Estado.

En la experiencia comparada brasilera, para Sarmiento, esta actual preocupación sobre la eficacia normativa de la Constitución, luego de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, actualmente se presenta como una obviedad. En efecto, tal descubrimiento fue revolucionario en una época en la que nuestra cultura jurídica hegemónica no trataba a la Constitución como norma, sino, como un depósito de promesas grandilocuentes cuya efectividad dependía, casi siempre, de la buena voluntad del legislador y de los gobernantes de turno. Para el constitucionalismo de la efectividad, la incidencia directa de la Constitución sobre la realidad social, independientemente de cualquier mediación legislativa, contribuiría para extraer del papel las proclamaciones generosas de los derechos contenidos en la Carta Brasilera de 1988, promoviendo justicia, igualdad y libertad⁽¹³⁾.

Pues bien, sabemos que luego de proclamada la Constitución de la República Federal del Brasil de 1988 y al amparo del art. 5 inciso I de dicho Texto Fundamental, los posteriores estudios de derecho procesal y la ya famosa relación entre Proceso y Constitución aún se mantenían reticentes a observar la eficacia inmediata y vinculación directa de todos los derechos fundamentales, sean materiales o

procesales⁽¹⁴⁾. En sede nacional ello sucedió, inclusive, luego de la promulgación de la Constitución Política del Perú de 1993.

Nuestra incitación es la siguiente: actualmente, no contribuye más – y, al contrario, torna difuso el escenario – considerar a los derechos fundamentales procesales tan sólo como meras *abstenciones* de hacer por parte del Estado – garantías –. Acompañamos el entender de Lima Guerra en el sentido de indicar que el uso de terminologías como “garantías” o “principios” puede tener el inconveniente de preservar aquella concepción de las normas constitucionales, sobre todo aquellas relativas a derechos fundamentales, impidiendo el reconocimiento de la plena fuerza positiva de tales dispositivos constitucionales, en suma, prohibiendo su aplicación inmediata. De tal suerte, se revela necesario substituir esas expresiones por la terminología “derechos fundamentales procesales”; con la finalidad de adaptar ese nuevo marco teórico-dogmático que constituye el *hard core* del constitucionalismo contemporáneo, o sea, la inclusión efectiva de una teoría de los derechos fundamentales⁽¹⁵⁾ de cuño prestacional y no sólo de abstención.

Finalmente, por no parecernos apropiada la equiparación de derechos fundamentales a meras garantías⁽¹⁶⁾, es que proponemos la unificación de terminologías en “derechos fundamentales” para extraer de ellos su total

- (12) Vallespín Perez afirma que “con la promulgación de la Constitución de España de 1978, el derecho procesal español se incorporó al movimiento de la ‘constitucionalización’ de ciertos derechos y principios procesales, tomados como derechos fundamentales de los ciudadanos. Tal constitucionalización es una de las notas relevantes que caracterizan el derecho procesal europeo a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial y consiste en la especial protección que es concedida a esos derechos fundamentales no únicamente en el plano procesal, sino, también, en el plano constitucional” (2008, p. 85).
- (13) Asimismo, Sarmiento (2007), señala que básicamente, la idea para por advertir con Fioravanti, que el estudio de las constituciones contemporáneas, esto es, durante los novecientos, “concibe la constitución misma, y al mismo tiempo, no sólo como norma fundamental de garantía, sino también como *norma directiva fundamental* a la que deben conformarse sus acciones, en nombre de los valores constitucionales, todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados” (pp. 31 -32). Para mayor información sobre el tema, véase “Los derechos fundamentales”, de Maurizio Fioravanti (2009, p. 128).
- (14) Es por ello por lo que en la conocida obra de la terna de procesalistas autores de la Teoría Geral do Processo, ya por su vigésima octava edición al año 2012, todavía no se haya reformulado esta nueva relación entre Proceso y Constitución; relación la cual, creemos, debe pasar por el estudio de la eficacia normativa de la Constitución y del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Esta toma de consciencia de este nuevo valor es lo que marcará el ingreso en la perspectiva constitucional del proceso, dejando momentáneamente de lado el inerte estudio de las meras *garantías* procesales.
- (15) Véase “Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil”, de Marcelo Guerra (2003, p. 100). Tal referencia nos sirve para apuntar la necesidad de cambiar de terminología e ingresar de garantías a derechos fundamentales dado que no comulgamos con el entender del profesor en mención al referirse a la inexistente fuerza normativa de los principios, cuando en verdad, estos sí la poseen.
- (16) Con semejante intento pretendemos superar cualquier pretensión de mera observancia de los derechos fundamentales procesales, específicamente el de tutela jurisdiccional, como simples formas de oposición – o *defensa* – ante el Estado.



capacidad aplicativa y reconocer la fuerza normativa de la Constitución en una nueva relación metodológica y teórica de lo que fue conocido – hasta ahora – como la relación ‘clásica’ entre Proceso y Constitución.

3. Transición hacia la perspectiva constitucional del proceso

Superada aquella condensación metodológica y sistémica de los principios constitucionales del proceso, llamado también derecho constitucional procesal, cabe reflexionar sobre el tránsito de la mera tutela constitucional del proceso revestida de garantías de abstención al tema de la aplicabilidad y concreción del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

A efectos de evitar visitar lugares comunes – como lo sería tratar sobre las garantías procesales en especie – preferimos tejer consideraciones sobre lo que debe entenderse por “perspectiva constitucional del proceso”⁽¹⁷⁾ y cuál es el impacto que tienen los derechos fundamentales en el espectro material o procedimental dentro del proceso civil. Se pretende, de tal forma, no recaer en la inercia y repetición que involucraría un discurso sobre las garantías procesales, pues esto significaría, a todas luces, tratar de una relación *estática* entre Proceso y la Constitución. Nuestra finalidad es la de dinamizar esta relación ya mencionada tratando algo que ni la doctrina y legislación supieron reconocer, sea por factores históricos o ideológicos. Nos referimos a la eficacia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

3.1. La constitucionalización del proceso civil

No podemos pasar por alto el pensamiento constitucional contemporáneo y la manera cómo este se ha irradiado en el proceso civil para introducir el tema de la perspectiva constitucional del proceso.

Siendo el derecho un fenómeno social, se hace previsible que el derecho procesal también crezca y mude al ritmo de las transformaciones de la sociedad y del derecho en general. Se ha teorizado que, aunque las antiguas y viejas concepciones procesales hayan ayudado a la ciencia de Chiovenda a revestirla de autonomía y científicidad, estas nociones, vale afirmar, nos llevaron – y, todavía nos llevan – a un entendimiento responsable del fenómeno procesal mediante la explicación de sus institutos y técnicas, por lo tanto, no pretendemos rechazar de plano la conquista que el proceso civil experimentó a inicios del siglo XX. Ahora bien, gracias al hecho de que el proceso civil trascendió el microparadigma del instrumentalismo y siendo que la ciencia jurídica ha transitado hacia la constitucionalización del proceso, no podemos dejar de visitar críticamente los principales matices de esta evolución,

puesto que ello nos ofrecerá contenido y forma para la perspectiva constitucional del proceso.

El Estado Legislativo pasó a ser un Estado Constitucional en vista de que se aceptó la disolución de la ley genérica y abstracta. Así, en el Estado Legislativo dominado por la ideología iusfilosófica positivista, era común afirmar que la ley se sobreponía a la Constitución, tornando a la Ley Fundamental, de tal modo, en un documento de disposiciones programáticas y de organización del aparato estatal. Dado que el Estado Legislativo se había forjado después de la Revolución Francesa, era finalidad del constituyente francés plasmar en la Constitución y demás leyes aquella ideología sintetizada en el lema *égalité, liberté y fraternité*. Este nuevo matiz de la ley tenía el poder de homogenizar a todos los ciudadanos producto de la derrota del *ancien régime*, el cual trajo consigo una forma de gobierno en el que existían groseros tratos diferenciados entre la nobleza, los señores feudales y los vasallos. Con la Revolución Francesa, la burguesía emergente luchó y consiguió implantar en la Constitución y en las demás leyes la idea de igualdad formal de los hombres.

Esta circunstancia impactó negativamente en la función de la jurisdicción, toda vez que al ser ahora el juez la *bouche de la loi*, estaba impedido de ejercer cualquier práctica hermenéutica de las leyes de forma que considerase las desigualdades o particularidades de los sujetos, sus necesidades y también los derechos diferenciados. El proceso civil se tornó, de tal suerte, en un aparato de injusticia al aplicar la ley abstracta e igual para todos, sin la mínima actividad intelectual del juez. Esto se presenta como marca inconfundible del positivismo clásico que impregnó la ideología y metodología jurídica del Estado Legislativo. La tutela jurisdiccional se reducía, únicamente, al control de la *contravention expresse au texte de la loi*.

Frente a este contexto y con el transcurrir del tiempo, así como con la aparición

(17) En lugar del controvertido y equivocadamente teórico término *neoprocesalismo*.



de nuevas exigencias sociales, el Estado trascendió su propia característica legalista o netamente parlamentaria para entender que existían otras fuentes de creación del derecho además de aquella fuente primaria llamada ley. Con el fenómeno del pluralismo jurídico, lo que implicaba una nueva variedad de derechos, así como intereses legítimos y necesidades propias de sujetos diferentes, la ley no podría ser más considerada como elemento de homogeneización social (Bittencourt, 1996, pp. 17-18). Ahora, se exigen normas que contemplen las peculiaridades de cada grupo social y étnico además de normas que permitan una flexibilidad interpretativa para la adecuación de las disposiciones normativas del plano procesal y material.

No cabe duda, por tal motivo, que el rol fundamental de la hermenéutica y la filosofía jurídicas impacta en todo el acontecer jurídico, sobre todo en el entendimiento de la apertura semántica de los textos normativos Montesano no se equivoca, así, al afirmar que la ley escrita es tan sólo un esquema lingüístico y formal, útil para el intérprete con miras a investigar y enunciar su contenido, pero insuficiente para crear y recrear la compleja realidad mutable del derecho (1985, p. 74).

3.2. Elementos conformadores de la perspectiva constitucional del proceso

Considerando la mutación del Estado Legislativo en Estado Constitucional y, siendo que, en verdad, un modelo estatal determina directamente el modelo procesal que será introducido en el aparato estatal, es necesario reconocer los principales valores que inspiran la perspectiva constitucional del proceso⁽¹⁸⁾.

Dígame, en principio, que existe un reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución. Tal valor obligará a que el sistema jurídico sea impactado por los efectos normativos de la Constitución como disposición con eficacia inmediata y, bajo ciertas circunstancias, independiente de cualquier *interventio legislatoris*. Subráyese, no obstante, que ese valor supera la simple afirmación de la existencia de ‘garantías procesales’ amparadas en la Carta Magna, para ahora ser comprendidas como derechos fundamentales con eficacia directa a los órganos públicos y sin la necesidad cotidiana de densificación normativa infraconstitucional en algunos casos – puesto que la ausencia legislativa no debe comprometer el trabajo del Poder Judicial –. Como parece obvio, con el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, se encierra la idea de que ella no es tan sólo un grupo de normas

organizacionales contenidas en un catálogo de buenas intenciones.

Paralelamente, se desarrolla una teoría de los principios, considerados como especies de disposiciones normativas que gozan de aplicación inmediata y, por derivación, de eficacia normativa. Recordemos que la primigenia [y ya superada] función atribuida a la fuerza normativa de los principios la encontramos en la función de integración de las disposiciones infraconstitucionales despojando así a la ley de la falsa supremacía de anteponerse al propio Texto Mayor.

La actual priorización de los principios constitucionales o infraconstitucionales sobre la ley genérica permite identificar que es la ley la que exige ser vista bajo el lente de la Constitución; esto es, la ley debe tener como primer referente de su validez a la Constitución. Veamos la evolución: i) se comprueba la eficacia jurídica de los principios mediante la materialización de su primigenia finalidad, cual es la integración del sistema jurídico en caso de vacío o antinomia⁽¹⁹⁾, pero, sobre todo; ii) se ‘descubre’ la utilización de estos como efectivas disposiciones normativas directamente aplicables y potencialmente optimizadas. Creemos que esta segunda función prevalece hoy en día sobre la estática función integradora originariamente atribuida a los principios.

Como tercer elemento característico de la constitucionalización del proceso, se descubre la nueva función del juez como agente de producción jurídica, permitiéndole, de tal manera, disponer de la hermenéutica jurídica a efectos de pre-comprender y dar sentido a los textos normativos a fin de producir una norma jurídica a ser utilizada en el caso concreto. Esa función del juez lo revela como protagonista del proceso creativo del derecho y no más como mero altoparlante de lo predeterminado por la ley genérica y abstracta (Didier Junior, 2012, p. 63).

(18) Sobre los modelos estatales y su influencia en el diseño de una estructura procesal de un Estado, véase “The faces of justice and the State authority” de Mirjan Damaska (1986).

(19) No obstante, debemos advertir que tal función encargada a los principios – de suplir vacíos o antinomias – no puede ser considerada como la única o la más importante, dejando de lado su aplicación para otras situaciones en las que no necesariamente se verifique una antinomia. Pensar así, sería atribuir una residualidad injustificada a la especie normativa llamada ‘principios’ (Monroy Gálvez, 1996, p. 80).



Ahora bien, si el juez puede realizar una actividad intelectual por la cual interpretará el texto normativo con la intención de tutelar los derechos llevados al proceso, es imperativo afirmar, así, que la ley no es más aquella entidad inerte e incapaz de ser interpretada o de ser atribuida con algún otro significado diverso de la voluntad del legislador, en el marco de una teoría interpretativista *formal*. Basta identificar que el juez, al trabajar con el texto normativo, retirando de ella una norma jurídica que tutele el caso concreto, superará ampliamente la técnica del positivismo clásico presente en la función jurisdiccional, limitada a una aplicación casi gramatical de las disposiciones normativas o al mero acomodamiento de premisas mayores y menores que implicaría la interpretación de reglas o textos legales casuísticos o altamente reglamentados.

Es mediante la creación jurisprudencial del derecho que se le entregará al juez el poder de realizar transformaciones en la estructura estatal e inclusive se le reconocerá el poder de recrear el derecho con el objetivo de impedir un sistema jurídico contaminado con ideologías que puedan afectar negativamente al modelo estatal. Al respecto, Wiethölter (1975) es claro al advertir de forma reveladora, que para evitar un Estado contaminado con un fascismo capitalista burgués o con un socialismo *stalinista*, el derecho también es acto de creación y adicionamos que tal creación no necesariamente deberá partir de la fuente primaria del derecho que el *civil law* siempre preponderó sobre otras – la ley, sino, también, del propio poder creador del juez que, como su homólogo del *common law*, inclusive tiene el poder de crear efectivamente el derecho mediante la jurisdicción de la *equity*, cuando así fuese invocada⁽²⁰⁾.

Si se habla de relación entre principios y reglas, así como su diferenciación, el siguiente elemento inmanente al constitucionalismo actual lo constituye la técnica interpretativa utilizada para poder extraer la eficacia de estas especies de disposiciones normativas, nos referimos a la teoría interpretativa escéptica o no formalista.

Si el derecho, antes de ser tal, es un microsistema que proviene del lenguaje, es lógico que las técnicas a ser utilizadas para expresar toda su significación provendrán de la propia teoría lingüística y de la hermenéutica filosófica (Zaccaria, 2004, p. 67). Ya decía Wittgenstein que “el lenguaje es un laberinto de caminos. Viniendo de un lado, conoces el camino; viniendo de otro lado, pero hacia el mismo punto, ya no conoces el camino” (1977, p. 322), lo cual nos hace ver que, “transdisciplinariamente”, el derecho bebe de la fuente del lenguaje, la semántica y, notoriamente, de sus técnicas de comprensión, argumentación e interpretación.

En el constitucionalismo contemporáneo, los principios ganan preponderancia en lugar de reglas, llegando, a veces, de forma exagerada, a erigir verdaderos ‘castillos normativos’ netamente principiológicos y no reguladores o casuísticos. Ciertamente que esta vertiente tiende a la preponderancia de los principios y su forma de interpretarlos, sea a través de la ponderación o, incluso, da la pre-comprensión, *pero bajo ningún aspecto puede pervertirse esta ideología al punto de restar importancia a la especie normativa ‘reglas’*. De cualquier forma, lo que se pretende hacer patente es que, una vez reconocida la tutela jurisdiccional como derecho fundamental, será necesario interpretarlo, sea ponderándolo luego de pre-comprenderlo con miras a poder optimizarlo. Esta metodología interpretativa de los principios es una marca genética del neoconstitucionalismo (Ávila, 2009, p. 7).

Por otro lado, el constitucionalismo moderno trajo al campo del proceso civil la consagración de la eficacia de los derechos fundamentales. He aquí donde reside la trascendencia del ‘microparadigma instrumentalista’ al ‘microparadigma constitucionalista’. Puede afirmarse que la mera contemplación de los derechos fundamentales, inicialmente vistos sólo como meras garantías contra el Estado, se despojaron de los ropajes de simples textos normativos programáticos para tomar forma de textos normativos de aplicación directa y, ahora, no para impedir un *hacer* por parte del Estado – carácter garantista –.

Por el contrario, la naturaleza prestacional del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, de la mano con el derecho fundamental de acción, permitirá al titular del derecho fundamental – y potencial parte en un proceso – exigir del legislador una tutela normativa que posibilite concretizar la tutela jurisdiccional efectiva a través del otorgamiento de disposiciones normativas que instituyan técnicas procesales y procedimientos conformes al derecho material. Así y, desde que el legislador omite

(20) Sobre la jurisdicción de la equity en el Common Law, véase “L’injunction nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano” de Aldo Frignani (1974, p. 29). Asimismo, véase “La justicia civil en los Estados Unidos” de Michele Taruffo, Geoffrey Hazard y Fernando Gascón (2006, p. 30-31).



la tutela normativa a los derechos fundamentales materiales o procesales, cabrá al juez responder a esta falta mediante la tutela jurisdiccional sea por medio del poder de adecuación del procedimiento o bien por la utilización de cláusulas procesales abiertas que le otorguen una latitud de poder creativo de alguna técnica o procedimiento no tutelado normativamente por el parlamentario.

Cabe recordar que la ausencia de iniciativa legislativa del Parlamento en instituir una protección normativa – sea material o procesal – para los derechos fundamentales y derechos subjetivos en su totalidad, no puede ser ignorada por el juez, siendo él deudor de una tutela jurisdiccional del derecho fundamental carente de tutela normativa que, en principio, le pertenece al legislador. La cuestión es delicada, al punto de poder acercarnos a un desconocimiento de la separación de poderes. Sin embargo, si el juez optimiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual es un derecho que requiere de un despliegue normativo, entonces, no hay motivo para comprometer la labor de tutela del juez si es que la labor del legislador falló o es inexistente al concretizar legislativamente este derecho fundamental procesal. Si ello fuese así, no existiría en el plano jurídico la figura de *inconstitucionalidad por omisión legislativa* del Estado.

En verdad, con la toma de consciencia de la perspectiva constitucional del proceso, lo que se pretende es atribuir al juez cierta responsabilidad en el exacto momento en el que se sitúe al frente de un derecho que no haya sido anteriormente protegido por una tutela normativa propia del deber del parlamento. Es el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y su directa aplicabilidad los que obligarán al juez a prestar una tutela jurisdiccional del derecho material confiado al proceso, sea a través de una técnica adecuada o procedimientos adecuados a las particularidades del caso concreto.

Recapitulando, este nuevo microparadigma procesal se nutre de los elementos que caracterizan al neoconstitucionalismo. Dígase, adicionalmente, que esta nueva concepción procesal requiere la superación del simple instrumentalismo procesal, pues como fue diagnosticado, esta interdisciplinariedad entre el derecho material y el proceso no estaría completa si nouviésemos en consideración la eficacia directa de los derechos fundamentales procesales. De nada serviría

concientizar a la doctrina y jurisprudencia sobre la adecuación del proceso al derecho material sin reflexionar previamente sobre el fundamento de esta ideología, la cual es pensar la tutela jurisdiccional efectiva como respuesta al derecho de acción, por el cual no solamente se pretende la resolución del conflicto, sino, por el contrario, la disposición de una técnica adecuada y efectiva para atender el derecho material⁽²¹⁾.

Expuestos tales fundamentos, parece recomendable dejar de lado cualquier teoría que intente limitar la función del juez a las palabras del legislador y, consecuentemente, lo impida de modular el texto normativo⁽²²⁾. Queda claro que al pensar en ‘perspectiva constitucional del proceso’ no pretendemos privar al proceso civil del instrumentalismo. Todo lo contrario, ampliando la premisa anterior, la trascendencia o superación se apoya en el hecho de que, teniendo en vista que el instrumentalismo corresponde todavía a un Estado Legalista, el juez difícilmente podría utilizar los elementos del neoconstitucionalismo, puesto que tales elementos no revestían importancia para este modelo estatal clásico. No se olvide que como directa consecuencia de la constitucionalización del proceso civil, el juez será un agente de poder no necesariamente preocupado, exclusiva y excluyentemente, con la realización del derecho material, pero, sobre todo, colmará o perfeccionará el propio sistema, el propio instrumento, valiéndose de la fuerza normativa de los derechos constitucionales procesales sobre su persona y sobre el proceso⁽²³⁾, bien como de su capacidad argumentativa para poder dar contenido a los principios jurídicos.

-
- (21) Sobre la relación entre derecho y proceso como fundamento para la efectividad de la tutela jurisdiccional, véase “Tutela specifica e tutela per equivalente”, de Illaria Pagni (2004, p. 54).
- (22) En ese tenor, Marinoni (2012, p. 71), afirma que todavía en el *Civil Law* no existe empeño en dar un nuevo significado a la función judicial. Debe entenderse, por lo tanto, que en el Estado Constitucional el juez no puede ser visto como siervo del legislador.
- (23) Para mayor información, véase “Neocostituzionalismo e positivismo giuridico”, de Sussana Pozzolo (2001). Aunque existan voces y teorías que desmerezcan al neoconstitucionalismo como verdadera corriente doctrinaria y como superación del positivismo, tales teorías no serán tomadas en consideración dado que permanecen como intento de reducir valor ideológico y metodológico al neoconstitucionalismo. Para el estudio de esta corriente alternativa, sobre la imposibilidad del neoconstitucionalismo, véase “Reflexiones críticas sobre el neoconstitucionalismo”, de Jordi Ferrer Beltrán (2012).



4. Del deber de tutela a los derechos fundamentales a la teoría de la tutela jurisdiccional de los derechos

La preocupación por la tutela de los derechos llevó al Estado a encargarle a la jurisdicción la realización de la tutela de estos derechos por medio de una sentencia que repudiese las cosas, situaciones y derechos vulnerados o amenazados al momento inmediatamente anterior a su perpetración, tal como lo quiso la tutela normativa que reconoció o definió el derecho material o al establecer una forma de protección material.

La derivación natural de esto fue la ruptura de la neutralidad imperante en el proceso civil; neutralidad que ciertamente impedía al juez comprender el derecho fundamental y el derecho material desarrollado legislativamente y simplemente reproducir la dicción del parlamento, sin mirar a las particularidades de los sujetos, sus derechos y menos preocuparse si el procedimiento pudiera ser idóneo a la tutela de estos derechos.

Pues bien, el juez es considerado contemporáneamente, junto con el proceso, como agente y elemento imprescindibles para la tutela de los derechos en sede jurisdiccional. Esto proviene de la imposición al Estado de un deber de tutela de los derechos fundamentales que se presenta insustituible para dar efectividad a los derechos fundamentales materiales y procesales. No obstante, si la efectividad fue definida como el suceder de los hechos o también como la ocurrencia histórica de aquello deseado por el sujeto, parece obvio que quien podrá realmente materializar esta protección será el juez. Esto se dará a través de una tutela jurisdiccional efectiva, imbricada a un procedimiento y técnicas adecuadas que permitirá materializar estos derechos en el mundo de los hechos. Le asiste la razón a Di Majo cuando anuncia que la exigencia de tutela puede estar considerada implícitamente en el propio principio de la efectividad que caracteriza un determinado ordenamiento. El civilista romano afirma también que el ordenamiento jurídico se revela efectivo cuando encuentra concreta correspondencia con la realidad económico-social, esto es, con el mundo del ser. Con tal aseveración, se verifica que el ordenamiento jurídico es objetivo porque es adjetivado con efectividad⁽²⁴⁾, con realización y operatividad.

Antes de analizar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, no podemos evitar subrayar lo que debe ser entendido cada vez que se hace mención a la tutela de los derechos o formas de protección de los derechos que el Estado reserva para las situaciones jurídicas activas o de ventaja. Estas formas de protección, vale decir, permanecen

ligadas al deber de prestación de *algo* por parte del Estado. Es prudente, por ende, no asumir ni sustentar que la tutela del Estado puede derivar de la función de defensa propia de los derechos fundamentales de libertad dado que, en este caso, nada se exigiría del Estado, tan sólo un no hacer o un no interferir en la vida privada. No obstante, si los derechos fundamentales prestacionales, sociales, o inclusive los de defensa exigen un hacer del Estado, es procedente bifurcar esta protección en una triple tutela del Estado.

Existe una tutela normativa que permite resguardar el derecho por medio de una prestación normativa debida por el Estado a través de producción legislativa. Ese desarrollo legal permitiría instituir y definir el ordenamiento jurídico o reconocer las variadas situaciones jurídicas activas y pasivas – derechos y deberes. No obstante, y, en verdad, esta tutela normativa del derecho no otorga más nada que conductas prohibitivas o imperativas partiendo del fundamento de que ciertas conductas deben ser evitadas o exigidas para salvaguardar la integridad de los derechos fundamentales, caso contrario, entraríamos en lo que Proto (2010) llama de crisis de cooperación, como producto del incumplimiento de normas de conducta social (p. 32).

Entonces, si se tiene que por medio de la legislación infraconstitucional se reglamenta el propio ejercicio de los derechos fundamentales, tal definición de reglas de conducta sociales permite que el derecho fundamental sea tutelado normativamente. En efecto, sabemos que el Estado, principalmente, tiene el deber organizacional de proteger los derechos fundamentales mediante la dación de normas de derecho a las cuales atribuimos tres funciones: i) admitir y reconocer situaciones jurídicas – derechos – activas o pasivas – deberes – derivadas de normas constitucionales que definen derechos fundamentales o de derechos fundamentales no catalogados en la Constitución; ii) imponer o dictar normas de derecho material impositivas de conductas

(24) Irti, Natalino. Op. cit., p. 11.



que sirvan a las relaciones sociales a efectos de tutelar el derecho fundamental y, finalmente, iii) emitir leyes que prohíban determinadas conductas para proteger la integridad de estos derechos fundamentales.

Si la multifuncionalidad de los derechos fundamentales trae en su núcleo la exigencia de una prestación normativa, entonces podemos hablar de que se trata de un derecho subjetivo a una prestación en sentido amplio. Sintetizando; la creación de textos normativos que tutelan derechos fundamentales corresponde a la consecuencia producida por la específica *función prestacional* del Estado para realizar acciones positivas normativas. Pues bien, si la jurisdicción es la llamada para proteger o tutelar los derechos, sean fundamentales o no, debemos mudar de óptica y no creer en la simple atribución de derechos vía tutela normativa. Marinoni advierte que, en verdad, la tutela de los derechos no consiste, única y exclusivamente en la tarea encomendada al proceso para atender a los derechos, pues esta es una cuestión que se coloca, en un primer momento, en el ámbito del derecho material. Apoyado nuevamente en la lección de Di Majo, Marinoni (2013), advierte que en el plano del derecho material, debe centrarse la atención en la adopción de una postura dogmática que traslada la atención de las normas atributivas de derechos a la esfera de las tutelas, local en el que se encuentran las formas de tutela o protección que los derechos reclaman cuando son violados o expuestos a la violación (pp. 243-244).

He aquí el fundamento para comenzar a analizar la tutela de los derechos. Estando las formas de tutela garantizadas por el derecho material, no debemos confundir esta *forma de tutela* con los derechos subjetivos *per se*. El individuo puede tener derecho a la intimidad, siendo un derecho reconocido por la Constitución y reforzado o concretizado infraconstitucionalmente por la legislación civil, pero eso no equivale a decir que la tutela se agota en la proclamación de sus derechos. Las formas de tutela o protección material están preocupadas con la necesidad de que este derecho, a partir de sus particularidades, reciba un remedio para resarcir su lesión o evitar una amenaza que implique la perturbación de este. Así, si la Constitución califica los derechos como inviolables, entonces es natural afirmar que no se reconoció simplemente un derecho – a la intimidad - sino, también, se afirmó la forma de tutela que debe ser prestada, esto es, una tutela inhibitoria con vistas a impedir la verificación de cualquier acto ilícito que perturbe la inviolabilidad de este derecho. Aprender y repetir que las normas de derecho material únicamente atribuyen derechos y más nada, comporta un manifiesto olvido de la forma de tutela material y de una tutela jurisdiccional que consiga proteger este derecho. A todo esto, la tarea del derecho material no estaría completa y menos finalizada si tan sólo se limitase a la enunciación de un derecho y olvidara una

forma de tutela material, sea inhibitoria, de remoción del ilícito o resarcitoria cuando se verificó el daño.

Téngase en claro, junto con Marinoni, que el sujeto sólo es titular de un derecho o de una posición jurídicamente protegida cuando ese derecho dispusiere de una forma de tutela que sea adecuada a la necesidad de protección que esta posición exija (2013, p. 245). El giro copernicano se da en la medida en que el doctrinador, legislador y juez, entiendan que más que hablar de mera atribución de derechos, para que estos realmente sean derechos y puedan ser ejercidos, se exige la afirmación de la existencia de posiciones jurídicas protegidas a través de un procedimiento dispuesto para una resolución civilizada.

Resúmase: la tutela normativa atribuida al Estado por intermedio del legislador – derivada de una *status activus* inherente al individuo – debe contemplar dos caras de una misma moneda: primero, la definición de un derecho y segundo, la tutela en caso de vulneración o exposición al peligro dado que, en caso existiese derecho sin forma de tutela, enfrentaríamos una carencia de la propia efectividad de este derecho por no poder ser tutelable o *actuable* en vía jurisdiccional. El derecho no sería realizable y, siendo el derecho un fin y medio al mismo tiempo sin forma de protección, nunca conseguiría su finalidad, esto es, su práctica.

Nótese que la teoría de la tutela de los derechos no puede ser confundida con la delicada cuestión de la efectividad del proceso. Debemos partir de la existencia real y amparada por el dispositivo normativo de que existe una tutela material, hecho que sería un antecedente al tema de la efectividad del proceso sobre tal derecho a ser tutelado jurisdiccionalmente. Si el proceso civil debe estructurarse con las formas de tutelas ofrecidas por los dispositivos de derecho material, entonces debe existir una relación de compatibilidad entre las técnicas procesales con las formas de tutela que requerirán una tutela, ahora jurisdiccional, siempre teniendo en consideración que si es que en realidad es motivo para activar el aparato judicial en



la búsqueda de la tutela de los derechos, es porque hemos advertido e identificado una forma de tutela que el legislador, en su deber de legislar, atribuyó⁽²⁵⁾.

Cuando el Estado actúa con miras a fiscalizar y verificar el cumplimiento de ciertas normas, a través de su poder de policía, practica una tutela *fáctica* o *administrativa*. En el pleno ejercicio de sus atribuciones y poderes es obvio que el Estado debe, además de verificar el cumplimiento de las normas, realizar actividades materiales a efectos de sancionar a los que no alinean su conducta a los dispositivos normativos. Así, el administrador público al investigar, detectar, fiscalizar y sancionar, prestar verdadera tutela a los derechos fundamentales.

Si el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que posibilita la protección procesal de los derechos fundamentales y del derecho material, es notorio afirmar que el Estado está incumbido con el deber de emitir disposiciones que garanticen y definan formas de tutelas jurisdiccionales, procedimientos y técnicas que posibiliten prestar resguardo civilizado a estos derechos y no por mano propia. Recuérdese que los derechos fundamentales son, de cierta forma, dependientes de procedimientos que se destinen a tutelarlos y, adicionamos, con la finalidad de extraer aquella eficacia social o efectividad pregonada en la clasificación de los niveles de eficacia. Ahora, la relación existente entre derechos fundamentales y su especificación mediante la tutela jurisdiccional efectiva, como derecho fundamental, la encontramos en la afirmación de que siendo este derecho a una tutela jurídica un *status activus processualis*, importa, desde luego, una prestación estatal de dación de soportes normativos que modelen procedimientos. Los propios derechos fundamentales no sólo exigen un simple procedimiento para ser satisfechos exigen que el procedimiento sea modelado o diseñado de acuerdo con las particularidades y formas de tutela que el legislador instituyó para el derecho material o fundamental.

4.1. La eficacia jurídica – aplicabilidad – del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva

La eficacia directa es un tema que tiene que ver con la aplicabilidad de los derechos fundamentales sobre el poder estatal, calificándose de inmediata o, también, de tener la capacidad de prescindir de cualquier mediación legislativa para producir sus efectos en el mundo de los hechos, efectos estos que impactan en las relaciones individuo-Estado.

La eficacia entre particulares – la también llamada eficacia horizontal o *Drittwirkung* – es la aplicabilidad y oposición de derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado, en las que los polos tanto pasivo como activo – titularidad del derecho y deber de cumplir el derecho fundamental – son protagonizados por particulares, por individuos pertenecientes al ámbito privado, sin aparición alguna del Estado.

Aferrados argumentos por parte de la doctrina se elaboraron al responder si estos efectos entre privados necesariamente deben experimentar una intermediación legislativa, es decir, si es que deben ser regulados infraconstitucionalmente con el objetivo de propagar los efectos en estas relaciones entre privados. En principio, se necesitaría de intermediación legislativa, puesto que la vaguedad de estas normas definidoras de derechos fundamentales puede, en interpretación jurisdiccional, interferir en la esfera privada del sujeto que se verá en el polo pasivo de la relación. En verdad, cuanto mayor sea la casuística o densidad normativa, más refinada o detalladas serán las conductas a ser impuestas por el derecho fundamental en la relación entre privados. Si la eficacia horizontal debe estar acompañada por una mediación legislativa, debemos indagar cuál sería el panorama en el caso en el que el legislador omitiese tutelar normativamente los derechos fundamentales reservados para las relaciones entre particulares.

Siendo así, cuando el legislador no cumple con su deber de tutela normativa, se configura una omisión de legislación y a la vez niega existencia a una estructura normativa que pueda viabilizar su eficacia ante terceros. En ese sentido, sería una broma de mal gusto comunicar a los particulares titulares de derechos fundamentales que la eficacia de sus derechos fundamentales debe esperar hasta el momento en que el legislador haga

(25) Véase "Forme e tecniche di tutela", de Adolfo Di Majo (1989), aunque sea genérico el fundamento del profesor romano, es necesario enfatizar que el momento de la tutela, en este caso, jurisdiccional, siempre será un *posterius* al momento del establecimiento del derecho subjetivo. No obstante, si quisiéramos refinar del dictado del privatista italiano citado, debemos advertir que él no hace mención sobre 'formas de tutela', permitiendo inferir que esta tutela estaría satisfecha con la institución o declaración de un derecho subjetivo. Por el contrario, si utilizamos la terminología 'forma de tutela material', entenderemos que, con la institución de un derecho fundamental o subjetivo, viene aparejada la determinación de una forma de protección a este derecho (p. 24).



su labor. De tal suerte, no regular los derechos fundamentales para permitir su eficacia ante terceros y, peor todavía, pensar en no aplicarlos directamente, significaría suspender cualquier eficacia de estos derechos, impidiéndolos de ser aplicados directamente⁽²⁶⁾. Para eso, sería preferible informar a los ciudadanos que sus derechos fundamentales dependen de la existencia de una ley. Como tal escenario supondría una afrenta a la fuerza normativa de la Constitución, se necesitará que el juez ofreciese una aplicación directa de tales derechos fundamentales no concretizados por el legislador. En verdad, debemos recordar, nuevamente, que muchas veces esta aplicabilidad dependerá únicamente del juez en caso de inexistencia de mediación legislativa. Con la directa aplicabilidad de estos derechos por parte del juez, se permitirá materializar los derechos fundamentales, dado que esta eficacia social o efectividad puede ser llevada a cabo por quien tutela los derechos fundamentales.

Delante de esta falta del deber de prestar tutela normativa a los derechos fundamentales, el juez no puede depender del trabajo legislativo – o su ausencia – y menos quedar comprometido por la inercia del legislador. Partiendo de una concepción del juez como agente que detenta poder y no más como mero burócrata que administra justicia dentro de un aparato jerarquizado, sumado al hecho de él ser deudor de una tutela de los derechos fundamentales, se desprende de ello la exigencia al juez de ser quien aplique directamente los derechos fundamentales a las relaciones privadas. Ahora bien, el problema reside en lo que fue identificado líneas arriba. La aplicación inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones privadas por intermedio del juez puede acarrear una invasión a la esfera de libertad del sujeto que soportará los efectos de la aplicación directa. Luego, el juez, en este escenario deberá ponderar entre derechos fundamentales y al mismo tiempo evitar que la aplicación directa no constituya situación de violencia para el otro sujeto. Todo esto en lo que respecta a la aplicabilidad de los derechos fundamentales materiales.

Una vez aceptada la aplicación directa de los derechos fundamentales por medio de la actividad judicial, entenderemos que es el juez quien ‘mediará’ los efectos del derecho fundamental material aplicado y omitido de desarrollo por parte del legislador.

Hablar en términos de *derecho fundamental prestacional* trae consigo el deber de identificarlo con un derecho subjetivo

a recibir algo del Estado. Este *recibir algo* se bifurca en una tutela normativa, una fáctica y una jurisdiccional. En caso no exista tutela normativa o fáctica, el juez tendrá el deber de dar protección a esos derechos fundamentales no protegidos por el legislador. Resáltese que, muy por encima del discurso ahora presentado, la falta de legislación por cuenta del parlamento denota una ‘inconstitucionalidad por omisión’. Como advierte Canaris, el juez al aplicar los derechos fundamentales tiene el deber de controlar la insuficiencia de tutela, pero nunca el exceso, pues como no existe norma o ley que haya desplegado los efectos de la norma constitucional definidora de derechos fundamentales, todavía queda reservada al legislador una futura intervención para diseñar el contenido y los límites de este derecho fundamental. Como todavía no existe mediación legislativa y el juez es el llamado a aplicar este derecho fundamental directamente – esto es, aplicar el dispositivo normativo constitucional – él debe verificar si existe, primero, alguna protección. Si es que advierte la inexistencia de dicha protección, el derecho fundamental debe ser tutelado por su función de prohibición de insuficiencia, pero no de exceso⁽²⁷⁾.

¿Cómo tutelar un derecho fundamental no desarrollado legalmente alegando un exceso? Respondemos a tal cuestionamiento con el apoyo de Canaris, para quien la función de imperativo de tutela de los derechos fundamentales, en principio, carece de mediación legislativa. Esta función no queda, por tal motivo, sustraída a las disposiciones del legislador ordinario. Así, al tutelar normativamente el derecho fundamental, el legislador puede moverse entre el terreno de la prohibición de insuficiencia o del exceso. Reiteramos; esto constituye tarea del legislador en el exacto momento de tutelar normativamente el derecho fundamental. En lo que concierne a la intervención

(26) Anota Böckenförde menciona sobre la vinculación de los derechos fundamentales que estos “rigen hoy en la práctica como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto, no sólo en relación del individuo con el poder público (...) y afectan también por ello a la relación recíproca de los actores jurídicos particulares” (1993, p. 95).

(27) Para mayor información, véase “Direitos fundamentais e direito privado”, de Claus Wilhelm Canaris (2009, p. 138). Asimismo, véase Ação Rescisória n. 5992631836 del Tribunal de Justicia de Rio Grande Do Sul (26/04/2000). También, “Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional” de Carlos Alberto Álvaro De Oliveira (2008, p. 71).



jurisdiccional, afirmamos que al juez le está reservada esta tutela del derecho sólo a través del control de prohibición de insuficiencia – derecho fundamental regulado de forma insuficiente o inexistente – pero no controlar o tutelar el derecho por exceso.

En contrapartida, esta *praxis* cambia cuando se intenta explicar la aplicabilidad del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Como el Estado está preocupado con la efectiva tutela de los derechos y siendo que la impartición de justicia es monopolio del Estado, permanece pacífico que la eficacia o aplicación de este derecho fundamental imponga una conducta positiva al juez y al legislador. En ese tenor, no existe eficacia horizontal de este derecho fundamental procesal puesto que, como fue visto, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional vincula al juez y al legislador. Resáltese, no obstante, que si los derechos fundamentales materiales exigen una tutela del juez, el deber de potencializar estos derechos también reside en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; idea que nos llevará a razonar que el juez, tutelando este derecho fundamental procesal, puede modular un procedimiento o instituir técnica adecuada, inclusive cuando tal técnica inviabilice la prestación jurisdiccional o cuando por omisión del legislador, esta técnica no haya sido instituida en norma procesal alguna. Todo esto por respeto a la adecuación exigida entre el instrumento – proceso – y el objeto de su cuidado – derecho material.

Hasta aquí, podemos concluir que los derechos fundamentales, sin distinguir entre los de cuño material o procesal, son considerados como derechos constitutivos y con amplia concretización legal. Evidentemente; si la necesidad de tutela jurisdiccional es comprendida como la protección que el juez presta a los derechos fundamentales de los individuos, es correcto pensar que el juez y el legislador deben velar, cada uno de ellos, por la tutela y deber que les toca realizar, esto es, una tutela jurisdiccional y una tutela normativa, sea normando y actuando técnicas procesales y procedimientos. Sólo podrá ser dada una efectiva tutela a los derechos fundamentales con una actuación jurisdiccional y repertorio normativo desarrollando este derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (Guilherme, 2013, p. 231).

5. El derecho de acción como manifestación de la una tutela jurisdiccional adecuada

Es conocida entre los estudiosos del proceso civil la antigua teorización del derecho de acción como mero derecho a la obtención de una sentencia que genera una respuesta frente a un conflicto de intereses suscitado entre dos sujetos o, también, como un derecho dado a los justiciables para esclarecer alguna incertidumbre jurídica por medio de un proveimiento declaratorio.

Esta definición encuentra eco en la doctrina peruana por Monroy Gálvez (2004, p. 225) y en la moderna brasilera de las décadas de los años setenta y ochenta, plasmada, *a posteriori*, en varios manuales y cursos de derecho procesal. El hilo conductor de la doctrina italiana [y por influencia a la doctrina brasilera y peruana] se encuentra en la idea de que el derecho de acción es un derecho o poder de exigir un proveimiento jurisdiccional final o, específicamente, en el proceso de conocimiento, como el poder de exigir una sentencia que juzgue el mérito de la causa o aún, considerarlo como derecho a la sentencia de mérito.

De la misma forma, puede ser encontrada una definición estrictamente procesal y autónoma del derecho acción. Dinamarco, Grinover & Cintra (2009, pp. 307-308), resaltan que la acción es el derecho al ejercicio de la actividad jurisdiccional (o el poder de exigir ese ejercicio). Mediante el ejercicio de la acción se provoca a la jurisdicción que, a su vez, se ejerce por medio de aquel complejo de actos que es el proceso⁽²⁸⁾. Prosiguen los profesores indicando que constituye una

(28) No obstante, no debe confundirse el derecho de acción con la acción, pues el primero es una situación jurídica que exige del Estado una reglamentación que permita exigir un procedimiento adecuado y técnicas que respeten el derecho material. Al paso que la simple acción es un acto jurídico que implica la exigencia de tutela viabilizada por medio de la demanda. Hecha esa distinción, por el tono de las doctrinas citadas, sean peruanas o brasileras, es evidente que se trata del derecho de acción puesto que intentan teorizarlo como derecho de contenido fundamental, autónomo y abstracto, independiente del derecho material. Esta teoría, como se sabe, llevó al proceso a una neutralidad. Véase Didier Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. p. 200.



conquista definitiva de la ciencia procesal el reconocimiento de la autonomía del derecho de acción, la cual se emancipa por completo del derecho subjetivo material (Dinamarca, Grinover & Cintra, 2009, pp. 265).

Esa visión del derecho de acción, como es evidente, impidió al juez, al legislador y al doctrinador a comprender que la autonomía procesal obtenida por la teoría de los padres fundadores del proceso italiano y alemán acabó tornándola en una figura neutra e indiferente en relación al derecho material. Como vemos, esa aventura de erradicar el proceso de las influencias del derecho material le costó muy caro a la procesalística que venía renaciendo en los años setenta bajo la influencia de la teoría circular del derecho y proceso.

Apréciase que el formante doctrinario o legislativo casi nada habla de la acción de derecho material. A propósito, en varios países que aún dan abrigo a una teoría general del proceso *desde y para el proceso*, hablar en términos de acción material, pretensión material o relación jurídica material es un empeño sin mayor valor, dado que el procesalista científicista entendió que sólo resta acudir al aparato judicial para requerir una solución a los conflictos, a través de una acción procesal comprendiendo una pretensión procesal.

En este modelo eran inexistentes los ánimos de poder conciliar el derecho procesal con el derecho material, sin que eso importara reincidir en el sincretismo que concibió a la acción procesal como mera extensión o reacción de la acción material. Ese divorcio entre ambas categorías que desembocó en la teoría abstracta de la acción impuso una forma negativa de pensar el proceso bajo el prisma del derecho material. De tal forma, con ello se configuraba una herejía fundamentar que la acción procesal debería reflejar la acción material y su resultado práctico real si la autotutela estuviese permitida.

Pues bien, si el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, desde una perspectiva constitucional, es una expresión de los derechos esenciales del individuo, se entiende así que la tutela jurisdiccional comienza a tomar forma una vez que es exigida por medio del derecho de acción. Evidentemente, si el Estado, al detentar la jurisdicción está incumbido con el reconocimiento de la eficacia y practicidad del derecho a la tutela jurisdiccional, la perspectiva material de la acción es esencial para la realización de las finalidades de la jurisdicción (Dinamarca, 2009, p. 255). A partir de ahí deben ser apartadas o, cuando menos, mitigadas, las propuestas maniqueas actuales que intenten expurgar de contenido e importancia la acción de derecho material. Debemos cuidar de no caer en el equívoco de que el derecho de acción como un derecho a las formas de tutela jurisdiccional adecuada no comprende el hablar de acciones típicas.

5.1. El derecho fundamental de acción como derecho a una técnica adecuada al derecho sustancial

Pionero en el escenario latinoamericano en la visión del derecho de acción como derecho a una técnica adecuada al derecho material es Marinoni, quien defiende la consideración del derecho de acción como reflejo en el ámbito subjetivo de la actividad jurisdiccional del Estado, o como el deber de tutela jurisdiccional del Estado-juez. Súmese a ello que al ser el principio de inapartabilidad de la jurisdicción un principio que exige del Estado a no impedir o inviabilizar la tutela de los derechos, el Estado está en el deber de prestar tutelas a las más variadas situaciones e hipótesis de conflicto. Para ello prestar tal tutela al ciudadano, el Estado jamás podría excusar su incumplimiento por la inexistencia o insuficiencia de dispositivos normativos materiales o procesales.

En este sentido, si el Estado detenta el monopolio de impartición de justicia, asumió el deber y compromiso de tornar realidad las relaciones sociales y sus consecuencias previstas en las disposiciones normativas. Esa coincidencia entre la acción material – exigencia de un bien o de un hacer o no hacer en la esfera pre-procesal – con la acción procesal, debe ser visto como el derecho a la pre-ordenación de técnicas y procedimientos idóneos para tutelar el derecho material.

La inexistencia de la técnica adecuada o procedimiento idóneo a las particularidades del derecho material ahora pretendido significaría que al Estado no le importó la tutela de los derechos habiendo retirado de las manos del ciudadano la acción directa, para asumir la impartición de justicia. Reténgase el siguiente argumento: la ley del más fuerte imperante en los inicios de la humanidad pasó por el filtro de la civilización y con la entrega de este poder de regular la vida en sociedad, se vio la necesidad de que los Estados pudiesen ofrecer a cambio alguna forma estructurada para la solución de los conflictos y la manutención de la civilidad. En verdad, no es difícil creer que, con el elenco de derechos fundamentales procesales, lo mínimo que se esperaba era la coincidencia o reflejo entre lo que la violencia podría producir



en un sistema de justicia para-estatal con el producto elaborado por el Estado-juez, detentor de jurisdicción.

Para mantener la paz social y, abonamos, para otorgar una tutela adecuada a los derechos y situaciones subjetivas, no basta proclamar la exclusividad de la jurisdicción, pues la justa paz de la comunidad es únicamente posible en la medida en la que el Estado sea capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer las pretensiones que se formulan ante el propio Estado. Por ello, González (1984, p. 23) señala que, si las ansias de justicia que el ciudadano lleva en su fuero más íntimo no encuentran satisfacción, por las vías pacíficas dadas por el Estado, este clamor de justicia desbordará la expectativa que el propio Estado pensó cumplir. Siendo así, habría un vacío de contenido en la afirmación de que el derecho de acción se eleva a nivel constitucional si antes de ello no fuere plenamente asegurado la disposición y uso de técnicas, instrumentos y medios procesales adecuados como denota el pensamiento del jurista español⁽²⁹⁾.

Para entender con propiedad el derecho fundamental de acción, este debe pasar por el filtro de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales. Se afirmó líneas arriba que el derecho de acción confiere a su titular el exigir una garantía o defensa de derechos de libertad amenazados por el Estado⁽³⁰⁾. La herramienta utilizada como defensa de los derechos de libertad configuraría las diversas acciones constitucionales dispuestas para tutelar derechos fundamentales. Mientras eso sucede, el derecho de acción también puede satisfacer derechos de protección bien como servir de canal para el derecho a la participación en la reivindicación de los derechos fundamentales por medio de los diferentes procedimientos civiles. Esta multifuncionalidad, obviamente, reviste de fundamentalidad al derecho de acción.

Pero ¿cómo obtener una tutela jurisdiccional por medio del derecho de acción? Esa cuestión se amolda en el hecho de que el derecho de acción no es más un derecho para ser proyectado a las relaciones de los particulares, y sí para comprometer también el actuar del Estado con el objetivo de saber proceder para viabilizar la efectividad de esta protección reclamada por

el ciudadano. Por donde se prefiera ver, el derecho de acción, al constituirse como un derecho con función prestacional por parte del Estado, busca establecer una relación *Estado-prestador, ciudadano-justiciable*. Al contrario, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional se vincula únicamente al Estado, básicamente al legislador y al juez y no incide *directamente* sobre las relaciones entre privados. Esos efectos del derecho fundamental inciden de forma refleja o lateral, mediatizando los derechos fundamentales. El contraste se revela más fácil de explicar al recordar que un derecho fundamental de cuño material incide sobre el Estado para que este, mediante su triple protección – fáctica, legislativa o judicial – se comprometa con la protección de estos derechos para las relaciones entre particulares.

El derecho de acción como derecho fundamental debe reconocer al derecho de acceso a la justicia no como perenne garantía contra alguna injerencia estatal, sino como derecho a pedir o requerir algo del Estado. Está claro que el derecho de acción, al ser manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, exige una prestación del Estado destinada a tutelar un derecho material. Por cierto, si es solicitada esta tutela por medio del derecho de acción, la respuesta del Estado para el ciudadano titular de esta situación jurídica es el ofrecimiento *de normas que posibiliten el uso de técnicas adecuadas al derecho material junto con procedimientos flexibles y, antes de ello, otorgando poder y responsabilidad al juez para poder modificar y/o modular un procedimiento o técnica procurando la efectividad a ser prestada* (Trocker, 1974, pp. 700-701)⁽³¹⁾.

(29) Para mayor información sobre el tema, véase también “Novas linhas do processo civil” de, Luiz Guilherme Marinoni (1996, pp. 114-115).

(30) Para un entendimiento de los derechos procesales fundamentales como garantías constitucionales, lo cual refuerza la idea de una antigua relación entre proceso y Constitución como meros derechos de defensa, véase “Las garantías constitucionales del proceso” de Joan Picó i Junoy (p. 17).

(31) Para mayor información, véase “Curso de processo civil”, de Luiz Guilherme Marinoni y Sérgio Cruz Arenhart (2011, p. 32). Asimismo, desmitificando el equívoco de únicamente pensar en tutelas diferenciadas y en la aparición de innumerables instrumentos, Marinoni y Arenhart (2011), alega que gracias a que la técnica procesal responde a las diferentes situaciones sustanciales, es imposible dejar al legislador intuir e instituir tantos procedimientos diferenciados existan a la par de cuantas sean las necesidades de derecho material carentes de tutela. En ese ámbito, cualquier intento de infundir el pánico doctrinario indicando que la diversificación de los procedimientos constituye una plaga, fácilmente se rebate tal afirmación con la técnica procesal adecuada, capaz de modificar o alterar el procedimiento ya pre-configurado para atender a un nuevo derecho material (p. 40). Del mismo modo, subraya que “la acción es ejercida y, por ende, se desarrolla como objetivo para permitir el juzgamiento de mérito (pedido) y en el caso de reconocimiento del derecho material todavía se mantiene presente para exigir que los medios ejecutivos de la sentencia estimatoria propicien la



Basado en la procesalística peruana es posible afirmar que la acción procesal debe impedir que exista algún margen diferencial, llamada así a la “disparidad entre la satisfacción procesal respecto de la satisfacción que el demandante tiene derecho a conseguir por sus propios medios en caso la jurisdicción no estuviese comprometida con la tutela de los derechos del ciudadano” (Monroy Palacios, xxxx, p. 298). Este margen diferencial *material* – que no debe existir en la búsqueda de una tutela específica – debe ser evitado siempre y cuando sean otorgadas a las partes las normas definidoras de técnicas procesales, tales como medidas de ejecución directa o indirecta⁽³²⁾, diversidad o tipos de sentencias, técnicas probatorias, impugnatorias, etc. y en general cualquier técnica necesaria para alcanzar la tutela adecuada, sea específica, rescicatoria, de cumplimiento o de remoción del ilícito.

Regresando al tema de la técnica procesal adecuada como elemento fundamental del derecho de acción, es necesario definir a la técnica como un elemento indisoluble del proceso. Vale recordar que a entender de Bedaque (2010, p. 35), el uso de la técnica no debe ser pervertida al extremo de propiciar un formalismo excesivo. Resulta ilógico considerar al proceso como una entidad abstracta, neutra que alcanzará su finalidad por sí sola, sin ser accionada por alguien. Es necesaria la disposición de mecanismos que como relojería suiza permitan que el proceso funcione y concrete sus finalidades.

La técnica procesal es un elemento *no* teleológico del proceso, pues posibilita al juez y a las partes que ejecuten una relación dialéctica para desarrollar el proceso hasta la producción de la tutela jurisdiccional del derecho material. En la visión de Marinoni (2007, p. 258), técnica pueden ser los procedimientos, sentencias y medios ejecutivos, premisa que identifica la técnica como medio y no como finalidad. Preocupado por especificar lo que debe ser entendido por técnica procesal, Álvaro de Oliveira (2008, p. 153), asevera que no es posible confundir la propia tutela jurisdiccional con las técnicas utilizadas para mejorar dicha tutela. Acompañando tal fundamento, parece adecuado no otorgar a la técnica procesal un *thelos*, pues la tornaría en un elemento de culto a ser glorificado dentro del proceso, olvidando que sirve de medio para la realización de la tutela.

Considerando todo lo que ha sido desarrollado y re-educando la relación umbilical entre tutela jurisdiccional efectiva y la técnica procesal para tornar efectivo y real el derecho material, no es convincente tampoco equiparar el derecho de acción al mero derecho formal de obtener una resolución a un conflicto suscitado entre un par de sujetos. Si el derecho a la tutela jurisdiccional es ejercido por medio

del derecho de acción, entonces esta viene a constituirse como derecho a una tutela adecuada mediante el proceso justo (Sarlet, Marinoni & Mitidiero, 2012).

Adoptando cierta responsabilidad al momento de tratar sobre el derecho de acción bajo el enfoque constitucional propio de una teoría jurídica contemporánea, no basta declarar derecho, siendo más importante que previamente se instituyan medios y procedimientos adecuados y equitativos, sin los cuales el derecho perdería su propio significado en términos de actuabilidad, como bien resaltan Sarlet, Marinoni & Mitidiero (2012). Esa exigencia del derecho de acción sobre el juez es señalada en el más reciente trabajo sobre medidas coercitivas en Italia, en el que Trapuzzano (2012, p. 225), advierte que tal exigencia indujo al legislador a intervenir por medio de una reglamentación de carácter general para salvaguardar las situaciones jurídicas subjetivas que antes fueron privadas de un sistema adecuado de tutela. Prueba de ello es la introducción del art. 614°, *bis*, en el *Codice di Procedura Civile* italiano en el año 2009, inaugurando así, en el derecho italiano, una regla general de medidas coercitivas.

Al lado de ello, la estructuración técnica del derecho de acción y lo que este ofrece a su titular debe respetar las *nuances* del derecho material que, ciertamente, debe influir en el resultado del proceso. Como fue advertido, si el derecho de acción nos faculta a exigir tutela efectiva del Estado por medio de la acción procesal, nada mejor para el legislador que basarse en el principio de adecuación – *principio di adeguatezza* – al ser un elemento guía para el otorgamiento de tutela jurisdiccional. Taruffo (1988, p. 77), ha defendido que la conexión entre una situación sustancial que exige tutela y técnicas de actuación ejecutiva viene a colocarse en la base del principio de adecuación, mediante el cual cada derecho debe encontrar actuación en el instrumento ejecutivo más idóneo y eficaz en función de la específica necesidad del caso concreto.

(32) La importancia dada a las medidas coercitivas como forma que integralmente satisface el derecho es advertida por Montesano (2001, p. 11), al punto de generalizar en el ordenamiento italiano el uso de las *astreintes* del procesalismo francés.



5.2. El papel del juez frente a la ausencia normativa del derecho de acción

Por silencio o inercia legislativa queremos identificar una patología en el deber de legislar del Estado-legislador. En este panorama, el concepto de omisión o inercia legislativa debe ser considerado no sólo como un simple *no hacer*, sino que, además, en las palabras de Canotilho (2003, p. 1033), debe ser entendido como un acto negativo ante la obligación constitucional de legislar. En vista de la falta de consciencia o sensibilidad del legislador para reglamentar algún derecho, se pasó a aceptar la amplia discrecionalidad para actuar legislativamente en los casos en los que este considerara necesario.

Percíbese que esta densificación legislativa inicialmente encargada al legislador a veces se presenta innecesaria dado que altera dramáticamente el sentido de la propia norma, razón por la cual afirmamos que esta reglamentación o actividad legislativa podría haber sido evitada en los inicios de la era constitucional moderna para evitar futuras promulgaciones que violentasen el sentido constitucional *original*.

Sin embargo, en el actual paradigma por el que transitamos, cualquier hipótesis de silencio legislativo no debe ser considerada como un hecho negativo, puesto que, en verdad, la propia estructura del texto normativo constitucional puede llevarnos a razonar que esta disposición constitucional sea tan casuística que dispense una posterior reglamentación. En verdad, ese deber de definir normas constitucionales al mínimo detalle constituye un deber de tutela del constituyente⁽³³⁾.

Si el derecho fundamental de acción es una situación jurídica de ventaja – *status activus processualis* – que habilita a los ciudadanos a reclamar legítimamente una tutela jurisdiccional efectiva, ello implica considerar dos escenarios: el primero, homologar el derecho de acción como derecho subjetivo a algo – normas, técnicas y procedimientos – y en segundo lugar, a otorgar al legislador el deber de reglamentar este derecho de acción por medio de reglas, normas y leyes que viabilicen tal realización de tutela. En caso no existiese alguna regla procesal, se viviría en medio de un caso a nivel judicial en donde el juez modelaría el proceso únicamente teniendo a la vista una única o pocas normas constitucionales que definirían las estructuras y formas del proceso, vagamente.

Las mismas preocupaciones se encuentran en los debates que fueron realizados en la Unión Europea con ocasión de la

institución de normas procesales destinadas a la efectividad del derecho material. Valiosa es la lección de Biavati (2002, p. 753), en el sentido de indicar que los procedimientos no deben complicar el ejercicio de los derechos, revelando ello que el elemento guía de la institución de reglas que contengan técnicas o procedimientos es la efectividad de la tutela.

El derecho de acción exigirá del juez una postura activa siempre que no exista una tutela normativa a este derecho, la cual debió ser dada por el legislador. Lo mismo sucederá cuando alguna disposición normativa se oponga o contrarie el núcleo constitucional básico de la tutela jurisdiccional. De tal forma, no debemos escatimar en reproducir el pensamiento nuclear de este capítulo. Si el juez llegará a la conclusión de que el legislador negó protección normativa al derecho fundamental, deberá determinar la medida que realmente haga efectivo tal derecho tutelado. Al dar un remedio atípico al derecho material o procesal carente de reglamentación, es lógico que se encuentra en el proceso otro derecho fundamental inherente a las partes del proceso, y por eso debe ponderar o realizar el *balancing* de los derechos fundamentales y argumentar de forma racional la elección de la medida a ser aplicada en el momento de utilizar o dar un remedio atípico al derecho de acción.

Si el Estado emite normas prohibiendo conductas contrarias, por derivación, debe definir normas de reglas procedimentales instituyentes de técnicas capaces de permitir la actuación oportuna y adecuada de la tutela jurisdiccional. Esas normas procesales destinadas a la tutela jurisdiccional de los derechos derivan de la exigencia del derecho de acción sobre el legislador, obligándolo a remediar la ausencia legislativa o suprimiendo la ineficiencia de las mismas. Luego de retratada la noción de que el derecho de acción es revestido de un carácter

(33) Para mayor información, véase “Direito constitucional e teoria da constituição”, de José Joaquim Canotilho (2003, p. 1034). También, “O controle de inconstitucionalidade por omissão e a teoria dos precedentes obrigatórios”, de Elton Baiocco (2012, p. 397). En lecciones de Canotilho, también existiría omisión legislativa cuando la Constitución consagra normas caracterizadas por poseer baja densidad normativa para tornarse ejecutables o actuables por sí mismas. Sin embargo, considérese que esta situación no puede ser más rechazada y gana autonomía cuando el constituyente no haya querido otorgar una aplicabilidad inmediata. Este hecho define automáticamente la eficacia retenida de las normas constitucionales que por su propia naturaleza imposibilita hablar de omisión legislativa (Canotilho, 2003, p. 87).



fundamental, al ser un derecho fundamental procesal, este puede ser considerado como de suma importancia pues se torna imprescindible para tutelar y tornar efectivo el resto de derechos fundamentales y subjetivos.

En síntesis, el derecho fundamental de acción, de la misma forma que la tutela jurisdiccional incide sobre el juez, bien como obliga a este la supresión de cualquier situación que dificulte o impida que el justiciable no cuente con técnicas y reglas procesales. En lo que atañe a la existencia de normas que dificulten el acceso a la justicia o normas insuficientes para permitir la efectividad y pleno ejercicio del derecho de acción⁽³⁴⁾, el juez, por medio de su función y de una apropiada interpretación y concreción, deberá suprimir esa inconstitucionalidad que, Canotilho (2003, p. 1034) designa como omisión por falta de actualización o perfeccionamiento de normas. Basado en enseñanzas de Badura⁽³⁵⁾, el procesalista portugués antes mencionado, alude que tal omisión se define no por la inexistencia de normas, sino por la inexistencia de normas no adecuadas, adaptadas o perfeccionadas en relación a la Constitución. Cuando la falta de estas mejorías o actualizaciones perjudicasen al ejercicio de tales derechos⁽³⁶⁾ es lógico que el juez debe dejar de ser neutro y actuar para identificar esa omisión y suprimirla adecuadamente para el caso concreto.

De tal suerte, si el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho de acción, como derecho derivado, no poseen un desarrollo legislativo debido, a entender de Picardi (2009, p. 17), será un motivo más que suficiente para afirmar que la inacción del legislador representa otra de las principales causas que justifican la producción jurídica del órgano jurisdiccional. Poderes que, desde luego, al imponer al juez un deber de tutela, deberán ser prestados de forma efectiva a pesar de la inexistencia de una disposición que pueda ser suprimida por la actividad judicial, tal cual analizamos. Sobre la legitimidad en la creación jurisprudencial del derecho o en la revisión del control de constitucionalidad, así como en la actividad judicial de producir una técnica adecuada o variar un procedimiento para cuidar del derecho tutelado, existe una legitimidad argumentativa como fue retratada a lo largo de este capítulo. El jurista italiano destaca que la apertura o fluencia de los textos legislativos también otorgan un margen para su adaptación a

situaciones diversas o para la concretización de derechos fundamentales⁽³⁷⁾.

6. Conclusiones

Se ha buscado afirmar que la evolución de las sociedades, los derechos reclamados y la manera cómo debe responder la jurisdicción a través de la prestación de la tutela jurisdiccional efectiva, han llevado a la deconstrucción del modelo procesal clásico para dar paso a un cuarto modelo o microparadigma teórico, consistente en el modelo o perspectiva constitucional del proceso.

Consecuentemente, la relación existente entre la Constitución y el proceso civil no debe limitarse al recuento del catálogo de garantías procesales, puesto que el estudio de cada garantía en especie continúa siendo un análisis estático frente a lo que se plantea, que es un modelo interpretativo en el que la jurisdicción complementa el ordenamiento jurídico mediante la aplicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Se concluye, además, que, un principal elemento conformador de dicho modelo y perspectiva es el repensar la labor del juez frente a la interpretación constitucional de dichos derechos fundamentales procesales, así como la redefinición del contenido mínimo esencial de la tutela jurisdiccional efectiva. Esto proviene de la propia naturaleza prestacional del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, que exige una triple tutela; ejecutiva, legislativa y jurisdiccional.

Se ha demostrado que, el derecho de acción como situación jurídica de ventaja que activa el requerimiento de tutela judicial

(34) Para mayor información, véase "Garanzie costituzionali del processo civile", de Vincenzo Vioriti (1973, p. 34)

(35) Véase "Direito constitucional e teoria da constituição" de José Joaquim Canotilho (2003, p. 1035)

(36) Imagínese una disposición normativa que permita la duración excesiva del procedimiento o que no establezca una técnica procesal adecuada para determinada tutela del derecho.

(37) Es así que se concluye que, si los derechos fundamentales procesales deben ser tutelados normativamente, es pacífico indicar que tal objetivo será alcanzado mediante la reglamentación abierta de tales derechos fundamentales, esto es, mediante disposiciones abiertas o generales. El propio Picardi (2009, p.18), alude que "no es menos relevante la constatación de que el tejido legislativo presenta márgenes de apertura. Con el objetivo de que la disposición sea adaptable a situaciones concretas o mantenerlas actuales, aunque pase el tiempo, el legislador es llevado a adoptar técnicas legislativas elásticas, flexibles y difusas. Es un conjunto de técnicas legislativas a través de las cuales termina delegándose al juez opciones que el legislador no puede o quiere operar".



no solo debe agotarse en la petición de tutela a través de la presentación de la demanda. En realidad, el derecho de acción, para que sea bien utilizado por el justiciable, debe ser un derecho que exija la predisposición de técnicas y procedimientos adecuados. De ello se concluye que, ante la insuficiencia o ausencia normativa de técnicas procesales, se vulnera el derecho de acción, puesto que poca utilidad tendría el ejercer un derecho de provocación de la actividad judicial sin contar con las más idóneas o adecuadas técnicas para desarrollar tal derecho a lo largo del procedimiento.

Desde una perspectiva constitucional de la jurisdicción, se arriba a la conclusión de que el juez ostenta un deber de tutela del propio ordenamiento procesal cuando este es insuficiente o ausente. Por ello, se reivindica en el trabajo la labor que tiene el juez de colmar dichos espacios a través de la creación de una norma para el caso concreto que pueda neutralizar dicha inconstitucionalidad por omisión. Ciertamente, el *input* metodológico para ello es entender la aplicación directa e inmediata del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, puesto que al fungir no solo como derecho constitucional, sino como principio de la labor jurisdiccional, la jurisdicción tiene un deber de complementar y componer el propio ordenamiento procesal, bajo el peligro de incurrir en el pretexto de que la inexistencia de disposición normativa procesal alguna acarrearía la inexistencia de un derecho procesal de cualquiera de las partes.

Es por ello que, conclusivamente, el papel que juega la naturaleza del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental prestacional, de organización y procedimiento, repercute positivamente en la labor de la jurisdicción, cuando a través de la densificación normativa de este derecho fundamental – principio, códigos adjetivos incurran en defecto o ausencia de disponer técnicas y procedimientos dirigidos, justamente, a materializar la tutela judicial efectiva.

Estas redefiniciones no son más que puntos iniciales de una bitácora mayor, comprendiendo en la perspectiva constitucional del proceso la propia creación de normas al caso concreto ante la eventual ausencia o insuficiencia normativa procesal. Es decir, la labor creacionista e interpretativa del juez debe sobreponerse a la irresponsabilidad legislativa consistente en la ausencia o insuficiencia de normas esperadas para la tutela de un caso concreto. Por ende, la jurisdicción no solo debe ser una labor de derechos (legislados) sino, de remedios atípicos al caso concreto, incluso cuando la norma procesal falte, sea insuficiente o defectuosa.

7. Referencias bibliográficas

Álvaro, C. (2008). *Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional*. (J.J. Monroy palacios, Trad.). Editorial Communitas.

Arenhart, S. (2003). *Perfis da tutela inibitória coletiva*. Revista dos Tribunais.

Ávila, H. (2009). "Neoconstitucionalismo": Entre a ciência do direito e o direito da ciência. En C. De Souza et al. (Orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988* (pp. 187-202). Lumen Juris.

Baiocco, E. (2012). O controle da inconstitucionalidade por omissão e a teoria dos precedentes obrigatórios. En L.G. Marinoni (Coord.). *A força dos precedentes* (2.ª ed.). Editora JusPodivm.

Bedaque, J. (2010). Efectividad del proceso y técnica procesal (J.J. Monroy Palacios & C. Delgado Suárez, Trad.). Editorial Communitas.

Biavati, P. (2002). I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 56(3), 751-775.

Böckenförde, E. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft.

Canaris, C. (2009). Direitos fundamentais e direito privado. Almedina.

Canotilho, J. (2003). Direito constitucional e teoria da Constituição (7.ª ed.). Almedina.

Cappelletti, M. (1974). *Proceso, Ideologías, Sociedad*. (S. Sentís Melendo, Trad.). Editorial EJEA.

Couture, E. (1946). *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*. De Palma.

Damaska, M. (1986). *The faces of justice and the State authority*. Yale University Press.

Delgado, C. (2013). *Efetividade processual e tutela preventiva dos direitos* [Tesis de maestría, Universidade Federal do Paraná]. Repositório Digital Institucional da UFPR.

Di Majo, A. (1989). Forme e tecniche di tutela. // *Foro Italiano*, 112, 132-145. <http://www.jstor.org/stable/23185140>

Didier Jr., F. (2011). *Curso de direito processual civil* (12.ª ed., Vol. 1). Editora JusPodivm.

Didier Jr., F. (2012). *A teoria geral do processo, essa, desconhecida* (2.ª ed.). Juspodivm Editora.

Dinamarco, C., Grinover, A. & Cintra, A. (2009). *Teoria geral do processo* (23.ª ed.). Malheiros.

Dinamarco, C. (2009a). La instrumentalidad del processo (J.J. Monroy Palacios, Trad.). Palestra Editores.

Dinamarco, C. (2009b). *Instituições de direito processual civil* (6.ª ed., Vol. 1). Malheiros.

Ferrer, J. (5 de mayo de 2012). *Reflexiones críticas sobre el neoconstitucionalismo* [Segunda sesión



- de conferencia]. Jornadas sobre Seguridad Jurídica, Girona, España. <http://diobma.udg.edu/handle/10256.1/2560>
- Fioravanti, M. (2009). *Los derechos fundamentales*. Trotta.
- Fix-zamudio, H. (1955). *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructura procesal del amparo*. Libería Porrúa.
- Frignani, A. (1974). *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Editore Giuffrè.
- González, J. (1984). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Editorial Civitas.
- Grossi, P. (2007). *Mitologie giuridiche della modernità* (3.ª ed.). Giuffrè.
- Grossi, P. (2012). *Introduzione al novecento giuridico*. Manuali Laterza.
- Guerra, W. & Carnio, H. (2017). Teoria processual da Constituição. En C. Fernandes, A. De Azevedo & A. Luiz (Coord.), *Tomo Direito Administrativo e Constitucional*. Pontificia Universidade Católica de São Paulo.
- Guerra, M. (2003). *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. RT.
- Kuhn, T. (2006). *La estructura de las revoluciones científicas*. (C. Solís, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Marinoni, L. (1996). *Novas linhas do processo civil* (2.ª ed.). Malheiros.
- Marinoni, L. & Arenhart, S. (2011). *Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento* (2.ª ed. Vol. 5). RT.
- Marinoni, L. (2012). *Precedentes obrigatórios* (2.ª ed.). RT.
- Marinoni, L. (2007). *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo* (Vol. 1). Editorial Revista dos Tribunais.
- Marinoni, L. (2009). *Colaboração en el proceso civil*. (J.J Monroy Palacios, Trad.). Librería Communitas.
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil* (Tomo I). Editorial Temis.
- Monroy Gálvez, J. (2004). *La formación del proceso civil* (2.ª ed.). Palestra Editores.
- Monroy Gálvez, J. (2009). Globalización, Derecho y Proceso. *Revista de Estudos Constitucionais*, 1(2), 21-36.
- Montesano, L. (1985). *La tutela giurisdizionale dei diritti*. UTET.
- Montesano, L. (2001). Attuazione delle sanzioni e delle cautele control gli obbligati a fare e non fare. En A. Dott (Coord.), *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice. Atti del XXII Convegno Nazionale*. Giuffrè Editore.
- Pagni, I. (2004). *Tutela specifica e tutela per equivalente*. Giuffrè.
- Calmon de Passos, J. (2012). *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista trafega na contramão*. Editora JusPodivm.
- Picardi, N. (2009). *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*. (J.J Monroy Palacios, Trad.). Librería Communitas.
- Picó I Junoy, J. (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. J.M. Bosch Editor.
- Pozzolo, S. (2001). *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Giappichelli.
- Proto, A. (2010). *Lezioni di diritto processuale civile*. (5.ª ed.). Jovene Editore.
- Sarlet, I., Marinoni, L. & Mitidiero, D. (2012). *Curso de direito constitucional*. RT.
- Sarmiento, D. (2007). O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. En M. Novelino. (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. JusPodium.
- Taruffo, M. (1988). Attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. *Rivista trimestrale di diritto procedura civile*, 1, 142-178.
- Taruffo, M. & Hazard, G. (2006). *La justicia civil en los Estados Unidos*. (F. Gascón Inchausti, Trad.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Trapuzzano, C. (2012). *Le misure coercitive indirette*. CEDAM.
- Trocker, N. (1974). *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Giuffrè.
- Vallespín, D. (2008). Los nuevos retos del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en el proceso civil. En *Derecho procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas* (p.85). Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Wiethölter, R. (1975). *Le formule magiche della scienza giuridica*. Laterza.
- Wittgenstein, L. (1977). *Tratado Lógico-Filosófico*. (M. S. Lourenço, Trad.). Fundação Calouste Gulbenkian.
- Zaccaria, G. (2004). *Razón jurídica e interpretación*. Civitas. 