

SISTEMAS PROCESALES: EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL Y LA RELACIÓN CON EL SISTEMA POLÍTICO

Omar Sumaria Benavente*

El análisis del “proceso” como instrumento de realización y protección de los derechos fundamentales de las personas ha sido, en la mayoría de los casos, realizado desde una perspectiva interna y estructural a través de distintas clasificaciones, como aquella que plantea la distinción entre los modelos adversariales e inquisitivos. Sin embargo, ¿es posible analizar la institución del “proceso” desde una perspectiva ideológica y social?

En el presente artículo, el autor plantea que ello es posible desde un estudio sistémico y comparado de las distintas acepciones del “proceso” que sea han dado en diversos contextos históricos, identificando las relaciones sociales y políticas subyacentes a dicha concepción.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Asistente de la Maestría en Derecho Procesal de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Egresado del Programa de Gobernabilidad y Gerencia Política, Universidad George Washington - PUCP. Profesor asociado en Gerencia de Despacho Judicial y Ética Judicial en la Academia de la Magistratura. Profesor invitado del Posgrado en Derecho Procesal de la Universidad Central de Venezuela, en la Especialización en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín (Colombia) y en la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Miembro del Inter American Bar Association, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Academia Virtual de Altos Estudios Jurídicos y Centro de Estudios de Derecho Procesal y Comparado, Círculo Empresarial de la PUCP. Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Director Ejecutivo de la Revista Electrónica de la Maestría en Derecho Procesal de la PUCP. Socio del Estudio Cabrejos, Vassallo & Sumaria Abogados.

“La pregunta no es sólo que tipo de procedimiento queremos, sino también qué tipo de organización del Estado poseemos”. Mirjan R. Damaska¹

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo es una invitación al lector a la introducción del análisis del derecho procesal desde un enfoque sistémico comparado por el cual este fenómeno cultural se analiza en una visión global con el sistema político general, tomando en cuenta los subsistemas económicos y sociales, abandonando el clásico estudio del derecho procesal que se circunscribe o anquilosa en la revisión del proceso o de la acción y la jurisdicción y centrándose en el análisis de la cultura jurídica política y su amplia perspectiva de las relaciones de poder en la sociedad proyectadas sobre un determinado contexto histórico².

El desarrollo del concepto Estado vio en la antigüedad la justificación de la “dominación” (arkhé), sobre todo en la parte relativa al orden y a la conducción. Posteriormente, la filosofía política de la era moderna tiene como fundamento el concepto de “coerción” como elemento determinante de un Estado, sin embargo, en una era postmoderna se habla del desencanto del Estado y en consecuencia del desmantelamiento del poder de coerción, siendo el cuestionamiento si la dominación y la coerción siguen siendo justas, llevando al pronóstico de la disolución del Estado, o la pérdida de poder³ pese a dicho pronóstico, en tanto, para “que existan los derechos, se deben formular normas y darles valor y que cuando estás entran en conflicto deben ser armonizadas a través de instituciones específicas”⁴ lo que justifica la razón de la existencia de este Sistema de Tutela o Protección de derechos a través del Estado vinculado a una de sus funciones legítimas. La función jurisdiccional, en tal sentido, debe ser coherente con el propósito que debe perseguir para la sociedad de acuerdo al modelo establecido y valores adoptados en el Sistema Político General.

Se prefiere hablar de Sistema Político en lugar de Estado, subrayando que este no es la punta de una jerarquía para los diferentes sistemas parciales de la Sociedad. Los poderes públicos representan, en el marco de la sociedad entera únicamente un sistema parcial, al cual otros sistemas parciales (economía, arte, ciencia, tecnología) no se encuentran subordinados, sino coordinados⁵.

La falta de coherencia entre el modelo político elegido (variable que elige el Sistema Político), y su traducción en el modelo procesal (variable que elige el Sistema de Tutela Jurisdiccional) a través del cual se desarrolla la función jurisdiccional sólo trae como consecuencia una actividad jurisdiccional inútil e ineficiente, en contradicción permanente con el Estado, además de la falta de legitimación del sistema social mismo. Es así que un Sistema de Tutela Jurisdiccional coherente con el Sistema Político general se convierte en componente básico de un Estado de Derecho⁶. “Una institución que desaparece en la realidad social compromete aquello que hemos mencionado como primer argumento a favor de una reanimación de la perspectiva de la justicia: quita al debate sobre la legitimación su importancia para el mundo de la vida”⁷.

En la actualidad, si bien el juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales en quien dirige el proceso, bien entendido está que esa dirección se refiere a las que se han denominado facultades procesales, sin influenciar en lo que puede ser el resultado del proceso⁸. Existe un debate de ideologías procesales entre el denominado “garantismo procesal” y el “activismo o solidarismo procesal”⁹, pero, dicho debate se ha centrado en el aspecto técnico del proceso con relación a las facultades materiales de dirección del proceso, en la distinción de un proceso “inquisitivo” que respondería a una supuesta ideología “totalitaria”, y entre un proceso “dispositivo” que correspondería a una supuesta ideología “liberal”¹⁰, que responde sólo a una visión del fenómeno procesal en el aspecto técnico, el cual se debería reorientar,

¹ DAMASKA, Mirjan R. “Las caras de la justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal”. Editorial Jurídica de Chile. 1986. p. 86.

² SANCHEZ-BAYON, Antonio. “Estudios de Cultura política-jurídica. De la tolerancia a la libertad y su cuarentena actual”. Madrid: Editorial Delta. 2010. p. XX.

³ HOFFAN, Otfried. “¿La justicia como intercambio?”. En: El proyecto político de la modernidad. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 2008. pp. 163-164

⁴ MARTIN, Rex. “Un sistema de derecho”. Barcelona: Gedisa. 2001. p. 11.

⁵ HÖFFE, Otfried. Op. cit. p. 167.

⁶ SUMARIA BENAVENTE, Omar. “El Sistema de la Tutela Jurisdiccional”. En: Proceso y Constitución. Lima: ARA. 2009. p. 387.

⁷ HÖFFE, Otfried. Op. cit. p. 166.

⁸ MONTERO AROCA, Juan. “El proceso civil llamado “social” como instrumento de justicia autoritaria”. En: Proceso Civil e Ideología. Lima: Editorial San Marcos. 2009. p. 146.

⁹ MONTERO AROCA, Juan. “Proceso Civil e Ideología”. Valencia: Tirant le Blanch. 2006.

¹⁰ SUMARIA, Omar. Op. cit. Loc. cit.

en una visión más integradora y global, hacia el proceso como consecuencia de una política de Estado.

Max Weber desarrolla la idea de “tipos de autoridades” y sugiere que la diversidad de las relaciones de poder pueden explicar diferencias importantes entre los sistemas legales, incluyendo la administración de justicia¹¹. Por otro lado, Mirjan Damaska¹² se concentra en analizar la forma en que el proceso puede verse marcado por dos tipos contrastantes de Estado, uno con inclinación manifiesta a gestionar la sociedad (Estado de bienestar - activista) y otro, con la sola disposición de proporcionar un marco para la interacción social (Estado *laissez faire* - reactivo). En este contexto, se analizan distintas variables que van caracterizando tanto el derecho como la administración de justicia en ambos tipos de Estado, de las cuales –finalmente– se extraen los principios estructurales fundamentales sobre los cuales se levantan los “edificios procesales” de cada uno. En el caso del Estado activista, el proceso sirve como una herramienta de realización o implementación de su política, y para el caso del Estado reactivo, el proceso es un mecanismo de resolución de conflictos o disputas. Mientras en el primero, la disputa no pasa de ser un pretexto que permite encontrar la mejor solución para un problema social (puesto en conocimiento de las autoridades a raíz de un conflicto entre las partes), en el segundo, la característica fundamental es el desapego del Estado en la forma en que los contendientes gestionan su contienda judicial, y donde los jueces se limitan a presidir la disputa e intervenir en forma mínima en ella.

En correlación con el tema de la prueba, que a su vez es un sub sistema dentro del Sistema de la Tutela Jurisdiccional, Michelle Taruffo¹³ en la perspectiva de Damaska, habla de “sistemas centrados en las partes” y “sistemas centrados en los tribunales”, dependiendo que la presentación de las pruebas se realice principalmente o en forma exclusiva por las partes o por el Juez.

Antoine Garapon y Loannis Papadopoulos¹⁴ proponen la búsqueda de la cultura judicial de un pueblo en dos direcciones, por un lado como un modo de producción de la verdad y, de la

otra, como una adecuación de la política, que sería a la postre las variables que definirían el sistema procesal; “no es, entonces, ni consultando las obras de filosofía ni examinando el derecho positivo que descubriremos la cultura jurídica, sino restableciendo su relación con lo político”¹⁵, esto con relación a lo propuesto por Damaska quien explica las diferencias de procedimiento entre la tradición inquisitiva y la acusatoria, oponiendo el modelo jerárquico al modelo coordinado como reflejo de la oposición entre la democracia y el liberalismo. Sin embargo, sobre esta aproximación, parecería necesario “complementarla con una aproximación cultural que no se detenga en las reglas, sino que, además, vaya a la manera en que éstas son recibidas por cada pueblo. Es, por tanto, en la relación de cada pueblo con la regla de derecho y, recíprocamente, en la posición del derecho frente a lo real y a los individuos que forman ese pueblo”¹⁶, a lo que se denomina “cultura judicial”.

Sin embargo, intentar descifrar una cultura judicial es una tarea harto complicada con el riesgo de caer en la caricaturización o apología, por ello no se puede centrar el análisis en los sujetos, en la historia, en la identidad o en la profundidad. Más que permitir una concepción inmóvil es preferible sobreponer la relación a la subjetividad, la actualidad a la historia, la mundialización a la identidad, la idea de curva a la de profundidad. “La cultura judicial es un fenómeno total, título que será explicable a partir de una explicación económica (el mercado del derecho), histórica (la creación del Estado de Derecho), lingüística y hasta geopolítica”¹⁷, la cultura judicial más que el producto de todo eso, es una fuerza que impulsa a la unidad, a la coherencia en la cual la historia ejerce un peso determinante pero no puede explicar todo. Identificar las fuerzas motrices que dan a cada cultura su dinamismo obliga a salirse del derecho.

De otro lado, Norbert Wiener¹⁸ dedicó un largo capítulo al derecho, explicando estas dos ideas centrales, encontrando una relación entre el derecho y la cibernética:

- (i) Que los problemas jurídicos son por naturaleza propia problemas de comunicación

¹¹ WEBWER, Max. “Economía y Sociedad”. México Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica. 2008. pp. 502 y siguientes.

¹² DAMASKA, Mirjan. Op. cit. Loc. cit.

¹³ TARUFFO, Michelle. “La prueba”. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2008. p. 110.

¹⁴ GARAPON, Antoine. Op. cit. p. 11.

¹⁵ GARAPON, Antoine y Loannis PAPANOPULOS. “Juzgar en Estados Unidos y en Francia”. Bogotá: Legis. 2006. p.18.

¹⁶ GARAPON, Antoine. Op. cit. p. 39.

¹⁷ *Ibid.* p. 26.

¹⁸ WIENNER, Norbert. “Cibernética y Sociedad”. Buenos Aires: Editorial Sudamericana. 1969. p. 97.

y de cibernética, es decir, relativos al control regular y repetible de situaciones críticas.

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

Encontrando en estas ideas las premisas que desarrollaría luego Amartya Sen respecto de la "justicia por esquemas" o "abstracta" y la "justicia por realizaciones" o "concreta", como variables para determinar el diseño procesal en un modelo político determinado.

De esta forma, todos estos autores han otorgado una mayor importancia a las relaciones del poder político en el diseño del proceso legal más que a la influencia de la ideología pura, "dado que el derecho como fenómeno social es un tema tan complejo que parece escapar a todo intento de clasificación excluyente"¹⁹, apuntando al concepto de "visión jurídica" constituido por la ideología jurídica, los compromisos teóricos de la ciencia jurídica y las teorías referidas al objeto de la dogmática jurídica a efectos de intentar modelos explicativos a través del estudio de la historia de las ideas jurídicas y de la historia de la ciencia jurídica²⁰.

Resulta pertinente, en esta perspectiva, la reflexión que realiza Cándido Rangel respecto del proceso y su alejamiento de la realidad, proponiendo nuevas visiones, innovadoras, críticas de cara hacia un derecho procesal coherente y en plena interacción con los demás aspectos de la realidad. "Por imposición de su propio modo de ser, el derecho procesal sufre de una natural propensión al formalismo y al aislamiento. Aquel no va directamente a la realidad de la vida, ni habla el lenguaje del hombre común. El hombre común lo ignora, el propio jurista lo desdeña y los profesionales lamentan sus imperfecciones, sin atinar a proveer medios para mejorarlo. El descrédito de todos respecto de la Justicia es efecto de la deficiencias de un sistema acomodado en el tradicional método introspectivo, que no incluye la crítica del sistema mismo ni de los resultados que éste es capaz de ofrecer a los consumidores finales de sus servicios, es decir, a los miembros de la población"²¹.

En esta reflexión el énfasis se dirige hacia la necesidad de tener una mirada sistémica a la dinámica de las políticas públicas, siendo la determinación de la estructura del Sistema de Tutela Jurisdiccional parte de ellas. La mirada sistémica (o pensamiento sistémico) considera observar a la organización –en este caso el Estado– y sus diferentes partes y componentes en el contexto del entorno en el cual opera y entender el papel que tiene esta organización respecto de su entorno. La mirada sistémica implica aplicar una dosis importante de abstracción a fin de incorporar la mayor cantidad de elementos presentes en el contexto e identificar las interacciones entre estos elementos²².

II. EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

En este esquema, el Sistema de Tutela Jurisdiccional²³ está propuesto en la interacción de dos elementos que son la acción, que pertenece a la sociedad, y la jurisdicción, que pertenece al Estado; relación que se desarrolla a través del proceso. En este sistema, el "proceso" es el mecanismo de interacción de la "acción" (sociedad) y la "jurisdicción" (Estado) y presenta variantes de acuerdo a la opción política del Estado, ya sea en una democracia neo liberal o una democracia social, de acuerdo a los modelos políticos del siglo XXI, y con dirección del sentido de justicia que dichos modelos políticos adoptan, ya sea la "justicia como principio de imparcialidad" o "justicia como garantía de ventaja mutua"; y que, a su vez, se apoyan en dos distintos modelos constitucionales ya sea un "constitucionalismo legal" o un "constitucionalismo político", lo que determina el modelo de proceso, ya sea activista o de competencia, con relación a la asignación del "esfuerzo procesal" en diferentes proporciones a los actores del proceso: Estado–juez / Sociedad–partes, y condicionado por la forma de producción de normas, "jurisgénesis", ya sea a cargo de los jueces o a cargo del legislador.

La tesis crecientemente dominante establece que las constituciones consagran y aseguran los valores fundamentales de una sociedad democrática²⁴, lo cual es entendido como el Constitucionalismo Legal, en donde la Constitución se entiende

¹⁹ KARGAS, Urpo. "Un análisis de la recepción de las ideas jurídicas y su impacto en la visión jurídica del mundo". En: La normatividad del Derecho. Barcelona: Gedisa. 1997. p. 127.

²⁰ Ibidem.

²¹ RANGEL DINAMARCO, Cándido. "La instrumentalidad del proceso". Lima: Communitas. 2009. p. 10.

²² AUSEJO, Flavio. "De las políticas públicas a la gestión pública: una visión sistémica". En: Aula Magna. Reforma del Estado. El papel de las políticas públicas. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2008. p. 30.

²³ SUMARIA, Omar. Op. cit. Loc. cit.

²⁴ BELLAMY, Richard. "Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia". Madrid: Marcial Pons. 2010. p. 17.

como un documento escrito que es superior a la legislación ordinaria y que se encuentra protegida contra cambios legislativos, que ha de ser interpretada por el Poder Judicial, y que es parte integrante del sistema legal y político, y se asume que es la base para que los ciudadanos sean tratados de un modo democrático, como merecedores de igual preocupación y respeto.

Así, el Constitucionalismo Legal se sustenta sobre dos afirmaciones relacionadas entre sí, por un lado se puede llegar a un consenso racional sobre los resultados sustantivos que una sociedad comprometida con los ideales democráticos de igualdad de trato y respeto debería alcanzar. Tales resultados se expresan mejor en términos de “derechos humanos” y deberían dar forma a la ley fundamental de una sociedad democrática. Por otro lado, desde este punto de vista, el proceso judicial sería más seguro que el democrático a la hora de identificar esos resultados²⁵. El problema surge entre lo complejo de distinguir entre causa y efecto en cuanto a la vida social y económica, lo que hace difícil juzgar cuáles serán las consecuencias de una medida, además de la dificultad de poder especificar qué política se relaciona con un valor determinado. Los desacuerdos respecto de tal o cual valor implican que también serán difíciles las condiciones políticas, sociales y económicas que los desarrollen. Estos desacuerdos relativizan la razón sobre que los jueces tengan la “perspectiva” correcta en cuanto a la determinación del valor con relación a la justicia, presuponiendo un éxito en donde han fracasado filósofos o políticos desde Platón hasta Rawls. Si bien se podría argumentar que los jueces están en mejor posición de resolver el conflicto al tener mayor información, lo antes descrito desvía el tema de debate hacia el procedimiento en lugar de hacia los resultados, convirtiendo a la Constitución en vez del espacio en donde se atesoren el núcleo de los valores democráticos, en un procedimiento de resolución de conflictos sobre la naturaleza e implicancia de los valores democráticos de modo que pondera de forma imparcial las perspectivas e intereses en disputa. En este sentido, si existen desacuerdos sobre los resultados sustantivos que espera alcanzar una sociedad comprometida con los valores democráticos, el proceso democrático político tendría mayor legitimidad que el proceso judicial a la hora de resolver tales desacuerdos²⁶.

En las primeras constituciones modernas las declaraciones de derechos eran sólo un preámbulo o un apéndice de la constitución procedimental, sin embargo, actualmente la importancia de los procedimientos legales y políticos democráticos

se ha visto eclipsada por las declaraciones de derechos, dejando de lado esta organización para la toma de decisiones, se constitucionaliza legalmente los procedimientos confundiendo con el enfoque sustantivo basado en derechos, siendo al final elevados al rango de derecho constitucional conceptos como el “proceso debido” o “tutela jurisdiccional” a efectos de salvaguardar la función de los jueces como guardianes de la Constitución, en lugar de promover la toma de decisiones democráticas ante desacuerdos de caracteres políticos.

Las constituciones hacen mucho más que proteger derechos, pero tal vez nada ha sido tan decisivo para que el constitucionalismo transite por el pensamiento legal y no por la del político como la plasmación de derechos en un documento constitucional, su interpretación o elaboración por parte de un Tribunal Supremo o Constitucional y el constante énfasis en ellos. Para el Constitucionalismo Legal la idea de derechos constitucionales es fundamental. Es esta centralidad de los derechos la que otorga al constitucionalismo legal su entero molde jurídico, gracias a la cual se percibe que la tarea de una Constitución consiste en encarnar la sustancia de los fundamentos de la ley, y no tanto el proporcionar una estructura fundamental para la elaboración de las leyes.

Comprometerse con los derechos no quiere decir que su protección requiera plasmarlos en una declaración de derechos que deba ser supervisada por un Tribunal Jurisdiccional, sin embargo, esta posición se halla sustentada en los siguientes argumentos: (i) se afirma que fijar ciertos derechos sujetos a revisión judicial protege contra la tiranía e incompetencia de la mayoría; (ii) la integridad de la ley depende de los derechos, y en ese sentido se asume que los derechos proveen de los principios necesarios para que los jueces orienten su criterio hacia una decisión consistente con los valores básicos que subyacen a todo el sistema legal; (iii) se dice que ciertos derechos se hallan implícitos en el proceso democrático.

A pesar del amplio respaldo otorgado tanto a los derechos constitucionales como a la posibilidad de que éstos sean garantizados judicialmente, generalmente no se coincide sobre los aspectos a tomar en cuenta sobre qué derechos merecen tal consideración. El problema subyace en que las constituciones han sido organizadas sobre la base de tres tipos de derechos, aquellos que garantizan la “justicia”, que proveen de los prerequisites

²⁵ Ibid. p.19.

²⁶ Ibid. p. 20.

y mecanismos para que los individuos puedan desarrollarse en forma individual y en sociedad, a los que pertenecen el derecho a la dignidad, la libertad, la igualdad, el trabajo, la propiedad, la familia, etcétera; un segundo grupo que garantiza la "consistencia" y se marca en las relaciones con el Estado, y que son el derecho a un proceso justo e igualdad ante la ley; y, el último grupo que garantiza la "imparcialidad", derechos que son más de origen político y son necesarios para una democracia en acción, como son los relativos a la estructura del Estado, la libertad de reunión, asociación, expresión, etcétera. Estos grupos de derechos se encuentran relacionados entre sí y cuando entran en tensión tradicionalmente se ha acentuado la primacía en el primer conjunto sobre los otros dos, encargando al órgano jurisdiccional la solución de la tensión enfocado hacia la justicia. Pero esa percepción parte de un supuesto erróneo, dado que no se puede partir de una idea consensuada inicial de la justicia y el papel de la Constitución no sería el de alcanzar esta "hipotética" justicia, sino por el contrario ofrecer procedimientos imparciales para lidiar con los desacuerdos de la justicia invirtiendo el enfoque hacia este grupo de derechos que sustentan la "imparcialidad". De esta forma, no serán los derechos constitucionales los que garanticen el sistema político sino que, al contrario, la constitución del sistema político será la garantía de la aceptabilidad de un sistema de derechos²⁷.

El modelo constitucional elegido ya sea legal o político determina "la producción de normas de derecho", es decir, la "jurisgénesis", que estará a cargo de los legisladores o a cargo de los jueces. En una sociedad en donde prima una constitución de carácter político hay escasez de producción de normas, por lo cual el Juez comienza a producirlas, en relación inversa, en un modelo político de constitucionalismo legal, el legislador produce las normas. Esta forma de producción determina el grado de autoridad del órgano jurisdiccional. Así, cuando hay exceso de producción de normas, es decir, una "sobre oferta", entonces, el órgano jurisdiccional debe tener mayor autoridad para evitar la incertidumbre. Este hecho puede ser verificable en el estado alemán del siglo XIX, en el cual la sobre producción de normas condujo al desorden administrativo, y en cuyo seno nace la teoría del "Juez Activo". Con relación a dicha relación Robert Cover afirma que "resulta notorio que, tanto en el terreno mítico como en el histórico, raramente se haya entendido que el origen y la justificación de los tribunales fuera la necesidad

de crear la ley. Más bien, se ha entendido que se trata de la necesidad de suprimir la ley, de elegir entre dos o más leyes, de imponer a las leyes una jerarquía. Es la multiplicidad de leyes, la fecundidad del principio *juris genético*, el que crea el problema para el cual los tribunales y el Estado constituyen la solución... Se entiende entonces que el estado de controversia irredimible, el problema de la existencia de demasiado derecho, puede ser solucionado por la autoridad de los tribunales"²⁸.

El modelo de Sistema de Tutela Jurisdiccional presentado es correlativo con el criterio económico de eficiencia productiva, por el cual se entiende que todos los factores de la producción (en este caso acción y jurisdicción) se han asignado en un espacio productivo (proceso), de tal modo que ninguna reasignación ulterior aumente el producto final (justicia) (es decir, un movimiento de un punto a otro en una curva contractual en el espacio de insumos)²⁹, principio que aplicado al proceso, implica la determinación de los factores de producción de la "justicia" que son la acción y la jurisdicción, y cuyo modelo de producción (modelo procesal) que se ha de adoptar, finalmente, debe estar de acuerdo con los objetivos y el modelo del Estado.

Este enfoque sistémico permite identificar los diversos actores y elementos del sistema y determinar cómo influyen unos con otros, es decir determinar las relaciones de interacción o interdependencia entre sus unidades, identificando las características que los hacen aportar efectividad o ineffectividad al proceso completo. En el mismo sentido, se permite identificar los niveles estructurales, es decir, los sub sistemas y los súper sistemas, y los sistemas alternativos o colaterales, en el cual se ubica el Sistema de la Tutela Jurisdiccional, así como las posibles relaciones que se dan entre ellos, ya sea en forma vertical u horizontal.

III. EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EN EL MODELO NEO LIBERAL

El primer movimiento liberal del siglo XIX obtuvo fuerza a partir de un conjunto de intereses comerciales e industriales cuya oposición a los privilegios aristocráticos se expresaba en un inconformismo religioso, pero que luego se vio comprimido en la lucha o tensión de clases, de quienes defendían el derecho a la propiedad

²⁷ *Ibíd.* pp. 20-27.

²⁸ COVER, Robert. "Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial". Barcelona: Courtis. Gedisa. 2002. p. 69.

²⁹ ROMER, Andrés. "Introducción al análisis económico del derecho". México Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica. 1994. p. 26.

establecida, denominados “conservadores” y quienes abanderaban las peticiones de las clases pobres, proclamados “socialistas”, lo que conllevó al ostracismo de esta ideología luego de la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, hoy en día, al ejemplo de Inglaterra el neo liberalismo se constituye en una tercera fuerza política, que surge del espacio comprimido por el conflicto derecha-izquierda, justo ante el fracaso de los proyectos socialistas de la década de los 80’s que trajo el desmoronamiento del bloque soviético, y la hegemonía de la ideología capitalista. La argumentación se centra en la transformación del liberalismo clásico que se asociaba a la idea de un Estado minimalista, es decir, la creencia de que únicamente la economía de libre mercado, sin interferencias políticas, podía salvaguardar los derechos y libertades individuales. El liberalismo moderno posclásico o neo liberalismo, por el contrario, defiende ciertas medidas para la supervisión estatal de la economía y también para liberar a las personas de las intolerables condiciones sociales, aunque el problema estriba en que para los críticos de esta posición entre el liberalismo clásico y el neo liberalismo hay un gran vacío insalvable.

La nueva fórmula del liberalismo se describe como una transición del individualismo al colectivismo. Los liberales clásicos, veían a la sociedad como un conjunto de individuos autosuficientes, donde cada uno de ellos era responsable de los éxitos y fracasos de sus vidas, siendo ésta la razón por la que se identificarían con una esfera propia de derechos inamovibles, específicamente el derecho a la propiedad privada, que debería ser inmune a la interferencia del gobierno. Por el contrario, el proyecto neo liberal, está en conjugación con la perspectiva de una sociedad colectiva, reconociendo que no se puede culpar totalmente a las condiciones sociales insufribles por el fallo de las personas, dado que la sociedad es un todo interconectado y ya no un colectivo de individualidades aislados, razón por la cual el Estado tiene el deber de asumir toda la responsabilidad en el bienestar común. También se ha centrado la diferencia en la transformación de esta ideología en el paso del concepto de libertad negativa hacia la libertad positiva. En el primero se entiende que los individuos son libres en tanto y en cuanto pueden hacer lo que quieren sin interferencia alguna, mientras que el segundo concepto entiende que la noción de libertad comprende la oportunidad de que los ciudadanos den lo mejor de sí mismos, lo cual establece un giro ideológico, en tanto, el primer liberalismo surge como oposición al privilegio aristocrático,

ideando razones de fuerza en apoyo de una de una competencia económica sin trabas, ganando la confianza una clase social que estaba a punto de obtener un gran ascendiente social y político como era la burguesía. Por el contrario, el segundo liberalismo trata de aducir razones sólidas para defender una posición intervencionista del Estado que promoció el Estado de Bienestar en tanto que este proporciona a todos la opción de desarrollar sus capacidades humanas³⁰, el consenso ideológico gira sobre la previsión liberal de una sociedad técnicamente eficaz y exenta de conflictos, uniclasista de ciudadanos que se gobiernen a sí mismos, la cual garantiza una prosperidad expansiva y un amplia opción de productos de consumo, es decir, el desarrollo del mercado, como mecanismo de satisfacción de las necesidades sociales.

Francis Fukuyama argumentó en “¿El fin de la Historia?” en el año 1989, de un notable consenso respecto a la legitimidad de la democracia liberal como sistema de gobierno que había surgido en el mundo, durante los años anteriores, al ir venciendo a ideologías rivales, como la monarquía hereditaria, el fascismo y el comunismo, que la democracia liberal podía constituir “el punto final de la evolución ideológica de la humanidad”, la “forma final de gobierno”, presentándose como una ideología libre de contradicciones internas fundamentales, lo que no significaba que las democracias estables contuvieran situaciones de injusticia o serios problemas sociales, pero que en su mayoría se debían a una aplicación incompleta de los principios de libertad e igualdad. “El número de alternativas que se ofrecen a los países al determinar cómo se organizarán política y económicamente ha ido disminuyendo a lo largo del tiempo. De los diferentes regímenes que han hecho historia, de las monarquías aristocráticas a las teocracias religiosas y a las dictaduras fascistas y comunistas de nuestro siglo, la única forma de gobierno que ha sobrevivido intacta hasta final del siglo XX ha sido la democracia liberal”³¹.

El proyecto neo liberal en América Latina se “articula desde un punto de partida: la necesidad de ajustar al Estado y sus relaciones con la sociedad a lo que serían las exigencias de un nuevo momento de las relaciones de acumulación capitalista, marcadas por su reconfiguración en el ámbito global”³². Luego, el impulso de este proyecto está en la necesidad de ajustar la economía, removiendo las barreras para la expansión del mercado internacional, principalmente en el Tercer Mundo,

³⁰ ECCLESHAL, Robert; GOEGHENGAN, Vincent; JAY, Richard y Rick WILFORD. “Ideologías Políticas”. Segunda Edición. Madrid: Tecnos. 2004. pp. 71-74.

³¹ FUKUYAMA, Francis. “El fin de la Historia y el último hombre”. Buenos Aires: Planeta. 1992. pp. 11 y 82.

³² DANIGNO, Evelyn. Op. cit. p. 59.

para liberar al mercado de los obstáculos que le impedian funcionar como organizador de la vida social. La nueva configuración para la relación Estado-Sociedad ha sido determinada para esta región por las características vigentes del Estado, consideradas inadecuadas para la nueva realidad de inserción al mercado internacional, marcado por el gigantismo, ineficiencia, exceso de burocracia, expansión de la corrupción y el gran déficit fiscal, teniendo como perspectiva el "adelgazamiento" y reducción del aparato del Estado con las transferencia de las responsabilidades sociales a la sociedad civil y al sector privado.

"La primacía del mercado en tanto eje reorganizador de la economía es vista como algo que debe extenderse al conjunto de la sociedad. La búsqueda de eficiencia y de modernización pasa entonces a legitimar la adopción del mercado como organizador de la vida social y política. La transferencia de la lógica del mercado al ámbito estatal transforma a los gobiernos en "proveedores de servicios" y a los ciudadanos en "clientes" o "usuarios", en relación con los cuales es preciso tener sensibilidad respecto a sus demandas y eficiencia en la atención"³³.

El proyecto neo liberal se basa en una "nueva estatalidad" que forma parte de un complejo de fenómenos que hablan en contra de un rango demasiado elevado del Estado, abogando por un "desencanto" de éste. Esta tesis denominada "depotenciación" del Estado es apoyada por la legitimación en términos de la teoría del intercambio con dos argumentos: el primero se refiere a la legitimación en cuyo sentido el Estado no es legítimo ni por gracia propia, ni por autorización trascendente (respecto a los ciudadanos); la legitimación resulta de la facultad universal de consentimiento en términos distributivos. De acuerdo con el segundo argumento, el Estado no es inmediatamente ventajoso, sino sólo de modo secundario y subsidiario, en este caso, para implementar los derechos de libertad.

En la legitimación meramente secundaria se confirma la superioridad de la justicia por intercambio, porque quien parte de la justicia distributiva presupone de alguna manera como ya dado aquello que se va a distribuir. Esto proviene, por así decirlo, "desde arriba", desde una instancia superior, es decir, superior primordialmente no en términos

de poder, sino de producción: desde Dios, la naturaleza, un *pater familias* o una *magna mater* y, más adelante desde un Estado que necesariamente tendrá rasgos paternalistas o maternalistas. Sin embargo, lo que se va a distribuir no caerá del cielo como el maná, no está dado, lo que se distribuirá tendrá que ganarse de una u otra forma a fuerza de trabajar (esfuerzo), entendiendo el trabajo en un sentido muy amplio. Ahora bien para la justicia, en el proceso de lo que se gana a "fuerza de trabajar", se requiere la idea de justicia por intercambio. Desde el punto de vista de la teoría de la legitimación, los ciudadanos, grupos, o subsistemas sociales deben considerarse coordinados y no subordinados; lo que cuenta es la ventaja de cada uno³⁴.

Por ello, en el modelo neo liberal, la justicia se presenta como una "garantía de ventaja mutua", y en consecuencia, en un modelo neo liberal se debería desarrollar un proceso adversarial o de competencia, en el cual la mayor "asignación de esfuerzo procesal"³⁵ corresponde a las partes. Según este principio de la justicia como "garantía de la ventaja mutua", la decisión del Estado debe reflejar la diferencia de poder de negociación de las partes en conflicto y esto es el incentivo de las partes para acudir al sistema jurisdiccional. Si la decisión no refleja el hecho del poder diferencial de negociación que les correspondería en una situación "de acuerdo", tendrían, al contrario, un incentivo para violarlo; en consecuencia, es el autointerés en el motivo para comportarse de manera justa. El concepto "justicia" como fin del proceso es el restablecimiento del "contrato" y por tanto de la resolución del conflicto que altera dicho "contrato", entendiendo por ello a la justicia como "mercado" siendo la justicia un "bien" que deben alcanzar las partes en conflicto a través del proceso³⁶. En este tipo de modelo procesal dado que el interés personal es el motivo de acudir al Sistema de Tutela Jurisdiccional, y ello conlleva la mayor "asignación de esfuerzo procesal" a la partes, el diseño se debe adecuar a una estructura que permita a las partes la "maximización de beneficios", es decir, conseguir el más alto beneficio. Así, la "justicia" como punto de equilibrio de la acción y jurisdicción será entendida cuando esté más cerca del punto más alto de la "utilidad personal".

³³ Ibid. pp. 60-61.

³⁴ HÖFFE, Otfried. Op. cit. pp. 178-179.

³⁵ COOTER, Robert y Thomas ULEN. "Derecho y Economía". México Distrito Federal: Fondo de Cultura Económica. 1999. p. 514.

³⁶ Para ver más al respecto: KERN, Lucian y Has Peter MÜLLER. "La Justicia: ¿discurso o mercado?". Barcelona: Gedisa. 2000.

IV. EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EN EL MODELO DEMOCRATICO SOCIAL

Si bien el período de 1880 a 1940 fue extraordinariamente fructífero para la maduración de las ideas liberales, quienes abogaban por la abolición de los privilegios aristocráticos, conjuntamente con la rehabilitación moral de los pobres como remedio a los males sociales con la idea que con este modo todos los grupos sociales quedarían equiparados en los valores idóneos y precisos para una economía competitiva, a finales del siglo XIX también se comprendía que se precisaban de nuevos remedios para resolver los crecientes problemas de una sociedad industrial cada vez más compleja, de modo que empezaron a apoyar una actividad intervencionista por parte del Estado, con el objeto de corregir las deficiencias de la empresa privada, teniendo como consecuencia inmediata el socavar la idea liberal original en la armonía natural y en la bondad de una economía de libre mercado. Abandonado el concepto de *laissez-faire* se comienza a apremiar al gobierno instándole a la acción, a fin de coordinar la actuación global de la economía y suministrar bienes y servicios que el mercado capitalista era incapaz de satisfacer, apoyando un programa de bienestar social³⁷.

T. H. Green (1836-1882)³⁸ afirmaba que la libertad no podía limitarse a salvaguardar la vida y la propiedad, sino que abarcaba la capacidad de poder cumplir cabalmente todo el potencial del ser humano, de tal suerte que el principio liberal de igualdad de derechos ante la libertad sólo se podía instrumentar cuando todos los ciudadanos tuvieran la oportunidad de llevar una existencia digna del tal nombre. Por ello, el Estado en su condición de guardián del bienestar común, tenía el deber de liberar a las clases pobres de la ignorancia, la falta de moderación, la enfermedad, la suciedad y la degradación que sufrían en las fábricas, la tarea del gobierno, que aseguraba Green consistía en “mantener las condiciones sin las cuales el ejercicio libre de las facultades humanas sería imposible”.

Se planteaba luego un cambio de dirección que pasaba de la competitividad y el egoísmo a la cooperación y el altruismo, a través de la expansión de los valores democráticos y el apaciguamiento de la lucha de clases, teniendo el Estado por

cometido conseguir que las tendencias sociales progresistas pasaran a constituir una política reflexiva e intencionada, con un Estado más activo que apelaba a “un sentimiento más firme de la responsabilidad colectiva y un deseo más acertado en lo referente al empleo de los recursos colectivos y el poder organizado de la comunidad a favor de las necesidades públicas”³⁹. Una consecuencia directa fue echar por tierra el sacrosanto derecho de la propiedad privada. “El carácter evolutivo de la sociedad comunitaria refuta por completo la idea de que la propiedad es un derecho inherente al individuo, al demostrar que nadie puede hacer o apropiarse de ningún valor sin la participación directa y continuada de la sociedad”⁴⁰, lo cual tenía como fin sustentar la posibilidad del gobierno mediante una política tributaria, utilizar una parte de los recursos económicos de la sociedad para asegurar los beneficios sociales y satisfacer ciertas necesidades sociales, habilitando así una base económica para justificar el incremento de la actividad de gobierno, dado que el capitalismo irrestricto era ineficaz e inhumano, debido a que las fuerzas del mercado tendían a concentrar el poder adquisitivo en manos de una minoría pudiente, y que frente al exceso de productos de consumo se buscan mercados exteriores mediante la agresión imperialista. Por ello, ese exceso de abundancia que no podía ser consumido por las clases ricas debía ser canalizado a través de salarios de subsistencia y de servicios sociales adecuados para las clases más necesitadas, de esta forma se podía dotar a esta clase de una nueva capacidad adquisitiva que estarían en condiciones de demandar bienes. En consecuencia, al promover la justicia social, se contribuiría a eliminar las crisis cíclicas del capitalismo. Sin embargo, un gobierno más activo no equivalía en modo alguno a imponer igualdad de ingresos y riquezas, con la consiguiente asfixia de la iniciativa privada, el objetivo era proporcionar una base de bienestar material por debajo del cual nadie pudiera caer en la degradante pobreza. Su efecto sería reforzar la libertad personal para que todos los ciudadanos pudieran amoldar la estructura de sus vidas de acuerdo con su capacidad y preferencias personales. La meta del bienestar social era la de “poder orientar uno mismo su propia personalidad”⁴¹, por consiguiente el capitalismo modificado propiciaría la base económica para que cada uno tuviera la oportunidad de hacer uso de los valores de autogobierno que los liberales habrían tenido siempre en tanta estima⁴².

³⁷ ECCLESHAL, Robert. Op. cit. p. 66.

³⁸ GREEN, T. H. “Legislación liberal y libertad de contratación (1881)”. Citado por: ECCLESHALL, Robert. Op. cit. p. 66.

³⁹ HOBHOUSE, L.T. “Democracia y reacción (1905)”. Citado por: ECCLESHALL, Robert. Op. cit. p. 68.

⁴⁰ HOBSON, J.A. “La reafirmación de la democracia (1902)”. Citado por: ECCLESHALL, Robert. Op. cit. p. 68.

⁴¹ HOBSON, J.A. “El liberalismo (1911)”. Citado por: ECCLESHAL, Robert. Op. cit. p. 69.

⁴² ECCLESHAL, Robert. Op. cit. p. 69.

En América Latina del siglo XXI, el núcleo esencial del proyecto democrático social o participativo está conformado por una concepción de profundización y radicalización de la democracia, que confronta con nitidez los límites atribuidos a la democracia liberal representativa como sistema privilegiado de las relaciones entre Estado y sociedad. En ese sentido, la participación de la sociedad en los procesos de decisión asume un papel central para la democratización, vista como un instrumento de construcción de mayor igualdad, en la medida en que contribuye a la formulación de políticas públicas orientadas con ese objetivo. Esta participación también ayuda a la desprivatización del Estado, que se vuelve más permeable al interés público y menos subordinado a la apropiación privada de sus recursos. Se trata de una participación activa, distinguiéndose de una noción de participación que se limita a la consulta popular. Esta participación activa, tiene como consecuencia la práctica de “rendición de cuentas” dado que la toma de decisiones ya no estaría monopolizada por el Estado, aplicando mecanismos de seguimiento y monitoreo sobre el desempeño estatal por parte de la sociedad con el fin de garantizar su carácter público. Se redimensiona el concepto de sociedad civil, conformada por los sectores organizados de la sociedad en forma amplia e inclusiva, creando espacios públicos sociales de deliberación y discusión, como instrumento político privilegiado para el avance del proceso de construcción democrática. Un elemento adicional, central en este proyecto y dirigido hacia la construcción de una mayor igualdad, es la construcción de una nueva ciudadanía afirmando la ampliación y defensa de los derechos, asegurando derechos colectivos, participación en la gestión del Estado y en las decisiones políticas, con un vínculo indisoluble entre el derecho a la igualdad y el derecho a la diferencia. Esta visión de ciudadanía trasciende el mero reconocimiento legal de los derechos, hacia una posición de defensa y promoción de los derechos por parte del Estado y de los límites estrictos de la relación Estado-individuos, para inclinarse hacia el ámbito de las relaciones sociales en su conjunto, en los cuales el reconocimiento de los derechos debe fundar en parámetros de convivencia en la sociedad⁴³.

Así, en un Modelo Democrático Social-Participativo, se desarrolla un proceso activista o solidario, en donde la “asignación de esfuerzo procesal” del Estado es mayor al asignado a las partes. Se subvenciona “costos” del proceso a las partes, bajo el sustento del concepto de “justicia”

como “principio de imparcialidad”. Según este concepto se separa la diferencia del poder de negociación con el concepto de la justicia. El motivo para un comportamiento justo no es el autointerés, sino el actuar en concordancia con principios que razonablemente no podrían ser rechazados por quienes buscaran un acuerdo con otros bajo condiciones libres de ventajas y desventajas negociadoras⁴⁴. En este caso, el objetivo del proceso es alcanzar la “justicia” como principio de imparcialidad, es decir, una justicia equitativa de acuerdo a las políticas que da el Estado, siendo la función jurisdiccional a través del proceso una herramienta de implementación de políticas públicas. Así, el contrato social como fundamento del Estado no es la alineación de intereses particulares, sino que representa intereses comunes y se convierte en un modelo genético colectivo de aprendizaje permanente, el cual la función jurisdiccional trata de desarrollar. En este modelo procesal, el fin no es “maximizar intereses personales”, sino distribuir el bien “justicia” de manera equitativa, por ello el diseño procesal busca “optimizar recursos”, es decir, un proceso eficiente, y en razón de ello la “justicia” se puede entender cuando el punto de equilibrio de la “acción” y “jurisdicción”, se encuentra más cerca del punto más bajo de los costos del proceso.

En síntesis en la relación jurisdicción-acción, que conforma el Sistema de la Tutela Jurisdiccional, como representación de la relación Estado-Sociedad, se realiza a través del proceso legal. Este mecanismo puede tener distintas características con relación al proyecto político en el cual se desarrolla. Por un lado, el modelo democrático participativo o social, a través del proceso legal, como actividad institucional del Estado, se verifica en la implementación de políticas públicas, por ello puede tomar el carácter de un proceso eficiente-activista, cuya característica es la “optimización de recursos” para solucionar el conflicto de la forma más rápida posible, en tanto, se inspira en el valor de “justicia como imparcialidad” correspondiendo la mayor “asignación de esfuerzo procesal” al Estado a través del juez.

En contraposición a ello, en el proyecto democrático neo liberal, el fin del proceso es la resolución del conflicto particular, y por ello su característica es la “maximización de beneficios”, generando un proceso legal de carácter “competitivo-adversarial”, cuya mayor asignación de esfuerzo procesal corresponde a las partes, inspirado en el principio de “justicia como garantía de ventaja mutua”, a fin de reproducir en el proceso la ventaja

⁴³ DANIGNO, Evelyn; OLVERA, Alberto J. y Aldo PANFICHI. “La disputa por la construcción democrática en América Latina”. Veracruz: Fondo de Cultura Económica. 2006. pp. 53-58.

⁴⁴ BARRY, Brian. “Teorías de la Justicia”. Barcelona: Gedisa. 2001. p. 23.

material original como incentivo para acudir al sistema.

V. REDEFINIENDO EL SISTEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

En el tema del Derecho Procesal, América Latina ha seguido la misma línea para la sociedad en general y el derecho en particular, pasando a ser una continuidad, mimetismo y alineación con el pensamiento europeo del siglo XIX y XX. “En el volumen sobre América Latina, en cambio, el énfasis es puesto, no tanto en la autonomía, diferencia y originalidad, sino en la continuidad e influencia que los criollos exhiben respecto de los europeos. Por eso, América Latina y sus autores, aunque tratados con respeto, son una tradición *ius* teórica débil, en la que el mérito consiste, precisamente, en el mimetismo y la alineación con lo europeo. Igualmente, notable es el alto nivel de la abstracción de la iusfilosofía latinoamericana, verdaderas reflexiones profesoras que, a diferencia de sus contrapartes europeas, se ubican a gran distancia de las preocupaciones corrientes de la práctica profesional”⁴⁵.

Ante la explicación de la supuesta crisis del modelo de proceso activista y solidario que tiene mayor influencia en las legislaciones procesales latinoamericanas de finales del siglo pasado, y a consecuencia que resulta a veces incoherente con una actual política económica de liberalización del mercado en América Latina, entrando en un aparente conflicto, por un lado se aumentan los poderes del funcionario público en el desarrollo de la actividad jurisdiccional y su capacidad de coerción, y contrariamente en el aspecto económico se reduce el Estado. El criterio posmoderno de las ciencias sociales y políticas que diagnostican para el Estado a veces fenómenos de disolución, a veces una pérdida de poder, a veces el fin del Estado⁴⁶, hace una reflexión respecto a cuáles son las probabilidades para la implementación de un modelo procesal coherente con el Sistema Político General para el caso de países pobres y con un alto grado de desigualdad, como el Perú y América Latina en general, partiendo de que la democracia es un contrato social entre los miembros de la sociedad sobre una distribución justa de derechos; es decir, de bienes y servicios que se sacan del mercado para ser distribuidos a la sociedad en forma de

derechos políticos y económicos, pero que esta democracia no existe en nuestros países porque el conjunto de derechos económicos es también más limitado. En consecuencia, dicho contrato no puede existir sino existen primero los respectivos sujetos sociales y políticos, y si el ejercicio de los poderes públicos no se basa en un sistema legal que asegure y garantice la justicia⁴⁷.

Así, se ha trazado la dirección de la búsqueda de una cultura judicial para América latina del siglo XXI en dirección de adecuación a la política, cuestionando si corresponde un modelo procesal de ¿competitividad o equidad procesal?, con relación a la propuesta de un Sistema de Tutela Jurisdiccional que funciona como un sistema de producción de la “justicia”, a través de la interacción de un bien del Estado (jurisdicción) y de un bien particular (acción), la cual se logra a través del proceso cuyo modelo debe ser coherente con los demás sub sistemas, políticos, económicos, sociales. En razón de ello, en una sociedad con un alto grado de desigualdad y pobreza, como la sociedad latinoamericana el Sistema de Tutela Jurisdiccional se cumple a través del proceso; luego, la cuestión a resolver sería si debería estar basado en la competitividad (individualidad) o en la equidad (distribución). Es decir, el proceso debe “maximizar beneficios” u “optimizar recursos”, y de ello depende la “asignación de esfuerzo procesal” a las partes o al juez, en correspondencia con los valores de justicia que inspiran el proyecto político a desarrollar.

Para poder evaluar la situación descrita, se entra en un campo distinto que es la definición del concepto de “justicia por esquemas” y “justicia por realizaciones”⁴⁸. La primera perfilada por Kant hasta Rawls entiende que existe un comportamiento correcto en tanto haya instituciones correctas, es decir, el enfoque de la justicia se da hacia las instituciones, si las instituciones son justas, la sociedad será justa, lo cual se contrapone a la concepción de la “justicia basada en realizaciones”, que se sustenta en el utilitarismo de Bentham, y se concentra en el comportamiento real de la gente en lugar de presumir la observancia general de un comportamiento ideal.

En esta propuesta del Sistema de la Tutela Jurisdiccional, la “justicia en esquemas” se ha identificado con lo que se ha denominado “justicia abstracta” que bien puede responder al principio de

⁴⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego. “Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana”. Bogotá: Legis. 2005. p. 25.

⁴⁶ HÖFFE, Otfried. Op. cit. p. 165.

⁴⁷ JIMENEZ, Félix. “Teoría Económica y Desarrollo Social. Exclusión, desigualdad y democracia. Homenaje a Adolfo Figueroa”. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009. p. 10.

⁴⁸ SEN, Amartya. “La idea de la justicia”. México Distrito Federal: Tauros. 2010. pp. 15-51.

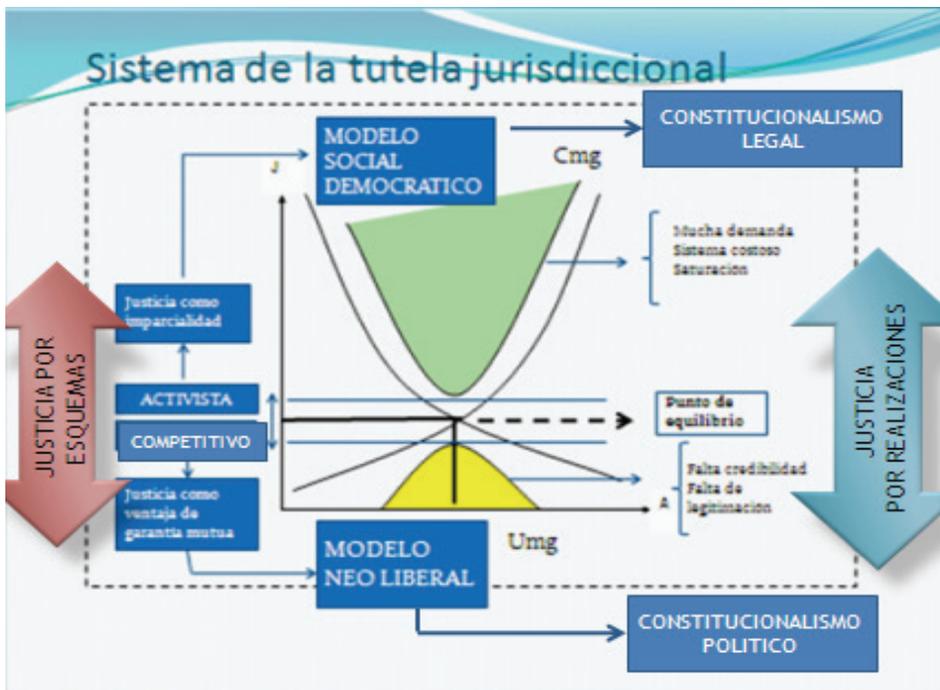
justicia como garantía de ventaja mutua o justicia como imparcialidad. Mientras que la “justicia por realizaciones” se ha identificado con lo definido como “justicia concreta” que corresponde al punto más cercano al punto de equilibrio en la relación jurisdicción–acción, ya sea en el punto más bajo de “costos procesales” o en el punto más alto de “maximización de beneficios.” “La necesidad de una comprensión de la justicia basada en logros está relacionada con el argumento de que la justicia no puede ser indiferente a las vidas, experiencias y realizaciones humanas, no puede ser suplantada por información sobre las instituciones existentes y las reglas operantes”⁴⁹.

Por ello, el problema central se basa en la formación de los modelos procesales al amparo de doctrinas y experiencias extranjeras, éstos se han inspirado en mirar hacia el lado de la “justicia por esquemas”, tratando de crear instituciones justas, pero se ha marginado el lado de la “justicia por realizaciones”, dejando para este aspecto sólo soluciones de técnicas, siendo, como ya se ha comentado, América Latina un territorio con alto grado de desigualdad, pobreza, desintegración.

Si se revisa nuevamente el esquema para el Sistema de la Tutela Jurisdiccional que se ha propuesto, ahora se podrá apreciar que entre el punto más próximo de un “proceso eficiente” o un “proceso útil” al punto de equilibrio, siempre va a haber un espacio, es decir, siempre habrá un “campo de injusticia”, luego las propuestas

procesales se han orientado hacia la creación de instituciones justas de acuerdo a la opción política adoptada pero no han puesto relieve en que la misión de los organizadores del proceso debe orientarse a “tratar de reducir siempre ese espacio inevitable de injusticia”, ya sea en un modelo procesal eficiente o competitivo. Una perspectiva enfocada en la realización también hace más fácil comprender la importancia de la prevención de la injusticia manifiesta en el mundo, en lugar de lo perfectamente justo, dado que la justicia no consiste tan sólo en tratar de conseguir una sociedad con unos esquemas sociales perfectamente justos, sino también en evitar y prevenir la injusticia manifiesta.

En consecuencia, es necesario un cambio de rumbo hacia la necesidad de una teoría que no se confíe a la elección de instituciones, ni a la identificación de esquemas sociales ideales. La necesidad de una comprensión de la justicia basada en los logros está relacionada con el argumento de que la justicia no puede ser indiferente a las vidas que las personas pueden realmente vivir. La importancia de las vidas, experiencias y realizaciones humanas no pueden ser suplantadas por información sobre las instituciones existentes y las reglas operantes. Si bien las reglas y las instituciones son muy importantes por su influencia en lo que sucede y por ser parte esencial del mundo real, la realidad efectiva está más allá de la imagen organizacional e incluye las vidas que la gente es capaz o no de vivir⁵⁰.



⁴⁹ Ibíd. p. 51.

⁵⁰ Ibíd. p. 50.