



MAESTRÍA EN DERECHO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

La acción procesal: desde la tutela judicial efectiva hasta el acceso a la justicia. Una aproximación a la dogmática procesal desde las teorías del derecho

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho

Modalidad: Investigación - Cohorte: Décima



Autor: Jose Luis González Jaramillo.

Director: Dúber Armando Celis Vela y José Agustín Vélez Upegui.

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Medellín – 2020

<http://derecho.udea.edu.co> - maestriaderecho@udea.edu.co



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

**La acción procesal: desde la tutela judicial efectiva hasta el
acceso a la justicia. Una aproximación a la dogmática
procesal desde las teorías del derecho**

Autor

Jose Luis González Jaramillo

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Medellín, Colombia

2019

La acción procesal: desde la tutela judicial efectiva hasta el acceso a la justicia. Una aproximación a la dogmática procesal desde las teorías del derecho

Jose Luis González Jaramillo

Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de:
Magíster en Derecho. Modalidad Investigación

Directores de investigación:

Dúber Armando Celis Vela

Magíster en Derecho

José Agustín Vélez Upegui

Magíster en Derecho

Línea de Investigación:

Derecho Procesal y Justicia

Acceso a la justicia

Grupos de Investigación:

Estado de Derecho y Justicia

Saber, Poder y Derecho

Cohorte X

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Medellín, Colombia

2019

*A mis padres, siempre a ellos.
A Valentina, a su paciencia y a su alegría.*

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN

- 1.1. Planteamiento del problema
- 1.2. Objetivos
- 1.3. Metodología

2 CAPÍTULO. ANÁLISIS CONCEPTUAL E INVESTIGACIÓN JURÍDICA

- 2.1 Los lenguajes del derecho: el caso de la alta dogmática procesal
- 2.2. Los desacuerdos entre los juristas: entre cuestiones de hecho y cuestiones de actitudes
- 2.3. El análisis de los conceptos dogmáticos y teóricos en el derecho

3. CAPÍTULO: LA ACCIÓN PROCESAL

- 3.1. Problemas conceptuales en los discursos sobre la acción procesal
- 3.2 Evolución de la protección judicial de los derechos: la conformación del concepto de acción
 - 3.2.1. La acción en el paradigma precientífico de la protección judicial: monismo institucional y científico
 - 3.2.2. La acción en el paradigma científico de la protección judicial: dualismo y autonomía de la dogmática procesal
 - 3.2.2.1. La escuela alemana de la teoría sobre la relación jurídica
 - 3.2.2.2. La escuela italiana: hacia la depuración del procesalismo científico
 - 3.2.3. Crisis de las teorías científicas procesales
- 3.3. El concepto de acción procesal: la reconstrucción de una noción básica de la dogmática

4. CAPÍTULO: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

- 4.1 Las crisis del paradigma científico como presupuesto para las transformaciones de la dogmática procesal: el caso del constitucionalismo contemporáneo
- 4.2 La acción procesal como derecho fundamental: una consecuencia del constitucionalismo
- 4.3 La acción procesal y la tutela judicial efectiva

4.4 La tutela judicial efectiva como concepto jurídico

5. CAPÍTULO: EL ACCESO A LA JUSTICIA

5.1 Los presupuestos del acceso a la justicia: una construcción desde la sociología jurídica

5.2 Política académica a favor del acceso a la justicia: movimiento intelectual y de estudio sobre el derecho procesal

5.3 La política de reforma a favor del acceso a la justicia

5.4 El concepto *acceso a la justicia: derecho, garantía y deber*

6. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES

RESUMEN

El propósito de esta investigación es hacer un análisis conceptual de las categorías *acción procesal*, *tutela judicial* y *acceso a la justicia*. Estos conceptos han sido fuente de múltiples confusiones y desacuerdos en la dogmática procesal. La elucidación de estos términos está sustentada en algunas herramientas de la teoría analítica del derecho. Este trabajo no pertenece a la teoría general del derecho sino a la alta dogmática procesal, la cual comparte recursos metodológicos con la teoría del derecho.

Algunos procesalistas han planteado la desaparición del concepto *acción procesal*. Los esfuerzos en alta dogmática por esclarecer su uso y sus características no han producido resultados óptimos. Por esta razón, se ha propuesto su desaparición de los conceptos básicos de la dogmática procesal. En este trabajo se argumenta que la acción procesal no ha desaparecido sino que ha sufrido sucesivas transformaciones en tutela judicial efectiva y acceso a la justicia.

Palabras clave: acción procesal, acceso a la justicia, análisis de los conceptos, niveles del lenguaje, tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

The purpose of this investigation is to make a conceptual analysis of the *categories procedural action, judicial protection and access to justice*. These concepts have been the source of multiple confusions and disagreements in procedural doctrine. The elucidation of these terms is supported by some tools of the analytical theory of law. This work does not belong to the theory of law but to high procedural doctrine, which shares methodological resources with the theory of law.

Some jurists have raised the disappearance of the concept of procedural action. The efforts in high doctrine to clarify its use and its characteristics have not produced optimal results. For this reason, his disappearance from the basic concepts of procedural doctrine has been proposed. In this paper, I argued that the procedural action has not disappeared but has undergone successive transformations in effective judicial protection and access to justice.

Keywords: procedural action, access to justice, analysis of concepts, language levels, effective judicial protection.

1. INTRODUCCIÓN

“(…) y, cuando se discute sobre ella [la acción procesal], ¿estamos en el campo de la ciencia, esto es, del conocimiento de la realidad, o en el de la teología?” (Calamandrei, 1959, pág. 143)

1.1. Planteamiento del problema

La acción, la jurisdicción y el proceso constituyen la trilogía estructural de la alta dogmática¹ procesal (Podetti, 1948, pág. 115). Estos conceptos se hallan mutuamente entrelazados. La acción es el motor que pone en movimiento la función jurisdiccional del Estado. La jurisdicción es una potestad que actúa a través del proceso (Montero Aroca, 1976, pág. 18). En el derecho procesal, la “acción y la jurisdicción son conceptos correlativos, inexplicables en la actualidad el uno sin el otro” (Montero Aroca, 1976, pág. 145). Por esta razón, Serra Domínguez afirma que las discusiones que se presentan sobre la jurisdicción tienen su origen en los debates de la acción (2008, pág. 184).

El término acción tiene relevancia no solo en el derecho procesal. En la dogmática jurídica –en general– ha sido objeto de diferentes conceptualizaciones. En el derecho penal sustancial², la acción es cualquier conducta activa u omisiva que sea una manifestación voluntaria de la personalidad (Roxin, 1997, págs. 235-236). En el derecho mercantil, la acción es una unidad matemática que representa y conforma el capital económico de una sociedad. En el derecho civil existe una especie de hipertrofia material³, pues instituciones sustanciales son explicadas desde conceptos procesales. Este hecho evidencia usos equívocos al equiparar la pretensión civil y la acción procesal; así sucede en casos como acción simulatoria, pauliana, reivindicatoria, rescisoria,

¹ En el desarrollo del capítulo 2 se dilucidará el concepto de alta dogmática procesal. En esta investigación se trabajará alta dogmática como sinónimo de teoría del derecho procesal o teoría particular del derecho.

² No se toma en consideración la acción procesal penal, debido a “singular anomalía: la de que la denominada acción penal – *rectitus*, acción procesal penal – no pertenezca al derecho penal y no deba, por tanto, confundirse con la acción punible o delictiva” (Alcalá-Zamora y Castillo, 1992, pág. 325).

³ La hipertrofia material según Alcalá Zamora y Castillo consiste en superar los límites de la dogmática procesal para invadir terrenos colindantes de otras dogmáticas; tal y como le sucedió a la disciplina procesal respecto a la dogmática civil (1992, pág. 326).

entre otros. En el derecho administrativo, la acción denota la operación estatal que, en un modelo intervencionista, se asume como función pública (Couture, 1946, pág. 158).

El derecho procesal ha sido el escenario para la profundización y discusión de múltiples conceptualizaciones y usos sobre la acción. En la dogmática procesal civil, la acción tiene “cuando menos tres significados diversos: a) como sinónimo de derecho; b) como sinónimo de demanda; c) como sinónimo de facultad de actuar en juicio” (Couture, 1953, págs. 18-19). En la teoría general del proceso se ha tratado de precisar el concepto y sistematizar sus principales acepciones. De un lado, la acción civil ha sido diferenciada de la acción penal. De otro lado, se han recopilado sus principales significados. La acción se ha entendido como a) la defensa del derecho material en la litis; b) el complejo de actos constitutivos; c) un derecho de perseguir en juicio lo que se debe; d) la *anspruch* o pretensión producida en juicio; y, por último, e) la demanda o *petitum*; entre otros (Peña Neves, 1967, pág. 12).

Los esfuerzos por precisar y sistematizar el concepto *acción* en la dogmática procesal no se han traducido en resultados óptimos. Las definiciones planteadas sobre la acción procesal han sido contradictorias e inconciliablemente diferentes entre sí. Los desacuerdos sobre su contenido y alcance cada día han sido más persistentes.

Nadie ha logrado identificar pacíficamente su contenido, ni tan siquiera su propia relevancia en el proceso. Bien parece que ha existido una especie de empeño en dotar de contenido a algo que estaba ahí, que sonaba todos los juristas por el estudio del Derecho romano, que se había ido definiendo hasta el siglo XIX con la conocida frase de CELSO – que solo tenía un auténtico sentido en el periodo del procedimiento formulario romano y nada más que en él – y que rescató del olvido no precisamente un procesalista, sino un romanista como SAVIGNY. Pero tras más de 150 años de discusiones sigue sin darse con una definición pacífica del concepto. Pese a lo cual, curiosamente, nadie duda en calificarlo de fundamental. Y me pregunto cómo se puede calificar a algo de fundamental cuando ni siquiera se sabe exactamente lo que es. (Nieva Fenoll, 2009, pág. 19).

La multiplicidad de significados asociados al vocablo *acción procesal* no ha permitido una elaboración suficiente del concepto. La gran cantidad de tesis al respecto ha creado una teoría

brillante pero intrascendente, la cual se ha presentado con bombos, platillos y fuegos artificiales⁴. La situación es tal que “prácticamente no existe libro de derecho procesal que no intente tomar partido en la polémica sobre la naturaleza de la acción y sobre la función que el régimen de la acción desempeña en el sistema procesal” (Binder, 2014, pág. 315)

Los avances logrados hasta el momento no siempre han estado articulados a la actividad procesal. Las teorías formuladas sobre la acción se han construido sin analizar de manera suficiente su relevancia práctica. Por tanto, gran parte de las discusiones, como lo advirtió Nieva Fenoll, han sido simplemente dogmáticas (2009, págs. 20-21). Queda abierta entonces esta pregunta: “¿es razonable que tantos se refieran a la “acción” sin elemental conciencia de cuáles son en realidad, (...) los temas y problemas propios de esta materia?” (De la Oliva Santos, 1980, pág. 2). Sin duda, las discusiones conceptuales en el derecho procesal deben estructurarse desde los diseños institucionales que han sido previstos en el derecho positivo para la garantía de los derechos.

La exagerada producción teórica y científica que caracterizó el desarrollo de este concepto permite cuestionar la utilidad real de la discusión dogmática. En palabras de Nieva Fenoll

(...) si se repasa todo lo que dio de sí la Doctrina en esos años, se observará que todos esos debates por las alturas han salido muy caros a la ciencia, dado que no se ha resuelto ningún problema práctico y se han generado una serie de conceptos que poco o nada aportan, y cuya distinción no es más que teórica en el fondo⁵ (...). (2014, págs. 56-57).

“Todo ello no hace sino anunciar la crónica de un enorme fracaso doctrinal” (Nieva Fenoll, 2009, pág. 20). La falta de una adecuación conceptual para el término *acción* ha sido tan crítica y compleja que se ha puesto en duda la importancia de la trilogía estructural –acción, jurisdicción y proceso– en la dogmática procesal. Los conceptos que integran la trilogía citada han sido

⁴ La acción ha producido una literatura brillante “logomáquina y confusa, sin más repercusión que la de reservarse un capítulo-homenaje en las obras doctrinales, probablemente habría llegado la hora de que los procesalistas... le organizásemos unos solemnes funerales... y concentrásemos nuestros esfuerzos en otras direcciones” (Alcalá-Zamora y Castillo, 1992, pág. 323).

⁵ Así lo advierte el mismo Montero Aroca: “[l]a teoría de la acción ha venido siendo uno de los tormentos de los procesalistas, y si por un lado se ha propuesto el abandono de su estudio, por otro se ha constatado que es uno de los conceptos preferidos de la doctrina procesal, hasta el extremo de que hoy la bibliografía parece no tener fin” (Montero Aroca, 1984, pág. 86).

considerados como un “trípode desvencijado, a causa de no haber alcanzado ninguno de ellos todavía una elaboración definitiva y convincente” (Alcalá-Zamora y Castillo, 1992, págs. 322-323). Uno de los resultados de este problema ha sido plantear “que en realidad sólo existen dos conceptos fundamentales: la jurisdicción y el proceso”⁶ (Nieva Fenoll, 2009, pág. 24).

La jurisdicción y el proceso son los dos conceptos que, por sí solos, pueden explicar la existencia de cualquier contenido del Derecho procesal. (...) No obstante, muchos lectores echarán en falta la enumeración (...) del concepto de acción (...) se trata de un concepto recargadísimo desde el punto de vista doctrinal, pero que carece de valor práctico (Nieva Fenoll, 2014, pág. 45).

Jurisdicción y proceso –para Nieva Fenoll– conforman el binomio procesal a partir del cual se pueden analizar y explicar todos los conceptos, teorías y fenómenos de la dogmática procesal (2014, pág. 62). El propósito de conceptualizar el sintagma *acción procesal* obsesionó a los dogmáticos durante gran parte de los siglos XIX y XX. En una fase inicial se presentó un acuerdo en la dogmática procesal para definir a la acción procesal como el poder jurídico del actor para provocar la actividad del tribunal. En sentido estricto, la acción se redujo al derecho a la jurisdicción (Couture, 1953, págs. 18-19; De la Oliva Santos, 1980, pág. 28). Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, la acción como una categoría teórica perdió capacidad explicativa y su debate dogmático “aunque duró bastantes años se interrumpió, porque no llevaba a ninguna parte” (Nieva Fenoll, 2014, pág. 54).

Una consecuencia en el debilitamiento académico del debate sobre la acción radica en que este concepto empieza a ser “utilizado indistintamente como sinónimo de tutela judicial efectiva, acceso a la jurisdicción, derecho a la jurisdicción o acceso a la administración de justicia e incluso, se equipara a las garantías jurisdiccionales y al debido proceso”⁷ (Castilla Juárez, 2012, pág. 2). En estos términos, en la dogmática procesal no fue posible alcanzar un concepto plausible de

⁶ En palabras Nieva Fenoll, el proceso jurisdiccional “es el segundo concepto fundamental del Derecho procesal. Junto con la jurisdicción, conforman el binomio que permite explicar, no sólo toda la actividad jurisdiccional sino también cualquier aspecto de la Ciencia jurisdiccional” (2014, pág. 62).

⁷ Por ejemplo, dicha confusión puede advertirse en Gozáni, para quien la “teoría general del proceso acepta contener tres preocupaciones esenciales: la jurisdicción, (...). La acción, (...). Finalmente, el proceso” (2006, pág. 24). Sobre la acción, sostiene el autor en comentario, “es el terreno del acceso a la justicia, allí anidan preocupaciones del que pide y reclama, donde se atienden situaciones como las condiciones y presupuestos de la demanda, los requisitos para ser parte en un litigio, la defensa técnica en el proceso, la igualación económica con el carente de recursos, etcétera” (2006, pág. 24).

acción. Esta confusión o limitación de contenidos se debe a que “sus diferentes componentes se estudian académicamente y se analizan jurisdiccionalmente de manera separada” (Castilla Juárez, 2012, pág. 3). Incluso, algunos como De la Oliva Santos se han preguntado por la conveniencia de mantener el término acción (1980, pág. 10).

En el mismo sentido, Nieva Fenoll, quien abogaba en líneas anteriores por la desaparición del término *acción* en la dogmática, ha planteado que se produjo una suerte de “trasvase de un estudio al otro, (...) pocos hablan ya de la acción más que para dar por supuesto que es una petición de concesión de justicia –o tutela judicial– en forma de juicio” (2014, pág. 54). Este hecho parece evidenciar una transformación del concepto *acción* en los actuales estados de derecho. En estos modelos de organización política, la garantía o protección jurisdiccional de los derechos se ha reconocido como un derecho en sí mismo, a partir de lo cual se le ha dado la categoría de derecho fundamental (Taruffo, 2009a, pág. 31) con la existencia de mecanismos para su aplicación y eficacia (Garth & Cappelletti, 1996, pág. 12).

Esta transformación de la acción se debe a la influencia de algunas corrientes de pensamiento jurídico –como el constitucionalismo y las teorías críticas del derecho– en la dogmática procesal que consolidó la reacción contra el formalismo jurídico, el cual caracterizó los estudios del siglo XIX⁸. Estas corrientes de pensamiento incidieron en la dogmática procesal en dos aspectos: por un lado, Couture (1946) llevó el *due process of law* de la doctrina constitucional a la dogmática procesal. Por otro lado, Cappelletti (1974) reflexionó sobre la importancia de la ideología y las concepciones del derecho en la regulación de las formas procesales. Estas nuevas concepciones rompen con los esquemas tradicionales y formales de la dogmática científica procesal, los cuales asumían a la acción como un derecho que se agotaba con la presentación de la demanda. Además, criticaron que el acceso efectivo y real a la justicia estatal se haya dejado de lado.

⁸ A diferencia de lo que opinaba Prieto-Castro: “(...) una discusión que dura más de un siglo, acerca de lo que sea la acción, sin el logro de los resultados positivos, complicada con otros conceptos afines, es hora de que termine cuando la era espacial nos está pidiendo más realidades de las que el conceptualismo jurídico es capaz de suministrar. Menos mal que las escuelas realistas y neo-realistas no han dirigido sus peores ataques contra las ya insostenibles polémicas y dudas sobre la acción” (Prieto-Castro, 1972). Hoy, las escuelas críticas dirigieron sus ataques contra la acción y por ello hablamos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

La acción procesal que se había entendido como una teoría de la alta dogmática procesal, en este nuevo escenario, se convierte en un concepto que hace parte de la teoría de la protección judicial de los derechos. Ahora, la acción procesal empieza a formar parte de los derechos de los justiciables (De la Oliva Santos, 1980, pág. 2) o de la protección judicial de los derechos (Taruffo, 2009a). “Desde esta perspectiva, la acción queda convertida en un derecho a la prestación de la jurisdicción y los problemas de la eficacia de los derechos un problema de acceso a la justicia, tal como pueden ser considerados en la actualidad” (Binder, 2014, pág. 329).

Presentada de esta manera la protección judicial de los derechos, se tendrá que concluir que “esta concepción del derecho de acción es más bien un logro reciente: la protección judicial de los derechos tiene una historia interesante con varias características merecedoras de consideración” (Taruffo, 2009a, pág. 31). A partir del concepto de acción y la transformación de lo que ha significado la tutela judicial y el acceso a la justicia se han construido los principales paradigmas dogmáticos y fundamentos teóricos, desde los cuales la dogmática procesal ha estructurado su saber, esto es, la teoría general del proceso. Dicho en otras palabras, la teoría de la garantía y protección judicial de los derechos refleja “el quehacer cotidiano de los procesalistas: la lucha –ya antigua– por la independencia de nuestra disciplina con respecto al Derecho privado” (Nieva Fenoll, 2009, pág. 14).

En resumen, en la dogmática procesal, la acción ha sido una categoría ampliamente discutida por los juristas. Primero, fue entendida como una potestad de acceso a la jurisdicción. Posteriormente, se asumió como un derecho de segundo nivel para la garantía de otros derechos. Esta última noción fue producto de la incidencia del constitucionalismo y las teorías críticas en el derecho procesal. A partir de este momento, el concepto *acción* se usó indistintamente con las categorías *tutela judicial efectiva* y *acceso a la justicia*. Ante este panorama, algunos procesalistas ratificaron la tesis según la cual la acción es un elemento que desapareció de la antigua trilogía estructural del derecho procesal. En este trabajo de investigación se analiza si la acción es un concepto que ha perdido el estatus de elemento fundamental en la dogmática procesal debido a la influencia de las concepciones del derecho ya citadas. En otros términos, el problema de investigación apunta a evaluar el alcance que tiene el uso de los términos *acción*, *tutela judicial*

efectiva y acceso a la justicia en la dogmática procesal y establecer si la trilogía estructural se transformó en un binomio estructural.

1.2. Objetivos

En ese orden de ideas, el objetivo de esta investigación es realizar un análisis de la protección jurisdiccional de los derechos elaborada desde la alta dogmática procesal. A fin de alcanzar este propósito se hará un análisis de *acción, tutela judicial y acceso a la justicia* a partir de sus relaciones con el constitucionalismo contemporáneo y las teorías críticas del derecho. El análisis conceptual que se pretende no se traduce en una nueva teoría sobre el concepto de acción. Por el contrario, se busca reconstruir los usos dominantes de estos conceptos en la dogmática procesal.

1.3. Metodología

La metodología que se utilizará para el desarrollo de estos objetivos será tomada de la teoría analítica del derecho. En particular, se hará uso de la distinción entre niveles discursivos y del análisis de conceptos. La primera herramienta será utilizada para contextualizar la naturaleza de las afirmaciones que se hacen sobre *acción, tutela judicial efectiva y acceso a la justicia*. De esta manera se aclarará por qué la investigación no es un ejercicio de naturaleza dogmática sino de teoría analítica del derecho procesal o de alta dogmática. Por tanto, no se plantearán interpretaciones sobre el derecho positivo sino que se analizará descriptivamente el discurso de los procesalistas cuando intentan dar cuenta de las instituciones del derecho procesal. La segunda herramienta será utilizada para hacer una elucidación de las categorías fundamentales del derecho procesal.

Esta perspectiva metodológica no presupone una especulación metafísica sobre los conceptos básicos del derecho procesal. Por el contrario, está anclada en la dimensión lingüística del derecho⁹. Una forma de explicar el alcance de los conceptos jurídicos tiene como fuente de estudio

⁹ Así la tradición analítica, de carácter iusfilosófica “ha insistido en la necesidad de prestar atención sobre problemas lingüísticos tales como la ambigüedad, la vaguedad semántica del lenguaje, su textura abierta, el carácter emotivo que

los usos teóricos y dogmáticos que hacen los juristas. La descripción de usos y la explicación teórica de los conceptos a partir de prácticas lingüísticas reales es una característica sobresaliente de una de las corrientes más influyentes de la filosofía del derecho actual: la teoría analítica del derecho (Sastre Ariza, 2006, pág. 165). Por esta razón, se tomarán como referencia para el análisis de conceptos las posiciones dogmáticas de procesalistas, las doctrinas del constitucionalismo contemporáneo y los estudios críticos del derecho que han acompañado el desarrollo de la trilogía estructural del derecho procesal.

La presente investigación está estructurada en cuatro capítulos que responden al problema y desarrollan los objetivos de investigación. En primer lugar, se hará una breve descripción de los presupuestos teóricos y metodológicos del análisis conceptual en los términos que han sido usados por una teoría analítica estándar del derecho. En segundo lugar, se reconstruirá el debate sobre la acción procesal con el fin de plantear una noción abstracta que reúna sus elementos fundamentales. En tercer lugar, se explicarán las condiciones de incorporación de la idea sobre tutela judicial efectiva en la dogmática procesal como respuesta a las demandas del constitucionalismo contemporáneo. En cuarto lugar, se describirá cómo el acceso a la justicia es un concepto que se introduce en el debate desde la incidencia que las teorías críticas del derecho tienen sobre la dogmática procesal. En términos generales, se sostendrá que el concepto de acción no ha desaparecido como categoría fundamental de la dogmática procesal. Por el contrario, se argumentará que la noción abstracta de acción procesal sufrió una transformación producto de nuevas dinámicas generadas por las posiciones ideológicas difundidas por el constitucionalismo y los estudios críticos del derecho desde la segunda mitad del siglo XX.

cargan ciertos términos, su contenido referencial o normativo, la producción de paradojas y sinsentidos a partir de la combinación de distintos niveles del lenguaje, la ambigüedad sintáctica y la existencia de distintos usos del lenguaje, entre otros” (Courtis, 2006, pág. 143).

2. CAPÍTULO. ANÁLISIS CONCEPTUAL E INVESTIGACIÓN JURÍDICA

El propósito de este capítulo es hacer una descripción de las herramientas utilizadas para el análisis de los conceptos *acción procesal*, *tutela judicial efectiva* y *acceso a la justicia*. Este ejercicio de contextualización metodológica permitirá identificar el alcance de la investigación en el marco amplio de los discursos sobre el derecho procesal y, al mismo tiempo, subrayar algunos presupuestos inherentes a una investigación de carácter analítico. Desde esta perspectiva, a continuación (1) se hará una breve caracterización de los discursos sobre el derecho para señalar los niveles de análisis que admite una investigación relativamente teórica. Además, (2) se aludirá a la naturaleza de los desacuerdos entre juristas. Finalmente, (3) se subrayará el alcance que tiene el análisis de conceptos dogmáticos. Se sostendrá que la distinción entre niveles discursivos y el análisis conceptual son herramientas idóneas para elucidar las categorías básicas del derecho procesal y superar las confusiones que dominan el razonamiento de los procesalistas teóricos y dogmáticos.

La dogmática procesal está sustentada en categorías que requieren oportunos ejercicios de elucidación conceptual. No existe posibilidad de construir un conocimiento riguroso del derecho sin una previa delimitación de sus categorías fundamentales. Las distinciones y el análisis de conceptos constituyen una herramienta adecuada para facilitar el avance de las discusiones académicas y el desarrollo de instituciones procesales. El quehacer de los juristas gira fundamentalmente sobre el lenguaje. El lenguaje del derecho y el lenguaje de los juristas implica que los problemas afrontados por los estudiosos del derecho están determinados por “las palabras y conceptos que son utilizados en la ley, en contratos, en pactos y hasta en otro tipo de actos verbales” (Cruz Parceró, 2006, pág. 27). Esta dimensión del derecho presupone que la teoría del derecho recurre al “análisis del lenguaje jurídico, entendiendo por tal no sólo el discurso del legislador o del juez –es decir, de las fuentes del Derecho–, sino también el de la propia dogmática o ciencia jurídica” (Escudero Alday, 2010, pág. XXX)

2.1 Los lenguajes del derecho: el caso de la alta dogmática procesal

La filosofía analítica del derecho asume que el derecho positivo es un fenómeno esencialmente lingüístico (Guastini, 2016, pág. 41). Dado que el derecho y su estudio dependen del lenguaje, los teóricos suelen distinguir niveles discursivos o niveles de lenguaje cuando se emprenden actividades analíticas, descriptivas o críticas sobre las normas y las proposiciones normativas en general. La distinción entre niveles del discurso permite clasificar los distintos lenguajes del derecho y sobre el derecho. El primer nivel de análisis está constituido por el derecho positivo, esto es, por el discurso de las autoridades normativas (Guastini, 2016, pág. 25). Este discurso incluye el lenguaje del legislador, del juez, de la administración y de otros operadores jurídicos. El segundo nivel de análisis está constituido por la dogmática jurídica o doctrina y la ciencia jurídica. La ciencia jurídica o la dogmática se presentan como un metalenguaje del derecho positivo. En palabras de Guastini, la dogmática es el análisis del discurso de las autoridades normativas (2016, pág. 25). El tercer nivel de análisis está constituido por la teoría del derecho, pues su objeto de estudio es el lenguaje de la dogmática¹⁰.

En los términos anteriormente indicados, el lenguaje de los juristas admite dos niveles: de un lado, se encuentra la dogmática que versa sobre el discurso de las fuentes del derecho. De otro, está la teoría del derecho que se ocupa del discurso dogmático del derecho. Las actividades que desarrollan los juristas consisten en a) análisis conceptual –teoría del derecho– y b) elaboración de teorías o doctrinas sobre enunciados normativos –dogmática jurídica–¹¹. La distinción entre

¹⁰ Para efectos de esta investigación se distingue entre ciencia jurídica y dogmática. De hecho, Guastini (2015, págs. 61-62) distingue entre dogmática y ciencia jurídica. Veamos: En el lenguaje común de los juristas continentales, el trabajo habitual de los propios juristas suele llamarse “ciencia jurídica, “doctrina” o “dogmática”. Sin embargo, estas expresiones pueden denotar (al menos) dos empresas intelectuales diferentes que uno debería distinguir: (i) por un lado, la ciencia jurídica en sentido estricto –la “science of jurisprudence” (J. Austin), la “ciencia del derecho” (Kelsen)– eso es, la descripción científica (neutral, avalorativa) del derecho vigente; (ii) por otro lado, la doctrina o dogmática, o sea, la investigación académica del derecho y, en concreto, de aquellos textos normativos que se consideran como fuentes oficiales del derecho”. Esta distinción entre dogmática y ciencia jurídica se asumirá en esta investigación.

¹¹ De esta forma lo describe Guastini: “[s]i se concibe el derecho – al estilo de Bobbio – como un lenguaje se puede decir que la dogmática se ocupa del discurso del legislador (el “derecho”), mientras que la teoría del derecho se ocupa – a pesar de su nombre – no propiamente del derecho sino, más bien, del discurso de la propia dogmática. No estamos, entonces, ante dos niveles del lenguaje, sino tres: a) el lenguaje del legislador, b) el metalenguaje de la dogmática y c) el meta-metalenguaje de la teoría del derecho.

El trabajo de los juristas dogmáticos es, típicamente, una actividad de interpretación, manipulación y sistematización del discurso legislativo. El trabajo de los teóricos, por su parte, es una reflexión crítica acerca del discurso de los juristas: por ello es, precisamente, una metajurisprudencia o filosofía de la ciencia jurídica. Así, desde este punto de

niveles de análisis no necesariamente se traduce en una delimitación precisa de todos discursos sobre el derecho. Múltiples problemas se presentan al trazar los límites entre teoría del derecho y filosofía del derecho o entre teoría del derecho y dogmática (Guastini, 1999, pág. 16). Los intereses epistemológicos y los métodos de estos discursos suelen yuxtaponerse. Sin embargo, un par de distinciones adecuadas, por muy difícil que resulte su construcción, permiten resaltar su heterogeneidad.

En la teoría analítica del derecho no siempre ha sido posible demarcar entre la filosofía del derecho y la teoría del derecho (Guastini, 1999, pág. 17). De hecho, se han presentado desacuerdos entre los juristas sobre este problema. Algunos han entendido que la teoría del derecho es una parte de la filosofía del derecho que se pregunta por el concepto de derecho. La filosofía del derecho, así entendida, sería un discurso constituido por la teoría del derecho, la teoría de la justicia y la ciencia jurídica (Bobbio, 2016, pág. 23). Otros han planteado que teoría y filosofía del derecho son diferentes en razón a los métodos y a los sujetos que llevan a cabo dicha actividad (Guastini, 1999, pág. 16). La filosofía del derecho tiene un carácter prescriptivo, recurre a herramientas especulativas y usualmente es cultivada por filósofos desde su concepción del mundo. Por el contrario, la teoría del derecho tiene carácter descriptivo, recurre a herramientas analíticas y usualmente es elaborada por juristas a partir de su experiencia jurídica. Quizá esta última concepción sea más compatible con las intuiciones de los juristas prácticos y resulte adecuada para efectos de esta investigación¹².

La distinción entre el trabajo de juristas teóricos y juristas dogmáticos tampoco ha sido fácil de determinar. La teoría del derecho ha sido concebida como un discurso que goza de tres propiedades: (1) general, (2) formal y (3) metadiscursiva (Guastini, 1999, pág. 22). La teoría del

vista, la teoría o filosofía de la ciencia jurídica, lejos de constituir una disciplina distinta, o de todos modos autónoma, de la (...) [teoría del derecho], se identifica completamente con ella” (Guastini, 1999, pág. 27).

¹² Esta perspectiva ha determina que la filosofía como teoría del derecho se ocupa –según Chiassoni– de (1) construir o determinar los límites de los conceptos fundamentales del derecho, los cuales tienen pretensiones de abstracción, universalidad y generalidad que puedan ser “lógicamente defendibles, a la luz del cual valorar la correcta edificación de los sistemas sustanciales” (2017, pág. 386). (2) Describir los tipos de reflexiones u operaciones que realizan los juristas en la dogmática jurídica, tales como técnicas o métodos interpretativos (2017, pág. 479). (3) Prescribir las operaciones realizadas en la dogmática jurídica “en relación con determinados fines de política de derecho contextualmente establecidos o exigidos” (2017, pág. 480). Y, por último, (4) “establece las condiciones y los modos del conocimiento científico del derecho, delineando un modelo de ciencia jurídica de conformidad con los estándares de alguna epistemología general y presupuesta” (2017, pág. 480).

derecho es general porque centra su atención en algunos aspectos relativamente comunes de los ordenamientos jurídicos¹³. El objeto de investigación es el análisis de conceptos que tienen propiedades compartidas entre un conjunto delimitado de ordenamientos jurídicos. La teoría del derecho es formal porque centra su atención no en el contenido normativo de un ordenamiento jurídico sino en sus propiedades estructurales. Finalmente, la teoría del derecho es un metadiscurso de la dogmática¹⁴. La labor dogmática es estudiar el contenido del derecho y el objeto de la teoría del derecho es el estudio de su forma o el análisis del discurso descriptivo o prescriptivo de los juristas¹⁵ (Guastini, 1999, pág. 23).

La dogmática es un discurso que aborda aspectos específicos o microsistemáticos de un ordenamiento jurídico. Este conocimiento no se construye de manera global, pues siempre se presenta de modo singular o especializado a través de disciplinas específicas como el derecho civil, el derecho administrativo, el derecho procesal (Vergara Blanco, 2016, pág. 397). El trabajo de los juristas está clasificado en las mismas materias que se utilizan para dividir los diversos sectores del ordenamiento jurídico¹⁶. Dicha clasificación tiene un carácter epistémico, no significa lo anterior que los saberes jurídicos sean aislados. Entre los discursos sobre el derecho positivo

¹³ Lo cierto, es que el nivel de generalidad de la teoría del derecho como estatuto científico –siguiendo a Guastini– se puede presentar en tres sentidos. El primero, es el sentido fuerte, el de teoría universal, el cual pretende fundar “su universalidad en banales falacias: la idea de que a una misma palabra le corresponde siempre un mismo concepto y, recíprocamente, la idea de que a un mismo concepto corresponde siempre la misma palabra” (Guastini, 1999, pág. 22). El segundo, es un sentido débil, denominado teoría transordinamental, la cual se usa para designar conceptos susceptibles de describir no todos los sistemas jurídicos –de manera– anacrónica sino ordenamientos coetáneos con características comunes (como el caso del derecho comparado). El tercero, en un sentido debílimo, es una teoría transectorial para analizar “conceptos y principios comunes a los diversos sectores de un mismo ordenamiento (el derecho civil, el derecho administrativo, el derecho penal, etcétera)” (Guastini, 1999, pág. 23).

¹⁴ En síntesis “la dogmática versa acerca del derecho, en tanto que la (...) [teoría del derecho] versa sobre la propia dogmática. La línea de demarcación entre las dos disciplinas puede ser clarificada con una simple noción lógica: la dogmática y la teoría del derecho se colocan en dos niveles del lenguaje distintos” (Guastini, 1999, pág. 27).

¹⁵ La dogmática estudia y sistematiza el contenido del derecho positivo de un Estado y por lo general de una específica rama (penal, civil, procesal, etc.). Por el contrario, la teoría general del derecho es el estudio de aquellos conceptos y características que pueden predicarse o resultar útiles en cualquier ordenamiento (Ferrer Beltrán, 2016, pág. 173).

¹⁶ Así, las siguientes son las tareas o funciones esenciales de la dogmática: a) diseñar cada rama del derecho; b) formular teorías como modelos de solución de casos en apoyo a la tarea jurisprudencial; c) estructurar principios para subsanar los vacíos; d) construir las disciplinas jurídicas para determinar una mejor comprensión, enseñanza y aplicación del derecho; e) la formulación de teorías jurídicas; y f) la sistematización de normas (Vergara Blanco, 2016, págs. 395-396). De hecho, la formulación de teorías es una de las tareas más relevantes de la dogmática, toda vez que “genera aportaciones relevantes para el pensamiento jurídico, que han marcado senderos para la comprensión de estas tareas de la doctrina; como es el caso de Hariou, sobre la teoría de la institución; de Romano, sobre el ordenamiento jurídico; de Kaufman, sobre la naturaleza de la cosa; de Betti, sobre interpretación jurídica; los aportes teóricos del primer Bobbio; y de Irti sobre codificación; en fin, la obra póstuma de Kelsen sobre la teoría de las normas” (Vergara Blanco, 2016, pág. 395).

existen intercambios fructíferos de conceptos e interdependencias teóricas. El interés principal del discurso dogmático es determinar el contenido del derecho positivo en cada uno de los sectores que constituyen su objeto de estudio.

La teoría del derecho es un discurso construido por y para juristas que no parte de una concepción del mundo sino que parte de “los problemas conceptuales que aparecen en el interior de la experiencia jurídica” (Guastini, 1999, pág. 18). El propósito de una teoría analítica del derecho es la formulación de un aparato conceptual que haga avanzar el conocimiento del derecho positivo. En este sentido, la función del teórico del derecho es suministrar herramientas conceptuales para que el jurista dogmático pueda describir, analizar, interpretar o criticar el discurso de las autoridades normativas.

[E]l dogmático necesita usar las categorías de la teoría del derecho y en cierto modo adaptarlas y presentarlas de un modo coherente en su funcionamiento en el sistema y en la rama del derecho que haya escogido como objeto de estudio. (...) Pero, en cambio, si lo que el dogmático se propone es, además, ofrecer una visión comparada entre diversos sistemas o familias de sistemas, que permita obtener una perspectiva más global de las distintas posibilidades regulativas, los condicionantes culturales que están entre sus presupuestos, o las consecuencias de adoptar una u otra comprensión de una institución jurídica, entonces el nivel de generalidad resulta ya muy alto y raya en las fronteras de la teoría del derecho. (Ferrer Beltrán, 2016, págs. 173-174)

La diferencia que existe entre teoría del derecho y dogmática tiene un carácter gradual. Así como existe un discurso dogmático que centra su atención en un sector del ordenamiento jurídico –v.gr. derecho procesal–, es posible la identificación de un discurso relativamente teórico que se encarga a afinar los conceptos necesarios para el conocimiento de dicho sector del derecho positivo. Este discurso teórico no tiene el nivel de generalidad alcanzado por la teoría del derecho ni es tan particular como la dogmática. En realidad, se trata de discurso intermedio que ha sido denominado alta dogmática o teoría particular del derecho. En resumen, se podría decir que el objeto de estudio de la alta dogmática es el análisis de los conceptos que tienen un nivel intermedio de abstracción. La alta dogmática abordaría problemas que gozan de un nivel relativo de generalidad en razón a que se encuentran directamente vinculados con determinados sectores del derecho.

La alta dogmática procesal rompe con los contornos estrictamente dogmáticos del lenguaje de los juristas y se sitúa en un nivel intermedio. La alta dogmática bebe de la teoría del derecho, de la comparación jurídica, de la sociología, la historia o la epistemología (Aramburo, 2018, pág. 13). El objetivo de este discurso en el derecho procesal es la transformación de la cultura académica de los procesalistas, pues es necesario “superar una serie de actitudes obsoletas, formalistas, legadas por la dogmática tradicional” (Taruffo, 1999, pág. 319)¹⁷. En otros términos, la alta dogmática cumple funciones similares a la teoría del derecho pero centrada en el análisis de conceptos propios del derecho procesal.

La alta dogmática no se detiene en las especificaciones de un ordenamiento jurídico particular. El objeto de estudio está constituido por cuestiones próximas a las áreas del derecho pero con un menor nivel de abstracción en las cuestiones que conciernen a los ordenamientos jurídicos. En general, suministra herramientas teóricas y metodológicas para evaluar el conocimiento dogmático de sectores específicos del ordenamiento jurídico. La alta dogmática procesal tiene la tarea de mejorar los recursos epistemológicos de la dogmática tradicional y proporcionar distinciones adecuadas para superar las discusiones sin fin de los procesalistas. Este discurso se fundamenta en estudios multi e interdisciplinarios, en los avances de la dogmática procesal y, por último, en la comparación jurídica (Taruffo, 1999, págs. 319-320).

Los resultados de la teoría particular del derecho o de la alta dogmática inciden de forma indirecta en la labor de los procesalistas. Si bien no suponen propuestas de interpretación del derecho positivo, sí la hacen posible al afinar su sistema conceptual. Por esta razón, la explicación de conceptos no se centra en especulaciones metafísicas sino que parte de los discursos reales de

¹⁷ Al respecto Ferrer Beltrán sostiene que Michele Taruffo es su máximo exponente, veamos: “La obra de Michele Taruffo es un ejemplo paradigmático si se quiere mostrar la diferencia gradual, no categórica, entre la dogmática y la teoría del derecho” (Ferrer Beltrán, 2016, pág. 173). Así, sostiene que “A Michele Taruffo le gusta ver el derecho desde arriba, volando a altura suficiente para observar sus perfiles generales, para comprender el encaje general de sus instituciones y para ver las similitudes y diferencias entre sistemas. Por ello, practica una dogmática procesal que no ha sido muy habitual entre los procesalistas de tradición romanística, partiendo de las fronteras entre la teoría del derecho, el derecho comparado y la dogmática, bebiendo de otras disciplinas como la sociología, la historia o la epistemología. Es con ese bagaje que enfrenta finalmente problemas interpretativos de esta o aquella disposición del código procesal, procurando llegar a lo más concreto desde una concepción general del derecho o de la institución en cuestión” (Ferrer Beltrán, 2016, pág. 174).

los juristas e impactan los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho. Alcalá Zamora ha planteado que

(...) la literatura procesal, en mayor medida que la de cualquier otra rama de la producción jurídica, debe resultar siempre accesible a los prácticos o aplicadores del derecho (jueces, abogados, secretarios judiciales, etc.), que son sus destinatarios naturales y quien por diversas razones (y como fundamental, la falta de tiempo) no cabe suponer con igual versación que las tres o cuatro centenas – si a dicha cifra llegan – de procesalistas especializados que en el mundo existan. La obtención de una mejor justicia, que debe ser el fin supremo a que todo procesalista se consagre, se frustra o se complica cuando las investigaciones doctrinales, destinadas a allanarle el camino y a capacitar a los prácticos para el manejo del nuevo instrumental, se pierden en nebulosidades o se entretienen en la contemplación de minucias, en vez de resolver urgentes y fundamentales problemas (Alcalá-Zamora y Castillo, 1992, pág. 328).

El análisis sobre los conceptos *acción procesal*, *tutela judicial efectiva* y *acceso a la justicia* pertenecen a lo que se ha denominado la alta dogmática procesal. En esta investigación no se plantean críticas y propuestas orientadas al discurso de las autoridades normativas. Por tanto, no se investiga sobre el lenguaje del legislador o del juez. Tampoco se plantean discusiones interpretativas sobre el derecho procesal colombiano o sobre las instituciones del derecho procesal. Las discusiones que aquí se abordan versan sobre problemas generales del derecho procesal que han sido tratados por juristas y que son comunes a distintas culturas jurídicas. Sin embargo, no tienen el nivel de generalidad que ha alcanzado la teoría analítica del derecho.

2.2. Los desacuerdos entre los juristas: entre cuestiones de hecho y cuestiones de actitudes

Los resultados de las investigaciones en dogmática, en teoría del derecho o en alta dogmática no siempre son unívocos. Los juristas no solo discrepan sobre lo que exige el derecho positivo sino sobre lo que debe exigir. Además, discrepan sobre las herramientas adecuadas para emprender las actividades de análisis, descripción, interpretación o crítica del derecho. La incidencia de los desacuerdos tampoco ha estado ausente en la dogmática procesal. Con el fin de aclarar el alcance de las discusiones que existen sobre *acción*, *tutela judicial efectiva* y *acceso a la justicia* se presentará un breve análisis sobre los desacuerdos entre los juristas y la incidencia que han tenido en la dogmática procesal. La dogmática procesal requiere de un sistema conceptual fino y consistente que le permita avanzar en las discusiones que preocupan a los procesalistas.

Las disputas o los desacuerdos entre los juristas han sido clasificados en internos y externos. En este sentido, Luque Sánchez anota:

[e]l desacuerdo desde el punto de vista interno se da entre jueces o funcionario públicos, es decir, entre órganos de aplicación del derecho. El desacuerdo desde el punto de vista externo se da entre el resto de personas que no entran en alguna de las categorías que he mencionado al hacer referencia al punto de vista interno, a saber, desde estudiosos del derechos (sic), académicos, pasando por periodistas, miembros de partidos políticos, hasta el ciudadano de a pie¹⁸ (Luque Sánchez, 2012, pág. 24)

Los desacuerdos internos se producen entre las autoridades normativas y se presentan frente al alcance que tiene el derecho en el momento de su aplicación a un caso concreto. Los desacuerdos externos se presentan entre quienes no tienen la calidad de órganos de aplicación del derecho y versan sobre lo que el derecho exige o sobre lo que el derecho debe exigir. En este contexto, es necesario considerar que no todos los desacuerdos tienen la misma naturaleza. Los desacuerdos entre juristas pueden ser empíricos o normativos, esto es, giran sobre lo que el derecho efectivamente es o sobre lo que debe ser. En el primer caso, se trata de disputas sobre cuestiones de hecho cuyos enunciados pueden ser verdaderos a falsos. En el segundo caso, se trata de disputas sobre cuestiones de actitudes cuyos enunciados no pueden ser ni verdaderos ni falsos. Las discrepancias en el último ámbito son normativas o ideológicas, es decir, sus enunciados tienen un alcance prescriptivo. Identificar la naturaleza de los desacuerdos incide en el alcance que tienen frente a la interpretación y aplicación del derecho.

Una clase de desacuerdos externos que tiene mucha relevancia para esta investigación está relacionada con las diversas tesis dogmáticas que adoptan los juristas. Los desacuerdos doctrinales

¹⁸ No obstante, habría que replantear la ubicación de los acuerdos entre dogmáticos o estudiosos del derecho, pues “la corriente o la tendencia dominante es el producto no solo de la jurisprudencia (todavía en sentido amplio – como piensan algunos realistas ingenuos – sino también (y tal vez, sobre todo) de la doctrina. Los juristas siempre contribuyen a la creación del derecho vigente (el derecho en este tercer sentido de la palabra)” (Guastini, 2014a, pág. 103). “Dicho en otras palabras: es imposible – o sencillamente poco realista – trazar una distinción neta entre el lenguaje del legislador y el lenguaje de los juristas. (...). En definitiva, la descripción del derecho vigente exige que se considere a la doctrina como parte integrante del propio derecho. La doctrina no es conocimiento científico del derecho sino una parte del propio derecho” (Guastini, 2014a, pág. 108). Así, “la doctrina puede ser presentado como un conjunto de directivas dirigidas a los órganos de aplicación, especialmente a los jueces” (Guastini, 2014a, pág. 109).

en el derecho tienen un alcance generalizado en las distintas culturas jurídicas. En palabras de Guastini, constituyen un caso *sui generis*: probablemente el más importante y difundido en la práctica jurídica, ya que condiciona de modos diferentes todos los restantes. Se trata de controversias dogmáticas, es decir, controversias que nacen de tesis dogmáticas contrapuestas –o simplemente diferentes– (Guastini, 2012, pág. 70). Las tesis dogmáticas tienen fundamento en las preferencias subjetivas que adoptan los juristas. Por esta razón, no dependen de hechos sino de los valores que consideran más importantes quienes suscriben las tesis dogmáticas. Los desacuerdos sobre estas cuestiones tienen un carácter normativo o ideológico.

Las disputas sobre los conceptos *acción*, *tutela judicial efectiva* y *acceso a la justicia* no han sido menores en la dogmática procesal. Estos desacuerdos se han originado por compromisos ideológicos, actitudes reduccionistas, confusiones conceptuales, sincretismos teóricos y falta de reconstrucciones adecuadas y completas de los conceptos dogmáticos. Estos problemas no han permitido el desarrollo del conocimiento jurídico y, en muchos casos, han interferido en la tarea de la dogmática procesal. Ante los problemas que no han permitido el avance de la dogmática procesal es conveniente identificar el tipo y las razones de los desacuerdos que han sostenido los procesalistas. También es necesario construir un adecuado sistema conceptual que prevenga las confusiones conceptuales o evite las pseudodiscusiones. Sólo con un sistema teórico fino y consistente se pueden definir las estrategias de solución para los problemas o contrastar las posiciones normativas dominantes para hacer un balance de razones que permita establecer cuáles son las más adecuadas para la práctica del derecho procesal.

La construcción sistemática de conceptos no es hacer una metafísica de esencias. En palabras de Genaro Carrió, son “numerosos los términos y expresiones que usan los juristas para aislar o identificar las múltiples y complejas situaciones que derivan de la existencia de un orden jurídico” (1991, pág. 7). Estos términos generan disputas o desacuerdos entre los juristas del derecho, que se dedican a la dogmática o a la teoría del derecho. Muchos desacuerdos se han centrado en la identificación de las esencias verdaderas. El problema de esas disputas radica en que en su mayoría son vanas. En palabras de Bobbio “un concepto no es más o menos verdadero, sino más o menos utilizable según el mayor o menor rigor usado en el establecimiento de las reglas de su uso” (1990, págs. 185-186).

Pensar en la idea de que hay conceptos verdaderos y falsos presupone un esencialismo conceptual que ha sido la causa de notables confusiones (De Páramo, 2000, pág. 367). Este fenómeno es un defecto que se presenta cuando se intenta develar la naturaleza jurídica de alguna institución a través de la dogmática¹⁹. En su aspiración metafísica, remiten a los conceptos de “un mundo supraempírico en el que pudieran apropiarse de características esenciales” (Sastre Ariza, 2006, pág. 163). En esta investigación no se pretende captar la esencia de los conceptos ni se asume que con “una buena dosis de refinamiento conceptual se resuelven todos los males o los problemas que se le presentan a la dogmática” (Sastre Ariza, 2006, pág. 163). El análisis de los conceptos aporta claridad para describir el derecho positivo o facilita los intercambios de argumentos para adoptar posiciones sobre cuestiones normativas.

Las disputas entre los juristas sólo tienen sentido cuando se critica las “reglas lógico-gramaticales de las que el adversario se vale para su estudio, se demuestra que el adversario no se ha atendido en el uso de esa palabra a las reglas establecidas, que ha caído en ambigüedad o incluso se ha contradicho” (Bobbio, 1990, pág. 187). El análisis de conceptos permite ver el alcance de las disputas. Con dicha herramienta se pretende “proporcionar mayor claridad conceptual eliminando nociones confusas, metafísicas, vagas, ambiguas, estableciendo condiciones o criterios de uso más claros”. (Cruz Parceró, 2006, pág. 29).

2.3. El análisis de los conceptos dogmáticos y teóricos en el derecho

El propósito de esta herramienta es tratar de establecer de manera clara el alcance que tiene un concepto. La teoría del derecho ha sido concebida como un “laboratorio conceptual, o sea, como construcción de conceptos” (Guastini, 2014b, pág. 87). Sin embargo, los conceptos que se analizan no tienen el mismo contenido semántico ni el mismo nivel de abstracción. Aunque los “conceptos surgen de convenciones acerca de cómo clasificar los objetos de la realidad, convenciones que

¹⁹ El esencialismo conceptual implica que los conceptos existen idealmente, independientemente de las convenciones lingüísticas y teórica, presentado así, todos los problemas son irresolubles (Calsamiglia, 2000, pág. 18). Este trabajo tiene claro que “(...) con los conceptos no se pretende descubrir esencias inmutables, ya que su significado no tiene un carácter necesario sino convencional, pues depende del uso que se hace de él en un determinado contexto lingüístico” (Sastre Ariza, 2006, pág. 163).

pueden variar y que están determinadas por necesidades humanas en el proceso de comunicación” (De Páramo, 2000, pág. 367), no todos se hallan en el mismo nivel. A continuación, se explicará el tipo de conceptos que serán objeto de análisis en esta investigación y, al mismo tiempo, se enunciarán las herramientas que serán utilizadas para elucidar las categorías *acción, tutela judicial efectiva y acceso a la justicia*.

A partir de los niveles discursivos ya esbozados, es posible distinguir entre conceptos dogmáticos y teóricos. Los primeros se utilizan para identificar fenómenos considerados como jurídicos de manera explícita o implícita en un ordenamiento jurídico²⁰. Los conceptos dogmáticos son recursos para dar cuenta de la regulación del comportamiento en las fuentes de derecho. Los segundos son categorías propias del ámbito jurídico que no se refieren a ningún comportamiento regulado (Nuñez Vaquero, 2016, pág. 390). Los conceptos dogmáticos son dependientes de las estipulaciones semánticas que hace el legislador, es decir, son construidos por los juristas para darle alcance a lo establecido en las fuentes de derecho. Por el contrario, los conceptos teóricos son independientes de la vigencia que poseen ciertas reglas conceptuales en el derecho positivo. Esto significa que los conceptos teóricos son instrumentos explicativos que poseen un mayor nivel de abstracción.

“No siempre los autores de la Teoría General del Derecho se ocupan de elucidar nociones que son de uso frecuente entre los juristas dogmáticos”. (Carrió, 1991, pág. 8). Los conceptos dogmáticos son heterogéneos. El microcosmos que representa cada dogmática jurídica implica que sus conceptos no soportan una sola clasificación que sea satisfactoria para todos los efectos ni un análisis lógico que los comprenda a todos (Guastini, 2012, pág. 70). Las particularidades de los conceptos inciden en las herramientas y fuentes de conocimiento adecuadas para su elucidación. A diferencia de los conceptos teóricos, los conceptos dogmáticos son “usados, tanto por el legislador como por los juristas, para representar de manera abreviada la conexión entre fragmentos de normas que determinan algún supuesto de hecho abstracto (...) y los fragmentos de

²⁰ “A partir de la identificación de los enunciados dogmáticos, establece una clasificación de éstos, dentro de los cuales menciona las definiciones, las teorías, aquellos enunciados que expresan normas no extraídas de la ley, descripciones y caracterizaciones de estados de cosas especialmente relevantes para el derecho y las formulaciones de principios en cuanto proposiciones de un alto nivel de generalidad. (Ramírez Giraldo, 2007, pág. 58)

normas que determinan la relativa consecuencia jurídica”²¹ (Guastini, 2014a, pág. 88). A través de conceptos dogmáticos se determina el contenido del derecho positivo vigente.

Que un concepto sea calificado como dogmático “depende de dos propiedades: una relativa a su origen, y la otra relativa a su contenido” (Nuñez Vaquero, 2016, pág. 389). Ha quedado claro que, mientras los conceptos teóricos no expresan el significado de los vocablos incorporados en las fuentes de un ordenamiento jurídico, los dogmáticos sí²². De cara al contenido, los conceptos dogmáticos son aquellos conceptos que “emergen históricamente en la práctica o son elaborados por la doctrina para servir en la práctica y son empleados para alcanzar una solución jurídica de las controversias y conflictos de intereses” (Tarello, 2017, pág. 111). En síntesis, los conceptos dogmáticos son el producto final de reflexiones que se han realizado durante mucho tiempo, a partir de diferentes culturas, momentos y ordenamientos jurídicos. Los conceptos dogmáticos “no funcionan como remisiones sincrónicas a ordenamientos normativos, sino que son “precipitados” diacrónicos que no coinciden necesariamente con ningún ordenamiento (Nuñez Vaquero, 2016, pág. 388)

Respecto del origen “podemos calificar como dogmáticos aquellos conceptos que han sido formulados por los estudiosos del derecho positivo. Es decir, no han sido formulados por el legislador ni por la jurisprudencia, sino que son obra de la doctrina”²³ (Nuñez Vaquero, 2016, pág. 390). El hecho de que este tipo de conceptos sean elaborados por los estudiosos de la dogmática y no provengan directamente de las fuentes del derecho (Nuñez Vaquero, 2014, pág. 253), implica que trabajan sobre dos funciones: por un lado, ordenan sistemáticamente un conjunto de formulaciones normativas. Por otro lado, obtienen soluciones normativas en los casos que el ordenamiento no previó una consecuencia jurídica; esto es, cuando aparece una laguna normativa.

²¹ Estos pueden ser descritos y/o calificados y si contienen una regulación jurídica del evento o serie de eventos, entonces se trata de los “conceptos que en la tradición de la doctrina continental se llaman “figuras dogmáticas”. Podemos señalar ejemplos como el de propiedad, propietario, título de crédito, acción, demanda, obligación, responsabilidad, girador, convenio, imputado, parte, hipoteca, custodio, precario, etc.” (Tarello, 2017, pág. 112).

²² “No obstante, es preciso subrayar que si el contenido de los conceptos dogmáticos no coincide sin más con el conjunto de situaciones de hecho y consecuencias jurídicas que se siguen en un ordenamiento a partir de tales hechos, entonces la presentación de los conceptos dogmáticos no sirve todavía para dar cuenta exhaustivamente del contenido ningún ordenamiento (sic)” (Nuñez Vaquero, 2016, pág. 391).

²³ Aclarando la multiplicidad de variantes que puede presentarse en este aspecto: en muchas ocasiones el legislador no define estos términos y es la dogmática jurídica la que determina su significado, o completa la definición ofrecida por el legislador (Nuñez Vaquero, 2016, pág. 390).

Estas funciones que cumplen los conceptos dogmáticos implican que la dogmática no solo es un discurso académico sino una práctica jurídica o tecno-praxis (Atienza, 2014) . Los juristas también construyen conceptos para suministrar soluciones a partir de los materiales jurídicos. Los teóricos del derecho y los dogmáticos deben mantener una interacción constante. Los dogmáticos deben dirigir la “mirada un poco más allá de su propio gremio, hacia los iusfilósofos con formación analítica, cuyos despachos en muchos casos quizás solo disten unos pocos metros de donde tienen los suyos los cultivadores de la dogmática” (Atienza, 2014, pág. 150). Al mismo tiempo, los teóricos deben tomar como referencia los estudios dogmáticos. El teórico del derecho de orientación analítica no pierde de vista los discursos sobre el derecho positivo. Desde esta perspectiva

“[I]a relevancia que puede tener el análisis conceptual para la dogmática se concreta especialmente recomendando, en mi opinión, un uso más recurrente de la teoría del derecho. Esta disciplina ofrece un estudio (que aspira a ser) formal del derecho, ya que se dedica a analizar los conceptos que son imprescindibles para comprenderlo. Este carácter formal se refleja en el hecho de que no se suele ocuparse del contenido de los enunciados sino sobre todo el continente de los enunciados jurídicos, ya que se trata de ofrecer una visión estructural del derecho (como, por ejemplo, el análisis del concepto de norma y de ordenamiento jurídico)” (Sastre Ariza, 2006, pág. 166).

En el caso de la dogmática procesal, el análisis de conceptos no puede estar desligado de los usos que hacen los juristas prácticos ni dogmáticos. El análisis que se realizará de los conceptos *acción, tutela judicial y acceso a la justicia* parte de un estudio histórico y dogmático de la disciplina procesal. Este estudio advierte que los conceptos dogmáticos y teóricos varían en el tiempo según los contextos políticos y jurídicos del ordenamiento jurídico. En síntesis, en esta investigación se intentará construir el análisis conceptual de dichos elementos con una articulación entre contexto jurídico y político, entre contexto teórico y dogmático y entre contexto teórico y práctico.

Los instrumentos de análisis conceptual son tomados de la teoría analítica estándar del derecho²⁴. Como han sido sistematizados por Guastini, serán utilizados a) la definición²⁵; b) la distinción entre enunciados empíricos y analíticos²⁶; c) la distinción entre lenguaje y metalenguaje²⁷ y d) la distinción entre enunciados descriptivos y prescriptivos²⁸. En relación al análisis histórico de los conceptos, se adoptará el modelo propuesto por Courtis quien sostiene que “la historia de la reconstrucción doctrinaria de un conjunto normativo ofrece material útil para identificar cambios de significado y de valoración del derecho” (2006, pág. 138). En síntesis, se busca reconstruir los conceptos e identificar las conexiones que mantienen entre sí (Caballero Elbersci, 2014, pág. 38). De cara a la teoría de la protección o garantía judicial de los derechos, este método ofrecerá mejores perspectivas para comprender la transformación que operó en la dogmática procesal entre los conceptos *acción*, *tutela judicial* y *acceso a la justicia*.

²⁴ Se entiende por teoría analítica estándar, los aportes teóricos y conceptuales de Bobbio (1990; 2016), Guastini (1999; 2014a; 2014b; 2016), Chiassoni (2016; 2017) y Comanducci (2010).

²⁵ Entendida como un “enunciado mediante el cual se determina el significado de un término o de una expresión compuesta (sintagma)”, es decir no describen objetos sino que modelan conceptos (Guastini, 2014b, pág. 79); hay dos tipos de definiciones: la definición informativa, la que es utilizada por alguien; y definición estipulativa, la cual propone usar un término o sintagma preexistente de modo nuevo, más preciso (redefiniciones) o cómo usarlo de nuevo cuño.

En palabras de Spector la definición es el “instrumento metodológico más importante del estudio del derecho en la tradición dogmática continental, siendo habitual que se la presente como la determinación de la naturaleza jurídica de una institución” (2000, pág. 286). Ahora el autor en comento, respecto de las definiciones en el mundo de derecho determina que puede ser “informativas; ello ocurre cuando pretende informar sobre el significado que tiene un término jurídico. (...) Sin embargo, las definiciones jurídicas informativas no abundan en la dogmática jurídica” (2000, págs. 290-291).

²⁶ Los enunciados empíricos versan sobre hechos, debido a esto puede ser verdaderos o falsos; en cambio los enunciados analíticos no versan sobre hechos, es verdadero o falso con independencia de los hechos, evaluando es la estructura lógica, significado o tautología. (Guastini, 2014b, págs. 81-82).

²⁷ Dicha distinción parte de que el lenguaje en el que nos expresamos tiene por objeto otro lenguaje, es metalenguaje, está en un nivel lógico superior; y es lenguaje objeto al lenguaje del cual hablamos sobre cosas extralingüísticas (Guastini, 2014b, pág. 83).

²⁸ Según Guastini, “los enunciados descriptivos tienen valores de verdad (es decir, pueden ser verdaderos o falsos), los enunciados prescriptivos no los tienen (es decir, no pueden ser ni verdaderos ni falsos)” (2014b, pág. 84).

3. CAPÍTULO: LA ACCIÓN PROCESAL

En este capítulo se hará un análisis del concepto *acción procesal*. El propósito es determinar el alcance de esta categoría en el marco de la trilogía estructural del derecho procesal. En este análisis se tomarán como referencia los fundamentos de la teoría general del proceso y las aplicaciones que han tenido en la dogmática procesal. Como ruta metodológica, se agotarán las siguientes fases: (1) se subrayarán los problemas conceptuales que existen sobre *acción procesal* en la teoría general del proceso. Posteriormente, (2) se describirá cómo se ha desarrollado la protección judicial de los derechos con el fin de reconstruir los paradigmas sobre la acción procesal. Finalmente, (3) como consecuencia del análisis conceptual realizado, se planteará que la acción procesal entendida como derecho a la jurisdicción es la explicación más adecuada de esta categoría fundamental de la dogmática procesal.

3.1. Problemas conceptuales en los discursos sobre la acción procesal

El conocimiento sobre el derecho procesal es una construcción de juristas a partir del diseño de instituciones básicas del derecho. En general, es producto del pensamiento de diferentes “profesores, institutos y Universidades (sic) que han forjado, con su entrañable amor a la investigación filosófica e histórica” (Silvia Vallejo, 1989, pág. 24) lo que actualmente se conoce como la teoría general del proceso en la dogmática procesal. Dicha teoría plantea explicaciones sobre un conjunto de conceptos básicos –o fundamentos, en el lenguaje de los procesalistas– que constituyen el sustrato epistemológico de la dogmática procesal. Entre estas explicaciones se hallan teorías sobre los principios, presupuestos y actos procesales o análisis sobre la doctrina del *dispositivismo* y *publicismo* procesal. Sin duda, entre estas cuestiones básicas, la trilogía estructural *proceso, acción y jurisdicción* ocupa un lugar central.

La categoría *acción procesal* ha sido estudiada y discutida en la dogmática durante más de un siglo. La extensión temporal en el tratamiento de la cuestión no tiene correspondencia con la obtención de resultados ampliamente aceptados. El balance conceptual está lejos de ser esperanzador. Algunos procesalistas han reconocido que esta discusión “se ha reducido a una guerra de teorías y palabras” (Ortells Ramos & Montero Aroca, 1989, pág. 117). Los estudios

sobre la acción parecen una amalgama de posturas personales o estipulaciones conceptuales formuladas sin respaldo en prácticas procesales. En este contexto, el debate sobre la acción es muy difícil de captar, con mayor razón si se consideran los matices de cada autor, las diferencias en el lenguaje de distintos centros académicos o tradiciones jurídicas y posiciones políticas que constituyen los puntos de partida (De la Oliva Santos, 1980, pág. 7).

El poco rigor conceptual en la teoría del derecho procesal ha sido motivo de preocupación en la dogmática procesal. Nieva Fenoll subraya que “hoy estamos padeciendo las consecuencias de los excesos de la Doctrina en esta materia, pese a que en los últimos años los autores han tendido a simplificar decisiva y acertadamente el embrollo creado” (Nieva Fenoll, 2014, pág. 52). En el mismo sentido, Calamandrei ha planteado que las teorías sobre la acción son “como las noches de la leyenda, son mil y una, y todas maravillosas” (Calamandrei, 1959, pág. 137). Por esta razón, la elucidación de la acción procesal es una tarea inconclusa de la dogmática procesal que debe asumirse con el mayor nivel de elaboración teórica.

En términos metodológicos, el análisis conceptual que se pretende sobre la acción procesal no tendrá como eje principal las concepciones desarrolladas por cada uno de los teóricos o dogmáticos del derecho procesal. Tampoco se harán interpretaciones de disposiciones de derecho positivo en particular como es frecuente en los estudios típicos de la dogmática procesal (Ortells Ramos & Montero Aroca, 1989, pág. 118). En consecuencia, se tomarán como referencia las propiedades más abstractas de los paradigmas sobre la protección jurisdiccional de los derechos en la alta dogmática procesal. Tales paradigmas, denominados precientífico y científico respectivamente, expresan distintos modelos sobre la acción procesal. Además, se considerarán los postulados que dieron lugar a las crisis de los paradigmas y se hará una reconstrucción esquemática sobre una noción adecuada de acción.

3.2 Evolución de la protección judicial de los derechos: la conformación del concepto de acción

La protección o garantía jurisdiccional de los derechos ha sido desarrollada mediante dos paradigmas teóricos: precientífico y procesalismo científico. El paradigma precientífico alude a un

diseño institucional establecido en el Código Hammurabi, en el derecho romano y en el Código de Napoleón de 1804. El paradigma científico²⁹ es un modelo teórico desarrollado por las escuelas española, francesa, alemana e italiana de la alta dogmática procesal (Couture, 1953, pág. 7). Este paradigma fue desafiado por el surgimiento de las teorías críticas del derecho y por la aparición de una concepción neoconstitucionalista del derecho. Este fenómeno es conocido, en la alta dogmática procesal, como las crisis del paradigma científico de la acción procesal, las cuales crean las condiciones propicias para la aparición de la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia como paradigmas alternativos que dan lugar al derecho fundamental de acción. (González Álvarez, 2011, págs. 200-201)

3.2.1. La acción en el paradigma precientífico de la protección judicial: monismo institucional y científico

En Roma, a partir de Justiniano, el derecho privado estaba dividido en tres partes: personas, cosas y acciones. El sistema de la *actio* integraba al derecho privado, es decir, lo que en la actualidad se conoce como derecho procesal era un capítulo del derecho privado –o del derecho penal– (Montero Aroca, 1984, pág. 61). En este contexto, la acción no era autónoma, pues

(...) no se distinguía entre acción y derecho material en conflicto, pues solo importaba la acción: se tenía el derecho material porque el Pretor otorgaba la “*actio*”. Para la teoría romanista o privatista sobre la acción, que pervivió hasta finales del siglo XIX, la acción, pues no era sino una emanación del derecho material, el derecho vulnerado puesto en pie de guerra según diría gráficamente PUCHTA. (Garberí Llobregat, 2009)

En estos términos, el derecho sustantivo no es diferenciable del derecho procesal. Este hecho es confirmado por el romanista Aldo Schiavone, quien plantea que en Roma

[c]onceder una acción no era lo mismo que promulgar una respuesta. Y no obstante, al decidir proteger de modo procesal, con la garantía de una *actio*, pretensiones y expectativas nacidas fuera de las reglas del *ius civile*, los magistrados terminaban por reconocer, si bien de forma indirecta, nuevos derechos y, en consecuencia, a fin

²⁹ Por procesalismo científico se aludirá al conjunto de discursos que definieron las características del derecho procesal, como un conjunto de disposiciones y conceptos jurídicos de orden público, instrumental y autónomo, construido desde Savigny, retomado por Windscheid y la comunidad científica de Alemania e Italia y, a partir de ella, construido por procesalistas que han institucionalizado sistemas de procesamiento no penal y de enjuiciamiento penal a partir de la dogmática alemana e italiana.

de cuentas por producir un nuevo *ius*, del todo desvinculado del pasado; con frecuencia inspirado en praxis mercantiles que, aunque igualmente arcaicas, no tenían nada en común con el armazón simbólico y cultural que había invalidado el horizonte mental de la primera ciudad.

Los estudiosos se han esforzado mucho por describir en términos aceptables para un jurista moderno este continuo deslizamiento de planos del proceso hacia el derecho sustancial. Una explicación ha consistido en recurrir a la clara distinción de la ciencia jurídica del siglo XIX entre la acción (procesal) y el derecho subjetivo (sustancial): los pretores romanos, moviéndose en una óptica sólo procesal, habrían privilegiado el primer elemento, concediendo acciones (tutela procesal), sin derechos subjetivos precedentemente reconocidos (por el *ius civile*) (2009, pág. 170).

En este orden de ideas, el derecho romano no era un sistema de derechos subjetivos sino un sistema de acciones procesales (Ortells Ramos & Montero Aroca, 1989, pág. 118). Una concepción de esta naturaleza implica que los juristas romanos no distinguieron entre derecho objetivo y subjetivo en los términos que son entendidas estas categorías en la actualidad. La idea de derecho subjetivo es una construcción teórica y dogmática que tuvo un desarrollo en la época moderna³⁰. Por esta razón, cuando “un jurista romano trataba de describir una relación jurídica lo hacía con referencia a la acción” (Ortells Ramos & Montero Aroca, 1989, pág. 199).

La escuela de la exégesis del siglo XIX, tomando como sustento normativo el Código de Napoleón, desarrolló la teoría de los derechos subjetivos individuales y de orden privado³¹. A partir de esta concepción *actio* y *obligatio* son términos diferentes pero interdependientes. Son nociones diferentes pero se refieren a realidades vinculadas por una relación de antecedente y consecuente. “La acción procede de la obligación; esta es la fuente de las acciones, pero una obligación puede dar origen a varias acciones” (Ortells Ramos & Montero Aroca, 1989, pág. 120).

³⁰ Tal y como lo explica Gozáini, el derecho subjetivo “no radica ni en el derecho romano, ni el medioevo, ni en la época del derecho natural (1625-1750), y sí en los tiempos modernos, coincidiendo con los estudios de filosofía del derecho generados desde la mitad del siglo XVIII” (1995, pág. 670).

³¹ Dicha teoría se caracteriza por la preeminencia del derecho de propiedad, ya que era “concebido como el núcleo central en el panorama de los derechos que el código adscribía a los individuos” (Taruffo, 2009a, pág. 31); así en el Estado liberal de derecho ofrecía un servicio a asistir a los tribunales el cual estaba “incluido en la propiedad privada del derecho sustantivo correspondiente: formular una demanda y defenderla judicialmente, se concebían como instancias de una empresa privada que no difería en lo esencial de la compra o venta de cualquier activo o cualquier bien” (Taruffo, 2009a, pág. 32)

Eduardo Couture identificó dos escuelas del paradigma precientífico que reflexionaron sobre el derecho procesal: la escuela española y la escuela francesa. En la escuela española, los juristas de los siglos XVIII y XIX no prestaron atención a la acción procesal (1953, pág. 7). Dichos juristas se limitaron “a hacer la exégesis del precepto clásico *“actio nihil aliud est qua mius persequendi in iudicio quod sibi debetur”* (pr. Inst. De actionibus, 4, 6)” (1953, pág. 7). La construcción doctrinal de esta escuela es una prolongación del derecho romano. En la actualidad esta concepción es conocida como *doctrina forense*, la cual entendió que el derecho procesal era un arte u oficio donde se enseñaban habilidades y competencias para litigar en los tribunales. En esta perspectiva, la idea de proceso no se asociaba a una teoría sino a una técnica sin mayor contenido histórico ni científico³² (Vásquez Alfaro, 2015, pág. 35).

La escuela francesa³³ entendió la acción como el derecho en movimiento. En un sentido similar a la escuela anterior, no es posible diferenciar entre derecho subjetivo y acción procesal (Couture, 1953, pág. 9). La diferencia específica de la escuela francesa radica en que desglosa la idea de acción en cuatro elementos: derecho, interés, calidad y capacidad. En palabras de Couture, sin estos elementos no sería concebible la idea de acción ³⁴ (1953, pág. 9).

En resumen, una concepción monista de la acción podría ser identificada en el sistema romano, en el Código de Napoleón y en las escuelas del paradigma precientífico –o albores del procesalismo científico–. Una concepción monista sostiene que acción y derecho subjetivo son una misma cosa. Primero existe la acción, de ella se deriva el derecho subjetivo (Ortells Ramos & Montero Aroca, 1989, pág. 119). En otros términos, la principal característica del paradigma precientífico consiste en que la acción es identificada “con el sustrato sustancial de la pretensión,

³² Al respecto, en la doctrina española, los “destinatarios de los libros de práctica forense no son los estudiantes universitarios sino los jueces, escribanos y abogados.” (Montero Aroca, 1984, pág. 9) Así, “los autores no suelen ser profesores universitarios, sino prácticos, personas con experiencia judicial que pretenden transmitir conocimientos, no adquiridos científicamente, sino a través de su vida profesional” (Montero Aroca, 1984, pág. 10).

³³ Entre los autores de dicha escuela podemos encontrar a Aubry y Rau en Cours; Demolombe en Cours; Garsonnet y César-Bru, Traité y Pothier en Triaté de la procédure civile, volumen X de las Oeuures, París, 1861. (Couture, 1953, pág. 10).

³⁴ Lo cierto, es que la escuela francesa no logró resolver realidades y problemas jurídicos a partir del concepto de acción. Esta corriente dejó “(...) sin explicación las obligaciones naturales, el grave problema de la demanda infundada, en la cual el actor mueve la acción hasta la sentencia sin un derecho efectivo que tutelar; el caso no menos grave de la acción satisfecha por haberse agotado el proceso, pero quedando el derecho insatisfecho por insolvencia del obligado. (Couture, 1953, págs. 9-10).

de modo que *actio* y *obligatio* son términos sinónimos” (Ortells Ramos & Montero Aroca, 1989, pág. 119).

3.2.2. La acción en el paradigma científico de la protección judicial: dualismo y autonomía de la dogmática procesal

El paradigma científico supone un nuevo modelo teórico sobre la acción procesal. No es posible identificar un hecho que separe históricamente entre procesalismo científico y precientífico, pues las escuelas española y francesa del paradigma precientífico constituyen, al mismo tiempo, los albores del paradigma científico. El procesalismo científico hace referencia al conjunto de discursos construidos en el siglo XIX por la comunidad académica dedicada a la dogmática procesal, la cual fue sofisticada en Alemania, Italia y Austria. En tales discursos se abandonó una concepción técnica de la dogmática procesal y se desarrolló una noción teórica de la misma. En este contexto, el jurista se ocupa de la identificación y definición de los conceptos básicos del derecho procesal.

El procesalismo científico introdujo dos distinciones para comprender las instituciones fundamentales del derecho procesal. De un lado, separó la dogmática procesal de la práctica forense. De otro, desligó el derecho procesal del derecho privado. En consecuencia, la dogmática procesal empezó a concebirse como un saber autónomo (Vásquez Alfaro, 2015, pág. 7) y las normas procesales asumieron el carácter de derecho público, instrumental y autónomo. La autonomía del derecho procesal y la dogmática se remonta a la segunda mitad del siglo XIX. Silvia Vallejo sitúa este hecho a partir de la polémica Windsched-Müther sobre la naturaleza pública o privada de la acción y la noción de proceso como relación jurídica procesal de Oskar Von Bülow (Silvia Vallejo, 1989, pág. 27).

En el paradigma precientífico, la dogmática del derecho procesal fue considerada como sierva del derecho privado (Silvia Vallejo, 1989, pág. 26). La dogmática era un saber dependiente de las categorías que estructuran el conocimiento de los iusprivatistas. En los fundamentos del derecho

privado³⁵ se incluían los conceptos básicos del derecho procesal. La naturaleza del proceso fue explicada a partir de una teoría contractual, cuasicontractual e institucional. La escuela francesa – del paradigma precientífico– construyó estas teorías a partir de la legislación civil de la época, en algunos casos partiendo de una interpretación errónea de sus textos³⁶ (Serra Domínguez, 2008, pág. 239). Esta visión del proceso implica que las reglas procesales quedan al vaivén de disposiciones contractuales. La función judicial está relegada a una actividad notarial que autoriza con su presencia el acuerdo de las partes (Serra Domínguez, 2008, pág. 240).

En el paradigma científico, las teorías privadas sobre el proceso quedan completamente superadas. La naturaleza del proceso se explica como una actividad jurisdiccional de carácter público (Montero Aroca, 1976, pág. 185). Los componentes privatistas del proceso son superados y asumidos por órganos que ejercen una función estatal (Silvia Vallejo, 1989, pág. 27). La naturaleza pública del proceso fue desarrollada por dos teorías: la teoría de la relación jurídica y la teoría de la situación jurídica. Este nuevo contexto teórico no representa una discusión más sobre los fundamentos del derecho procesal; por el contrario, la concepción pública de las normas procesales determinó el nacimiento de la dogmática como una disciplina autónoma (Montero Aroca, 1976, pág. 186).

La teoría de la relación jurídica fue formulada por Oskar Von Bülow. La tesis principal afirma que el proceso es una conexión entre varias personas que se fundamenta en normas jurídicas procesales (Serra Domínguez, 2008, pág. 243). Este planteamiento fue desarrollado posteriormente en el procesalismo alemán e italiano (Montero Aroca, 1976, pág. 187). La teoría sobre la situación jurídica fue formulada y desarrollada por James Goldschmidt. La tesis principal afirma que el proceso es un conjunto de situaciones jurídicas estructuradas a partir de normas procesales. Las partes se hallan en diversas posiciones jurídicas que no son suficientemente

³⁵ De entrada, se hace necesario diferenciar entre el dispositivismo procesal y naturaleza privada del proceso. El primero hace referencia a la concepción del proceso a partir de la cual son las partes las que dinamizan el proceso. La segunda es una visión precientífica del derecho procesal a partir de la cual, el derecho civil explica los fenómenos del derecho procesal. De esta manera la naturaleza del proceso, como derecho público consideró adecuado la proposición del principio dispositivo.

³⁶ Con la construcción de civilistas franceses como Pothier, Demolombe, Aubri y Rau (Montero Aroca, 1976, pág. 183).

explicadas con la idea de relación entre dos sujetos. La teoría sobre la situación jurídica³⁷ no es incompatible con la teoría de la relación jurídica³⁸; por el contrario, constituye su complementación o conciliación³⁹. Los vínculos jurídicos que existen entre las partes no son relaciones jurídicas sino situaciones jurídicas⁴⁰ (Montero Aroca, 1976, pág. 192). Una concepción estática del proceso es sustituida por una concepción dinámica, en la cual, las partes tienen situaciones de expectativa de sentencia favorable o de perspectiva de sentencia desfavorable (Goldschmidt, 2015, pág. 283). Además, de este enfoque procesal sobre la teoría de la situación jurídica, es posible reconstruir una concepción de orientación analítica que coincide con el desarrollo del constitucionalismo de los derechos. Sin embargo, este modelo será tratado en el apartado 3.2.3 cuando se aborde la crisis del paradigma científico.

3.2.2.1. La escuela alemana de la teoría sobre la relación jurídica

La escuela alemana de la teoría sobre la relación jurídica hizo dos aportes fundamentales: primero, promovió una explicación científica de instituciones del derecho procesal a través la construcción de conceptos básicos que estructuran un sistema teórico⁴¹ (Vásquez Alfaro, 2015, pág. 61). Segundo, situó tanto el derecho procesal como la dogmática en los confines del derecho

³⁷ De hecho, defendiendo la naturaleza del proceso como situación jurídica Barrios De Angelis sostiene que “[a]lgunas de las situaciones tienen nombre propio; es decir, que no tenemos por qué aludirles como, digamos, el poder-deber que corresponde al tribunal, o la situación que pertenece al actor, sino que son situaciones nominadas: jurisdicción, acción, excepción (o derecho de contradicción, o acción de demandado), y ninguna otra. Las demás son situaciones jurídicas procesales innominadas” (Barrios De Angelis, 2005, pág. 122).

Respecto la contradicción o acción del demandado, debemos advertir con la acción, son conceptos paralelos, provenientes de una misma fuente; dos caras de una misma moneda: “el derecho fundamental de defensa jurídica; de ahí que los que aparezcan como elementos dinámicos del derecho a la jurisdicción, (...) que se diferencian en que mientras en la acción quien tiene el derecho a la jurisdicción provoca el litigio, en la excepción quien igualmente tiene el derecho adviene al litigio” (Montero Aroca, 1976, pág. 141). El derecho a la contradicción y defensa “consiste, en principio, en el poder de utilizar todos los medios legales dirigidos a demostrar que el actor carece de acción y, en concreto, de la acción que afirma” (De la Oliva Santos, 1980, pág. 83).

³⁸ Para algunos – entre esos Serra Domínguez – “la teoría de la relación jurídica ha sido objeto de un cada vez más acentuado abandono por parte de la doctrina” (2008, pág. 245).

³⁹ En la medida en “que toda situación no es concebible sino en relación; y que ninguna relación es concebible sino como relación de situaciones” (Barrios De Angelis, 2005, pág. 119).

⁴⁰ Las situaciones jurídicas “procesales son aquellas que contempla la ley procesal; dicho de otro modo son posiciones que frente a la norma procesal asume los sujetos del proceso” (Barrios De Angelis, 2005, pág. 122)

⁴¹ Para Eduardo Couture, las “contribuciones de esta escuela han sido verdaderamente magníficas aunque no totalmente aprovechables. Keyserling, que tenía motivos para conocer a los alemanes, dijo que si a un alemán se le ponía frente a dos puertas, una con la leyenda “Entrada al cielo”, y otra “Entrada a un curso de conferencias sobre el cielo”, el alemán entra en el curso de conferencias. Abundantes materiales de esta escuela, en el campo del derecho procesal, pertenecen al “Curso de conferencias” y no a la realidad jurídica. Pero no se debe negar la saludable influencia que ella ha tenido en el campo del procedimiento civil.” (1953, pág. 11).

público⁴² (Vásquez Alfaro, 2015). La reivindicación y garantía de un derecho en el escenario jurisdiccional se concibió como la afirmación del carácter público del derecho procesal (Taruffo, 2009a, pág. 32).

La escuela alemana inició la superación de la comprensión precientífica del proceso que predominó hasta el siglo XIX. En el paradigma precientífico, el proceso era una técnica neutral, apolítica y forense, esto es, era entendido como práctica sin fundamento teórico. El estudio de temas procesales estaba limitado al ejercicio de una actividad estratégica, es decir, a desarrollar tácticas de litigio que garantizaran el éxito en los estrados judiciales (Vásquez Alfaro, 2015, pág. 61). Esta visión fue modificada con el proyecto de una dogmática que construye sistemas conceptuales al estilo de autores como Karl Savigny, Bernhard Windscheid, Theodor Müther, Oskar Bülow, Adolf Wach (Vásquez Alfaro, 2015, pág. 63).

La acción procesal fue uno de los conceptos básicos explicados por la escuela alemana. Las principales contribuciones en este sentido se remontan a la disputa entre los pandectistas Windscheid y Müther durante la segunda mitad del siglo XIX (Couture, 1953, pág. 11). A partir de esta discusión se puso fin a la concepción monista de la acción, la cual fue sustituida por las teorías dualistas de la acción. Esta transformación produjo la distinción entre derecho subjetivo y acción (Ortells Ramos & Montero Aroca, 1989, pág. 121).

Windscheid planteó que la acción procesal es un derecho a la tutela judicial nacido de la lesión de otro derecho (1974, pág. 5). Esta posición implica que un derecho lesionado se transforma en acción para reclamar la protección judicial. En este sentido, la acción supone que un sujeto procesal está con condiciones de imponer su voluntad a otro a través del juez. Esta concepción tiene un carácter monista y se encuentra estrechamente ligada al sistema de la *actio* romana⁴³. La *actio* no

⁴² Este cambio de paradigma, en la cultura y teoría procesal implica que el procedimiento no es una “especie de extensión auxiliar del Derecho privado, y se convierte en un asunto de derecho público (como dicen, por ejemplo en Alemania, Adolf Wach; en Austria, Franz Klein y en Italia, Giuseppe Chiovenda)” (Taruffo, 2009a, pág. 32).

⁴³ Esta conclusión se corrobora cuando Windscheid afirma que el sistema de la *actio* romano “(...) residía en la peculiar posición que ocupada en Roma los magistrados encargados de administrar justicia. En nuestro medio, el juez está sometido al derecho; su misión consiste en realizar las situaciones que éste ordena. Pero en cuanto al magistrado romano, no se exagera si se dice que estaba por encima del derecho (...). Para los romanos pues, lo decisivo no era lo que decía el derecho, sino lo que decía el tribunal. (1974, págs. 8-9).

se distingue del derecho ni designa una entidad que sea independiente de él. La “*actio* está en lugar del derecho; no es una emanación de éste” (Windscheid, 1974, pág. 10).

La principal consecuencia de la visión planteada por Windscheid sobre la acción radica en que una persona podría tener *actio* sin ser titular de un derecho o ser titular de un derecho y carecer de *actio*. La separación entre acción procesal y derecho subjetivo no es un problema en este modelo teórico. Windscheid considera que

(...) por *actio* no se designa el derecho de accionar, entendido como medio para tutelar un derecho, sino el medio para imponer lo que se quiere, y, con ello, la pretensión fundada en derecho⁴⁴. En ese sentido, la *actio* nace por cierto junto con la obligación, siendo su único presupuesto que sea lícito exigir lo que se exige (1974, págs. 67-68).

En síntesis, Windscheid aboga por la eliminación de la acción en el derecho moderno⁴⁵. La acción sería un agregado innecesario a la noción de derecho sustantivo. Por tanto, se trata de una categoría prescindible al momento de explicar cómo las personas solicitan la tutela de sus derechos.

En contra de esta tesis, Theodor Müther presenta una tesis dualista de la acción. Sostiene que el derecho es un presupuesto de la acción (1974, pág. 224). En ese sentido entiende que la posición de Windscheid parte de una confusión entre el derecho en sentido objetivo y el derecho en sentido subjetivo (Müther, 1974, pág. 226). La *actio* no era un complemento del derecho subjetivo sino el derecho al libramiento de la *fórmula*, esto es, exigir derecho subjetivo a un particular y tutela judicial del Estado. En términos de Müther, la acción procesal es “la pretensión del titular frente al pretor a fin de que éste le confiera una fórmula para el caso de que su derecho sea lesionado” (1974, pág. 246). A partir de Müther, las concepciones sobre la acción serán dualistas, esto es, partirán del hecho de que una cosa es el derecho objetivo y otra la acción. Además, estas

⁴⁴ Windscheid sostiene que en el derecho romano, la acción está en lugar de la pretensión (1974, pág. 12); debido a que “el derecho romano entiende por *actiones* lo que nosotros, desde nuestro punto de vista, debemos llamar pretensiones” (1974, pág. 47).

⁴⁵ “Eliminemos a las *actiones* de nuestras exposiciones del derecho moderno, y releguémoslas al lugar que le corresponde, la historia del derecho. Esto puede ser en cierto grado lamentable y por mi parte lo lamento vivamente. Es más fácil trabajar con figuras concretas que con fórmulas abstractas. Pero son muchas las personificaciones que la mano de la historia ha sepultado. Podemos dedicar a nuestras *actiones* un adiós similar al que Schiller dedicó a los dioses de la Antigua Grecia ¡pero ello no quita que su lugar esté en la tumba ¡” (Windscheid, 1974, págs. 195-196).

concepciones serán de naturaleza exclusivamente pública (Ortells Ramos & Montero Aroca, 1989, pág. 122). La distinción entre derecho subjetivo y acción, como lo ha expresado en términos retóricos Couture, es

(...) lo que ha representado para la física la disociación del átomo⁴⁶. Transformada la acción en un derecho autónomo, no sólo se consagra su separación, sino la autonomía de toda esta rama del derecho que nosotros acostumbramos llamar, (...) derecho procesal. (Couture, 1953, pág. 12).

3.2.2.2. La escuela italiana: hacia la depuración del procesalismo científico

La escuela italiana se posicionó en la alta dogmática procesal a finales del siglo XIX al recepcionar dos modelos teóricos: la alta dogmática procesal producida en Alemania y las corrientes críticas del derecho⁴⁷. Los procesalistas más representativos de esta escuela son Chiovenda⁴⁸, Carnelutti y Calamandrei, quienes desarrollan las teorías alemanas y suelen ser conocidos como la “Santísima Trinidad” del derecho procesal⁴⁹.

⁴⁶ En el mismo sentido lo afirma De la Oliva: “[l]o fundamental para que la Ciencia jurídica procesal no se desentienda de la acción –aparte de la utilidad de esos conceptos– es el hecho innegable de que constituye una conquista de esa Ciencia” (De la Oliva Santos, 1980, pág. 72).

⁴⁷ Así, en su orden el procesalismo científico alemán e italiano está representado por: Savigny, Muther, Bülow, Wach, Chiovenda, Carnelutti, Satta, Enrico Redenti, Calamandrei, Antor Menger y Cappelletti.

⁴⁸ Al respecto, Chiovenda sostenía: “[h]oy la ciencia procesal ha ocupado de nuevo un lugar eminente entre las jurídicas: y a muchas de estas les discute territorios nuevos o que antes les pertenecieron, el primero, entre otros, la doctrina de la acción, la cual, de cincuenta años a esta parte, se ha querido renovar completamente en Alemania, suscitando también entre nosotros cuestiones y problemas (...)” (2011, pág. 2).

Tarello se refería a Chiovenda como “fu n

⁴⁹ El mismo Carnelutti sostenía que el “mérito de haberlo iniciado corresponde a Alemania; a partir de la célebre polémica entre WINDSCHEID y MUTHEB, muchos de sus grandes juristas, desde WACH hasta HELLWIG, desde BÜLOW hasta WEISSMANN, han tomado parte en ella : arrastrados por CHIOVENDA, el jefe bien amado de la escuela procesal italiana, hemos seguido nosotros este trabajo, y si el amor a mi patria no me hace ser iluso, con los últimos desarrollos de nuestro pensamiento (...)”(Carnelutti, 1961, pág. 31).

Es tal la importancia de la escuela italiana y de esos autores que me permito reproducir una anécdota contada por Carnelutti: “Queréis permitirme, para mi consuelo, un pequeño recuerdo personal. Hallábame en Viena, el año 1928 si no me equivoco, invitado a exponer mi proyecto de Código de procedimiento civil ante la Asociación de los *Deutsche Zivilprozesslehrer*, que celebraba allí su sesión anual. Mi amigo CALAMANDREI, hoy rector de la Universidad de Florencia, estaba conmigo. Hallábase allí reunida toda la ciencia alemana del proceso. Los grandes nombres, tales como WACH, por Alemania, o KLEIN, por Austria, habían desaparecido; pero la nueva generación conservaba todavía magnífico vigor. Excepción hecha de JAMES GOLDSCHMIDT, que no había podido dejar Berlín, todas las universidades alemanas habían enviado allí sus especialistas, de KISCH a PAGENSTECHEK, de ROSENBERG a NEUNER, de POLLAK a PETSCHKEK. No hubiera podido imaginarse una más formidable asamblea para un orador. Por eso nadie se sorprenderá si confieso que cuando MENDELSSOHN BAETHOLDY, profesor en Hamburgo y presidente de la asociación declaró muy simplemente a sus compañeros, como gran señor que era: “¡Ay de mí, señores! Nosotros, los alemanes, hemos cedido el centro del derecho procesal a los italianos”, CALAMANDREI y yo sentimos un calofrío de felicidad. Viena, decaída, después de Versalles, al rango de una pequeña capital; la legación de Italia, soberbiamente instalada en el antiguo palacio de Mettermele; la admiración que

Los principales planteamientos de la escuela italiana sobre la dogmática procesal pueden sintetizarse en las siguientes tres premisas: primera, la dogmática procesal es cognoscible de forma teórica. Segunda, la ciencia procesal se construye con postulados del derecho público. Tercera, la abstracción conceptual de la escuela alemana es objetable dado que la dogmática procesal debe estar comprometida con las necesidades sociales (Vásquez Alfaro, 2015, pág. 82). El contexto italiano vivió los violentos impactos sociales y políticos del siglo XX. Estos autores –en especial Calamandrei– abandonaron el conceptualismo más clásico y se movieron hacia ciertas formas de realismo y sociología jurídica (Vásquez Alfaro, 2015, pág. XV).

Las reflexiones de Chiovenda dominaron desde los primeros años del siglo XX el campo de la dogmática procesal. Su figura formó una nueva escuela en el paradigma científico de la dogmática procesal. En palabras del mismo Calamandrei, antes de Chiovenda, el estudio de la dogmática procesal se realizó en Italia con un “método predominantemente exegético, siguiendo las huellas de los comentarios franceses” (1959, págs. 22-23). La escuela italiana encontró en la dogmática procesal un sustrato teórico para interpretar el contexto jurídico y la realidad histórica de Italia. A partir de Chiovenda, la escuela italiana consideró la experiencia como medio necesario de toda construcción jurídica de carácter conceptual; y lo teórico es un instrumento para mejorar la práctica jurídica (Calamandrei, 1959, pág. 27). Respecto de la acción Chiovena realizó –según Tarello– una primera exploración meramente conceptual, veamos:

los extranjeros no ocultaban por nuestro régimen, no eran cosas como para producirnos ilusiones. Nosotros, CALAMANDREI y yo, y CHIOVENDA lo mismo, teníamos iguales ideas. Pero que verdaderos hombres de ciencia, el mayor mérito de los cuales no era la humildad, hubiesen hecho y aprobado una tal declaración, he ahí algo sobre lo cual nosotros sentimos que podíamos contar. ¿Habéis encontrado acaso vosotros un atisbo de orgullo en él relato de este pequeño incidente? Si la alabanza hubiese ido dirigida a mí, yo hubiera tenido ciertamente que ocultarla; pero puesto que iba dirigida a mi país, tan grande, tan bueno y tan desventurado, ¿creéis verdaderamente que debía yo ocultarla? No está lejano el tiempo en que se pensaba que Italia no podía exportar más que flores y canciones; puede ocurrir también que ese tiempo haya de retornar. Mi deber de ciudadano, no tanto de mi país, cuanto del mundo, es el de contribuir por mi parte a desarraigar ese error. La ciencia en general y la ciencia del derecho en particular no son bienes hechos para ser consumidos en la propia casa. Cada uno de nosotros, cuando trabaja, lo hace por la humanidad entera. No tiene derecho a ocultarse. Orgullo sería, no ya el comprobar los resultados obtenidos, sino el creer que tengan carácter definitivo, razón por la cual el primado sea una especie de blasón que, una vez conquistado, se conserve para siempre. Pero nadie entre nosotros se hace tales ilusiones. Sabemos que no hay últimos peldaños en la escalera del humano saber, y que cada uno de nuestros hermanos está en condiciones de sobrepasarnos de un momento a otro. Si el amor a la patria nos impulsa a proseguir con todas nuestras fuerzas esta carrera generosa, yo estoy seguro de que ese amor coincide con el amor a la humanidad” (1961, págs. 38-39).

(..) una delle prime manifestazioni di questo suo carattere fu appunto la prolusione sull'azione. Di azione si faceva menzione in alcuni articoli del vigente codice civile e di procedure civile: ma l'ente cui si riferiva Chiovenda nella prolusione non aveva quasi alcun punto in comun con l'oggetto della disciplina positiva. La prolusione di Chiovenda fu, nell'ambito degli studi di procedura in Italia, la prima monografia che avesse per tema non già un istituto ritagliato dalla disciplina positiva bensí un mero concetto giuridico (Tarello, 1989, pág. 243)

Las concepciones críticas del derecho sirvieron como sustento teórico a los juristas italianos para enfrentar los reclamos de protección jurisdiccional de los derechos en el contexto del formalismo jurídico cultivado por la escuela alemana (Vásquez Alfaro, 2015, pág. 7). La jurisprudencia de intereses de Rudolf Ihering y la libre de investigación de Francois Geny son movimientos antiformalistas europeos que aparecen a finales del siglo XIX e inciden en el programa investigativo de los juristas dedicados al derecho procesal. La crítica contra una concepción formalista de la dogmática se fundamenta en la insuficiencia del derecho positivo y del conceptualismo para enfrentar los problemas sociales. En resumen, la escuela italiana fue construida e influenciada por “la dogmática procesal alemana, las teorías jurídicas antiformalistas y el socialismo jurídico del siglo XIX”⁵⁰ (Vásquez Alfaro, 2015, pág. 83)

Las teorías de Anton Menger y las construcciones normativas de Franz Klein en Austria propiciaron los desarrollos de la escuela italiana. Esta variante de pensamiento dogmático se conoció como socialismo jurídico. Menger teorizó sobre las barreras que tienen personas sin recursos –los pobres– en el proceso civil. Klein, por su parte, materializó ideas del socialismo jurídico en el derecho positivo, específicamente en la Ordenanza Procesal Austriaca (Vásquez Alfaro, 2015, pág. 86). Algunas instituciones fueron incorporadas para garantizar la igualdad entre las partes de un proceso. Esta corriente intentó articular los problemas teóricos con los problemas prácticos o reales y se preocupó por el estudio de políticas públicas y reformas legislativas que debían adoptarse para garantizar la justicia en términos de efectividad e igualdad (Vásquez Alfaro, 2015, pág. 8).

⁵⁰ Teorías jurídicas antiformalistas que a finales del siglo XIX se presentaron en Europa, con autores que “como Francois Geny en Francia, Rudolf Ihering, Phillip Hech, Eugen Ehrlich y Herman Kantorowics en Alemania, cuestionaban la suficiencia del positivismo jurídico y la dogmática de conceptos para regular o explicar la complejidad del mundo jurídico con textos legales o científicos” (Vásquez Alfaro, 2015, pág. 84).

El socialismo jurídico fue también un movimiento teórico de carácter jurídico y bajo concepciones críticas. Dicho movimiento fue desarrollado en diferentes campos del ordenamiento jurídico y por diferentes dogmáticas –como la civil y procesal –, “realizando propuestas específicas de política del Derecho (Derecho civil, laboral, penal, mercantil, etcétera)” (Monereo Pérez, 1998, pág. 9). En palabras del propio Menger:

[I]a extraordinaria diferencia según la cual los que tienen y los que no tienen, pueden perseguir su derecho, ha sido hasta ahora olvidada por los jurisconsultos. El motivo consiste, si duda, en qué, á causa de su educación y de sus intereses, los jurisconsultos de todos los países se sienten inclinados á considerarse exclusivamente como servidores y representantes de las clases pudientes. ¡Cuán grande y llena de gloria es la intervención que los médicos y los economistas han tenido para remover la miseria humana! En cambio, entre los juristas teóricos, apenas podrán designarse algunos nombres que hayan alcanzado una significación idéntica. La mayor parte de ellos siguen á los ricos y á los poderosos, y sostienen los intereses efectivos de los que tienen y de los dominadores, con el mismo celo con que defienden sus tontas pretensiones (1998, pág. 135).

3.2.3. Crisis de las teorías científicas procesales

En la descripción del paradigma científico se ha planteado que la escuela italiana –y austríaca– formuló serias críticas contra el conceptualismo alemán. Éste fenómeno se presentó por el surgimiento de teorías críticas del derecho y su influencia en el diseño de instituciones que facilitarían el acceso a la justicia de las personas o grupos de personas pobres o desfavorecidas. La orientación formalista de la dogmática procesal es criticada por ser abstracta, estática e insuficiente para atender la realidad de las sociedades en constante desarrollo (Vásquez Alfaro, 2015, pág. 10).

El concepto acción sufrió profundas transformaciones tanto en la formulación de los paradigmas –precientífico y científico– como en la respectiva crisis. En la última, las características que identifican este concepto fueron rematerializadas desde concepciones críticas y constitucionalistas del derecho. De un lado, el significado original del concepto fue ampliado y reestructurado a partir de la década del sesenta. Las investigaciones de Cappelletti y Garth sobre acceso a la justicia evidencian la influencia de las teorías críticas en la dogmática procesal⁵¹

⁵¹ Dicho trabajo, según los propios autores fue el “fruto de un proyecto de cuatro años de investigación comparativa titulado “Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia”, patrocinado por la Fundación Ford y, con un enfoque ligeramente más local, el Consejo Nacional Italiano de Investigación (CNR). El trabajo servirá como informe general

(Taruffo, 2009a, pág. 33). De esta manera, el concepto de acción como derecho “fue redefinido en términos de efectividad y trato equitativo: el derecho formal de formular una demanda, atribuido a los individuos, se transformó en el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de un acceso a la justicia igualmente reconocido. (Taruffo, 2009a, pág. 33)

En palabras de Garth y Cappelletti, el objetivo del programa investigativo durante la crisis de los paradigmas fue “señalar el surgimiento y desarrollo de un enfoque nuevo y general a los problemas del acceso a la justicia en las sociedades contemporáneas”⁵² (1996, pág. 10). El acceso a la justicia “se puede considerar, entonces, como el requisito más básico –el “derecho humano” más fundamental– en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos”⁵³ (1996, pág. 32).

Esas concepciones críticas del derecho fueron caracterizadas en Alemania por Rudolph von Ihering. Este autor enfila sus críticas al conceptualismo jurisprudencial desarrollado por los pandectistas alemanes –entre esos Windscheid–. Para Ihering “los contenidos del Derecho se hallan y deben hallarse determinados por el propósito de llevar a realización práctica determinados fines” (Recanses Siches, 1980, pág. 35). La crítica de Ihering fue de tal magnitud que creó una irónica fantasía titulada “En el Cielo de los Conceptos Jurídicos”, en donde denuncia cómo la

para presentar los cuatro tomos del Proyecto. Los tomos que están publicitando las editoriales Sijthoff (Leyden y Boston) y Giuffré (Milán), bajo la dirección de Cappelletti son: tomo I, *Acces to Justice: A World Survery* (compilado por Cappelletti y Garth); tomo II, *Acces to Justice: Studies of Promising Institutions* (compilado por Cappelletti y John Weisner); tomo III *Acess to Justice: Emerging Perspectives and Issues* (compilado por Cappelletti y Garth) y tomo IV, *Patterns in Conflict Maneagement: Essays in the Ethnography o Law. Acces to Justice in an Antropological Perspective* (compilado por el profesor Klaus-Friedirech Koch)” (Garth & Cappelletti, 1996, pág. 9).

Bryant Garth was brought into the LSA through work on a Ford Foundation project on "access to justice" in the late 1970s-after he graduated from law school. Scholars, especially those in the University of Wisconsin group in Madison, such as Lawrence Fried-man, Marc Galanter, and David Trubek drew him to the LSA, and his ties to the LSA no doubt account for his selection to be director of the American Bar Foundation in 1990 (Garth & Sterling, 1998, pág. 410).

⁵² Incluso, años más tarde escribía Cappelletti: “[d]espués de mencionar los resultados y propuestas del proyecto florentino, concluido hace casi un decenio, en el cual participaron una centena de juristas, economistas, politólogos e incluso antropólogos y psicólogos de los cinco continentes, y una vez que he ratificado lo que, a mi juicio, es la validez permanente de las conclusiones centrales de ese proyecto respecto al tema de la protección de los intereses difusos, me corresponde la obligación de discutir una cuestión: ¿cuáles han sido los progresos hechos en los ordenamientos modernos – con particular referencia a Europa – en el último decenio?” (1993b, pág. 133).

⁵³ En palabras de Taruffo, esta “(...) concepción pública del derecho de acción orientado a la protección judicial de los derechos, se convierte en la abrumadora teoría de la decisión judicial en Europa en el siglo XX. Un posterior desarrollo interesante de esta teoría tiene lugar, incluso fuera de Europa, después de la Segunda Guerra Mundial, con el llamado neoconstitucionalismo y, específicamente, en el contexto de la construcción e implementación del modelo constitucional del Estado moderno” (Taruffo, 2009a, pág. 32).

cultura jurídica alemana ha construido el derecho positivo a partir de conceptos abstractos y generales, pero no de situaciones reales. En conclusión, Ihering denuncia que los conceptos no soportan algún contacto con el mundo real (Recanses Siches, 1980, pág. 37).

François Geny y Eugen Ehrlich desarrollaron algunas teorías críticas que sirvieron como sustrato a las crisis del paradigma científico. Geny planteó la libre investigación científica como una de las teorías “más minuciosamente elaboradas sobre los problemas con los que se enfrenta el jurista práctico” (Recanses Siches, 1980, pág. 45). Ehrlich realizó una ofensiva de carácter sociológico a partir de la cual identificó el error de la jurisprudencia conceptual. Dicho error consistió en que los conceptos jurídicos no tomaban suficientemente en cuenta uno de sus elementos esenciales, a saber: el interés objeto de la regulación jurídica (Recanses Siches, 1980, pág. 51).

Las reflexiones sociológicas fueron suficientemente elaboradas por el realismo jurídico norteamericano. Dicha concepción coadyuvó a esa crisis del paradigma científico de la dogmática procesal. Sus precursores presentaron críticas contra la escuela analítica de Austin. El llamado movimiento realista toma como punto de partida que “[t]odo Derecho efectivo es Derecho elaborado por los tribunales. En última instancia, el Derecho efectivo está constituido por las normas sentadas por el Supremo Tribunal de Justicia” (Recanses Siches, 1980, pág. 95).

De otro lado, el derecho de acción procesal empezó a ser integrado en el conjunto de los derechos y principios fundamentales⁵⁴ (Taruffo, 2009a, pág. 33) y se transformó en el derecho fundamental de acción. La acción entendida como un derecho al proceso integró la dogmática procesal a la teoría constitucional. Las instituciones procesales de orden constitucional se convierten en el centro de la actividad de los juristas, los cuales “deberían afrontar su estudio, por

⁵⁴ La mayoría de las constituciones latinoamericanas como la de Brasil de 1988 o la colombiana de 1991 se adscriben en la constitucionalización de las garantías fundamentales del proceso, propias de las constituciones alemanas e italianas vigentes desde 1948 y a las constituciones pos-dictaduras de España y Portugal, textos normativos a fines a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Europea por la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, y en el caso americano a todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fenómeno que se remonta históricamente a los ordenamientos del *common law*, en hitos histórico como la Carta Magna de 1215, el *due process of law* y la misma Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en 1791 (Taruffo, 2009a, pág. 63).

lo menos indicando su existencia y dejando su desarrollo, y en especial sus riesgos y quebrantos, al derecho procesal (Montero Aroca, 1976, pág. 151).

En conclusión, la acción procesal se convirtió en una

de las primeras manifestaciones o antecedentes conceptuales de los que hoy debemos de llamar acceso a la justicia. Podríamos aventurarnos a señalar incluso que son las primeras palabras que se utilizaron a fin de señalar que, ante la prohibición de la venganza privada, un ente ajeno a las partes y preferentemente del Estado, debía resolver controversias (Castilla Juárez, 2012, pág. 5).

La pretensión de protección judicial de los derechos que se predica contra el Estado no es una obligación producto del derecho objetivo. El deber del Estado de administrar justicia no solo satisface el interés general. El Estado ofrece y ejercita la jurisdicción debido al interés, esto es, al derecho subjetivo de quién busca la garantía y protección judicial de sus derechos en pro de la satisfacción del derecho objetivo afirmado (De Oliveira, 2009, pág. 187).

La autonomía de la dogmática procesal conllevó a distinguir entre derecho subjetivo y acción procesal. Esta distinción implica que en el proceso jurisdiccional es factible distinguir entre el derecho subjetivo que se quiere hacer valer como el derecho de crédito y el derecho a obtener la satisfacción del derecho subjetivo mediante la sentencia judicial (Toscano López, 2013, pág. 239). Si bien no hay duda de que el derecho de acción es un derecho subjetivo, se ha discutido respecto de la naturaleza de la acción, esto es, si es un derecho o un poder jurídico (Toscano López, 2013, pág. 240).

La acción reproduce las relaciones entre el derecho y el proceso: el proceso le sirve al derecho y el derecho le sirve al proceso. Si no estuviese el proceso, no podría realizarse el derecho. Si no estuviese el derecho, no podría hacerse el proceso (Carnelutti, 1961, pág. 27). Los conceptos de derecho y proceso no son ya dos cosas diversas, sino un mismo fenómeno, de allí que “el proceso es el derecho que se hace, el derecho es el proceso que se ha hecho (...)” (Carnelutti, 1961, pág. 27). El derecho de acción no es el derecho del acreedor –del derecho de crédito– sino que es un derecho del ciudadano –Carnelutti hablaba del derecho del hombre o la persona–, de allí se deriva

su naturaleza pública y se configura la distinción entre la acción y el derecho (Carnelutti, 1961, pág. 32).

Las categorías de derecho de petición y de debido proceso propuestas por Couture (1946) allanaron el camino hacia la concepción del derecho de acción en el campo constitucional entre el catálogo de los derechos fundamentales reconocidos⁵⁵ (Toscano López, 2013, pág. 241). En este contexto teórico, se consolida la teoría sobre la situación jurídica en la protección jurisdiccional de los derechos⁵⁶. En el constitucionalismo contemporáneo es usual identificar a la acción o al acceso a la justicia como un derecho fundamental. Aunque no existe una teoría procesal sobre este concepto, es posible hacer una reconstrucción analítica para explicar cómo funciona la acción entendida como un derecho. Marinoni, por ejemplo, insiste en no confundir la eficacia, la función y los contenidos del derecho fundamental de acción y su concepción tradicional. Para el profesor brasileño: “(...) il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, come gli altri diritti fondamentali, è costituito da un ventaglio di posizioni giuridiche (potere, libertà, diritto a qualcosa, immunità, ecc.)” (2015, pág. 915).

Una herramienta útil para estos efectos se encuentra en la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas propuesta por W.N. Hohfeld y desarrollada por varios teóricos del derecho. En este sentido, Riccardo Guastini sostiene que en

(...) un análisis, ya clásico y todavía hoy no superado [refiriéndose al trabajo de (Hohfeld, 1991)], las situaciones jurídicas⁵⁷ subjetivas son reducibles a diferentes combinaciones o agregados de ocho – y solo ocho –

⁵⁵ Lo cierto es que [c]on anterioridad a la promulgación de la Constitución española de 1978, por falta de norma fundamental que lo contemplara, discutían los autores sobre la naturaleza del derecho de acción, reclamando GUASP su pertenencia al campo del Derecho Político, y FAIREN, al Constitucional, si bien centrado su fundamento en el derecho de petición (...). A partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Estado se desvanecieron las dudas en torno a su configurado como derecho al libre acceso a los tribunales. (Gimeno, 1988, pág. 76).

⁵⁶ La inclusión de la acción en el catálogo de los derechos fundamentales, “tiene una consecuencia fundamental, habida cuenta de la jerarquía de las normas. Como derecho humano, la acción adquiere rango constitucional, además de altura moral. Con lo que se niega al legislador – tanto como a los jueces de la *common law* – la posibilidad de derogar el derecho de acción, para establecer un proceso que excluya las posibilidades mínimas que otorga el hombre la acción. Tanto como la facultad de gravar su ejercicio de modo de hacerlo imposible o inaccesible en razón de condiciones económicas o sociales discriminatorias (Barrios De Angelis, 2005, págs. 133-134).

⁵⁷ Barrios de Angelis sostiene que en “toda actividad jurídica, entre el sujeto y el acto media la situación jurídica. Dicho de otra manera, cada acto supone la existencia de una autorización legal, un poder, un deber, que se manifiesta o concreta en dicho acto. Tal ocurre porque la actividad es jurídica si, y solo si, una norma la ha previsto y dispuesto algo a su respecto: que le permite o que la prohíbe” (2005, pág. 115). Por lo tanto, dentro de las situaciones jurídicas simples se encuentra la facultad, el poder, la obligación, el deber, la carga, la sujeción o la responsabilidad; y dentro

situaciones elementales, o fundamentales. Las ocho situaciones jurídicas elementales son las siguientes: 1) pretensión; 2) obligación; 3) libertad; 4) no-pretensión; 5) poder; 6) sujeción; 7) incompetencia, y 8) inmunidad (2016, pág. 84)

En palabras de Hohfeld, con “una metáfora doméstica, estos ocho conceptos –*derechos, deberes, privilegios y no-derechos, potestades y sujeciones inmunidades e incompetencias*– parecen ser lo que podría llamarse el mínimo denominador común del derecho” (1991, pág. 93). Un sinónimo para la palabra derecho subjetivo en sentido estricto sería pretensión en la teoría analítica del derecho⁵⁸ (1991, pág. 53).

de las situaciones complejas se encuentra el derecho subjetivo, la obligación o el poder - deber. (2005, pág. 119). “En suma, el horizonte inmediato -de las situaciones jurídicas es el de los sujetos y de las normas jurídicas. Vivir es estar en situaciones jurídicas” (2005, pág. 117).

⁵⁸ En todo caso, es preciso analizar si hay alguna diferencia entre pretensión y acción. En la dogmática procesal se ha identificado de manera indistinta como situación jurídica a la acción y a la pretensión y esto se debe a que “la pretensión es la consecuencia lógica de la acción” (Montero Aroca, 1976, pág. 153).

Sostiene Couture que “[l]a acción, pues, vive y actúa con prescindencia del derecho que el actor quiere ver protegido. No sólo la pretensión infundada, sino también hasta la temeraria, la pretensión *improbus litigator*, merece la consideración de la actividad jurisdiccional hasta su último instante” (Couture, 2004, págs. 57-58). De manera que la acción –continúa Couture– “(...) como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente” (2004, pág. 56).

Por otro lado, a Guasp le corresponde el mérito de haber aislado el concepto de pretensión, delimitando los elementos de la acción. Para el profesor español en la dogmática procesal hay figuras e instituciones que “durante largo tiempo han mantenido una primacía intelectual muy discutible y otras, en cambio, han quedado escondidas, prestando su savia esencial a otros falsos conceptos y convirtiéndose ellas en vanas sombras, *quantilés négligeables*, que nadie, justificadamente en apariencia, intentaba iluminar” (1985, pág. 14), este es el caso de la pretensión, de la cual solo se han encontrado referencias hasta un desarrollo muy reciente de la teoría procesal. De esta manera: “[m]ientras el concepto de acción ha absorbido de esta manera la inmensa mayoría de los esfuerzos científicos de los procesalistas sobre las bases conceptuales del proceso, la figura de la pretensión ha quedado sin esclarecer, pues a lo sumo se aludía a ella como un mero ejercicio o manifestación práctica del poder en que la acción consistía” (Guasp, 1985, pág. 54).

La pretensión procesal, según Guasp, conceptualmente fue secuestrada por la acción procesal y la demanda; el último es un mero acto procesal que contiene la petición y da iniciación al proceso (Guasp, 1985, pág. 56); pero la acción “ha contribuido desgraciadamente a taponar el libre desarrollo de la evolución lógica del concepto de pretensión” (1985, pág. 49). Lo cierto es que el proceso se conforma por un “trinomio: acción, pretensión, demanda sin que sea posible suprimir el significado de estos dos términos repartiendo su contenido entre los otros dos, como hasta acá ha venido sucediendo. La idea fundamental a este respecto puede resumirse así: concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones (derecho de acción), el particular puede reclamar cualquier bien de la vida frente a otro sujeto distinto, de un órgano estatal (pretensión procesal) iniciando para ello el correspondiente proceso (demanda), ya sea al mismo tiempo, ya sea después de esta iniciación” (Guasp, 1985, pág. 57).

En conclusión: la acción es el derecho “de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado para interponer pretensión o para oponerse a ellas. [Así,] la acción es un derecho y la pretensión una declaración de voluntad petitoria” (Montero Aroca, 1976, pág. 151).

El derecho subjetivo expresaría una situación ventajosa⁵⁹; por tanto, exige la colaboración por acción u omisión de otros sujetos⁶⁰ (Pino, 2018, pág. 119). Las situaciones jurídicas son atributos adscritos por una norma a uno o varios sujetos (Guastini, 2016, pág. 83). A la luz de la distinción hartiana entre normas primarias y secundarias (1968), Guastini clasifica las situaciones jurídicas en primarias y secundarias. Aquellas versan sobre conductas. Éstas versan sobre poderes o potestades de producción jurídica (Guastini, 2016, pág. 87). Así las cosas, la pretensión aparece como una situación jurídica primaria que permite exigir una conducta de otro. La pretensión, entendida como derecho subjetivo, “consiste en el hecho de que alguno está obligado a un comportamiento activo, o a un comportamiento omisivo, frente al titular de la propia pretensión”⁶¹ (Pino, 2018, pág. 122).

La garantía jurisdiccional de los derechos “no pertenece al núcleo sino al perímetro proyectivo de los derechos subjetivos. Esto quiere decir que a falta de instrumentos de garantía jurisdiccional, o garantías secundarias, el derecho existe, aun cuando su regulación es lagunosa” (Pino, 2018, pág. 149). La relación entre derecho subjetivo y acción procesal permite distinguir dos niveles de derechos: por un lado, hay derechos –de primer nivel– que confieren a su titular la posibilidad de exigir la conducta de otro. Por otro lado, hay derechos –de segundo nivel– que materializan no una conducta en sí misma sino la exigibilidad de los derechos mismos.

Los derechos de segundo grado están conectados con otros derechos. El derecho a la acción judicial –como derecho de segundo grado– “es funcional a la tutela de otro derecho, que se pretende violado como, por ejemplo, un derecho de crédito” (Guastini, 2016, pág. 96). Giorgio Pino considera que “el derecho es la razón para introducir las formas de tutela jurisdiccional

⁵⁹ De esta manera “(...) el derecho regula o instituye relaciones intersubjetivas, confiriendo esencialmente a los sujetos que entran a formar parte de dicha relación ventajas y desventajas. Tales ventajas y desventajas conferidas por el derecho son, precisamente, las situaciones jurídicas subjetivas de las que hemos estado hablando” (Guastini, 2016, pág. 87).

⁶⁰ Es decir, el derecho subjetivo “tiene los siguientes elementos característicos: el titular del derecho, el sujeto pasivo, la relación normativa que media entre ambos (el contenido del derecho) y la norma que instituye esta relación normativa” (Pino, 2018, págs. 119-120).

⁶¹ Así observa Guastini la relación entre derecho subjetivo y pretensión: “[c]uando se habla de un derecho subjetivo que tiene por objeto el comportamiento diferente de su propio titular, la expresión derecho subjetivo designa normalmente aquella situación subjetiva que hemos convenido en llamar pretensión. El derecho subjetivo, en este sentido de la expresión, es un concepto relacional, ya que denota una relación entre dos sujetos distintos: el titular de la pretensión y el sujeto sobre el que grava la obligación correspondiente” (2016, pág. 94).

necesarias. Por tanto, una cosa es el derecho, otra sus garantías jurisdiccionales. Una cosa es otorgar un derecho, otra es garantizarlo” (Pino, 2018, pág. 150).

En conclusión, la acción jurisdiccional como derecho de segundo grado o como situación jurídica subjetiva reproduce “la idea de que los derechos no protegidos o son verdaderos derechos sino, dicho de alguna manera, derechos de papel”⁶² (Guastini, 2016, pág. 97). La relación entre acción y protección judicial de derechos justifica la concepción desarrollada en el constitucionalismo de los derechos, la cual asume que la acción es el derecho de los derechos.

El constitucionalismo contemporáneo reivindica una visión material de la autonomía del ciudadano respecto del Estado que se opone a la concepción formal del Estado liberal de derecho (De Oliveira, 2009, pág. 188). En los años cuarenta y cincuenta del siglo XIX, el proceso judicial se empezó a estudiar de forma organizada y sistemática con preceptos constitucionales. Desde entonces, la realidad del proceso cambió de forma trascendental en la medida que los principios procesales se preocuparon por una garantía efectiva para el ciudadano (De Oliveira, 2009, pág. 188). Las garantías constitucionales se ciñeron al debido proceso y sus garantías específicas. La constitucionalización del derecho procesal provocó que los principios, los derechos fundamentales y los conceptos jurídicos asumieran una posición trascendental en la aplicación del derecho, declinando las pretensiones del formalismo jurídico (De Oliveira, 2009, pág. 189).

La constitucionalización de la protección jurisdiccional de los derechos, específicamente del concepto de acción, equipara el derecho material y procesal por medio del derecho fundamental y constitucional de la tutela judicial efectiva (De Oliveira, 2009, pág. 191). Los derechos fundamentales asumen entonces una tarea notable y es la de precisar las características y contenidos del derecho al proceso. En términos de Oliveira, la constitucionalización del derecho y la dogmática procesal supone que “pierde consistencia teórica la vieja y superada categoría de la “acción”” (De Oliveira, 2009, pág. 192).

⁶² Así lo reconocía el mismo Gozáini: “[a]l derecho procesal se ha identificado como un derecho y discurso práctico, el cual instrumenta los derechos materiales y, específicamente los derechos subjetivos; de esta manera el derecho procesal es una garantía de los derechos fundamentales (Gozáini, 1995, pág. 669).

3.3. El concepto de acción procesal: la reconstrucción de una noción básica de la dogmática

En los apartados anteriores se estableció la diferencia entre concepción privada y pública del derecho procesal. Además, se describió la evolución de la protección judicial de los derechos en la doctrina procesal. Sin embargo, no existe en la dogmática procesal una explicación que dé cuenta de los elementos básicos de la acción más allá de la variedad de concepciones históricas que existen. A continuación, se intentará el desarrollo de distinciones que contribuyan a una reconstrucción precisa de la acción procesal.

La evolución de la protección judicial de los derechos permite concluir que la teoría monista de la acción –como concepción inicial– se caracteriza por la unión indisoluble con el derecho sustancial. En términos generales, con la teoría monista de la acción, la actuación jurisdiccional no era más que una prolongación del derecho material. En esta teoría el ejercicio de la acción es entendido –bajo una expresión famosa que propuso Puchta en el siglo XIX– como un derecho en pie de guerra (Calaza López, 2011, pág. 20). La acción y el derecho subjetivo constituyen un solo derecho que tiene distintos momentos: primero se ejerce la acción y después se protege el derecho subjetivo.

Ya se subrayó que la teoría monista de la acción se remonta al derecho romano y se mantiene hasta mediados del siglo XIX con la polémica Windscheid-Müther de 1958. Como consecuencia de esta discusión, apareció en la alta dogmática procesal la teoría dualista de la acción. Dicha concepción sobre la acción está soportada en la distinción ofrecida por Müther entre derecho subjetivo material y acción. La acción procesal no es la fase inicial del derecho subjetivo sino su fase final.

La teoría dualista de la acción es la principal contribución del paradigma científico a la teoría general del proceso y a la dogmática procesal. A partir de este momento pierde relevancia la concepción monista de la acción pero en la práctica no dejó de circular en el discurso de los juristas. La falta de una delimitación precisa en cuanto a las implicaciones de cada teoría sobre la acción fue el origen de muchas confusiones. No se distinguió de manera suficiente entre las teorías

monistas y dualistas ni se contextualizó teóricamente el desarrollo de las teorías concreta y abstracta sobre la acción. Los procesalistas han pasado de manera inadvertida por estos modelos teóricos y han planteado muchas discusiones inútiles desde un punto de vista dogmático.

Ya se planteó que la teoría dualista sostiene la distinción entre acción y derecho subjetivo. Esta concepción da lugar a dos corrientes antagónicas⁶³: la tesis concreta de la acción y la tesis abstracta de la acción. La primera rechaza la dicotomía entre el derecho procesal y derecho material. A la idea sobre acción procesal se adiciona el derecho a una sentencia favorable a las pretensiones del actor. La segunda tesis advierte que la acción procesal es un mero derecho a acceder a la jurisdicción y a obtener una sentencia de fondo. La acción procesal se entiende como el derecho a poner en marcha el aparato jurisdiccional para obtener un pronunciamiento de fondo con independencia de las pretensiones.

La tesis concreta de la acción implica un derecho a obtener, no una sentencia cualquiera, sino una sentencia favorable, es decir, la tutela jurídica pedida (Ortells Ramos & Montero Aroca, 1989, p. 126). La acción procesal es un derecho que sólo se materializa al final del proceso. Por el contrario, la tesis abstracta sostiene que la acción es el derecho a la actividad del juez, no como resultado del proceso, sino como medio que representa su contenido (Montero Aroca, 1976, pág. 122). Aunque esta explicación de la acción es adecuada, es necesario advertir que una radicalización de sus implicaciones supone el riesgo de promover la desaparición del derecho subjetivo público a la tutela jurisdiccional concreta (De la Oliva Santos, 1980, pág. 35).

La tesis concreta de la acción es una perspectiva compartida por Wach, Chiovenda, Calamadre, Weismann, Liebman, Satta y Redenti (Montero Aroca, 1976, p. 117). Wach sostiene que la acción es la *pretensión de tutela del derecho material*, esto es, constituye “el puente tendido entre el Derecho privado y el proceso, como el nudo que une el derecho material al proceso” (Serra Domínguez, 2008, pág. 184). En términos generales, el derecho de acción es un derecho que no se satisface con la mera puesta en marcha del proceso jurisdiccional sino que requiere la prestación

⁶³ Calaza López propone una tercera tesis que es denominada como ecléctica. No será tratada en esta investigación. (2011, pág. 37).

de una tutela judicial efectiva, por su puesto, favorable a su titular (Garberí Llobregat, 2009, pág. 120), al menos en términos de probabilidad (Montero Aroca, 1976, pág. 143).

La acción procesal tiene una doble naturaleza en la tesis concreta. Por un lado, posee una faceta procesal que requiere presupuestos procesales para su ejercicio. Por otro lado, goza de una faceta material que demanda presupuestos sustanciales para la adjudicación del derecho, esto es, para dictar una sentencia favorable (Calaza López, 2011, pág. 26). La idea de una sentencia favorable y de presupuestos sustanciales en la acción procesal ha generado que la tesis concreta de la acción sea un antecedente de la concepción constitucional de la tutela judicial efectiva (De la Oliva Santos, 1980, pág. 132). En el mismo sentido, Calaza López plantea que el estudio de la acción procesal concierne “tanto a los constitucionalistas, en su dimensión o alcance de derecho fundamental; como a los procesalistas (...) en el marco del derecho sustantivo subyacente en las distintas pretensiones de tutela judicial efectiva” (2011, págs. 26-27)

Garberí Llobregat plantea cuatro dificultades que tiene la tesis concreta de la acción: (1) propone que esta tesis no explica si la acción se ha ejercitado en los procesos terminados sin decisión favorable para quien acude a los tribunales; (2) considera que sería absurdo darle siempre la razón a quien acude a los tribunales, pues el juez sería un convidado de piedra y el proceso una simple constatación de datos (2009, pág. 124); (3) advierte que el Estado estaría obligado a dictar una sentencia en un sentido y contenido determinado (2009, pág. 125) y (4) subraya que no se aplicaría al proceso penal dado que el *ius puniendi* no es un derecho para los ciudadanos sino una potestad del Estado para castigar a través del poder judicial (2009, pág. 125). En el mismo sentido, Barrios De Angelis sostiene que es “obvio que la concepción concreta es falsa; si supiéramos quién tiene razón, no habría proceso, ni acción. Y si una sentencia desestimativa tiene valor, es porque está precedida de actos válidos; de un proceso válido y, en consecuencia, de una acción válidamente ejercida” (2005, pág. 133)

En resumen, la teoría monista de la acción ha sido superada por la teoría dualista. A su vez, la teoría dualista se desglosa en dos tesis: la tesis abstracta que identifica la acción con la posibilidad de reclamar ante la jurisdicción, sin importar la obtención o no de una resolución judicial. Por su parte, la tesis concreta sobre la acción exige una resolución judicial que no sólo termine el proceso

sino que ponga fin al conflicto. La resolución debe ser favorable a quien haya puesto en marcha la jurisdicción.

La distinción entre las concepciones monista y dualista y entre las tesis concreta y abstracta divide la dogmática procesal: por un lado, entre los que sostienen que las teorías sirven para explicar cuál es la función útil del derecho a la sociedad. Por otro lado, quienes sostienen que las teorías tienen un valor en sí mismo, aun perdiendo los fines prácticos que se le asignan al derecho (Calamandrei, 1959, pág. 138). Esta distinción evita confusiones conceptuales en la dogmática procesal. En general, permite concluir que

[e]s evidente que estamos ante caminos distintos que se refieren a problemas distintos, que pretenden solucionar cuestiones distintas. La mayor parte de las discusiones que la doctrina ha sostenido responde a que lo autores han confundido esos caminos y los han mezclado. Durante un siglo se ha producido un verdadero diálogo de sordos, en el cual los interlocutores se referían a cosas distintas. De ahí la confusión⁶⁴ (Ortells Ramos & Montero Aroca, 1989, pág. 123).

El concepto de acción procesal ha tenido concepciones y teorías distantes y versátiles. No existe un consenso en la dogmática procesal sobre su naturaleza y contenido. Sin embargo, la reconstrucción formulada a partir de la tesis abstracta ha logrado imponerse como paradigma en la dogmática procesal. La acción se entiende como la posibilidad de provocar la actividad del tribunal. En síntesis, es un derecho a la jurisdicción (Couture, 1953, págs. 18-19). Este derecho implica que el Estado garantiza el acceso a la jurisdicción “ante la prohibición de la venganza

⁶⁴ En todo caso, es este un intento para Serra Domínguez, “dentro de estas líneas generales las discrepancias son manifiestas. Prescindiendo de algunas teorías originales como la de PODETTI, que considera la acción como un acto complejo; o la de LEVI, que lo reputa un negocio jurídico; o la de INVREA, que la califica como derecho real; o incluso la de BIONDI y CARNELUTTI, que la consideran un ejercicio privado de una función pública, podemos agrupar la doctrina examinando de una parte los que la consideran un derecho concreto frente al Estado, como HASSE, MUTHER y WACH, entre otros varios, o un derecho concreto frente al adversario, como CHIOVENDA, WEISMANN, REDENTI, CALAMANDREI, GÓMEZ ORBANEJA, de otra, los que la repuntan de carácter abstracto, bien en general, como PLOSZ, DEGENKOLB, BULOW, ROCCO, GUARNERI, ALLORIO; bien como derecho de petición inherente a la personalidad, como KHOLER, ZANZUCCHI, COUTURE, FAIRÉN, y MORÓN; bien como poder abstracto atenuado por la necesaria concurrencia de determinados presupuestos, opinión ésta hoy dominante en Italia, iniciada por LIEBMAN, siguiendo orientaciones de BETTI y ALLORIO, y seguida por MICHELI, MONACCIANI y ATTARDI, entre otros varios, orientación que en nuestra patria esta representada en forma original por PRIETO CASTRO; y al margen de ambas tendencias destacan como intentos de solución las opiniones de SATTA en Italia, y de GUASP en España (...)” (2008, págs. 184-185).

Después de leer esta cita de Serra, repito: la acción es pues una serie de historias y cuestiones interminables, inacabadas, como diría Chiovenda, una verdadera persecución y caza de teorías (Chiovenda, 2011)

privada y el monopolio del Estado para solucionar los conflictos. Esto es, el derecho a que el Estado te escuche en tus reclamos o de tus conflictos por medio de sus órganos jurisdiccionales” (Castilla Juárez, 2012, pág. 6).

4. CAPÍTULO: LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Una vez abordado el concepto *acción procesal*, este capítulo se ocupará del concepto *tutela judicial efectiva*. En el análisis conceptual que se pretende hacer tomará como referencia los discursos del constitucionalismo contemporáneo y su relación con el derecho procesal. En particular (1) se centrará en las crisis de los paradigmas científicos del derecho procesal a partir de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. El propósito central será (2) mostrar cómo posiciones constitucionalistas influyeron en la formación de una idea de acción procesal como derecho fundamental. Finalmente, (3) se explicará cómo la tutela judicial efectiva se convirtió en un derecho que hace parte del catálogo de derechos de diferentes constituciones.

4.1 Las crisis del paradigma científico como presupuesto para las transformaciones de la dogmática procesal: el caso del constitucionalismo contemporáneo

El siglo XX ha estado marcado por profundas transformaciones en el derecho derivadas de la aparición de constituciones con amplios catálogos de derechos. La existencia de valores, principios y derechos en las constituciones tuvo incidencia en las concepciones del derecho, las funciones del Estado, la noción de ciencia jurídica o la idea de garantías fundamentales de los individuos. En el contexto de las concepciones del derecho, muchas dudas se plantearon sobre “la utilidad del programa epistemológico positivista, e incluso acerca de la posibilidad misma de realizarlo” (Chiassoni, 2016, pág. 115). La crisis de algunas concepciones tradicionales del derecho se produjo por múltiples razones. Entre los factores externos más importantes suele mencionarse la formación del *Welfare State* o Estado intervencionista. Además, está

(...) el desarrollo de la sociología del derecho, que, en las icásticas palabras de Bobbio, “golpeaba a la puerta” empujando por estudios no solo estructurales sino también funcionales, del fenómeno jurídico; (...) el desarrollo del Estado constitucional de derecho y la consecuente constitucionalización de las culturas y de los ordenamientos jurídicos (Chiassoni, 2016, pág. 116)

Las nuevas ideas sobre el derecho, en general, también tuvieron incidencia en el derecho procesal. La existencia de derechos garantizados transformó los enfoques más tradicionales sobre el concepto *acción procesal*. Un doble efecto se produjo de cara a un ciudadano con posibilidad

de acceder a la justicia: primero, un enfoque constitucional abogó por la “determinación de instrumentos y mecanismos procesales de los propios justiciables para la tutela efectiva de sus derechos e intereses” (Hernández Martínez, 1997, pág. 25). Segundo, el acceso a la justicia adquirió la categoría de derecho humano. El ciudadano accede a la justicia en la medida que los instrumentos sean eficaces, lo cual implica considerar no solo aspectos teóricos sino sociológicos del derecho (Hernández Martínez, 1997, pág. 26).

El Estado constitucional de derecho ha constituido un nuevo modelo de organización política. Las doctrinas que han acompañado su desarrollo y que han justificado las diversas variantes de su diseño institucional se han conocido como neoconstitucionalismo o postpositivismo. Al interior de estas doctrinas se ha abogado por una nueva manera de entender el conocimiento jurídico. Según Sastre Ariza, este modelo de ciencia jurídica en una institución política estatal se caracteriza por las funciones que cumplen las constituciones de la segunda postguerra, en contraposición al papel desempeñado por las constituciones en el constitucionalismo decimonónico (2005, pág. 239). El conocimiento del derecho no puede ser ajeno al programa ideológico típico del Estado constitucional.

La idea de una constitución como norma fundamental afecta de manera directa las funciones de la rama legislativa y las tareas de la actividad jurisdiccional (Sastre Ariza, 2005, pág. 241). La constitución se impone al legislador con una dinámica similar al imperio de la ley. En este nuevo contexto, la función jurisdiccional “no puede responder a un modelo cognoscitivista y deductivista de aplicación de la ley, (...) ya que los preceptos constitucionales dejan un amplio margen de actuación” (Sastre Ariza, 2005, pág. 241). Los compromisos ideológicos típicos del Estado constitucional terminaron por influenciar las prácticas de aplicación del derecho: el jurista no solo asume ciertos presupuestos epistemológicos, sino que debe hacer una defensa directa de los ideales del constitucionalismo.

La constitución cargada de valores ha permeado todas las áreas del derecho. La constitucionalización del ordenamiento jurídico ha sido el concepto utilizado por la teoría del derecho para dar cuenta de la transformación del derecho contemporáneo. En términos de Guastini, la constitucionalización es un

(...) proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (...), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (2005, pág. 49).

La constitucionalización del ordenamiento jurídico es un proceso gradual. “Un ordenamiento únicamente puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento” (Guastini, 2005, pág. 50). Las condiciones para que este proceso se dé son: a) una constitución rígida; b) una garantía jurisdiccional de la Constitución; c) la fuerza vinculante de la Constitución; d) la sobreinterpretación de la Constitución; e) aplicación directa de las normas constitucionales; f) la interpretación conforme de las leyes; g) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Este contexto de defensa y protección de los derechos en el constitucionalismo constituye el trasfondo en el cual se producen importantes transformaciones en la trilogía estructural del derecho procesal.

4.2 La acción procesal como derecho fundamental: una consecuencia del constitucionalismo

En el capítulo segundo de esta investigación se describió cómo la idea de acción, entendida como el mecanismo de un sujeto contra otro, sufrió grandes transformaciones. En los siglos XVIII y XIX la venganza privada fue sustituida por la acción que se dirige contra el Estado. En la perspectiva del constitucionalismo, esta dinámica se ve como el cambio de una situación en la cual prevalece la ley del más fuerte por otra situación en la cual prevalece el monopolio de la fuerza estatal. En este sentido, la acción procesal refleja la sustitución de los mecanismos de autotutela o autodefensa a la civilización (González Pérez, 1984, pág. 20) por formas alternativas de justicia.

Sin duda, el concepto *acción procesal* como derecho representa una conquista del Estado liberal de derecho contra el régimen monárquico y absoluto. En dicho modelo, el derecho estaba sometido a condicionamientos económicos o sociales. En el Estado moderno la acción se convierte en un

derecho cívico inherente a la personalidad y, como tal, corresponde a todo sujeto de derecho (Gimeno, 1988, pág. 75).

El lenguaje de los derechos en el constitucionalismo contemporáneo se transmitió a la dogmática procesal. En el tiempo de los derechos, para acuñar la expresión usada por Bobbio (1991), Eduardo Couture incorporó la categoría anglosajona *due process of law* a la doctrina procesal (1946). Sin duda, este nuevo aire constituye un intento por poner a la dogmática procesal a tono con las nuevas tendencias filosóficas, y al mismo tiempo, para renovar sus presupuestos metodológicos.

Si bien la transformación del concepto *acción procesal* en *acceso a la justicia* fue un triunfo de la dogmática europea, la transformación de la acción procesal en un derecho fundamental de origen constitucional –conocido como *tutela judicial*– fue un logro de la dogmática latinoamericana. Posteriormente, el uso del lenguaje de los derechos para redefinir los conceptos fundamentales del derecho procesal fue recepcionado por la doctrina europea, específicamente española. Así lo corrobora Montero Aroca:

[r]econoció Calamandrei que Couture había comenzado a poner en evidencia los profundos nexos que unen al derecho procesal con el constitucional, siendo así el autor uruguayo el iniciador de un fenómeno que podríamos llamar “constitucionalización del proceso” y que en los últimos años ha tenido amplia repercusión, especialmente en Italia. Ante todo importa reconocer que no se trata de una disquisición teórica (1976, pág. 126).

En términos de Montero Aroca “la jurisdicción como el proceso y la acción, deben tener sus principios básicos firmemente asentados en la Constitución, (...) a partir de ellos debe iniciar su labor el procesalista”⁶⁵ (1984, pág. 75). Esta simbiosis entre dogmática procesal y discursos constitucionales produce lo que se conoce como derecho procesal constitucional. El derecho procesal constitucional es un conjunto de discursos que toma objetos y metodologías de la dogmática constitucional y de la dogmática procesal. Dicho saber nace después de la segunda guerra mundial. Su principal aporte es materializar el carácter constitucional del derecho de acción.

⁶⁵ Reproduciendo la idea de Couture y De la Oliva, Gimeno Sendra, sostiene que la acción procesal es el derecho subjetivo público, que consiste en iniciar el funcionamiento de la actividad jurisdiccional, esto, desde un carácter constitucional (1981, pág. 130).

Constitucionalizar los fundamentos de la teoría general del proceso por parte de la dogmática procesal constitucional fue una tarea asumida especialmente por autores como Calamandrei, Couture, Cappelletti y Fix Zamudio (Ferrer Mac-Gregor, 2013, pág. 55).

Gozáini (1995), González Álvarez (2011), Marinoni (2015) y Mitidiero (2016a) representan un sector latinoamericano de la doctrina procesalista que ha insistido en *rematerializar* el concepto y el derecho de acción. Esto significa convertir expresamente a la acción procesal en un derecho fundamental. La acción procesal sería algo así como el derecho de los derechos, pues los derechos sustanciales “dependen, en términos de efectividad, del derecho de acción” (Marinoni, 2015, pág. 31). En otras palabras, la acción procesal tiene una naturaleza de orden “constitucional, es decir, de derecho procesal constitucional. Más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional (Gozáini O. , 1995, pág. 664). Lo anterior supone resaltar la importancia de la acción procesal, pues a partir de allí

(...) resulta lógico afirmar que el estudio de su concepto y fundamento concierne tanto a los constitucionalistas, en su dimensión o alcance de derecho fundamental; como a los procesalistas, en el seno del proceso; y, naturalmente, a los civilistas, mercantilistas, administrativas, penalistas y, en fin, laboristas, en el marco del derecho sustantivo subyacente en las distintas pretensiones de tutela judicial efectiva (Calaza López, 2010, pág. 120).

La relación entre constitucionalismo y dogmática procesal se concreta en la adición del derecho de acción como una nueva garantía a la Constitución. Esta redefinición de la acción procesal se estructura como el “derecho a utilizar las técnicas procesales idóneas para tutelar el derecho material y el caso concreto” (Marinoni, 2015, pág. 98). Esta transformación supone una abierta crítica del constitucionalismo al concepto acción, el cual fue compartido por la doctrina tradicional y el paradigma científico del derecho procesal.

La teorización de la acción autónoma, preocupada en desojarla de cualquier vestigio de derecho material, no solo negó la posibilidad de que el proceso considere el derecho material, sino que también identificó y organizó las sentencias – alrededor de la acción – a partir de criterios únicamente procesales. Siguiendo la lógica de la neutralidad respecto al derecho material, que caracterizaba la acción – puesta en el centro del sistema procesal -, los procesalistas delinearón las sentencias igualmente en abstracto. (Marinoni, 2015, pág. 79)

Marinoni consideró que esta modificación es un desafío a la concepción concreta de la acción. El derecho fundamental de acción no se satisface con una resolución de fondo. Tampoco con la simple manifestación de la pretensión. Las exigencias del constitucionalismo al concepto *acción* suponen la protección y el amparo del derecho sustancial a través de técnicas procesales adecuadas (2015, pág. 33). La supremacía constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva implica innumerables efectos y consecuencias en el campo del derecho y la dogmática procesal (De Oliveira, 2009, pág. 186)

4.3 La acción procesal y la tutela judicial efectiva

Las conexiones entre el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y el derecho de acción no pueden confundirse. Si se produce esta confusión, entonces hay lugar a un “(...) ensombrecimiento prácticamente imperceptible precisamente porque se sabe que la tutela judicial efectiva depende de una acción también efectiva o idónea, es decir, de una acción vinculada a un procedimiento y a técnicas procesales capaces de permitir la tutela judicial efectiva” (Marinoni, 2015, pág. 46). La tutela judicial y el derecho de acción tienen una relación determinada: los individuos ejercen el derecho de acción frente al Estado y el Estado tiene la obligación de brindar tutela judicial (Marinoni, 2015, pág. 121).

El papel del Estado en el constitucionalismo contemporáneo es quizá el triunfo más importante de la tutela judicial efectiva. La garantía jurisdiccional de los derechos desde esta concepción implica un trabajo activo y coordinado de las ramas del poder público⁶⁶. Sin embargo, no se desconoce que dicha función se delega única y exclusivamente en la rama jurisdiccional. En los

⁶⁶ Esta concepción implica que el concepto de acción procesal, es un ejercicio de un poder político (Marinoni, 2015, pág. 15). La acción debe ser entendida como una especie del derecho de petición. Es la posibilidad que tiene toda persona de formular un reclamo ante la autoridad, ante las entidades que ejercen la función jurisdiccional. El poder judicial no tiene que ser excluido de los órganos ante los cuales los particulares pueden ejercer el derecho de petición. De hecho, Eduardo Couture, sostiene que la acción “(...) no difiere, en su esencia, del derecho de petición ante la autoridad. Éste es el género, aquélla es una especie. Otras especies de derecho de petición, caracterizadas por formas y modalidades especiales, son la apelación de ciertos actos del gobierno municipal ante el Parlamento, el contencioso administrativo, la querrela criminal, el ejercicio judicial de los derechos de rectificación y de respuesta inmediata, etc.” (2004, pág. 63). Así, la acción aparece en la dogmática procesal “como una manifestación típica del derecho de petición, o mejor aún, como una modalidad nominada del derecho de petición, en tanto es la llave que permite acceder a la jurisdicción y, con ello, hacer que el proceso cumpla con su finalidad instrumental: el derecho de garantía o la garantía de la garantía” (Castilla Juárez, 2012, pág. 5).

Estados constitucionales, el “deber del legislador de crear técnicas procesales idóneas para lograr de forma efectiva las distintas tutelas que promete el derecho material” (Marinoni, 2015, pág. 2) se deriva de la tutela judicial efectiva. Entre otras técnicas, el legislador debe proveer procedimientos diferenciados según los requerimientos y necesidades del derecho sustancial (Marinoni, 2015, pág. 35).

La tutela judicial efectiva implica un deber para el juez de “probar que las técnicas procesales prescritas por el legislador son idóneas para la tutela del derecho del actor de la acción y según las circunstancias del caso”⁶⁷ (Marinoni, 2015, pág. 2). Además, la tutela judicial efectiva crea para el ejecutivo, entre otros, el “deber de dotación presupuestaria, suficiente para propiciar que el Poder judicial estructure los órganos judiciales en número adecuado con relación a la demanda y dotados de funcionarios, equipos y tecnologías que posibiliten la eficiencia de la prestación jurisdiccional” (Marinoni, 2015, pág. 34). Sin medidas de esta naturaleza, la acción tradicionalmente entendida es insuficiente.

La “acción es un derecho fundamental (neo) constitucionalmente entendido” (González Álvarez, 2011, pág. 225). Este hecho supone una transformación sustancial para la dogmática procesal. Esta revolución implica ver la acción a través de un nuevo paradigma, el cual es “incompatible con el anterior –acción como derecho autónomo y abstracto– y con todos sus paradigmas alternativos” (González Álvarez, 2011, pág. 226). A tal punto ha escalado este paradigma que “[n]o existe integrante de la comunidad científico-procesal que niegue la naturaleza de principio fundamental de la acción, lo que ocurre es que pocos la entienden en el canon (neo)constitucional. (...) La ciencia normal actual del proceso está en línea del canon (neo) constitucional” (González Álvarez, 2011, pág. 227)

⁶⁷ Al respecto, Marinoni sostiene que “[e]l juez, al contrario que el legislador, no “elige” la técnica procesal idónea, sino que “justifica” la técnica necesaria en virtud de las particularidades del caso concreto y su deber de prestar la efectiva tutela del derecho material sin causar un perjuicio innecesario al demandado” (2015, pág. 114). Reitera esta idea en otro texto: “Nel caso del diritto fondamentale di azione, un'adeguata tutela normativa risulta necessaria per consentire la sua realizzazione, ossia soprattutto per definire le tecniche processuali idonee al raggiungimento delle tutele promesse dal diritto sostanziale” (Marinoni, 2015, pág. 915).

La garantía o protección jurisdiccional de los derechos, en un primer contexto, se formuló en términos formalistas a partir de su identificación con un derecho subjetivo autónomo. Este constituye un concepto doctrinal de derecho de acción. En un segundo contexto, la categoría de derecho fundamental, conocida como derecho a la tutela judicial efectiva en corrientes europeas, se convirtió en un concepto explícitamente jurídico consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española (Garberí Llobregat, 2009, págs. 115-116).

La comprensión de la bifurcación anteriormente descrita exige mucha precisión en los conceptos. La tutela judicial efectiva se refiere a una concepción concreta de la acción. El derecho a excitar la actividad jurisdiccional supone una concepción abstracta de la acción. En todo caso, en tanto la tutela judicial requiera del concepto de acción, los dos conceptos serán complementarios. Cada uno atiende a situaciones particulares y explica realidades diferentes. El derecho a la tutela judicial efectiva reactiva las comunicaciones entre el derecho procesal y el derecho sustancial. Así lo evidencia Marinoni:

[I]a percezione secondo la quale il diritto fondamentale di azione e tutelato al fine di garantire l'effettiva tutela del diritto sostanziale e importante per evidenziare che l'eliminazione dell'insufficienza di tutela a questo diritto fondamentale necessita di una giustificazione che richiede l'analisi della situazione di diritto sostanziale carente di tutela e delle particolarità del caso concreto (2015, pág. 920).

El derecho de acción no tiene rango constitucional; la tutela judicial sí. “Del uso multívoco de una palabra nace la confusión y por ello no deberíamos seguir hablando de la acción sin más, sino siempre en qué sentidos está empleando la palabra” (Ortells Ramos & Montero Aroca, 1989). El derecho de acción y la tutela judicial se complementan. El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es desplegado en tres momentos: primero está el acceso a la jurisdicción⁶⁸. Una vez activada la jurisdicción, viene el deber de garantizar la defensa y la obtención de solución en un plazo razonable. Una vez se profiera sentencia, por último, opera la plena efectividad de sus pronunciamientos (González Pérez, 1984, págs. 43-44). En palabras de Castilla Juárez, en la tutela

⁶⁸ El mismo Marinoni, determina que “si hay derecho de ejercer pretensión a la tutela del derecho a través de la acción, es evidente que el actor tiene derecho a ejercer la acción procesal que sea capaz de permitirle lograr la tutela judicial del derecho. Esto significa que el actor tiene, junto al derecho a la tutela judicial del derecho – que deriva del derecho material –, el derecho a la acción adecuada a la tutela del derecho” (2015, pág. 116)

judicial efectiva aplican el acceso a la jurisdicción, el debido proceso y la eficacia de la sentencia (2012, pág. 13).

Castilla Juárez sostiene que “el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial” (2012, pág. 8). El efectivo cumplimiento de las decisiones requiere que se conciba como el derecho a obtener una resolución fundada en derecho sustancial “que dé respuesta a lo que la acción plantea, por lo que se viola el derecho cuando el órgano jurisdiccional se niega a pronunciarse sobre algunos extremos” (González Pérez, 1984, pág. 43).

La satisfacción efectiva de los derechos depende del apoyo de todas las garantías procesales para la satisfacción del derecho puesto en juicio (Taruffo, 2009a, pág. 33). Desde esta perspectiva, la *rematerialización* que sufre la dogmática procesal busca evitar el aislamiento de la acción, la cual se había considerado como el mero acceso a los tribunales. Ahora, la tutela judicial se vincula con otras garantías procesales como la defensa en juicio, o en palabras más generales, al “debido proceso legal” (Gozaíni, 1995, pág. 666). En cuanto al contenido del debido proceso⁶⁹, Mitidiero sostiene que si el Estado constitucional asume el deber de tutelar y proteger los derechos de forma real y efectiva y sí dicha protección depende del proceso jurisdiccional, este debe ser un proceso justo. Bajo este aparato institucional “el proceso solo puede ser comprendido como medio por el cual se tutelan los derechos en la dimensión de la Constitución” (2016b, pág. 125).

El debido proceso constituye un principio fundamental en el Estado constitucional. No solo en la configuración de instituciones procesales, sino en la garantía jurisdiccional de los derechos como una función estatal. El Estado constitucional “tiene por misión colaborar en la realización de la tutela efectiva de los derechos mediante la organización de un proceso justo” (Mitidiero, 2016b, pág. 126). El constitucionalismo contemporáneo ha influenciado a tal punto en la

⁶⁹ El debido proceso o el proceso justo, implica un “(...) proceso capaz de prestar tutela jurisdiccional adecuada y efectiva, en donde las partes participan en pie de igualdad y con paridad de armas, en contradictorio, con amplia defensa, con derecho a la prueba, ante un juez natural, en donde todos sus pronunciamientos son previsibles, confiables y motivados, en procedimiento público, con duración razonable y, siendo el caso, con derecho a asistencia jurídica integral y formación de cosa juzgada” (Mitidiero, 2016b, pág. 128).

dogmática procesal que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se traduce en “un derecho del litigante o justiciable, imprescindible del derecho de acción y de la garantía del debido proceso, los cuales forman un solo derecho” (González Álvarez, 2011, pág. 215).

En síntesis: el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso se relacionan en la dogmática procesal en la medida que se requiere un proceso justo y efectivo. Esta categoría implica “que toda la maquinaria procesal que está dirigida a la obtención de una completa y real reivindicación de un derecho, tiende a considerarse como parte de una garantía procesal más amplia y abarcadora” (Taruffo, 2009a, págs. 33-34).

La tutela efectiva supone que su contenido no se agote en el acceso a la jurisdicción, la defensa de pretensiones, el aporte o la solicitud de pruebas y la obtención de una sentencia de fondo. La tutela judicial se configura cuando el fallo judicial se cumple. Dicho de otra manera, “ya no sólo se trata de acudir a la jurisdicción, sino que ésta extienda su manto protector sobre los que acuden a ella para que en el supuesto que les asista la razón, cuenten con su protección y respaldo.” (Castilla Juárez, 2012, pág. 12).

La doctrina procesal y la teoría constitucional han realizado usos multívocos de los términos derecho de acción y tutela judicial efectiva. La doctrina española ha analizado esta situación de la siguiente manera:

¿Es compatible esta tajante afirmación con las anteriores, en las que se reconoce el nexo entre el artículo 24,1 y el tema de la acción? Sí, es perfectamente compatible. Porque una cosa es que la norma constitucional de referencia haya sido elaborada sin pensar en la discusión sobre la acción, y otra, bien distinta, que, una vez introducida tal norma como consecuencia de motivos y razones diversas, resulte estar relacionada con [la acción] (...). Los padres de la Constitución, al engendrar el artículo 24,1 podrán estar pensando en quién sabe qué ideas, pero el resultado objetivo de su actividad incide en el debate sobre la acción (De la Oliva Santos, 1980, pág. 133).

4.4 La tutela judicial efectiva como concepto jurídico

En un acápite anterior, se esbozó que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

(...) nació en letra constitucional con el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978⁷⁰, con una imprecisa redacción y ausente de expectativas, significando el término tutela, en un sencillo sentido lingüístico, “dirección, amparo o defensa de una persona respecto a otra” y no de un derecho (a la tutela) (González Álvarez, 2011, pág. 214).

No obstante, con una gran incidencia práctica “hasta el extremo de que ese artículo 24-1 ha sido, sin duda, hasta la fecha, el artículo de la Constitución más alegado por los recurrentes y más citado en el Tribunal” (Montero Aroca, 1984, pág. 87) a pesar de que este derecho instaurado por la Constitución española no gozaba de un antecedente normativo en el ordenamiento jurídico (Chamorro Bernal, 1994, pág. 3). El contenido de la tutela judicial efectiva no está precisado en dicho texto normativo, caracterizado por la textura abierta de las disposiciones constitucionales. De tal manera que ha sido el Tribunal Constitucional español –en adelante TC– el organismo que se ha encargado de una clarificación conceptual, esto es, construir el significado y las características del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento español.

No solo el constitucionalismo contemporáneo tuvo incidencia en el ordenamiento jurídico español. También han influenciado los diseños institucionales vigentes en otros ordenamientos jurídicos. Basta hacer un recorrido por algunos textos jurídicos para evidenciarlo. Chamorro Bernal sostiene que el constituyente español formalizó una simbiosis entre el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bon y el artículo 24 de la Constitución italiana (1994, pág. 4).

Acudiendo en primer lugar a los textos internacionales comprobamos la semejanza entre el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 y el artículo 6.1 de la Convención Europea para Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. (...)

Veamos ahora textos constitucionales en sentido estricto. El artículo 103,1, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 8 de mayo de 1949 (...). En Italia el artículo 24 de la Constitución de 27 de diciembre de 1947 (...). (Montero Aroca, 1976, pág. 127).

En el contexto en que se originó el concepto *tutela judicial* es necesario subrayar que este cuenta con un desarrollo jurídico específico. De hecho, el concepto ha sido una construcción jurídica

⁷⁰ Así lo confirma Castilla Juárez: “después de un análisis global de estudios y doctrina lo podemos ubicar a partir de que la Constitución española reconoció ese derecho en su artículo 24.1.” (2012, pág. 11).

particularmente liderada y caracterizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. En su jurisprudencia se presenta “un implícito reconocimiento de la teoría concreta de la acción, lo cierto es que la interpretación de la que ha venido siendo objeto, por parte del Tribunal Constitucional, nos pone de manifiesto una explícita adhesión a la teoría abstracta de la acción” (Calaza López, 2011, pág. 117).

El caso italiano también mostró una preocupación por constitucionalizar el acceso a la jurisdicción y lograr su efectividad. Es por eso que el artículo 113 de la Constitución italiana de 1947 establece que «Todos pueden acudir a juicio para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos» (Figueruelo Burrieza, 1983, pág. 211). Así como el caso español, el concepto de tutela judicial efectiva se ha construido por el Tribunal Constitucional italiano.

Retomando el caso español, la tutela judicial efectiva desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

puede ser definido en el momento presente como *el derecho a acceder a los tribunales para plantearles la pretensión procesal y obtener de éstos, sin padecer estado alguno de indefensión a lo largo del proceso, una resolución, a ser posible de fondo, motivada y fundada en el derecho objetivo y en las pruebas anticipadas, congruente con las peticiones esgrimidas por los litigantes, frente a la que podrán interponerse los recursos establecidos legalmente, y que, una vez alcanzada la firmeza, resultará susceptible de ejecución forzosa e inmodificable fuera de los cauces previstos en el ordenamiento*⁷¹ (Garberí Llobregat, 2009, pág. 130).

La conceptualización sobre la tutela judicial ofrecida por el TC está constituida por los siguientes elementos: (1) el derecho de acceso a la jurisdicción; (2) el derecho a obtener un pronunciamiento de fondo y fundado en el derecho objetivo; (3) el derecho a los recursos en el proceso y en las sentencias judiciales; (4) el derecho a la ejecución de las sentencias judiciales; (5) el derecho a la inmodificabilidad de las sentencias judiciales fuera de los medios legales y

⁷¹ Calaza López, citando las sentencias STS 129/2003, STS 129/2005, STS 1608/2008, STS 4243/1987, STS 101/1987, STS 101/1990, entre otras, sostiene que el “Tribunal Supremo en consonancia con el Tribunal Constitucional, ha declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva no consiste en la estimación de las pretensiones deducidas sino en el acceso a los Tribunales, la propuesta y práctica de la prueba, la formulación de alegaciones y la obtención de una resolución fundada en derecho. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable” (2011, pág. 74)

procesales; y, (6) el derecho a no sufrir indefensión en el proceso⁷² (Garberí Llobregat, 2009, pág. 129). A continuación, se realizará el análisis conceptual de la tutela judicial efectiva desde la dogmática procesal, la cual ha sido construida por la doctrina del TC.

El primer criterio del concepto tutela judicial efectiva es el (1) derecho de acceso a la jurisdicción, esto es, la noción preliminar de acción procesal. Dicha concepción, según Garberí Llobregat (2009, pág. 159) es respaldada por las sentencias STC-226/2006, STC 330/2006, STC 148/2007, STC 251/2007, STC 25/2008, STC 26/2008. No obstante, a partir del fenómeno constitucional,

[c]onceptualmente, el derecho de acceso a la jurisdicción ha sido definido por el TC como el “derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas” (SSTC 251/2007, de 17 de diciembre, 26/2008, de 11 de febrero). Comprende, por tanto, no sólo el derecho de todos a acudir a los tribunales para plantear la pretensión y provocar la iniciación del proceso, sino también el derecho a obtener una respuesta judicial sobre las pretensiones deducidas⁷³ (Garberí Llobregat, 2009, pág. 134).

En estos términos, (2) que se requiera una decisión judicial de fondo, respecto las pretensiones del litigante, obliga a la jurisdicción a no poder “inadmitir la pretensión de un litigante llevando a cabo una interpretación de las normas procesales tan rígida, rigorista o formalista” (Garberí Llobregat, 2009, pág. 145). Los individuos tienen derecho a obtener una sentencia judicial de fondo, motivada, fundada y congruente. Estas condiciones se satisfacen cuando la decisión judicial contiene una justificación sobre la elección e interpretación de las normas aplicadas y sobre la valoración de los medios de prueba producidos en el proceso jurisdiccional (Garberí Llobregat, 2009, pág. 165). Una sentencia arbitraria o irrazonable, desde el punto de vista de la

⁷² La recepción constitucional de la acción como derecho fundamental no solo fue en España en la Constitución de 1978; en Colombia, la Constitución de 1991 concibe el derecho en el artículo 229 como el derecho de acceso a la administración de justicia, el cual según la Corte Constitucional en sentencia C-004 de 1995 se entiende como “(...) un derecho fundamental cuyo alcance no puede concebirse dentro de los estrechos moldes de una posibilidad formal de llegar ante los jueces, o en la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados. Su núcleo esencial reside en la certidumbre de que, ante los estrados judiciales, serán surtidos los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con la objetividad y la suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión”

⁷³ El acceso a la jurisdicción o el derecho de acción es una característica esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Consiste en iniciar la actividad jurisdiccional que culmine en una decisión del juez que sea eficaz. En conclusión, la acción procesal es solo un elemento de un concepto más amplio (Castilla Juárez, 2012, pág. 8).

fundamentación jurídica, “es capaz de lesionar el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho consagrado en el art. 24.1 CE” (Garberí Llobregat, 2009, pág. 170).

El derecho de acceso a la jurisdicción es el componente más importante de la tutela judicial efectiva. Desde el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, el acceso a la jurisdicción no se agota en el ingreso a la jurisdicción, se requiere una decisión de fondo. El otro componente de la tutela judicial efectiva es el (3) derecho a los recursos. La garantía de impugnar las decisiones de fondo que no son favorables es una garantía que comprende la tutela judicial efectiva. En la dogmática procesal se ha distinguido este derecho en los procedimientos penales y no penales –entiéndase como no penales, a los procedimientos civil, laborales y administrativos no pertenecientes a la categoría de derecho sancionatorio–. El derecho a los recursos en los procesos no penales esta sometido a la libre configuración del legislador. De manera que este órgano es el que decide el sistema de impugnaciones en esta clase de procesos. Por el contrario, en los procesos penales es necesario someter ante un tribunal superior toda condena penal impuesta en cualquier instancia (Garberí Llobregat, 2009, pág. 186).

El (4) derecho a la ejecución⁷⁴ como criterio de la tutela judicial, “deriva, precisamente, del término “efectiva” que adjetiva el derecho a la tutela jurisdiccional (v. gr. SSTC 73/2000, de 14 de marzo, 197/2000, de 24 de julio, 116/2003, de 16 de junio)” (Garberí Llobregat, 2009, pág. 202) y no es más que la forma como el proceso hace al derecho real y efectivo. Sin este componente el derecho sería simplemente de papel y las sentencias judiciales ““no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna” (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, 187/2005, de 4 de julio, 180/2006, de 19 de junio, 11/2008, de 21 de enero)” (Garberí Llobregat, 2009, pág. 202).

⁷⁴ El TC, según sentencia 39 de 1995 -citada por Garberí Llobregat-, entiende que “(...) el derecho a exigir que las sentencias se cumplan sin dilaciones indebidas, si bien no se confunde con el derecho a la ejecución de éstas, se encuentra en íntima relación con él, pues es claro que el retraso injustificado en la adopción de medidas indicadas afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental”; a lo que se añade en la STC 196/2000, que “ante eventuales supuestos de comportamiento fraudulento o impeditivo de la eficacia de una resolución judicial firme, el órgano judicial viene obligado por imperativo del art. 24.1 CE a adoptar las oportunas medidas de reacción, en orden asegurar la efectividad del derecho a la tutela judicial” (2009, pág. 211)

La garantía a la ejecución de la decisión judicial requiere de otro componente de la tutela judicial efectiva: (5) el derecho a la cosa juzgada. El Estado constitucional de derecho exige que la ejecución no altere la sentencia judicial. El derecho a la ejecución requiere como “presupuesto lógico y constitucional la intangibilidad de la firmeza de las resoluciones judiciales y de las situaciones jurídicas allí declaradas (SSTC 1/1997, de 13 de enero, 286 y 289/2006, de 9 de octubre, 121/2007, de 21 de mayo)” (Garberí Llobregat, 2009, pág. 218).

El último componente de la tutela judicial efectiva, según el TC –citado por Garberí Llobregat– es (6) la prohibición constitucional de indefensión. En un proceso jurisdiccional, que se precie de justo, debe respetarse el derecho a la defensa y contradicción (SSTC 13/2006, de 16 de enero, 65/2007, de 27 de marzo) (2009, pág. 224). De tal manera que no puede ser válido un proceso sin la presencia y participación de las partes, “salvo incomparecencia voluntaria o debida a negligencia atribuible a la parte que pretenda hacer valer derecho fundamental (STC 119/2006, de 3 de julio)” (2009, pág. 224).

La tutela judicial efectiva regulada en la Constitución española y estructurada según la jurisprudencia del TC reproduce la tensión entre la concepción abstracta y concreta del concepto *acción procesal*. En la medida en que la tutela judicial efectiva –tal y como lo determina el TC– es un derecho, no constituye una actividad jurisdiccional cualquiera sino una respuesta de fondo. Esto deja en entredicho las concepciones abstractas de la acción procesal (De la Oliva Santos, 1980, pág. 135). No obstante, en STC 1263 del 23 de diciembre de 2004, STS de 15 de junio de 2009, r. 3394, STC 1175 de 30 de noviembre de 2004, STC 45 de 2003, STC 1118 de 2000, STC 50 de 1997 y STC 153 de 1995, citadas por Calaza, es claro que “la tutela judicial efectiva significa el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, no a la satisfacción de las pretensiones no el acierto de la resolución” (2011, pág. 182).

El TC ha adoptado la teoría abstracta de la acción y ha determinado que el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza una sentencia sobre el fondo de las pretensiones. No significa lo anterior que la tutela judicial efectiva se viole con la inadmisión o rechazo de la demanda, pues para éstas se han previsto causales específicas (Calaza López, 2011, págs. 118-119). En general, se ha definido que el origen de la acción procesal es un concepto dogmático, esto es, formulado por

estudiosos del derecho procesal. En el caso de la tutela judicial efectiva, la dogmática procesal se ha encargado de desarrollar un concepto formulado por el constituyente primario y el TC, es decir, con fundamento en las fuentes del derecho.

5. CAPÍTULO: EL ACCESO A LA JUSTICIA

En el capítulo anterior se analizó el concepto *tutela judicial efectiva*. En términos generales, se estableció que la tutela judicial efectiva es el producto de la influencia del constitucionalismo contemporáneo. Los procesalistas incorporaron el lenguaje de los derechos en el análisis de las categorías fundamentales del derecho procesal. En esta oportunidad, se hará un análisis del concepto *acceso a la justicia*. Con el fin de alcanzar este propósito, (1) se argumentará que la sociología jurídica y las teorías críticas constituyen el fundamento teórico e ideológico de la noción *acceso a la justicia*. Esto se evidenciará con las formas de investigar al derecho procesal a partir de una metodología de investigación dogmática y sociojurídica. En este contexto, (2) se analizará el movimiento de acceso a la justicia desde su postura ideológica a favor de reformas en el derecho positivo. Por último, (3) se analizará el acceso a la justicia en términos de garantía, derecho y deber.

5.1 Los presupuestos del acceso a la justicia: una construcción desde la sociología jurídica

Las crisis del paradigma científico del derecho procesal originadas en la mitad del siglo XIX provocaron dos posturas metodológicas. Ambas intentan explicar los fundamentos del derecho procesal planteados por la teoría general del proceso e incidieron en la aparición de la categoría *acceso a la justicia*. La primera postura metodológica, que denominaré *investigación socio-procesal*, tiene un “carácter predominantemente sociológico y busca ante todo el sustrato material en que el proceso como fenómeno natural se asiente. (...) [La segunda postura metodológica, que denominaré *investigación procesal básica*,] es de índole predominantemente jurídico e investiga, con preferencia, la estructura de derecho que recubre la materia social procesal”⁷⁵ (Guasp, 1985, pág. 20). A continuación, se hará una caracterización de estas metodologías y se explicará por qué la orientación sociológica definió los presupuestos del acceso a la justicia.

⁷⁵ No obstante la teoría sociológica “no excluye su relevancia jurídica, puesto que su tendencia sociológica lo que hace en realidad es dar un matiz general, tónico, a ciertos conceptos del proceso, no eliminando, desde luego, la relevancia de derecho que a tal concepto se atribuye; y claro está, igualmente, que la índole jurídica predicada de la segunda clase de doctrinas no extirpa tampoco en ellas toda clase de consideraciones sociológicas acerca del concepto del proceso, puesto que aún las concepciones incluidas en este apartado intentan fijar, con más o menos intensidad, según los autores, las conexiones sociales del fenómeno jurídico procesal, aunque el centro de gravedad del concepto se coloque fuera de tal eventual apoyo; de aquí que se hable de un carácter sociólogo o jurídico del pensamiento científico, no absoluta o totalmente, sino predominantemente tan sólo” (Guasp, 1985, pág. 20).

La investigación socio-procesal aplica la sociología jurídica⁷⁶. Este enfoque se mantiene en el “ámbito extrajurídico en que el proceso se origina y tratan de fijar en definitiva el concepto del proceso a base de la misión puramente social que se le asigna” (Guasp, 1985, pág. 20). La investigación procesal básica estudia la estructura de las instituciones procesales. Este enfoque no considera los problemas sobre “la materia social a que el proceso se refiere y colocan el centro de gravedad del concepto que proponen en la explicación del proceso como figura jurídica pura” (Guasp, 1985, pág. 29). En síntesis, mientras la investigación procesal básica le asigna al proceso la función de aplicación y adjudicación del derecho sustancial. En la investigación socio-procesal, el proceso jurisdiccional es la solución de un conflicto social, esto es un conflicto intersubjetivo de intereses (Guasp, 1985, pág. 21).

Las posturas metodológicas que utiliza la alta dogmática procesal para dar cuenta de fenómenos socio-procesales y fundamentos teórico-procesales tienen dos particularidades: por un lado, la investigación socio-procesal es excesiva en su desarrollo socio-jurídico pero insuficiente en su alcance dogmático. Por otro lado, la investigación básica es insuficiente en términos socio-jurídicos pero excesiva en análisis y reflexiones dogmáticas (Serra Domínguez, 2008, pág. 181). La dicotomía e insuficiencia metodológica que tienen las formas de investigar en la dogmática procesal requiere que el conocimiento dogmático y socio-jurídico se acerquen teóricamente; no metodológicamente. Un riesgo de esta articulación teórica, como subrayó Guasp, consistiría en que los estudios dogmáticos del derecho procesal podrían prevalecer sobre los estudios socio-jurídicos,

(...) siempre de la misma manera; toma de ellas los problemas cuya solución postula la comunidad, establece un esquema de instituciones artificiales, en las que se trata de reflejar o sustituir las estructuras y funciones puramente sociales del fenómeno, y, una vez realizada esta labor de alquimia, se despreocupa íntegramente de aquella materia social para operar sólo con las nuevas formas creadas. La verdad es que el derecho, para salvar a la sociología, no tiene más remedio que matarla. (Guasp, 1985, pág. 42)⁷⁷

⁷⁶ En palabras de Guasp, [p]arten estas teorías, más o menos explícitamente, de la observación elemental de que los hombres, por el hecho básico de vivir en sociedad, se hallan en relaciones unos con otros, relaciones que pueden desarrollarse pacíficamente, pero que pueden originar también y de facto originan, inevitablemente, roces o fricciones entre los diversos miembros de la comunidad: conflictos, en una palabra” (1985, pág. 21).

⁷⁷ Es el caso de la pretensión jurídica, la cual “es el reflejo o la sustitución de la pretensión social; una vez que el derecho la ha creado no vuelve en términos generales a ocuparse de la queja o reclamación interindividual, considerada

El acceso a la justicia se convirtió en un concepto fundamental en los estudios socio-jurídicos. La importancia de este concepto radica en que *acción procesal* se transforma en *acceso a la justicia*. La trilogía estructural de la dogmática procesal parece sufrir una sustitución parcial desde un punto de vista conceptual. Además, este concepto aparece como la consigna de un movimiento ideológico a favor del acceso efectivo a la justicia.

El movimiento norteamericano Derecho y Sociedad (L&S) se preocupó por el estudio de funciones estatales como el acceso a la justicia (García Villegas, 2001, pág. 6). En dicho contexto académico, el concepto *acceso a la justicia* fue producto de numerosas investigaciones que tenían “el objeto de mostrar quiénes eran los verdaderos beneficiados del servicio público de justicia, con un especial interés en la exclusión de los más pobres” (García Villegas, 2001, págs. 6-7). Este hecho fue subrayado en un acápite anterior a propósito de la investigación liderada por Garth y Cappelletti en la década del setenta del siglo pasado.

La investigación socio-jurídica sobre el acceso a la justicia se interesa por evidenciar el “verdadero funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos, los críticos que están adentro de las ciencias sociales pueden, de hecho, volverse nuestros aliados en la fase más reciente de la larga lucha histórica: la lucha por el acceso a la justicia” (Garth & Cappelletti, 1996, pág. 9). Los estudios empíricos sobre el funcionamiento de los sistemas jurídicos despertaron el interés de la dogmática procesal por el acceso a la justicia. La incidencia de la sociología sobre la dogmática no fue menor dado el auge de estudios socio-procesales en el siglo XX. “El tema de la ineficacia”⁷⁸

desde el punto de vista puramente social. El derecho atiende sólo a la figura que él ha creado, la dota de un tratamiento importante, y, en ocasiones (como es ésta), hasta aparatoso; olvida las conexiones sociales que tuvo la génesis de la figura que desarrolla; y se ocupa de su nueva forma, creando a veces incluso una rama entera del ordenamiento jurídico para hacerse cargo de su concepción. No otra cosa ocurre con la pretensión jurídica; engendrada por la pretensión de derecho, pero inmediatamente, al especificarse su tratamiento en un sector peculiar del ordenamiento jurídico, se convierte ya, nítidamente, en algo más concreto y limitado: una pretensión procesal, a cuya atención se dedica toda una institución jurídica; la del proceso (Guasp, 1985, pág. 43).

⁷⁸ Estas preocupaciones por el *derecho vivo* requieren que las investigaciones resalten el concepto de eficacia como dimensión normativa del derecho. Así lo expresa Cappelletti y Garth: [a]unque el acceso efectivo a la justicia ha sido cada vez más aceptado como un derecho social básico en las sociedades modernas, el concepto de “eficacia” sigue siendo un tanto vago. La eficacia óptima en el contexto de una ley sustantiva dada podría expresarse como una completa “igualdad de armas”: la garantía de que el resultado, en última instancia, depende solamente de relativos méritos jurídicos de cada una de las partes adversas, sin relación con otras diferencias que sean ajenas a la fuerza legal y que, sin embargo, en el aspecto práctico sí afectan la aplicación y la justificación de los derechos jurídicos. (...) En

del derecho era central en este tipo de estudios en la medida en que la sociología jurídica estaba destinada a resolver los problemas técnicos de las normas ineficaces, esto es, de aquellas normas que no lograban los propósitos buscados” (García Villegas, 2001, pág. 8).

Cappelletti y Garth entienden que el acceso a la justicia tiene tres dimensiones. Una dimensión constitucional que se preocupa de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Esta se relaciona con las libertades y garantías de los ciudadanos. Otra dimensión transnacional que regula los aspectos entre Estados y se refiere a los límites del poder político del Estado. Y la última dimensión social que conlleva a lo que se conoce entre los derechos sociales como derecho de acceso a la justicia. Esta última dimensión está caracterizada por la búsqueda de una igualdad material y no meramente formal (1983, págs. 798-799). Así, el acceso a la justicia –y el catálogo de derechos sociales– se convierten en un aspecto central para el Estado social de derecho (1983, pág. 801).

La perspectiva sociológica en el derecho procesal comprende no solo categorías procesales o constitucionales sino también incluye el estudio de los instrumentos para la solución de los conflictos. Los factores sociales, económicos, políticos y culturales se tornan necesarios para la comprensión de las instituciones procesales contemporáneas (Castilla Juárez, 2012, págs. 23-24). Al respecto Garth & Cappelletti, sostienen que

[l]os profesores o investigadores pueden reconocer hoy que las técnicas procesales tienen funciones sociales, (...) En consecuencia, [los investigadores] deben ampliar su visión más allá de los tribunales; deben utilizar la información proveniente de los análisis sociológicos, políticos, psicológicos, económicos y de otros tipos, y deben aprender de otras culturas. El “acceso”, por tanto, no es solo un derecho social fundamental cada vez más reconocido, sino también necesariamente es un enfoque central en la investigación y a enseñanza procesal moderna. (1996, pág. 13)

Una concepción socio-jurídica del acceso a la justicia produjo un giro trascendental en la interpretación dogmática del derecho de acción. En términos de Taruffo, esto constituye una “perspectiva completamente diferente, en la cual los contenidos de la garantía de acceso a la

otras palabras, ¿cuántas de las “barreras” para lograr la igualdad efectiva se deben y se pueden atacar? La identificación de las barreras es, por tanto, la primera tarea para dar significado a la “eficacia”. (1996, pág. 14).

justicia, se hacen muchos más amplios y muchos más complejos” (Taruffo, 2009a, pág. 33). En el mismo sentido, Garth y Cappelletti afirman que

[h]asta hace pocos años, con raras excepciones, los estudiosos del derecho no se preocupaban por las realidades del sistema judicial (...). La investigación era típicamente formalista, dogmática y alejada de los problemas reales de la justicia civil. Su preocupación era, con frecuencia, una simple exégesis o la construcción de un sistema abstracto; y cuando iba más allá, su método era juzgar las reglas de procedimiento basándose en su validez histórica y en su aplicación a situaciones hipotéticas. Las reformas se sugerían basándose en esta teoría del procedimiento, en lugar de la experiencia real. Los investigadores del derecho, al igual que el sistema judicial mismo, estaban alejados de las preocupaciones reales de la mayoría de la gente (1996, págs. 11-12).

El acceso a la justicia, como categoría socio-jurídica, ha expresado una transformación importante dentro del pensamiento dogmático procesal. La importancia se explica por la cantidad de reformas normativas e institucionales que se han implementados en los ordenamientos jurídicos contemporáneos (Cappelletti, 1993a, pág. 81).

La influencia de la investigación socio-jurídica en la dogmática procesal y en el diseño de instituciones procesales estuvo respaldada por el movimiento académico a favor del acceso efectivo a la justicia. Este movimiento se presentó en dos modalidades: política de investigación académica y como política de reforma institucional (Cappelletti, 1993a, pág. 82). La primera modalidad ha constituido “una potente reacción contra la postura dogmático-formalista que pretendía identificar el fenómeno jurídico exclusivamente en el complejo de las normas” (Cappelletti, 1993a, pág. 82). La segunda modalidad ha impulsado cambios en el derecho positivo. Esta faceta del movimiento “no se contenta con una mera descripción del dato jurídico positivo, plantea también la gran responsabilidad del jurista sobre el plano de la elaboración o de la proyección de reformas tales que respondan, precisamente, a los criterios de la accesibilidad” (Cappelletti, 1993a, pág. 89). En otros términos, se preocupa por los que debe contener el derecho positivo en términos de acceso a la justicia.

5.2 Política académica a favor del acceso a la justicia: movimiento intelectual y de estudio sobre el derecho procesal

El contexto social generó crisis en el Estado de derecho europeo durante el siglo XX. Como consecuencia de esta situación se percibió la necesidad –por parte de los consumidores y algunos productores del derecho– de reformar las instituciones jurídicas que conforman el Estado. Esta necesidad y sensación de reforma generó un protagonismo del derecho en los centros intelectuales pertenecientes a algunas disciplinas sociales como la sociología y la ciencia política (De Lourdes Souza, 2001, págs. 45-46). En los centros académicos internos al derecho –específicamente en lo que los sociólogos llaman dogmatismo o doctrinarismo⁷⁹– los conflictos dejan de analizarse en debates puramente ius-filosóficos y se mezclan con debates ius-sociológicos e ius-políticos. Las polémicas entre los métodos formalistas y antiformalistas en el derecho fueron continuadas (De Lourdes Souza, 2001, pág. 47).

Las corrientes críticas del derecho han considerado que el “dogmatismo jurídico ha sido una forma degenerativa del positivismo jurídico, que no sólo ha conducido a una simplificación irreal del derecho, reducido precisamente a su aspecto normativo - *jus positum* -olvidando así los otros elementos, no menos esenciales: sujetos, instituciones, procedimientos” (Cappelletti, 1993a, pág. 82). Este argumento formulado contra el formalismo jurídico entiende que el derecho es únicamente un conjunto de normas que representa un sistema lógico, esto es: cerrado, completo, pleno y jerarquizado.

Las corrientes críticas del derecho de los siglos XIX y XX constituyen el contexto académico del movimiento de acceso a la justicia. Entre estas corrientes, en Europa aparece la “jurisprudencia de intereses” –y su versión más radical, llamada “derecho libre”– y algunos decenios más tarde en los Estados Unidos, y en una versión particular también en los países escandinavos como “realismo jurídico” (Cappelletti, 1993a, pág. 84), tal y como se analizó en las

⁷⁹ Desde esta perspectiva académica coinciden en denominar el formalismo jurídico con dogmatismo o doctrinarismo. Precisamente al doctrinarismo se refirió Calamandrei como un error metodológico en la realización investigativa donde se observa una dosis de incompreensión de las necesidades académicas. El doctrinarismo es defendido –según Calamandrei– por concepciones jurídicas formalistas que consideraban “como extraña al campo del jurista cualquier investigación que no tienda a la abstracta construcción dogmática de las instituciones positivas” (1944, págs. 9-10)

crisis del paradigma científico. Paralelamente, en los Estados Unidos, a partir de la década de 1950, producto de la tradición crítica del derecho iniciada por el realismo jurídico, la sociología del derecho tuvo un auge inusitado.⁸⁰

In the late 1950s and early 1960s, a network of social scientists and law professors took advantage of the rising prestige of social science to renew the Legal Realists' challenge to "legal formalism." One result of the new attack on behalf of social science was the Law and Society Association-now more than 30 years old. The LSA has grown and in many respects thrived over that period. Whether this history should be characterized as a "success" can of course be debated. From whatever position we assess the LSA's accomplishments, however, it is important to recognize that both accomplishments and limitations have been shaped by the individuals who "made up" the LSA in the first place (Garth & Sterling, 1998, pág. 409).

Esa concepción del derecho defendía una investigación empírica para la explicación de los procesos judiciales, de tal manera que se pudiese examinar cómo el derecho afecta las conductas sociales (García Villegas, 2001, pág. 3). El movimiento de acceso a la justicia, en consonancia con las teorías críticas, rechaza en la dogmática procesal la “absurda pretensión de una “pureza” que no tiene nada que ver con la realidad” (Cappelletti, 1993a, pág. 87), la cual había sido defendida el formalismo jurídico. Esta visión crítica de los fenómenos procesales no “reniega del aspecto normativo del derecho, que es visto como uno de sus elementos, pero no el más importante, dado que son preeminentes las personas (...), las instituciones, los procesos, a través de los cuales el derecho vive, se forma, evoluciona, se impone” (Cappelletti, 1993a, pág. 87). Ferrajoli lo describe de una forma precisa:

[e]n los años sesenta se desarrolla en Italia –bajo los impulsos de Bobbio, de Scarpelli, y de Tarello– la filosofía jurídico-analítica del lenguaje, que es sobre todo una teoría de la interpretación de aquel particular universo lingüístico con el cual ésta identifica el derecho: teoría por un lado de la ciencia jurídica, y por otro lado de la aplicación de la ley, que pone en crisis el viejo iuspositivismo dogmático y formalista y su rústica epistemología objetivista. Son traducidas las obras de Hart, Ross y Olivecrona. Se estudia el realismo escandinavo y americano. Se presta una atención nueva a la dimensión de la efectividad del derecho: al derecho *in action* y ya no solo al

⁸⁰ Las escuelas, movimientos y tendencias de la sociología jurídica estadounidense, pueden sintetizarse en el realismo jurídico norteamericano a partir de la década de 1920, y los movimientos de Derecho y Sociedad (Law and Society) en 1964, Estudios Críticos de Derecho (Critical Legal Studies) a finales de 1970, y a finales de 1980 el movimiento Estudios de Conciencia Jurídica (Legal Consciousness Studies), determinados por tendencias como Derecho y Economía (Law and Economics), Derecho, Ciencia y Políticas Públicas, Jurisprudencia Procesal (Process Jurisprudence) de Lon Fuller, y Derecho y Desarrollo (Law and Development) en 1960. Para confrontar dicha clasificación, analizar el texto (García Villegas, 2001).

derecho *in books*. Viene sobre todo evidenciada y analizada la dimensión pragmática del lenguaje jurídico, las opciones que inevitablemente intervienen en la interpretación, los juicios de valor presentes en el trabajo de los jueces y juristas. Y nace, por otro lado, la sociología del derecho (...). Entre la sociología del derecho (...) y la filosofía del lenguaje se establece una estrecha relación, que orienta las investigaciones sobre la desmitificación de la ideología jurídica (...) (1994, pág. 59. Citado por De Lourdes Souza, 2001, pág. 68).

La dogmática procesal no desconoce la dimensión normativa del derecho. Por influencia de los estudios socio-jurídico, ha tomado como referencia los elementos reales del acceso a la justicia para describir y proponer cambios en la dinámica de las instituciones procesales. En este contexto, no solo interesan las normas sino los aspectos sociales, culturales, económicos tanto de los actores como de las instituciones que inciden en el estudio de las cuestiones normativas de los códigos de procedimiento (Cappelletti, 1993a, pág. 88).

El acceso a la justicia, como movimiento investigativo, se preocupa por problemas o reclamos sociales. Las necesidades sociales demandan una respuesta o solución normativa. Esta solución se analiza sobre el plano social para proyectar o no una nueva respuesta sobre el plano normativo (Cappelletti, 1993a, págs. 88-89). La investigación socio-procesal exige que se realice un inventario de los costos por afrontar, las dificultades por superar y específicamente los beneficios obtenibles (Cappelletti, 1993a, pág. 89). En los términos de Hernández Martínez, se conjuga una crisis del positivismo y se revalora el papel de la sociología jurídica. Esta disciplina “ ha incidido en cuestiones fundamentales para los juristas y que son: la vinculación entre norma y realidad y la eficacia de las normas del derecho” (1997, pág. 27).

5.3. La política de reforma a favor del acceso a la justicia

El movimiento de acceso a la justicia como reforma procesal utiliza como herramienta metodológica el estudio del derecho comparado. Con esta herramienta, la investigación socio-procesal trabaja con “criterios realistas y no meramente especulativos” (Cappelletti, 1993a, pág. 90). Como su nombre lo dice, se propone como un movimiento que pueda ofrecer reformas procesales. El movimiento a la justicia es un proyecto de reformas públicas.

El movimiento de acceso a la justicia se propone remover tres barreras u obstáculos⁸¹: el primero es el obstáculo económico o el costo del litigio, el cual a causa de la pobreza no permite el acceso a la jurisdicción (Cappelletti, 1993a, pág. 92; Garth & Cappelletti, 1996, pág. 14). El segundo es el obstáculo organizativo o la diferencia de poder entre los litigantes, por las cuales los intereses colectivos o difusos no son tutelables de forma eficaz (Cappelletti, 1993a, pág. 92; Garth & Cappelletti, 1996, pág. 17). El tercero es el obstáculo procesal o de intereses difusos cuando los procedimientos son inadecuados de cara a la tutela judicial (Cappelletti, 1993a, pág. 92; Garth & Cappelletti, 1996, pág. 20).

El objetivo principal de este movimiento reformador es la superación de estos problemas. Tres soluciones –u oleadas en términos de Cappelletti– han sido presentadas para los obstáculos ya señalados: La primera, un asesoramiento legal o ayuda legal para los pobres (Garth & Cappelletti, 1996, pág. 24). La segunda, un paquete de reformas para dar representación legal a los intereses difusos (Garth & Cappelletti, 1996, pág. 35). La tercera, un enfoque de acceso a la justicia para la presentación de reformas en lo relativo a la administración de justicia (Garth & Cappelletti, 1996, pág. 45).⁸²

5.4 El concepto *acceso a la justicia: derecho, garantía y deber*

El paradigma formalista de la acción o de la garantía jurisdiccional ha sido objeto de muchas críticas. Por un lado, fue criticado por el constitucionalismo contemporáneo. Esta crítica provocó la aparición de la tutela judicial efectiva en el discurso del derecho procesal. El lenguaje de los derechos desafió las categorías fundamentales de la dogmática más tradicional. Por otro lado, fue criticado por concepciones sociológicas del derecho, específicamente por las teorías críticas. En

⁸¹ Desde la década de los años sesenta y setenta, Cappelletti sistematizó de manera amplia el acceso a la justicia, se refería precisamente a obstáculos que se tienen para materializarse en la sociedad; no obstante, “lo que en el siglo XX eran obstáculos, hoy en día se han convertido en barreras que no sólo dificultan el acceder a la justicia, sino que impiden siquiera mirar por una rendija la posibilidad de que ellos sea real, aún con todos los esfuerzos normativos que nacional e internacionalmente se han llevado a cabo a lo largo de este tiempo” (Castilla Juárez, 2012, pág. 36).

⁸² En una obra más reciente estas barreras han cambiado. De manera que se han propuesto ocho barreras que hoy en día impiden el acceso a la justicia, estas son 1) desigualdad, 2) normativa, 3) procesal o jurisdiccional, 4) material (presupuestal), 5) credibilidad, 6) barreras culturales, 7) formativa, y 8) de medición (Castilla Juárez, 2012, págs. 38-39).

este nuevo escenario, se produjo como consecuencia la aparición de otra categoría: el acceso a la justicia.

A diferencia de *acción y tutela judicial efectiva*, el concepto *acceso a la justicia*

(...) es un concepto más amplio que el de la jurisdicción, que fue la concepción original del derecho, porque condensa un conjunto de instituciones, principios procesales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer, realizar y garantizar la tutela de los derechos de los justiciables en las mejores condiciones posibles de acceso económico y de inteligibilidad cultural, de modo tal que no se resulte teórico, sino práctica (Castilla Juárez, 2012, pág. 22).

El concepto *acceso a la justicia* tiene tres dimensiones, esto es, puede ser visto como derecho, como garantía y como deber. (Castilla Juárez, 2012, pág. 28). El acceso a la justicia como derecho implica que puede ser exigido jurisdiccionalmente (Castilla Juárez, 2012, pág. 28). A la luz del constitucionalismo contemporáneo, este derecho hace parte esencial del catálogo de derechos sociales. Por tanto, a través de la jurisdicción es posible garantizar los derechos individuales y colectivos en una sociedad (Castilla Juárez, 2012, pág. 29).

El acceso a la justicia como garantía constituye un medio para tutelar un derecho subjetivo. La ausencia del acceso a la justicia generaría una falta de reconocimiento de otro derecho de carácter sustancial (Castilla Juárez, 2012, pág. 30) el cual está reconocido en diferentes textos normativos para el ejercicio de la ciudadanía (Birgin & Gherardi, 2012, pág. xiii). Esta idea de derecho y de garantía supone que el acceso a la justicia debe ser satisfecho por el Estado. Los sujetos, mediante el ejercicio de un derecho, reclaman protección para otros derechos ante autoridades estatales. Estas autoridades son titulares de obligaciones de justicia, es decir, tienen el deber de asegurar el derecho y garantía del acceso a la justicia (Castilla Juárez, 2012, págs. 31-32).

En la teoría de la garantía jurisdiccional de los derechos, el concepto *acción procesal* se transforma en *acceso a la justicia*. De aquí en adelante, este concepto se entiende a partir del diseño institucional y del ordenamiento jurídico que lo sustenta. El nuevo modelo exige una participación directa del Estado, específicamente de la función jurisdiccional. En el capítulo anterior, se estableció que la tutela judicial efectiva implica un deber de protección de derechos en cabeza del Estado; no solo de la rama jurisdiccional. En este nuevo contexto, el ciudadano podrá hacer

exigible sus derechos, ejecutar obligaciones frente a otros y, en última instancia, resolver disputas a través del derecho. El sistema institucional debe cumplir dos funciones: primero, “debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos” (Garth & Cappelletti, 1996, pág. 9-10).

En el Estado liberal de derecho, el concepto de acción procesal –como poder jurídico para activar la jurisdicción– se entendía como un derecho formal a litigar o a defender una reclamación. En esta perspectiva, el Estado garantizaba un acceso a la justicia formal; sin embargo, no se preocupaba por la justicia material (Garth & Cappelletti, 1996, pág. 11). La acción procesal, como mecanismo para la garantía de los derechos, no representaba preocupación para los juristas frente a las realidades del sistema judicial. Las exigencias del constitucionalismo contemporáneo y la sociología del derecho determinaron que la protección judicial de los derechos incluyera un sistema que propugnara por la igualdad material (Marabotto Lugaro, 2003, pág. 293). El Estado, además de proclamar derechos, debe garantizarlos efectivamente (Garth & Cappelletti, 1996, págs. 12-13)⁸³.

Las Constituciones modernas –como la Constitución mexicana de 1917, la Constitución de Bonn y la Constitución italiana de 1947– ya no se limitaron a consagrar catálogos de derechos de primera generación como garantías políticas y civiles. Además, se incluyen los derechos que fundamentan al Estado social de derecho. Entre otros, aparecen el acceso a la justicia, a la educación, al descanso, a la salud y a la atención social. En palabras de Castilla Juárez, “[t]odo Estado democrático de derecho que se precie de tal debe ofrecer a sus ciudadanos un sistema capaz de procesar y resolver los conflictos de relevancia jurídica que se susciten entre ellos o entre éstos y el Estado” (2012, pág. 24). En el escenario del acceso a la justicia se pone a la ciudadanía como categoría esencial, la cual habilita las vías procesales para exigir la protección de los derechos fundamentales y sociales.

⁸³ En síntesis “(...) en los Estados liberales burgueses de fines del siglo XVIII y del siglo XIX, un derecho de acceso a la protección judicial significaba esencialmente el derecho formal del quejoso a litigar o defender una reclamación, ello como reflejo de una filosofía de esencia individualista de los derechos que por entonces prevalecían. (...) el origen y contenido del acceso a la jurisdicción o administración de justicia parte de la idea de que se puede solicitar al Estado que resuelva o intervenga en una situación concreta. Solicitud que con el surgimiento del derecho procesal se transforma en la acción como mecanismo que activa o abre la posibilidad para que un órgano del Estado conozca de una causa” (Castilla Juárez, 2012, pág. 5).

El sustento jurídico del acceso a la justicia se encuentra en el derecho a la igualdad material de los estados sociales y constitucionales de derecho. En palabras de Cappelletti: “se postula la idea del “acceso” como criterio esencial de una concepción social – liberal moderna del Estado, entendido como Welfare State” (1993a, pág. 91). La transformación del derecho a la igualdad formal en un derecho a la igualdad material es el axioma del Estado social de derecho. En palabras de Cappelletti esto representó una ““revolución copernicana” en la concepción del derecho” (1993a, pág. 111).

La igualdad material ante la ley puede entenderse en dos sentidos: el primero se refiere al contenido de la norma. La legislación está constituida por enunciados que expresan normas generales y abstractas. El segundo se refiere a la aplicación de la misma (Hernández Martínez, 1997, pág. 22). Los órganos encargados de administrar justicia no introducen distinciones injustificadas. Por el contrario, a los mismos supuestos atribuyen las mismas consecuencias.

6. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

La teoría analítica del derecho brinda herramientas metodológicas muy valiosas que pueden ser utilizadas por los dogmáticos del derecho en el quehacer de sus reflexiones e investigaciones. Los juristas que se dediquen a reflexionar o investigar en la dogmática procesal encontrarán en la teoría analítica insumos teóricos y metodológicos con los cuales pueden desentrañar instituciones o conceptos jurídicos de carácter dogmático o de derecho positivo. En el caso de esta investigación, a partir de la distinción entre niveles discursivos y el análisis de conceptos, se propició una estructura metodológica para analizar la teoría de la protección jurisdiccional de los derechos.

La idea de los niveles del lenguaje contribuye a diferenciar entre filosofía del derecho y teoría del derecho, de un lado; y entre teoría del derecho y dogmática jurídica, de otro. Esta distinción permitió situar a la alta dogmática procesal como un discurso intermedio entre teoría del derecho y dogmática. La investigación analizó la teoría de la protección judicial a partir de la alta dogmática procesal, esto es, desde un conjunto de reflexiones realizadas por juristas que se dedican a estudiar los conceptos básicos del derecho procesal.

La protección jurisdiccional de los derechos –en términos de acción procesal, tutela judicial efectiva o acceso a la justicia– es un problema central en los sistemas normativos y las instituciones políticas. Sin embargo, en la dogmática procesal ha sido fuente de desacuerdos, en muchos casos derivados de confusiones conceptuales. Aquí, se emprendió la tarea de dilucidar estos conceptos a partir de los usos dominantes de los procesalistas y las dinámicas propias de la práctica forense. El resultado fue afinar el aparato conceptual que estructura el discurso dogmático-procesal.

En términos generales, se determinó que la teoría de la protección judicial de los derechos no ha sido estática. En efecto, la noción *acción procesal* se transformó en tutela judicial efectiva y en acceso a la justicia. Dicha evolución de los conceptos y sus características se debe a las ideas imperantes que influyeron en el pensamiento de los procesalistas. Existió una vinculación eficaz entre ideas filosóficas, ideologías político-constitucionales, tesis sociológicas y conceptos básicos de la dogmática procesal.

La ideología propia del constitucionalismo contemporáneo *rematerializó* el concepto *acción procesal* y lo incluyó en el catálogo de derechos fundamentales. Así surgió la idea de tutela judicial como garantía constitucional y como concepto normativo. La acción procesal aparece como un elemento que integra la tutela judicial efectiva. Además, las teorías críticas del derecho promovieron la eliminación de las brechas entre norma y realidad. Por tanto, la eficacia de la protección a los derechos ocupó un lugar central y fundamentó el origen y el uso del concepto acceso efectivo a la justicia. Esta dimensión sociológica del concepto incluye tanto la acción procesal como la tutela judicial.

La transformación del concepto *acción procesal* es una consecuencia de las crisis del paradigma científico provocadas por el constitucionalismo contemporáneo y la sociología jurídica. El concepto acceso a la justicia es la noción más comprehensiva de la protección judicial de los derechos, pues reconoce los contenidos de acción procesal y tutela judicial efectiva, pero desde una dimensión social, real y práctica del derecho.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES

- Alcalá-Zamora y Castillo, N. (1992). *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)* (Vol. I). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Aramburo, M. (2018). La teoría de la decisión judicial de Michele Taruffo: una teoría desde abajo. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 18(1), 13-55.
- Atienza, M. (2014). La dogmática jurídica como tecno-praxis. En Á. Nuñez Vaquero, *Modelando la ciencia jurídica* (págs. 115-159). Lima: Palestra Editores.
- Barrios De Angelis, D. (2005). *Teoría del Proceso*. Montevideo: Editorial B de F Ltda.
- Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal (Tomo II)*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Birgin, H., & Gherardi, N. (2012). Introducción. En H. Birgin, & N. Gherardi, *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales* (págs. ix-xxxii). México, D.F.: Fontamara.
- Bobbio, N. (1990). *Contribución a la teoría del derecho*. España: Editorial Debate.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- Bobbio, N. (2016). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Caballero Elbersci, P. (2014). Notas introductorias. Comentarios sobre el método de la filosofía analítica del derecho: distinguir y conectar. En R. Guastini, *Otras distinciones* (págs. 13-40). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Calamandrei, P. (Julio-diciembre de 1944). Gobierno y magistratura. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, VI(23-24).
- Calamandrei, P. (1959). *Los estudios de Derecho Procesal en Italia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Calaza López, S. (2010). Una aproximación al concepto procesal de acción. *Revista de Derecho UNED*(6), 113-143.
- Calaza López, S. (2011). *El binomio procesal: derecho de acción - derecho de defensa*. Madrid: Dykinson.
- Calsamiglia, A. (2000). Ciencia jurídica. En E. Garzón Valdés, & F. Laporta, *El derecho y la justicia* (págs. 17-28). Madrid: Editorial Trotta.
- Cappelletti, M. (1993a). La justicia social: acceso a la justicia y la responsabilidad del jurista en nuestra época. En M. Cappelletti, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* (págs. 81-114). México: Editorial Porrúa S.A.

- Cappelletti, M. (1974). *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Cappelletti, M. (1993b). El acceso a la justicia de los consumidores. En M. Cappelletti, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* (págs. 117-147). México: Editorial Porrúa S.A.
- Cappelletti, M., & Garth, B. (1983). Acceso a la justicia. Programa de acción reformadora y nuevo método de pensamiento. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 16(48), 797-814.
- Carnelutti, F. (1961). Ensayo de una teoría integral de la acción. En F. Carnelutti, *Cuestiones sobre el proceso penal* (págs. 23-40). Buenos Aires: Librería El Foro.
- Carrió, G. (1991). Nota Preliminar. En H. W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales* (págs. 7-14). México D.F.: Editorial Fontamara.
- Castilla Juárez, K. (2012). *Acceso efectivo a la justicia*. México DF: Editorial Porrúa.
- Chamorro Bernal, F. (1994). *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivadas del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch.
- Chiassoni, P. (2016). *El discreto placer del positivismo jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chiassoni, P. (2017). *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*. Lima: Palestra Editores.
- Chiovenda, G. (2011). *La acción en el sistema de los derechos*. Bogotá: Editorial Temis.
- Comanducci, P. (2010). *Hacia una teoría analítica del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (págs. 105-156). Madrid: Trotta.
- Couture, E. (1946). Las garantías constitucionales del proceso civil. En M. Castro, *Estudios de derecho procesal en honor a Hugo Alsina* (págs. 158-173). Buenos Aires: Ediar.
- Couture, E. (1953). *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Cruz Parceró, J. (2006). Los métodos para los juristas. En C. Courtis, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. (págs. 17-39). Madrid: Trotta.
- De la Oliva Santos, A. (1980). *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial.
- De Lourdes Souza, M. (2001). *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Bogotá: Editorial Unibiblos.

- De Oliveira, C. A. (Julio de 2009). El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho*, XXII(1), 185-201.
- Escudero Alday, R. (2010). Estudio preliminar. Guía para realistas analíticos: la teoría del derecho de Paolo Comanducci. En P. Comanducci, *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*. (págs. XIII-XLVI). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferrajoli, L. (1994). Per una storia delle idee di Magistratura Democratica. En N. Rossi, *Giudici e democrazia: la magistratura progresista nel mutamento istituzionale*. Milano: Franco Angeli.
- Ferrer Beltrán, J. (2016). El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoría del precedente judicial. En J. Ferrer Beltrán, & C. Vázquez, *Debatendo con Taruffo* (págs. 173-187). Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Garberí Llobregat, J. (2009). *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Pamplona: Editorial Civitas. Thomson Reuters.
- García Villegas, M. (2001). Estudio preliminar. En M. García Villegas, *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* (págs. 1-34). Bogotá: Editorial Unilibros-Universidad Nacional de Colombia.
- Garth, B., & Cappelletti, M. (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Gimeno, S. V. (1988). *Constitución y proceso*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Goldschmidt, J. (2015). *Derecho, derecho penal y proceso III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal*. Madrid: Marcial Pons.
- González Álvarez, R. (2011). El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencias procesal. *ARS BONI ET AEQUI*, 7(2), 199-235.
- González Pérez, J. (1984). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Editorial Civitas.
- Gozáini, O. (Mayo Agosto XXVIII de 1995). El desplazamiento de la noción de derecho subjetivo por el de acceso a la justicia sin restricciones. (Sobre problemas actuales de la legitimación y el proceso judicial). *Boletín mexicano de derecho comparado*(83), 661-692.
- Gozáini, O. (2006). *Introducción al derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Guasp, D. J. (1985). *La pretensión procesal* (Segunda edición ed.). Madrid: Editorial Civitas.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.

- Guastini, R. (2005). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 49-73). Madrid: Editorial Trotta.
- Guastini, R. (2012). Para una taxonomía de las controversias entre juristas. En P. Luque Sánchez, & G. Ratti, *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan* (págs. 61-72). Madrid: Editorial Trotta.
- Guastini, R. (2014a). El realismo jurídico redefinido. En Á. Nuñez Vaquero, *Modelando la ciencia jurídica* (págs. 87-114). Lima: Palestra Editores.
- Guastini, R. (2014b). Manifiesto de una filosofía analítica del derecho. En R. Guastini, *Otras distinciones* (págs. 77-92). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guastini, R. (2015). Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 54-65.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Hart, H. (1968). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hernández Martínez, M. (1997). *Mecanismo de tutela de los intereses difusos y colectivos* (Primera edición ed.). México DF: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Estudios Doctrinales.
- Hohfeld, W. (1991). *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. México D.F.: Editorial Fontamara.
- Luque Sánchez, P. (2012). Los desacuerdos jurídicos un mapa conceptual. En P. Luque Sánchez, & G. Ratti, *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan* (págs. 23-60). Madrid: Editorial Trotta.
- Marabotto Lugaro, J. (2003). Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. *Revista denauer*.
- Marinoni, L. (2015). *El derecho de acción como derecho fundamental*. Bogotá: Editorial Temis.
- Marinoni, L. (Septiembre de 2015). L' «insufficienza di tutela normativa» al diritto fondamentale di azione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LXIX(3), 915-924.
- Menger, A. (1998). *El derecho civil y los pobres*. Granada: Editorial Comares.
- Mitidiero, D. (2016a). La tutela de los derechos como fin del proceso civil en el Estado Constitucional. En D. Mitidiero, *La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico* (págs. 187-224). Lima: Palestra Editores.
- Mitidiero, D. (2016b). Derecho fundamental al proceso justo. En D. Mitidiero, *La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico* (págs. 121-162). Lima: Palestra Editores.

- Monereo Pérez, J. (1998). Estudio Preliminar. En A. Menger, *El derecho civil y los pobres* (págs. 7-114). Granada: Editorial Comares.
- Montero Aroca, J. (1976). *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. Madrid: Tecnos.
- Montero Aroca, J. (1984). *Evolución y futuro del derecho procesal*. Bogotá: Temis.
- Müther, T. (1974). Sobre la doctrina de la actio romana, del derecho de accionar actual de la litiscontestatio y de la sucesión singular en las obligaciones. En B. Windscheid, & T. Muther, *Polemica sobre la actio* (págs. 197-291). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- Nieva Fenoll, J. (2009). Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. En J. Nieva Fenoll, *Jurisdicción y proceso. Estudios de ciencia jurisdiccional* (págs. 13-47). Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2014). *Derecho procesal I. Introducción*. Madrid: Marcial Pons.
- Nuñez Vaquero, Á. (Marzo de 2014). Dogmática jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(6), 245-260.
- Nuñez Vaquero, Á. (2016). Los conceptos dogmáticos como normas apócrifs (o sobre la creación dogmática del derecho): una primera aproximación. En G. Lariguét, *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*. (págs. 381-392). Córdoba: Editorial Brujas.
- Ortells Ramos, M., & Montero Aroca, J. (1989). La acción (Un inteto de aclaración conceptual). En *Comunicación redactada por los autores como informe a la Ponencia 1ª, "Acción, pretensión y defensa", del XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal* (págs. 117-144). Tampico, Tamaullpas.
- Peña Neves, F. (1967). La acción como derecho de instancia jurisdiccional. *THĒMIS-Revista de Derecho*, 9-24.
- Pino, G. (2018). *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. Punó: Zela.
- Podetti, J. (1948). Trilogía estructural de la ciencia del proceso. *Revista de Derecho Procesal* .
- Ramírez Giraldo, V. (2007). Argumentos dogmáticos y aplicación del derecho. *Estudios de Derecho*, LXIV(143), 42-66.
- Recanes Siches, L. (1980). *Nueva filosofía de la interpretación*. México D.F.: Porrúa.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. I). Madrid: Civitas.
- Sastre Ariza, S. (2005). La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (Segunda Edición ed., págs. 239-258). Madrid: Editorial Trotta.

- Sastre Ariza, S. (2006). Para ver con mejor luz. Una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica. En C. Courtis, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (págs. 157-174). Madrid: Editorial Trotta.
- Schiavone, A. (2009). *Ius: la invención del derecho en Occidente*. Adriana Hidalgo.
- Serra Domínguez, M. (2008). *Jurisdicción, acción y proceso*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- Silvia Vallejo, J. (1989). Los fundamentos del Derecho Procesal. *Thémis*(14), 24-35.
- Spector, H. (2000). Definiciones jurídicas. En E. Garzón Valdés, & F. Laporta, *El derecho y la justicia* (págs. 285-291). Madrid: Editorial Trotta.
- Tarello, G. (1989). *Doctrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: il Mulino.
- Tarello, G. (2017). *El realismo jurídico americano*. Lima: Palestra Editores.
- Taruffo, M. (1999). Racionalidad y crisis de la ley procesal. *Doxa*, 310-320.
- Taruffo, M. (2009a). La protección judicial de los derechos en un Estado constitucional. En M. Taruffo, *Páginas sobre justicia civil* (págs. 31-39). Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2009b). Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado. En M. Taruffo, *Páginas sobre justicia civil* (págs. 63-75). Madrid: Marcial Pons.
- Toscano López, F. (2013). Aproximación conceptual al "acceso efectivo a la administración de justicia" a partir de la teoría de la acción procesal. *Revista de Derecho Privado*(24), 237-257.
- Vásquez Alfaro, M. (2015). *La ciencia útil. Una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y en Latinoamérica*. Bogotá: Universidad de los Andes (Ediciones Uniandes). Universidad del Norte (Editorial Uninorte).
- Vergara Blanco, A. (2016). Tareas esenciales e identidad de la dogmática jurídica. En G. Lariguet, *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas* (págs. 393-402). Córdoba: Editorial Brujas - Universidad Nacional de Córdoba.
- Windscheid, B. (1974). La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. En B. Windscheid, & T. Müther, *Polemica sobre la actio* (págs. 3-183). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Windscheid, B., & Muther, T. (1974). *Polemica sobre la "actio"*. (T. A. Banzhaf, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America.