

# EL PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN: NUEVO PARADIGMA DE LA CIENCIA PROCESAL

Dr. ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ

Fecha de recepción: 24 de Abril de 2011 - Fecha de aceptación: 1 de Junio de 2011

## Resumen

*La ciencia procesal ha cambiado gracias a los paradigmas sobre la acción. El objetivo de este trabajo es sentar la derrota del viejo paradigma de la acción, del cientificismo procesal, por el nuevo paradigma de la acción entendida como principio en el canon neo constitucional, para ello se sirve del sentido epistemológico de ver los cambios del conocimiento científico como revoluciones, lo que permite determinar que hoy el nuevo paradigma de la ciencia del derecho procesal es el del principio fundamental de la acción, que comprende una nueva forma de entender el proceso y la ciencia del derecho procesal, en un escenario llamado neo constitucional y todo lo que él implica*

**Palabras claves:** Acción, paradigma, neo constitucionalismo, garantismo, garantías fundamentales, derechos fundamentales.

## Abstract

*The procedural science has changed thanks to the paradigms of the right to access to justice (action). The purpose of this article is to study the defeat of the old paradigm of the action (of the procedural tendencies) for the new paradigm of the action in the new constitutionalism, for it is served the methodological sense of see the changes of the scientific knowledge as revolutions, which allows to determine that today the new paradigm of the science of the procedural law is that concept of action like a constitutional principle, which understands a new way of understanding the science of the procedural law, in a scene so called new constitutionalism and everything what it implies.*

**Key Words:** Justice access, science paradigm, procedural law, new constitutionalism, constitutional guarantees, moral rights

## 1. EXPLICACIÓN EPISTEMOLÓGICA

Con la crisis de los principios del positivismo lógico y el surgimiento de la “nueva filosofía de la ciencia”<sup>1</sup> el análisis epistemológico se nutrió de perspectivas históricas,

---

<sup>1</sup> QUINE, Willard Van Orman, *Desde un punto de vista lógico*, TR. Manuel Sacristán, Paidós, Barcelona, 2002, p. 49.

sociológicas y psicológicas. En esta ruta, de adyacentes estudios históricos promovidos por la tesis de la “nueva historiografía de la ciencia”<sup>2</sup>, el desarrollo científico asumió un carácter revolucionario desde que el pensamiento kuhniano<sup>3</sup> asignara al estudio de las teorías científicas una hermenéutica que las envuelve en las respectivas tradiciones en que se gestaron –contexto sociológico del descubrimiento– para descubrir sus orígenes y conocer sus dinámicas y progresos, o mejor, sus revoluciones y nuevos paradigmas que abren nuevas puertas a los procesos perceptivos –contexto psicológico-epistémico– de nuevos mundos secuenciados a nuevos paradigmas.

Esto ratificó la estructura esencialmente dinámica de la ciencia, explicada por el tránsito o revolución<sup>4</sup> de una ciencia normal a una ciencia extraordinaria. La primera, que proviene de una etapa pre-científica –pre-paradigmática–, se caracteriza por la amplia aceptación de la comunidad científica de una teorización determinada, marco teórico general o paradigma; y, la segunda, ocurre cuando la primera enfrenta anomalías irreversibles dando lugar a una crisis paradigmática con la rivalidad entre diversas teorías hasta que se asiente una nueva ciencia normal con un paradigma distinto<sup>5</sup> que descuella como mejor que sus competidoras y consensúa a la comunidad científica.

La noción de paradigma cambia de un modo de ver el mundo o los hechos, información y teorías consentidas y compartidas por una comunidad científica<sup>6</sup> a un modo de entender matrices disciplinarias<sup>7</sup> (marcos conceptuales asumidos por una comunidad científica: generalizaciones simbólicas, modelos, soluciones ejemplares y valores) y problemas ejemplares<sup>8</sup> (integra una matriz disciplinaria permitiendo solucionar problemas); pero este cambio buscaba deshacerse de la multiplicidad de significados que había asumido la noción de paradigma desencajándola de su sentido originario o aquel con que se entendió inicialmente las revoluciones científicas. Así que a este cambio se sumó el del sentido de la inconmensurabilidad de una inicial implicación de incomparabilidad de dos teorías presentadas por sus respectivos paradigmas a la imposibilidad de traducción de los lenguajes de dos teorías de paradigmas sucesivos entre sí; de manera que dos teorías son inconmensurables

---

<sup>2</sup> KOYRÉ, Alexandre, *Estudios galileanos*, TR. Mariano González Ambou, Siglo XXI, Madrid, 1990, *passim*; *Estudios de historia del pensamiento científico*, TR. Eduardo Bustos y Encarnación Pérez Sedeño, Siglo XXI, Madrid, 1977, *passim*.

<sup>3</sup> KUHN, Tomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, TR. Agustín Contin, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2004.

<sup>4</sup> *Ídem.*, p. 147.

<sup>5</sup> *Ídem.*, pp. 17 y ss.

<sup>6</sup> *Ídem.*, p. 271.

<sup>7</sup> *Ídem.*, p. 279.

<sup>8</sup> KUHN, Tomas S., *Segundas Reflexiones acerca de los paradigmas*, TR. Pilar Castrillo y Eloy Rada, en *La estructura de las teorías científicas*, Frederick Suppe (editor), Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 511y ss.

siempre semánticamente (cuando sus lenguajes no se traducen entre sí), pues los mismos términos en una y otra teorías tienen diferentes significados, en tanto los lenguajes dividen el mundo de formas distintas<sup>9</sup>.

A partir de la penúltima década del siglo pasado la “inconmensurabilidad local” significa la aplicación de la inconmensurabilidad a una clase de términos llamados taxonómicos o tipo –que da lugar a una teoría de los tipos–; así cada teoría científica posee una particular estructura semántica, o mejor, cada revolución científica propone una nueva estructura semántica, sobrepuesta a una antigua, sólo en relación a los términos tipo o propios del viejo paradigma o del nuevo paradigma, existiendo un amplio ámbito común de confrontaciones de teorías en tanto no hayan términos tipo o propios de un conocimiento científico paradigmático.

La inconmensurabilidad, entonces, ya no es imposibilidad de traducción de lenguajes entre sí, sino proposición de una taxonomía léxica que rompe la comunicación comprensiva localizada entre el paradigma viejo y el paradigma nuevo. Este defecto de traducción se supera con el bilingüismo que posibilita racionalmente elegir una teoría enfrentada a otra y ambas inconmensurables. Un paradigma nuevo es una transformación taxonómica léxica que implica inconmensurabilidad.

La visión kuhniana de esto último condujo a entender<sup>10</sup> la ciencia normal como una exigencia de mutación taxonómica local y la ciencia extraordinaria o de desarrollo revolucionario como ausente de tal exigencia.

Aún cuando las categorías lexicales sustituyeron a los paradigmas en la configuración de la experiencia, el concepto de paradigma, que se transforma con su paso de una comunidad a otra y con el paso del tiempo, es ampliamente válido, pienso, por lo pronto, inmejorable, y sobre todo útil para entender la evolución de la ciencia a través de revoluciones.

Si en la ciencia procesal se dieron y dan “revoluciones científicas”, a no dudarlo, fue y es por la acción procesal, la trascendencia de su estudio posibilita una visión epistemológica del pensamiento procesal, dotada de conceptos kuhnianos, fraguada en su visión histórica y edificada en su visión actual. No se olvide que los paradigmas de la acción son piedras miliare de revolución procesal.

Así las cosas, conviene advertir las etapas kuhnianas de la ciencia procesal en relación a la teoría de la acción, esto permitirá advertir en el derecho procesal diversos momentos como (i) *preciencia*, o de las concepciones de la acción que no se entienden científicas, *v. gr.* la acción en el Código Hammurabi, en las XII Tablas, en

---

<sup>9</sup> KUHN, Tomas S., *The road since structure*, The University of Chicago Press, Chicago, 2000, pp. 90 y ss.

<sup>10</sup> *Ídem*, p. 97.

el derecho romano y en la exégesis; (ii) *ciencia normal*, o de la acción en el derecho procesal o procesalismo científico; (iii) *crisis científica*, o de las erradas y enfrentadas teorizaciones sobre la acción; (iv) *revolución científica*, o de la explosión neoconstitucional; y, (v) *ciencia extraordinaria*, o del nuevo paradigma del “derecho fundamental de acción”.

El estudio de la acción es a juicio de todos el más vasto que el derecho procesal ofrece, pues debido a las múltiples acepciones del vocablo “acción”, a la vasta pluralidad conceptual<sup>11</sup> de la dogmática procesal que le asiste y a la innumerable participación de autores en su tratamiento, sin duda, se ha hecho de la acción no sólo el tema procesal más amplio de todos sino el de mayor dificultad. No es vano insistir en que si la acción es compleja en su tratamiento es también, en la misma medida, un tema alentador, porque es el reflejo de la ciencia del derecho procesal en su incansable intento de hallar la corrección científica que ahora se ve descubierta en la estructura de principio fundamental que encarna la acción.

## **2. LA ACCIÓN EN LA ETAPA PRECIENTÍFICA DEL DERECHO PROCESAL**

La mayor expresión empírica, precientífica o sedimentaria de la historia occidental del derecho procesal es, sin duda, la *actio*. El término “acción” proviene<sup>12</sup> del latín *actio -nis*. En latín, es “*nomen actionis*” del verbo *ago, -ere* “obrar, actuar”. En latín jurídico *agere* tuvo empleo como “llevar un asunto adelante, proceder” (*agere lege*) o como “proceso, demanda judicial” (*actio*, derivado de *agere litem, causam*). En los albores de Roma el verbo *agere* significó un “obrar” (hacer o ejecutar algo) dado que el desarrollo del proceso judicial era la cuidadosa repetición de gestos y rituales o mímica de los hechos (*legis actio*).

La precientificidad del derecho procesal está marcada por la acción en el derecho romano, teniendo entre sus puntos más claros de fluidez el que las vindicaciones<sup>13</sup> del *pater familias* estaban corroboradas por la protección coactiva imprimida en casos de vulneración de los poderes que tenía conferidos, tal vez los derechos más nítidamente establecidos para los romanos por los *mores maiorum* y las *leges*; era evidente, entonces, que no bastaba tener un derecho sino tenerlo consagrado para defenderlo o protegerlo, lo que en el ámbito obligacional se consumaba con las *condiciones* que eran esa protección coactiva para el

---

<sup>11</sup> PEKELIS, Alejandro, citado por ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Sentencias congruentes*, Aguilar, Madrid, 1957, pp. 12 y ss.

<sup>12</sup> COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 62.

<sup>13</sup> ERRÁZURIZ EGUIGUREN, Maximiano, *Manual de derecho romano*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. II, 1989, p. 507.

cumplimiento de obligaciones. De estas *condiciones* más adelante derivan las *acciones*, sean reales o personales.

En el procedimiento romano se diferencian tres épocas apareciendo en cada una un sentido distinto de la acción<sup>14</sup>, pero en cada caso siempre con un contexto precientífico: a) las acciones de la ley, b) el procedimiento ordinario o formulario y c) el procedimiento extraordinario. A continuación un escueto repaso de lo que ello significó.

Considerando estas tres etapas del procedimiento romano, y los principales juristas romanos, la acción nunca se llegó a entender con un criterio homogéneo<sup>15</sup> así para Gayo la *actio* era tanto *in personam* como *in rem*; con Papiniano la *actio* era exclusivamente *in personam* y nunca *in rem* que era la *petitio* y *persecutio* se aplicaba a una y otra; para Ulpiano era la especie (*in personam*) y el género (*in personam e in rem*) y la *persecutio* era la *extraordinaria cognitio*; para Paulo no sólo era *in personam e in rem* sino también *persecutio*; finalmente, para Celso, la *actio* designa únicamente la *actio in personam*, que es el contexto en el que Justiniano la inserta en las Instituciones, lo que no significa que la haya reconocido como la única válida o definitiva, pues sin duda la *actio* también comprendía la *actio in rem*.

Con Savigny<sup>16</sup> la acción se explica con un dimensionamiento distinto al del propio derecho romano, pues cobra una doble sentido: uno material-civil (el objeto del juicio) y otro formal (la demanda). La violación de un derecho determina una relación especial, propia de una situación nueva destinada a la reparación de la violación, se trata de un estado de defensa que genera modificaciones en el contenido y esencia de ese mismo derecho. Esas modificaciones corresponden a un “derecho de acciones” y cuando se dan sobre un derecho lo hace en particular con él, aunque también se dan con carácter general frente a todos los derechos, por eso existe un “derecho de acción especial” y un “derecho de acción general”. Con otras palabras, con la violación de un derecho se genera una nueva relación entre el sujeto que vulnera el derecho y el que es lesionado con dicha vulneración, esto da lugar a que se confiera a favor de este último un derecho llamado “acción”, es decir, el “derecho de acción” que se diferencia del sentido del término “acción” como el acto escrito que inicia un debate judicial (demanda) que, a diferencia del derecho de acción que corresponde al derecho civil, corresponde a la teoría del procedimiento.

---

<sup>14</sup> Sobre la acción en las épocas del procedimiento romano Cfr. ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Las acciones en el derecho privado romano*, T.R. Faustino Gutiérrez Alviz, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1945, p. 20; GONZÁLEZ ROMÁN, Héctor, *Derecho romano II. Obligaciones, contratos y derecho procesal*, Nuevo Siglo, Nuevo León, 2003, p. 158; RASCÓN GARCÍA, César; GARCÍA GONZÁLEZ, José María, *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 507 (Tabla II, 1.a); ARIAS, José, *Manual de derecho romano*, G. Kraft, Buenos Aires, p. 526; ARCILA RAMÍREZ, Carlos, *Teoría de la acción*, Temis, Bogotá, 1969, p. 56 ss; GONZÁLEZ ROMÁN, Héctor, *ob. cit.*, pp. 164 s; SAVIGNY, M. F. C., *Sistema del derecho romano actual*, TR. Jacinto Mesía y Manuel Poley, F. Góngora y Cía., Madrid, 1879, t. IV, pp. 11 y ss.

<sup>15</sup> SAVIGNY, M. F. C., *ob. cit.*, pp. 11 y ss.

<sup>16</sup> *Ídem*, pp. 8 y ss.

### 3. LA ACCIÓN EN LA CIENCIA NORMAL DEL DERECHO PROCESAL

Comprende los momentos del “logro”, de la “conversión” y propiamente de la “ciencia normal”.

- a) El primer momento, del “logro”, se dio gracias a las transformaciones sociales, políticas y económicas de la ilustración, el constitucionalismo y el derecho penal liberal tangibilizados en la sistematización del derecho, la gesta libertaria a partir de la Constitución norteamericana y la principalización del “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” dando espacio al surgimiento del positivismo jurídico, lo que sin menoscabar el influjo generado en todos los ámbitos jurídicos si bien fue en un contexto general un logro para la evolución del derecho no lo fue en concreto y en ese momento para la del derecho procesal pues la acción estaba arrastrada aún en la definición de Celso.
- b) En el segundo momento, de la “conversión”, ante la concepción romana de la acción que prevalecía inmutable en Francia, tan así es que los codificadores franceses asimilaron incluso la misma terminología de los jurisconsultos romanos en la regulación de la acción persistiendo la sistematización del derecho con un sistema de acciones y no de derechos, y en Alemania conforme Savigny la presentó<sup>17</sup> con su doble sentido (material-civil y formal), dando marcadamente lugar al punto de transformación o cambio con la polémica Windscheid-Müther. Todo esto sin olvidar que el Código Civil francés había sido impuesto en todo territorio que fuera invadido por Napoleón y Alemania no permaneció ajena a esta situación originándose en ella un culto al derecho romano que no duró mucho porque la genialidad germánica se impuso poco a poco motivada por el desprecio y repudio que sentía hacia el Código del invasor y juristas como Gustavo Hugo y Federico Carlos de Savigny se encargaron de revivir más el espíritu alemán en busca de un derecho superior al francés. Nació así con Savigny a la cabeza la Escuela Histórica del Derecho, que sería integrada por tan geniales pensadores como Puchta y Von Ihering.

Con Windscheid la *actio* romana constituía un derecho subjetivo; y con Müther la *actio* romana constituía un derecho independiente del derecho subjetivo pero condicionado a la existencia de ese derecho subjetivo, por lo que si se tenía por la *actio* “un derecho por hacer valer” lógico era que al tiempo de ello también se tenía el derecho a una sentencia estimatoria (de la acción).

- c) El tercer momento, propiamente de la “ciencia normal” del derecho procesal, se caracteriza porque el pensamiento científico procesal a cargo de dos escuelas (alemana e italiana) construyó el paradigma de la acción que dio lugar a una

---

<sup>17</sup> Cf. SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1849; ID. *Sistema del Derecho Romano actual*, TR. Jacinto Mesía y Manuel Poley, F. Góngora y Cía., Madrid, 1879, t. IV, pp. 8 y ss.

corriente evolutiva del derecho procesal denominada “cientificismo procesal” (denominación que ya denota una convulsión revolucionaria en sí misma) caracterizada por una teoría general y trilogía estructural del proceso desde las que la acción, sean cuales fueren los paradigmas alternativos, se entendió abstracta y autónoma.

#### **4. CRISIS CIENTÍFICA DE LA ACCIÓN: TEORÍAS Y POSTURAS CONVULSIONADAS Y HOSTILES SOBRE LA ACCIÓN**

Comprende los momentos de las “primeras anomalías”, de la “crisis” propiamente dicha y de la “emergencia”.

a) Las “primeras anomalías” que fue presentando la acción en la ciencia normal del proceso evidenciaban ausencia de soluciones a diversos problemas que el paradigma de la acción como derecho público, autónomo y abstracto revelaba ante un creciente número de nuevas concepciones sobre la acción, o mejor, nuevos paradigmas alternativos sobre la acción, que develaban cada vez más carencias o insolencias del paradigma dominante. Estas primeras anomalías fueron consecuencia del contenido de la denominada “teoría de la acción” que ya no se observaba como ámbitos de debate científico sino como un abanico de numerosas, irreconciliables y hasta contradictorias teorizaciones sobre la acción.

No fue raro, entonces, advertir en cada autor no sólo su propia y singular opinión sobre la acción sino siempre la infaltable prevención al lector de la dificultad e importancia del estudio de la acción, que en sí ya era un problema porque no se sabía si por último pertenecía al derecho procesal o a otro ámbito que requiere de mayor reflexión, como el de la filosofía del derecho, de la teoría general del derecho o de un campo jurídico que sin ser procesal resultaba propicio para la naturaleza de la acción que era el derecho judicial material<sup>18</sup>. Siendo esto así, y habiendo tantas teorías de la acción, era necesario ordenarlas<sup>19</sup> en tres grupos:

- a) Teorías tradicionales o sustancialistas;
- b) teorías que reconocen la autonomía de la acción, formulando a su vez entre las que integran este grupo las siguientes:
  - i.) Teorías que conciben la acción como un derecho concreto (Wach, Chiovenda);
  - ii.) Teorías que conciben la acción como derecho abstracto (Alfredo Rocco, Ugo Rocco, Degenkolb, Liebman, Carnelutti);

---

<sup>18</sup> GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, Labor, Madrid, 1936, pp. 96 ss.

<sup>19</sup> COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 169.

- iii.) teorías que conciben la acción como derecho potestativo (Chiovenda, Calamandrei);
  - iv.) Teorías que conciben la acción como un simple hecho (Satta);
  - v.) Teorías de un concepto ordinario de acción dentro del ordenamiento jurídico (Mercader, Bartoloni Ferro);
- c) teorías que entienden por acción el derecho a la jurisdicción como manifestación del derecho constitucional de petición.

Un criterio<sup>20</sup> afín al señalado es el que ordena las teorías de la acción en monistas y dualistas. Pero más allá de las (dis)conformidades que estos criterios clasificatorios provoquen, lo cierto es que las teorizaciones sobre la acción asisten a una doble vertiente: una unitaria y otra dualista. Claro está en cada caso con diversos matices dogmáticos, pero lo importante aquí es no perder de vista que las teorizaciones de la acción sean aquellas parceladas en el derecho material o en el procesal (unitarias), o en ambos (duales), no dejan de reflejar su correspondencia al derecho subjetivo, sea en su plano material o procesal, o en ambos. Se ubican las teorías de conceptos unitarios de la acción como expresión de anomalías iniciales en que devino un momento de ciencia normal, de convivencia de un paradigma conceptual unitario y dominante de la acción sobrepuesto a otros paradigmas (no dominantes); y la teorización dualista de la acción expresa claramente la crisis conceptual del tema. Son las principales teorías unitarias, las siguientes:

i) *La acción como derecho a la tutela concreta.* Entendida la acción con autonomía (Müther), es decir, separada del derecho subjetivo material, y en base a ello que se dirige contra el Estado y frente al demandado (Wach), quedaba madura la idea de la acción como un derecho público correspondido por la obligación estatal de conceder “tutela de derecho”, de ahí que corresponda a quien tiene derecho a una sentencia favorable<sup>21</sup>, por eso su titular se consideró a quien siempre tenía ese derecho subjetivo material. Si bien para Chiovenda la acción era el poder jurídico frente al adversario de dar vida a la condición para la actuación de la ley, no fue difícil que la acción como derecho a la tutela concreta caiga frente a la necesidad de entender la autonomía de la acción que posibilitaba la acción aún para quien la sentencia no le favoreciera.

ii) *La acción como derecho potestativo.* Con Chiovenda la acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional, es un derecho contra el adversario y frente al Estado, por el que se logra protección estatal para que el demandado cumpla su obligación, es

---

<sup>20</sup> FAIREN GUILLÉN, Víctor, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955, pp. 65 ss; *Teoría general del derecho procesal*, UNAM, México D. F., 1992, pp. 78 s.

<sup>21</sup> ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, EDIAR, Buenos Aires, 1963, t. I, p. 311.



consecuentemente un derecho a obtener una sentencia favorable concedido sólo a quien tiene razón. Esta postura, al igual que la precedente, no soportó su débil formulación lógica dado que resultaba ser un derecho al medio y no al fin (Carnelutti), una omisión clara de la circunstancialidad del proceso (Liebman), una rémora para el progreso de la ciencia procesal (Rocco), en fin, que la situación del demandado no depende de la acción (Heinitz).

*iii) La acción como derecho abstracto.* Degenkolb y Plosz iluminan la acción con su esclarecido carácter abstracto, pues la acción<sup>22</sup> como “derecho subjetivo público” cuya titularidad recae en quien crea tener razón ser oído en juicio al que el adversario debe acudir (Degenkolb) o como “poder” de la parte actora que, dirigido al juzgador y al demandado, garantiza la efectiva constitución de la relación procesal (Plosz). La acción pertenece a todo sujeto que con razón o sin ella necesita un pronunciamiento estatal sobre su pretensión en una sentencia sin que ello determine que ésta sea (des)estimatoria.

*iv) La acción como derecho a la jurisdicción.* Para Couture la acción es el poder jurídico del actor de hacer valer la pretensión, es el derecho de toda persona de provocar la jurisdicción, la acción existe siempre, con derecho material o sin él, con pretensión o sin ella, porque ese poder jurídico recae en toda persona en cuanto tal<sup>23</sup> aún antes de que surja su pretensión concreta. Aquí queda clara la diferencia entre acción y pretensión pues ésta será lo que se hace efectivo mediante la demanda judicial y no es un derecho autónomo sino un simple hecho, y aquélla será el poder jurídico que faculta acudir al órgano de la jurisdicción.

*v) La acción como forma típica del derecho de petición.* Couture también entiende la acción como un “poder de requerir”<sup>24</sup> que integra el poder jurídico de todo individuo para acudir ante la autoridad a solicitar lo que considera justo, y esto lo deduce lógicamente del proceso histórico de formación al que obedece la acción como un modo de sustituir el ejercicio de los derechos, por acto propio, mediante la tutela por acto de la autoridad; más aún si se tiene en consideración que esa sustitución se realiza siempre a requerimiento de la parte interesada. Lo que esta idea sobre la acción no conjunciona básicamente es la naturaleza de la relación jurídica procesal y la reducción de la titularidad de la acción en un sujeto particular, aspectos que supera la proyectividad de la acción entendida como instancia.

*vi) La acción como instancia proyectiva.* La acción es junto a la petición, la denuncia, la querrela, la queja, el reacertamiento o recurso administrativo una forma de instar, por el derecho de instar se pretende algo de alguien en un procedimiento<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al derecho procesal*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 118.

<sup>23</sup> COUTURE, Eduardo J. *Op cit.* p. 68.

<sup>24</sup> *Ídem*, p. 74.

<sup>25</sup> BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal*, Cárdenas editor, México, 1969, t. II, p. 171.

La instancia permite un comportamiento del sujeto de derecho que activa una función estatal, procurando un acto de una autoridad. La acción se diferencia de las demás instancias porque se proyecta al demandado y las otras instancias no porque sólo implican una relación vertical entre el particular y la autoridad, es decir, el ejercicio de la acción transita del órgano jurisdiccional al demandado, de ahí que también se considera que la acción pertenece al actor como al demandado (reaccionante), es decir se reafirma la dualidad de pertenencia de la acción a que diera importancia Carnelutti y en nuestro continente Ramiro Podetti.

b) La “crisis científica” de la acción no está en la sistematización u ordenamiento de las diversas teorías que sobre ella han descollado, ellas son apenas las primeras anomalías e iniciales convulsiones científicas, la crisis, y con ella la hostilidad hacia la cientificidad de la acción, está en (i) la incontrolable afluencia de definiciones de la acción, desbordantes de cualquier intento clasificatorio y por tanto de asignaciones de naturalezas jurídicas diversas; (ii) el pesimismo sobre la acción; (iii) la dualidad de la acción; (iv) la tergiversación con el “derecho” a la tutela jurisdiccional efectiva; (v) el quiebre de los mitos sobre la acción; (vi) los cuestionamientos del garantismo procesal; (vii) el (des)interés en su evolución y degradación; (viii) débiles intentos de fundamentalización de la acción; (ix) la diferenciación entre la acción y la pretensión; y, (x) el disloque semántico de la acción en la normatividad (civil y procesal civil). A continuación algunas notas sobre algunos de los puntos mencionados.

i) *La incontrolable afluencia de definiciones de la acción y por tanto de asignaciones de naturalezas jurídicas tan diversas como inconsistentes frente a su importancia.* Son muchas las definiciones que de la acción se han elaborado, tantas como teorías e intentos de ellas se han razonado para explicarla y más allá de la retórica calamandreiana de las teorías sobre la acción (como las noches de la leyenda, mil y una y todas maravillosas), éstas queriendo alcanzar el cielo sufrieron la confusión de su diversos lenguajes. Una auténtica maldición babeliana.

En el pensamiento alemán la acción se ha entendido como “pretensión de protección”<sup>26</sup>, “facultad de pedir protección jurídica”<sup>27</sup>, “derecho público subjetivo”<sup>28</sup>, “derecho a la prestación de la jurisdicción”<sup>29</sup>.

En el pensamiento italiano la definieron como “poder jurídico”<sup>30</sup>, “poder de provocar la actuación de un órgano jurisdiccional”<sup>31</sup>, “derecho subjetivo autónomo y

---

<sup>26</sup> WACH, Adolf, *La pretensión de declaración*, EJEA, Buenos Aires, 1962, p. 59.

<sup>27</sup> KISCH, Wilhem. “Elementos de Derecho Procesal Civil”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1934, p. VI.

<sup>28</sup> GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, Labor, Madrid, 1936, p. 96.

<sup>29</sup> ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1955, t. II, p. 89.

<sup>30</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *La acción en el sistema de los derechos*, Temis, Bogotá, 1986, p. 5.

concreto”<sup>32</sup>, “derecho de provocar del juez una resolución”<sup>33</sup>, “derecho subjetivo público del individuo”<sup>34</sup>, “derecho de iniciativa y de impulso”<sup>35</sup>.

En el pensamiento español la acción es “facultad de promover la incoacción de un proceso”<sup>36</sup>, “derecho de excitar la actividad jurisdiccional”<sup>37</sup>.

Finalmente en el pensamiento americano se entiende la acción como “plexo de facultades jurídicas, privadas y públicas”<sup>38</sup>, “derecho a la jurisdicción”<sup>39</sup>, “poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho”<sup>40</sup>, “derecho público cívico, subjetivo y autónomo”<sup>41</sup>, “poder jurídico generador del proceso”<sup>42</sup>, “poder de presentar y mantener pretensión jurídica”<sup>43</sup>, “posibilidad jurídicamente encuadrada”<sup>44</sup>, “derecho para obtener la actuación jurisdiccional de la ley”<sup>45</sup>, “poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto)”<sup>46</sup>, “poder de formular y mantener una pretensión”<sup>47</sup>, “derecho subjetivo público, autónomo”<sup>48</sup>, “derecho, o facultad o potestad”<sup>49</sup>, “derecho que se tiene a que se preste el servicio de justicia”<sup>50</sup>, “derecho subjetivo procesal”<sup>51</sup>, “derecho, la potestad, la facultad o actividad”<sup>52</sup>.

---

<sup>31</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del derecho procesal civil*, EJEA, 1952, t. I, 1959, p. 314.

<sup>32</sup> CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1943, t. I, p. 179.

<sup>33</sup> D'ONOFRIO, Paolo, *Commento al codice di procedura civile*, UTET, Turín, 1957, p. 213.

<sup>34</sup> ROCCO, Ugo, *Tratado de derecho procesal*, EJEA, Buenos Aires, 1954, t. I, 366 s.

<sup>35</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1980, p. 114.

<sup>36</sup> PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, Luis, *Derecho procesal civil, primera parte*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 75.

<sup>37</sup> FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Estudios de derecho procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 75.

<sup>38</sup> PODETTI, Ramiro, J., *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, EDIAR, Buenos Aires, 1963, pp. 383 y ss.

<sup>39</sup> ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, EDIAR, 1961, t. I, p. 543.

<sup>40</sup> COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 57.

<sup>41</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Tratado de derecho procesal civil*, Aguilar, Madrid, 1963, t. I, p. 383.

<sup>42</sup> CARLOS, Eduardo B., *Introducción al estudio del derecho procesal*, EJEA, Buenos Aires, 1959, p. 274.

<sup>43</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal*, Depalma, Buenos Aires, t. I, p. 300.

<sup>44</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Síntesis de derecho procesal*, UNAM, México, 1966, p. A-12.

<sup>45</sup> REIMUNDÍN, Ricardo, *Derecho procesal civil*, Viracocha, Buenos Aires, 1956, t. I, p. 99.

<sup>46</sup> VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1984, p. 73.

<sup>47</sup> DE LA RÚA, Fernando, *Teoría general del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 66, *id.* *Proceso y justicia. Temas procesales*, Lerner, Buenos Aires, 1980, pp. 49 s.

<sup>48</sup> VALENZUELA, Arturo, *Derecho procesal civil*, J. M. Cajica, México, 1959, p. 1.

<sup>49</sup> ODERIGO, Mario A., *Lecciones de derecho procesal*, Depalma, Buenos Aires, 1985, t. I, p. 336.

<sup>50</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, *Derecho procesal civil*, Temis, Bogotá, 1992, p. 94

<sup>51</sup> OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, Harla, México, 1991, p. 155.

ii) *El pesimismo sobre la acción.* Consecuencias de tantas definiciones de la acción tan imprecisas, inconciliables, meramente dogmáticas y curiosamente inútiles para la pacificación de la doctrina que las agrupa trajo, en los menos optimistas, la idea de organizarle unos solemnes funerales<sup>53</sup>, de la necesidad de abandonar su estudio o de estar ante la crónica de un enorme fracaso doctrinal<sup>54</sup>; pero en cualquier caso la lógica que anima estas posturas hostiles frente a la acción no dejan de reflejar las mismas deficiencias de los razonamientos y definiciones que las motivan.

Proponer abandonar el estudio de la acción, no se explica sino en el desgano, la rendición o el tedio, es una postura que desmaya sin aliento lógico, sin una mínima razón científica y si consigue referencias doctrinales es porque sintetiza el hastío sobre un tema tan manoseado, repetido e inconciliable que, se dice, mejor sería abandonarlo.

Advertir en el estudio de la acción un enorme fracaso doctrinal, parte por sostener en la acción una manifiesta ausencia de contenido y de fundamentalidad en el proceso, entendiendo por ésta última su consistencia general en el proceso que hizo a la acción partícipe de la trilogía estructural del proceso, al punto tal que, no sin razón, reconoce esa trilogía (trípode o triángulo) estructural como un trípode definitivamente desvencijado<sup>55</sup> no por la jurisdicción ni el proceso como se dijera antes<sup>56</sup> sino por la acción. Pero en su arquitectura esta postura hostil frente a la acción le desconoce contenido porque entiende éste sólo desde las perspectivas que enfocan la acción como “acto”, “concepto” u “objeto” apoyando su eje argumentativo en la acción presentada por Savigny, no precisamente tal cual se configuró en la etapa formularia del derecho romano, y a partir de ello describiendo el error de todos los procesalistas que en su esfuerzo de definir la acción terminan por delatarla “carente de contenido” e “imposible de ser un concepto fundamental”.

El error de esta postura es el mismo que suele criticarse de los “procesalistas de un enorme fracaso doctrinal” que no quitan los ojos de la trascendencia de la *actio* romana de la etapa formularia “alterada” por Savigny encerrando la acción en el ámbito privatista del derecho y en una cuestionada distinción entre fondo y forma para entender el derecho y en él la acción, y es que ésta no sólo se entiende como “objeto” de juicio (que es la pretensión) o “acto” que da inicio al proceso, mucho menos como “concepto” que explica el papel de las partes en el proceso, sino sobre todo como “derecho”, “poder”, “facultad” o “atribución”, contemplando la acción en el plano “material” propiamente el “subjetivo-procesal” y de ello dan cuenta algunas

---

<sup>52</sup> GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, Harla, México, 1992, p. 118.

<sup>53</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, UNAM, México D. F., 1992, t. I, p. 323.

<sup>54</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Jurisdicción y proceso*. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 20.

<sup>55</sup> *Ídem*.

<sup>56</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios... cit.*, p. 323.

de esas abundantes definiciones que tanto se critican precisamente por eso, ser abundantes.

La acción en la ciencia normal del derecho procesal, particularmente en el pensamiento latinoamericano, se deshizo de la influencia privatista para alcanzar su autonomía que era también la de la ciencia procesal que había ayudado a alumbrar y asistía al debate de su esencia libertaria, porque es la libertad del justiciable en el proceso lo que la configura y la hace definitivamente fundamental en el proceso.

iii) *La dualidad de la acción.* Savigny presentó<sup>57</sup> la acción con un doble sentido, uno material (objeto del juicio, derecho de acción) y otro formal (demanda), que era como él lo entendió de fuente romana aunque en la etapa formularia la acción no tenía precisamente esa dimensión que fue mayoritariamente seguida sin mayores reparos; la *actio* romana no era derecho en sentido subjetivo, porque esta categoría no existía<sup>58</sup> en el derecho romano, o por lo menos no podía distinguirse<sup>59</sup> claramente del *ius* objetivo, la *actio* era simplemente un obrar, o mejor un accionar. La noción de derecho subjetivo aparece en el siglo XVII con Hugo Grocio luego del debate entre Guillermo de Ockham y el Papa Juan XXII. Es evidente que el sentido privatista de la acción marcaba su composición de “fondo” (derecho de acción, objeto de juicio hoy entendido como pretensión) y de “forma” (acto escrito que inicia un juicio, hoy entendido como demanda) muy armonizada con la tesis contractualista del proceso.

La diferenciación privatista entre “fondo” y “forma” es manante de muchos problemas<sup>60</sup> en el mundo procesal de los que éste sólo se libra si supera la conceptualización contractualista del proceso y entiende que en sus adentros le es tan propio lo subjetivo material y lo subjetivo procesal. Pero esto no siempre se reparó y muy por el contrario se asumió lo material (fondo) y lo procesal (forma) para estudiar una acción material y una acción procesal dando espacio a teorizaciones que, bajo el mismo espíritu privatista y de distinción de lo material (fondo) y de lo procesal (forma), asumieron el origen del “problema sobre la acción” en el esfuerzo por concebirla unitariamente, negando la tesis integradora de una acción de derecho material con una acción procesal. Y como este problema era superable simplemente eliminándolo al no considerarlo, se reafirmó la acción material junto a la acción procesal, dado que entender que la acción material había migrado al ámbito procesal para hacerse acción “formal” dejaba un enorme vacío en el derecho material que no se puede saber cómo cubrir sino atendiendo a una teorización sobre causalidad

---

<sup>57</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Sistema del derecho romano actual*, TR. Jacinto Mesía y Manuel Poley, F. Góngora, Madrid, 1879, t. IV, pp. 8 ss.

<sup>58</sup> VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976, pp. 30 ss.

<sup>59</sup> VON TUHR, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1998, v. I, p. 58.

<sup>60</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *ob. cit.*, pp. 16 s.

jurídica, derecho subjetivo material, facultad, pretensión material y “acción material”, sin dejar de ver en otro lado un derecho público subjetivo “a la tutela jurídica” que se ejerce con una “acción procesal” que contiene una pretensión procesal. Esa dualidad de la acción sólo se explica si se separa claramente lo material de lo procesal, atención, en un plano sustancial, en el que el acaecimiento de la regla jurídica en la juridización del hecho, o mejor, de la “causalidad jurídica”<sup>61</sup> que da lugar, entre sus diversos efectos al derecho subjetivo material y al derecho público subjetivo, en cada caso de acción: material y procesal, respectivamente.

Se entiende que la acción de derecho material deriva de la noción de derecho subjetivo, y a su turno ésta de la incidencia de la regla jurídica en los hechos, es decir, de la juridización del hecho. El derecho subjetivo es la ventaja<sup>62</sup> atribuida a su titular por realización de la regla jurídica en un hecho; ventaja que no es la esencia del derecho subjetivo, que es la potestad de querer, o mejor, la “posibilidad de demandar”<sup>63</sup>, sino consecuencia suya, consecuencia de lograr compulsivamente la prestación, con otras palabras, cuando la ventaja no es atendida surge en su titular una mera potencialidad de exigir algo, un “poder” que es el “contenido de una pretensión material”<sup>64</sup>, para exigir esa ventaja; la pretensión material es un “estado especial”<sup>65</sup> o “una nueva virtualidad”<sup>66</sup> del derecho subjetivo entendida como “tentativa”, “mero poder” o “posibilidad” de exigir algo, algo que queda sujeto a la voluntad del obligado frente al derecho subjetivo, que de frustrarse o no realizarse por actuar del obligado da espacio a la “acción de derecho material” que es la posibilidad de demandar, esencia misma del derecho subjetivo, es pues el actuar del titular del derecho para conseguir el cumplimiento de la obligación por el obligado aún contra su voluntad o sin ella o sin su obrar. Por eso la acción material supone combatividad<sup>67</sup> y es la inflamación del derecho o de la pretensión<sup>68</sup>, es el actuar del sujeto para la realización del propio derecho<sup>69</sup> porque tener un derecho es tener la facultad de gozarlo, o mejor, de ejercer su exigencia de realización.

---

<sup>61</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Tratado de direito privado*, Borsoi, Rio de Janeiro, 1970, t. v, p. 3.

<sup>62</sup> *Ídem.*, p. 226.

<sup>63</sup> TUHR, Andreas von, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, TR. Tito Ravá, Marcial Pons, Madrid, 1998, t. I, p. 63.

<sup>64</sup> SILVA, Ovidio A. Baptista da, *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*, Fabris, Porto Alegre, 1996, v. 1, pp. 78 ss.

<sup>65</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco, *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*, Livraria do Advogado, Puerto Alegre, 2005, p. 111; “Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitarias e a orientação dualista da ação», en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Palestra, Lima, 2006, t. IX, p. 208;

<sup>66</sup> SILVA, Ovidio A. Baptista da, *ob cit.*, p. 79.

<sup>67</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, AC. por Sergio Bermudez, Forense, Rio de Janeiro, 1997, t. I, p. 103.

<sup>68</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Tratado de direito privado*, Borsoi, Rio de Janeiro, 1970, t. v, p. 103.

<sup>69</sup> SILVA, Ovidio A. Baptista da, *ob cit.*, p. 77.

Cabe anotar que cuando la noción de poder vinculada al derecho subjetivo es asumida por la teoría pura del derecho<sup>70</sup>, si bien se mantiene, el sentido que implica es diferente al otorgado en la dualidad de la acción y propiamente en la acción de derecho material; así, el derecho subjetivo contiene una facultad, o mejor, el derecho subjetivo es un poder jurídico de tener esa facultad; entonces, siendo poder el derecho subjetivo, en sentido estricto,<sup>71</sup> se entiende como una condición de la sanción de una obligación jurídica traducida en una acción dirigida al órgano de aplicación como demanda o querrela para lograr ejecutar esa sanción. La vinculación del concepto poder se vincula no al derecho subjetivo y en él a la acción de derecho material, sino al derecho subjetivo público de acción procesal.

Se entiende la acción procesal a partir del reconocimiento de un “derecho a la tutela jurídica”, un “derecho público subjetivo”<sup>72</sup> que vive en el mundo jurídico subjetivo material, o mejor un derecho de acento<sup>73</sup> constitucional, que se sirve de una pretensión por la que “puede” exige tutela al Estado; pero ello no es suficiente sino es necesario dotar a esa posibilidad de exigir tutela estatal de una “acción procesal” para que de “posibilidad de exigencia” sea “exigencia debida”, o mejor, “exigencia ejercida”. Aquí la acción en ámbito procesal si bien no es resultado de la violación de un derecho, y ahí está su acento constitucional, sigue siendo el segundo sentido del derecho de acción de Savigny: el acto escrito por el cual comienza el debate judicial<sup>74</sup>, la demanda<sup>75</sup>. No es raro entonces, advertir que la acción procesal comprende una pretensión procesal, que no es sino la pretensión a la tutela jurídica dirigida al Estado. Así, la acción procesal es siempre procedente e independiente de la acción de derecho material.

La dualidad de la acción es la perspectiva dominante en diversos ordenamientos del *civil law*, pero es la doctrina brasileña la que presenta un mayor y

---

<sup>70</sup> KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Wisla, Lima, 1987, pp. 146 s.

<sup>71</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, Fontamara, México D. F., 2004, p. 50.

<sup>72</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, A.C. por Sergio Bermúdez, Forense, Rio de Janeiro, 1997, t. I, p. 80; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, Malheiro, San Pablo, 2005, p. 271. SILVA, Ovidio A. Baptista da, *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*, Fabris, Porto Alegre, 1996, v. 1, p. 60; SILVA, Ovidio A. Baptista da; GOMES, Fábio, *Teoria geral do processo civil*, Parma, San Pablo, 2002, p. 131; THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 57.

<sup>73</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco, *Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitarias e a orientação dualista da ação*, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Palestra, Lima, 2006, t. IX, p. 214.

<sup>74</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Op. cit.* p. 210.

<sup>75</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Comentários...* p. 80.

constantemente renovado debate<sup>76</sup> sobre la acción de derecho material y la acción procesal, que espero se mantenga aún cuando en las perspectivas de su nueva codificación procesa civil nada sobre la condición de la acción parece pretender cambiar.

*iv) La tergiversación del derecho de acción con el “derecho” a la tutela jurisdiccional efectiva.* Hay una clara diferencia histórica y conceptual<sup>77</sup> –o semántica– entre “tutela jurisdiccional”, “tutela jurisdiccional efectiva” y “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”, pero en cada caso no deja de significar una garantía constitucional y evidentemente también procesal y no un derecho; entonces, si las garantías y los derechos no son lo mismo no hay razón para concebir la tutela jurisdiccional como un derecho ni mucho menos como “efectiva” porque este adjetivo recae con propiedad en un derecho dado que asistiendo a una garantía resulta redundante.

El término “efectivo” parece provenir de la inseguridad<sup>78</sup> de un legislador ansioso de hallar la realización de sus prescripciones pues era consciente que éstas podían quedar en la mera enunciación o sin ejecución, aquí “efectivo” tiene una doble función: a) autoaseguramiento del legítimo poder de ordenación; y, b) prescribir la operatividad de las buenas intenciones del legislador primario. La efectividad es patrimonio del derecho positivo y de los derechos subjetivos (materiales y procesales) que acoge, a ellos se debe su presencia, propiamente cuando son realizados y cumplidos de hecho<sup>79</sup> o forzosamente; lo que desde ya remite a entender la efectividad con relación a la actuación normativa.

La conciencia de la efectividad de los derechos del hombre data del siglo pasado, del tránsito del Estado liberal individualista al Estado social de derecho. La concreción (efectiva) de los derechos constitucionalmente establecidos fue más allá de un tibio sistema de libertades a cargo de un Estado inerte administrador, pues se demandó un Estado que garantice la operatividad “efectiva” de esos nuevos derechos,

---

<sup>76</sup> Cfr. MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdiccional*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, pp. 90 y ss; “‘Ação’ e ações: sobre a renovada polémica em torno da ação de direito material”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Communitas, Lima, pp. 183 ss; AA. VVA., *Polêmica sobre a ação. A tutela jurisdiccional na perspectiva das relações entre direito e processo*, Fábio Cardoso Machado y Guilherme Rizzo Amaral (organizadores), Livraria do advogado, Puerto Alegre, 2006, p. 319.

<sup>77</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: el mito de una serendipia procesal”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, IPDP - EGACAL, Lima, 2008, pp. 275 y ss.

<sup>78</sup> GAVAZZI, Giacomo. *Effettività (principio di)*», en *Enciclopedia giuridica*. Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1994, p. 1.

<sup>79</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *La definición del derecho: ensayo de perspectivismo jurídico*, Stylo, México, 1948, pp. 9 ss.



particularmente de los llamados sociales<sup>80</sup>. Fue en esa atmósfera que los derechos empezaron a efectivizarse desde el texto de la Ley Fundamental, así el artículo 3° de la Constitución italiana de 1948 refiere a la *efectiva* participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

En Alemania se buscó la efectivización de la “tutela jurídica” que, repito, nunca fue un derecho sino siempre una garantía, pues el Tribunal Constitucional alemán estableció que el artículo 19, ap. 4, de la Ley Fundamental alemana no sólo garantiza el derecho formal y la posibilidad teórica de acudir a los tribunales, sino también la *efectividad* de la tutela jurídica<sup>81</sup> entendiéndose, entonces, por tutela jurídica con “particularidad en la escuela alemana”<sup>82</sup>, la efectiva satisfacción de los fines del derecho y la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas, es decir, una concepción distinta de la contemporánea que remite la efectividad a los derechos constitucionales plenos, operativos de realización material<sup>83</sup>, por lo tanto diferenciados claramente de sus correlativas garantías. Hablar de la efectividad de la tutela jurisdiccional es hablar de la efectividad de una garantía, no de un derecho; este es un error que se repara claramente cuando en tiempos de neoconstitucionalismo y garantismo se diferencian los derechos de sus garantías.

A este panorama de confusión de derecho y garantía se suma el mayor perjuicio que la teoría de la dualidad de la acción propició con relación a la acción procesal: considerarla como un derecho subjetivo público “a la tutela jurídica”. Tutela jurídica que si bien vivía la última mitad del siglo pasado en la confusión, timidez e inseguridad de un “acento constitucional” o de ser un derecho subjetivo “público” no había sido tan nocivo como cuando arribó deformado al artículo 24.1 de la Constitución española. Explico.

En la noche de las teorías modernas de la acción, concebida aun como “derecho subjetivo privado”, Müther pensó que el objeto del proceso bien podría ser una acción concebida como “derecho subjetivo público”<sup>84</sup> del particular contra el Estado, para que le tutele respecto de una relación jurídica determinada, derecho al que Wach, propuso denominar “derecho a la tutela jurídica”<sup>85</sup> (*Rechtsschutzanspruch*), el mismo que no dio para más cuando advertida su

---

<sup>80</sup> BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Platense, La Plata, 1987, p. 5.

<sup>81</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania”, en *Justicia 84*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 266.

<sup>82</sup> COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.* p. 479.

<sup>83</sup> BERIZONCE, Roberto O., *Op. cit.*, p. 5.

<sup>84</sup> RAMÍREZ ARCILA, Carlos, *Teoría de la acción*, Temis, Bogotá, 1969, p. 62; *Acción y acumulación de pretensiones*, Temis, Bogotá, 1978, p. 22; *Fundamentos procesales y pretensiones contencioso administrativas*, Temis, Bogotá, 1983, p. 23; *La pretensión procesal*, Temis, Bogotá, 1986, p. 27.

<sup>85</sup> Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe, «La acción en el sistema de los derechos», en *Ensayos de derecho procesal civil*, TR. Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1949, pp. 3 ss.

dependencia de una acción material dejaba sin explicación<sup>86</sup> el supuesto en que iniciado el proceso tal acción material no existía. ¿Será este el precedente trunco del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva? Responder afirmando la pregunta sería emparentar el “derecho” a la tutela jurisdiccional efectiva a la línea evolutiva del derecho de acción, lo que evidentemente no es así, porque el “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” nació en letra constitucional con el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, con una imprecisa redacción y ausente de expectativas<sup>87</sup>, significando el término tutela, en un sencillo sentido lingüístico, “dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra” y no un “derecho” (“a” la tutela); pero como en el sistema procesal español, al que alcanzó la vigencia de la nueva Constitución, el derecho de acción vivía aún en el pensamiento de Celso y la concepción del debido proceso resultaba esquiva, ante la necesidad del justiciable de sentir tutela jurisdiccional con aquello que le aseguraban esos derechos entendidos fundamentales pero que no aparecían así de la ley ni jurisprudencia ni doctrina españolas, se dio como natural consecuencia una indiscriminada invocación de la única fórmula constitucional (artículo 24.1) que podía aproximarse o tenuemente reconocerse como el fantasma de esos derechos (fundamentales), lo que al recaer en el Tribunal Constitucional español, éste no halló mejor ocasión para darle osamenta y musculatura a esa espectral “garantía” de tutela jurisdiccional, cosa curiosa, denominándola “derecho” y copiando las formas y estructuras que tanto habían costado formar al derecho de acción y a la garantía del debido proceso, revelando una “revolución”<sup>88</sup> del ordenamiento jurídico, o peor, un “megaderecho” sobrepuesto a la acción y al debido proceso, es más, superpuesto en todos los casos a todos los preceptos constitucionales relativos al servicio de justicia, de suerte que si uno de éstos es transgredido también lo será aquél<sup>89</sup>, y así se vio un nueva estrella en un distorsionado firmamento jurídico-constitucional<sup>90</sup> que no cuida el diferenciar los derechos de sus garantías.

Con estas circunstancias el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es ante todo un “derecho” del justiciable a que se le imparta justicia con pautas debidas, es decir, es principalmente el derecho de acción y la garantía del debido proceso concentrados en un solo derecho; por tanto, mal se hace en nuestro país al decir<sup>91</sup> que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene fuente constitucional en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, porque este dispositivo consagra la tutela jurisdiccional no como un megaderecho ni como un derecho del justiciable sino como

---

<sup>86</sup> ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Proceso y derecho procesal*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 130 s.

<sup>87</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 3.

<sup>88</sup> *Ídem.*, p. 4.

<sup>89</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José, y otros, *Constitución española*, Colex, Madrid, 2002, p. 214.

<sup>90</sup> DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Poder Judicial*, N° 5, 1987, p. 41.

<sup>91</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, expediente n° 2488-2002-HC/TC.

la promesa<sup>92</sup> (constitucional), o mejor, como la garantía asegurada de impartición de justicia, mejor aún, como garantía que asegura el proceso al ciudadano. ¿Por qué? Porque como garantía es vinculación pública deóntica de un derecho. ¿Cuál? Sin duda el de acción.

Pero como esto no se reparó por el último constituyente español, con el ánimo de impedir se repitan episodios totalitaristas y de asignar confianza al ciudadano en el servicio de justicia<sup>93</sup>, buscó<sup>94</sup> un híbrido entre el artículo 19.4 de la Constitución de Bonn de 1949 (que establece que “[t]oda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiera otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios”) y el artículo 24 de la Constitución italiana de 1947 (que señala que “[t]odos pueden accionar en juicio para tutelar sus propios derechos y sus legítimos intereses. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento”). El resultado de tal procreación es este texto: “Toda persona tiene derecho al acceso efectivo a los Tribunales para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”. Redacción que bajo una simple enmienda de estilo<sup>95</sup> quedó definitivamente establecida así: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Nadie dudaría que se trataba de la acción procesal, esa que se entiende como derecho la tutela jurisdiccional en la perspectiva dualista de la acción.

El texto final indicado no es producto de un debate jurídico-teórico ajustado a las necesidades de una realidad, sino, simple enmienda de estilo o ánimo de mejorar la redacción del texto legal, tan así es que el sustento de la enmienda final reza: “Es, simplemente, creemos, una mejor redacción. En lugar de “Toda persona tiene derecho al acceso para la tutela”, decir: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela de los jueces y tribunales”. Lo demás es prácticamente lo mismo”<sup>96</sup>, es decir, nada más alejado de un debate sobre la acción<sup>97</sup> o motivación jurídica de un nuevo derecho y nada más parecido a un descubrimiento por casualidad, porque aún si los constituyentes nada atisbaban sobre este numeral, sino solamente el haber establecido

---

<sup>92</sup> GUIMARÃES RIBEIRO, Darci, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho*, J. M. Bosch, Barcelona, 2004, p. 77.

<sup>93</sup> VALLESPÍN PÉREZ, David, *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 135.

<sup>94</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, *Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva*, en *Poder Judicial*, N° 5, 1987, pp. 46 y ss.

<sup>95</sup> AGUIAR DE LUQUE, Luis; BLANCO CANALES, Ricardo, *Constitución española 1978.1988*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 119.

<sup>96</sup> COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN DEL SENADO, Diario de sesiones de 25 de agosto de 1978. Cf. De La Oliva Santos, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 141

<sup>97</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco, *Op. cit.*, pp. 5 y ss.

constitucionalmente el acceso a la jurisdicción *para* la tutela de los derechos, cuando la casuística arrojó indiscriminada<sup>98</sup> invocación, vía amparo, de un derecho a la tutela se vieron con una empresa que cumplir construyendo las estructuras, contenidos y significados de ese “nuevo derecho”.

El Tribunal Constitucional español asumió el encargo, y no hizo otra cosa que llenar un agujero enorme y negro del ordenamiento español que evidenciaba la falta de percepción científica del derecho de acción muy encendida por cierto para ese entonces en la Escuela latinoamericana del derecho procesal y la esquivada comprensión normativa del conjunto de “garantías” mínimas que aseguran al justiciable un proceso justo.

En el esfuerzo de atemperar lo imprevisto o impensado que resultó el derecho nacido en el artículo 24.1 (i) se anotan<sup>99</sup> abultados antecedentes de normatividad comparada del contenido del derecho de acción y de la estructura de la garantía del debido proceso, (ii) se apela al contexto de los modelos jurisdiccionales garantistas del *civil law* comunes a los textos fundamentales de la Europa de la segunda posguerra mundial, lo que no va más allá del esfuerzo que realmente esto convocó y que fue el ánimo de positivizar el acceso libre a la jurisdicción para la tutela de los derechos, pero no el “derecho a la tutela”, que no puede significar lúcidamente otra cosa que un retorcido “derecho a la garantía del derecho de acción”; y, finalmente, (iii) se invoca la internacionalización de las garantías constitucionales, olvidando que el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre (1950) se atienen a los componentes del debido proceso y a la tutela judicial, que aunque se las denomine derecho son garantías más nada, y no propiamente al “derecho” a la tutela judicial efectiva en el entendido del artículo 24.1.

¿Qué hubiera ocurrido de no darse la enmienda de estilo? No existiría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con la construcción teórica a cargo del Tribunal Constitucional español que hoy goza, pues sencillamente sería el aseguramiento constitucional al libre acceso a los tribunales, que tiene su precedente<sup>100</sup> directo en el ordenamiento español en el artículo 30 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 y en la Base Primera, N° 3 de la Ley de Bases Orgánicas de la Justicia de 28 de noviembre de 1974. Y con esto tal vez el derecho de acción hubiera tenido el merecido desarrollo en el proceso civil español, y el

---

<sup>98</sup> *Ídem*, p. 4.

<sup>99</sup> Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Edersa, Madrid, 1983, v. I, pp. 10 ss; AA. VV., *Comentarios a las leyes políticas*, Oscar Alzaga Villaamil (Director), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, t. III, pp. 20 y s.

<sup>100</sup> GONZÁLEZ MONTES, José Luis, “Notas en torno al derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en la Constitución española”, en *El Poder Judicial*, Madrid, 1980, p. 1486.

legislador peruano del Código Procesal Civil no hubiera incurrido en el error de superponer un “derecho”, sin precedente en el derecho positivo nacional, al derecho de acción ni a su correlativa garantía del debido proceso.

En España la jurisprudencia constitucional si bien entiende el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como una “garantía”<sup>101</sup> –no diferencia los derechos de sus garantías– previa al proceso, que lo asegura<sup>102</sup>, que tiene por naturaleza ser un derecho de configuración legal<sup>103</sup> y que se satisface sólo en un proceso judicial, la mayoría de las veces lo define no por lo que es sino por lo que contiene; así, es el derecho a acceder al proceso judicial, a alegar los hechos y las argumentaciones jurídicas pertinentes y a obtener una resolución fundada en derecho<sup>104</sup>. Y cuando se ocupa de estructurar su contenido, lo hace de modo tan complejo, desmesurado y desbordante<sup>105</sup> que no se dudó en ver ese trabajo como un auténtico cajón de sastre<sup>106</sup> que perjudica derechos constitucionales como el de acción y garantías como la del debido proceso.

Este mismo contenido, con algunas variantes, fue reflejado en la doctrina<sup>107</sup>, que no dudó en mostrarlo compuesto por (i) el libre acceso a la jurisdicción, (ii) las posibilidades de alegación<sup>108</sup> y defensa, (iii) la obtención de una resolución sobre la pretensión procesal deducida que sea motivada, razonada, congruente y que esté basada en el sistema de fuentes, (iv) el acceso a los recursos legalmente establecidos, (v) la ejecución de la resolución judicial firme. Esto proyecta al derecho que nos ocupa abarcando no sólo cuanto comprende el proceso, sino, cuanto le antecede, acompaña y subsiste.

Si frente a esto conceptuamos al derecho de acción, en una visión conjunta con el derecho de contradicción que es el otro lado de su ser cuando asiste al

---

<sup>101</sup> ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, El Foro, Madrid, 1978, p. 238.

<sup>102</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (español), sentencia 46/1982 de 12.07.82.

<sup>103</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (español), sentencia 90/1985 de 30.09.85. Cf. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José, y otros, *Constitución española*, Colex, Madrid, 2002, p. 215; GARRIDO FALLA, Fernando, y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 24.

<sup>104</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (España), sentencia 131/1987 de 20.07.87. Cf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 27 ss.

<sup>105</sup> Cfr. VALLESPÍN PÉREZ, David, *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 139 y ss.

<sup>106</sup> *Ídem*, p. 139.

<sup>107</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Ariel, Barcelona, 1995, p. 262; CHAMORRO BERNAL, Francisco, *Op. cit.*, p. 13.

<sup>108</sup> Cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, “Alegación y alegato en el proceso civil: avances y retrocesos de una institución tan importante como descuidada”, en *Qhispikey - Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal*, IPDP-EGACAL, Lima, 2009, n. 1, pp. 183 y ss; “Comentario al artículo 212”, en *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, Johan S. Camargo Acosta (coordinador), ADRUS, Arequipa, 2010, t. II, pp. 165 y ss.

demandado, como un *derecho fundamental* –por lo que discutir sobre su naturaleza sale sobrando– que permite el acceso irrestricto a la jurisdicción, a merecer la atención y respuesta razonables de ella y a que su decisión se cumpla. Acaso no es esto ese mismo contenido que se le atribuyó al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Entonces, qué de nuevo tiene ese derecho si sólo se muestra como el descubrimiento de lo que hace muchos años fue reconocido. Algo más, si el constituyente español hubiera positivizado el derecho de acción y su garantía del debido proceso, resultaría claro que saldría sobrando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. O es que, cuando se define por “derecho a la tutela jurisdiccional” aquel derecho que toda persona tiene para que se “le haga justicia” y que “cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional”<sup>109</sup>, no está indicándose lo que es el derecho de acción, y si a esto se añade que esa atención jurisdiccional debe ser “a través de un proceso con garantías mínimas”<sup>110</sup>, no está indicándose, en este caso, la garantía del debido proceso.

Esta es la razón por la que cuando la doctrina española intenta aproximarse a un concepto del derecho a la tutela judicial efectiva no hace sino gravitar en torno a la acción, y arriba a (i) decir que el artículo 24.1 de la Constitución (española) reconoce el derecho a la jurisdicción que, cuando se ejercita, se convierte en acción tramitada a través del proceso debido<sup>111</sup>; (ii) buscar el entendimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en las teorías sobre la acción<sup>112</sup>; (iii) concluir que lo que se quiso consignar en el referido artículo 24.1 fue lo que doctrinalmente se denomina “derecho de acción”<sup>113</sup>; (iv) equiparar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con el derecho de acción<sup>114</sup>; (v) reconocer, no obstante la evidente conexión entre el artículo 24.1 y la acción, la ausencia de ésta en la redacción de aquél, y como si esto fuera poco que el texto del Anteproyecto respondía a la idea de la acción como derecho abstracto y la inclinación, en el texto definitivo, por la tesis de la acción como derecho concreto fue por factores aleatorios y no voluntarios<sup>115</sup>; (vi) advertir que el problema de discernir cuánto más se ha añadido en el artículo 24.1 se resuelve a través de los postulados de la visión concreta de la acción y de aquellas visiones de carácter abstracto de corte atenuado o intermedio<sup>116</sup>; (vii) admitir que el concepto del

---

<sup>109</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Op. cit.* p. 27.

<sup>110</sup> *Ídem.*

<sup>111</sup> ALMAGRO NOSETE, José, citado por CHAMORRO BERNAL, Francisco, *ob cit.*, pp. 371 y s.

<sup>112</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 135; ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Los derechos básicos del justiciable*; PPU, Barcelona, 1987; GONZÁLEZ MONTES, José Luis, *Op. cit.*, p. 1493.

<sup>113</sup> MATEU-ROS CEREZO, Rafael, citado por CHAMORRO BERNAL, Francisco, *Op. cit.*, p. 372.

<sup>114</sup> MORENO CATENA, Víctor, y otros, *Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, t. I, v. I, p. 164.

<sup>115</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, citado por TOME GARCÍA, José Antonio, *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, Montecorvo, Madrid, 1987, p. 35.

<sup>116</sup> VALLESPÍN PÉREZ, David. *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 130.

derecho a la tutela judicial efectiva se delimita por la significación del derecho de acción a nivel constitucional, en una actuación que parece acertada por sus resultados<sup>117</sup>; que el derecho de acción se constitucionalizó como derecho a la jurisdicción; (viii) concebir y tratar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como el “derecho a la jurisdicción”<sup>118</sup> que no es otra cosa que el derecho de acción en una, para mí dudosa, “evolución” que deja atrás el hastío y la elucubración bizantina y degenerada que las innumerables teorías de la acción generaron.

El Tribunal Constitucional español ha optado<sup>119</sup> por tres directrices sobre el derecho de acción: a) como derecho de libre acceso ante los órganos jurisdiccionales contenido en el derecho a la tutela judicial efectiva; b) rechazo de la acción en sentido concreto; y, c) como derecho fundamental que coincide con el derecho a un proceso que concluye por sentencia sobre el fondo bajo ciertos requisitos y presupuestos procesales. Este hecho no ha dejado de ser criticado<sup>120</sup> como negativo por hacer complejo el entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva y generar detrimento de las garantías previstas en el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución española.

Pasando al ámbito nacional, la prescripción del artículo 139.3 de la Constitución marcha al compás de los ordenamientos garantistas que desde la segunda posguerra mundial vieron la luz, pues asume el principio de observancia de las “garantías” del debido proceso y la tutela jurisdiccional. En ningún sentido tiene connotación equivalente al “derecho” a la jurisdicción ni a otro derecho subjetivo procesal, sino “implica garantías” que le aseguran al justiciable un proceso para materializar sus derechos cuando estos no actúan espontáneamente. Por eso cuesta mucho indicar la referida disposición como precedente constitucional del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil según el cual “[t]oda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”. A su tiempo de entrada en vigencia tal vez la mayor novedad de todo el Cuerpo normativo fue esa, la presencia de un derecho nunca antes contemplado en el ordenamiento patrio. En verdad un fuerte influjo no del artículo 139.3 de nuestra Constitución, sino del artículo 24.1 de la Constitución española y evidentemente de la jurisprudencia del Tribunal constitucional español muy bien acogido en el derecho procesal civil respectivo que a su turno influyó en una reducida y no muy esclarecida doctrina latinoamericana sobre

---

<sup>117</sup> *Ídem*, p. 139.

<sup>118</sup> ALMAGRO NOSETE, José, y otros, *Comentarios a las leyes políticas*. Oscar Alzaga Villaamil (Director), *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1983, t. III, pp. 23 y s.

<sup>119</sup> VALLESPÍN PÉREZ, David. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>120</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, “El derecho a un proceso ‘administrativo’ con todas las garantías”, en *XIII Jornadas de Estudio sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas*. Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 23.

el particular. La ausencia de una Exposición de Motivos de nuestro Código condena a pensar así sobre el tema.

En nuestro Código Procesal Civil el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva encierra al derecho de acción, así se entiende de su artículo 2 que dice: “Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (...) puede recurrir al órgano jurisdiccional...”. En esta línea sólo el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva dinamiza el derecho de acción, cosa curiosa, la acción que tiene por esencia ser eminente pieza dialéctica del proceso ahora resulta activarse sólo por el ejercicio de otro derecho, que se deberá entender, entonces, más amplio o superior. El inconveniente se agudiza cuando contradictoriamente el artículo siguiente consagra que “[l]os derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio...”. Si el ejercicio del derecho de acción es ilimitado e irrestricto ¿qué tiene que superponerse a él el ejercicio de otro derecho?, que en todo caso resultaría limitándolo y restringiéndolo.

La doctrina nacional cuando intenta ocuparse del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva llena sus páginas con el estudio de la acción<sup>121</sup>, refiriéndose a ésta como una manifestación procesal de aquélla, y si pretende ser un poco más audaz, acude a la doctrina y jurisprudencia procesal constitucional de España e irreflexivamente hecha tierra sobre la construcción de un sistema procesal que debió respetar la integridad del derecho de acción, como sí se hizo antes y después, valgan de ejemplos el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica<sup>122</sup> y el Proyecto de Código General de Proceso colombiano, ¿acaso de su texto se logra divisar ese megaderecho a la tutela jurisdiccional efectiva?. Un caso distinto es el de la doctrina brasileña que intenta asumir “un nuevo nombre”<sup>123</sup> del derecho de acción en el “derecho” a la tutela jurisdiccional efectiva, es más, se dice que con esta “nueva” denominación se atribuye a la acción, las consecuencias del *status* de un derecho elevado a nivel de fundamental. No es acaso esta lógica altamente viciosa y extraviada. El derecho de acción no necesita cambiar de nombre para “descubrir” su fundamentalidad y mucho menos es “una manifestación” de un tristemente célebre megaderecho.

Otra hubiera sido la connotación de la presencia de la garantía de la “tutela jurisdiccional”, innecesariamente calificada de efectiva, en vez del “derecho” a la

---

<sup>121</sup> Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan, “El derecho a la tutela jurisdiccional”, en *Introducción al proceso civil*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 245 y ss.

<sup>122</sup> AA. VV., *Un «Codice Tipo» di Procedura Civile per l'America Latina* (a cargo de Sandro Schipani y Romano Vaccarella), Roma e America – Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, II Università di Roma – Consiglio Nazionale delle Ricerche, Cedam, Padua, 1988, *passim*.

<sup>123</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, TR. Aldo Zela Villegas, Palestra, Lima, 2007, p. 14.



referida tutela, porque no sólo encajaría en ascendencia con el artículo 139.3 de la Constitución, sino repotenciaría la real concepción fundamental<sup>124</sup> del derecho de acción y de sus correlativas garantías, que son esa mismísima tutela jurisdiccional y el debido proceso.

Continuando en escenario nacional, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional define la tutela “procesal” efectiva como la “...situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional... [y al contenido del derecho al debido proceso]”. A simple vista el mayor éxito se advierte en la omisión del término “derecho” antepuesto a “tutela procesal efectiva”, así evidencia su directa ascendencia en el artículo 139.3 de la Constitución, puesto que la naturaleza de la tutela procesal de ser una garantía no colisiona con ver en ella una situación jurídica, y corrige el error incurrido en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil. El Tribunal Constitucional ha reconocido<sup>125</sup> y definido<sup>126</sup> la tutela jurisdiccional efectiva, es más, ha descrito su contenido<sup>127</sup> apelando a su amplitud conceptual y vinculación a determinadas instituciones procesales como el derecho de acción y aquellas garantías contenidas en el debido proceso. Este esfuerzo resulta correcto en su intención e insuficiente en su concreción, más aún cuando diferenciando<sup>128</sup> la tutela judicial efectiva de un mal denominado “derecho” al debido proceso no lo hace considerando el derecho de acción que, muy por el contrario, lo desvanece en el concepto de tutela (que denomina) judicial efectiva –al más puro estilo de su par español– o reduce a una definición<sup>129</sup> propia del dualismo de su teorización.

v) *El quiebre de los mitos sobre la acción.* La historia del derecho procesal, como la de otros ámbitos jurídicos, no cierra espacio a construcciones míticas, leyendas, embrollos o cuentos de los que quienes de una u otra forma son sus orfebres se sirven para una más atractiva presentación del pasado cuando es insípido, inadecuado o inconveniente a riesgo de falsificarlo. Pero el tiempo se encarga de desnudar<sup>130</sup> esos embustes jurídicos incluidos, claro está, aquellos que se dieron en el derecho procesal<sup>131</sup>.

---

<sup>124</sup> Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor, citado por BERIZONCE, Roberto O. *Op. cit.*, pp. 9 y s; MORELLO, Augusto Mario, *Op. cit.*, p. 133; MONTERO AROCA, Juan. *El derecho procesal en el siglo XX*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 64 y ss.

<sup>125</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, expediente n° 2488-2002-HC/TC, sentencia de 18.03.04.

<sup>126</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, expediente n° 008-96-I/TC, sentencia de 23.04.97.

<sup>127</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencias nos. 4080-2004-AC/TC de 26.10.05 y 0015-2005-AI/TC de 20.01.06.

<sup>128</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia n° 08123-2005-HC/TC de 15.05.06.

<sup>129</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, expediente n° 2293-2003-AA/TC.

<sup>130</sup> CIPRIANI, Franco, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Giuffrè, Milán, 1991, pp. 13 y ss.

<sup>131</sup> DANOVI, Remo, *Tra fantasia e diritto – list of novels*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 114.

Sobre la acción importa destacar la ruptura del mito del 3 de febrero de 1903, la famosa Prolusión boloñesa de Chioventa, como el nacimiento del Derecho Procesal, o mejor, del cambio de sexo del Derecho Procesal con Chioventa porque pasó de “*procedura civile*” a “*diritto processuale*”, que terminó siendo un anónimo y equivocado natalicio asignado a la ciencia procesal, trasladándose la fecha natal de la ciencia procesal a la de la Prolusión de Parma<sup>132</sup>, también de Chioventa, de 5 de diciembre de 1901. De dejar esto en claro se ocupó Cipriani<sup>133</sup> con la consecuencia de que gran parte de la construcción doctrinal fijada por Satta, Sentís, Alcalá-Zamora y seguidores sobre el particular quedó en el vacío, sobre todo en cuanto a la acción en la Prolusión boloñesa<sup>134</sup> de Chioventa, en el que supuestamente nacía el derecho procesal con la expresión “dígase de una vez derecho procesal” que tanto refiere la doctrina hasta con desafortunada y bochornosa paráfrasis<sup>135</sup> y que queda siempre fantasmal.

vi) *La ausencia de la acción en los cuestionamientos del garantismo procesal.*- Desde la última década de la centuria pasada se viene cuestionando el sistema procesal, hasta entonces indiferentemente denominado inquisitivo, que profesa una dosis de dirección judicial mezclada de dispositivismo, de manera tal que a su través se podía identificar lo “inquisitivo” diferenciado de lo “inquisitivo puro”, siendo el primero propio del proceso dirigido por un juez dotado de poderes discrecionales respetando la dispositividad procesal, es decir, una expresión mixta entre inquisitivismo y dispositivismo; y, el segundo, propio de un proceso, a cargo de un juez abusivo por autoritario, en el que prácticamente no existe la menor garantía para el justiciable.

Ese cuestionamiento, propio de una tendencia procesalista autodenominada “garantista”, tuvo las consecuencias iniciales siguientes: (i) borró la “sutil” diferencia entre lo “inquisitivo” y lo “inquisitivo puro”, haciéndolos uno sólo, de modo tal que el proceso actual quedó embarrado de subjetivismo y todo lo que refleja registra imágenes y rostros de un pasado tan fétido como el del nazismo, fascismo, comunismo o la inquisición medieval; (ii) despertó una lectura constitucional del proceso que (partiendo de premisas históricas que denuncian el origen autoritario de los mayores ordenamientos procesales civiles europeos y latinoamericanos, terminan por exponerlos inconstitucionales) colisionó frontalmente con las deficiencias del publicismo frente a la libertad individual o, en general, al respeto de los derechos fundamentales en escenario procesal; (iii) busca reinstaurar el principio dispositivo en

---

<sup>132</sup> CIPRIANI, Franco, *Scritti in onore dei patres*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 221 y ss; *Batallas por la justicia civil - Ensayos*, Cultural Cuzco, TR. Eugenia Ariano Deho, Lima, 2003, p. 500.

<sup>133</sup> *Ídem.*, pp. 249 y ss.

<sup>134</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *La acción en el sistema de los derechos*, Temis, Bogotá, 2004, p. 114.

<sup>135</sup> MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 23

el proceso, sin dejar espacio alguno al Estado en la finalidad del proceso, la búsqueda de la verdad de los hechos ni la dirección del proceso.

Aquí conviene aclarar lo siguiente. Si el dispositivismo (autodenominado garantismo) procesal básicamente busca (i) retomar la visión dispositiva del proceso civil erradicando el publicismo procesal, (ii) eliminar los atributos oficiosos probatorios y (iii) la inalterabilidad absoluta del debido proceso, por qué no asume con corrección (*rectius est*, en serio) el enfoque de la libertad en el proceso que no es posible sino solo desde el principio fundamental de acción: la mismísima libertad del justiciable en escenario procesal. El olvido de la acción en el debate “garantismo”<sup>136</sup> contra inquisitivismo (entiéndase: dispositivismo contra publicismo) es dramático al punto tal que la Moción de Valencia y la Declaración de Azul tienen un gran y estelar ausente: el derecho de acción. ¿Qué sentido podría tener la invocación de un “garantismo” que calla, o peor, desconoce el estudio de la libertad del justiciable en el proceso? Evidentemente ninguno; por eso el discurso de ese “garantismo procesal”, en un plano procesal mínimamente serio, es sólo dispositivismo procesal. Da cuenta de esto su ausente carga genética neoconstitucional.

vii) *El (des)interés en su evolución.* Viene de la mano del pesimismo sobre la acción y de la teorización dualista de la misma, un claro ejemplo es la labor del legislador de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1 de 2000) que prefirió entenderse maniatado de positivizar el derecho de acción, porque evidenciaría la hipertrofiación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el desmoronamiento de tamaña construcción jurisprudencial en torno a él realizada por el Tribunal Constitucional español, acudió, entonces, a señalar en su Exposición de Motivos que “...se emplea en unos casos los vocablos “pretensión” o “pretensiones”, y en otros, el de “acción” o “acciones” como aparecían en la Ley de 1881 y en la jurisprudencia y doctrina posteriores, durante más de un siglo, sin que ello originara problema alguno”<sup>137</sup>. Tamaña “salida” legislativa fundida en ilusoria tradición por la que pareciera que todo el esfuerzo pasado, de encarnizadas y desveladas luchas, entre tantas teorías y doctrinas como se puedan imaginar, para nutrir el derecho de acción de razones y funciones hoy admitidas en su vigorosa operatividad fundamental, hubiera reposado sin saberse de dónde en la iluminada pluma del Tribunal Constitucional español que, al igual que el constituyente del artículo 24.1 de la tan famosa Constitución de 1978, no atisbó la doctrina sobre la acción en su “inspirada” y feliz labor; ratificada por la maltrecha justificación del “centenario no problemático” término acción, y por una estoica y anacrónica presencia legislativa (Ley de

---

<sup>136</sup> Sobre la incorrección del autodenominado “garantismo procesal” y el cabal sentido estructural del garantismo jurídico en el proceso Cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, “Objeto y estructura del derecho procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 2009, pp. 539 y ss.

<sup>137</sup> AA. VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Faustino Cordón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio J. Muerza Esparza, Isabel Tapia Fernández (coordinadores) Aranzadi, Navarra, 2000, v. I, p. 25.

Enjuiciamiento Civil en vigor) del pensamiento de Celso sobre la acción (“*actio*” romana), aún revoloteante en delirio de “tradición” o de injustificada “identidad procesal” que habla, no muy bien por cierto, de cuanto esfuerzo de ciencia se pretenda reflejar, cosa curiosa en tiempos de (neo)constitucionalismo.

viii) *Débiles intentos de fundamentalización de la acción.*- No son pocos los que atinan la constitucionalidad de la acción, pero en todo caso nunca con suficiencia, es decir, con los ajustes que el (neo)constitucionalismo entiende la fundamentalidad de un derecho.

Ya se dijo<sup>138</sup>, y con gran eco<sup>139</sup>, que la acción tiene naturaleza “cívica” entendiéndolo por ello que asume naturaleza de derecho fundamental de la persona humana<sup>140</sup>. La innegable vinculación de la acción con la política constitucional<sup>141</sup> promovió el intento de ubicar el derecho de acción (i) en una parte visible o escrita de la Constitución, de ahí que se consideró como una especie del derecho constitucional de petición<sup>142</sup>; o (ii) en una estructuración amplia del instar, de ahí que se destinó como una forma del derecho fundamental de instar<sup>143</sup>. Hasta aquí se trató de identificar el derecho de acción como derecho fundamental sin mayor fortuna, seguramente porque a su tiempo los desarrollos del constitucionalismo actual aún no florecían de manera que parecía muy ligero referir la fundamentalidad de la acción en una idea de proximidad a la supremacía de la Constitución o de derecho inherente a la persona humana en el mejor de los casos. Actualmente, una alusión a la naturaleza de la acción como “derecho fundamental” pesa tanto como traer a escena procesal la doctrina del (neo)constitucionalismo y esto es tan serio que nunca más podrá entenderse la acción si antes no se entiende la teoría neoconstitucional de los derechos fundamentales, lo contrario conduce a errores<sup>144</sup> como el sujetar la acción a técnicas procesales idóneas a la tutela del derecho material o a la existencia de un derecho a la construcción de la acción, que equivale a proponer la posibilidad de un derecho a la construcción de un derecho fundamental, lo que suena tan mal como alejado de lo que se debe entender, primero, por derecho fundamental.

---

<sup>138</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, TR. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1944, t. II, pp. 637 y ss.

<sup>139</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Op. cit.*, pp. 317 y ss; COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978, pp. 67 y ss; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, 1966, pp. 179 y ss.

<sup>140</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, UNAM, México D. F., 1974, p. 55.

<sup>141</sup> CALAMANDREI, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, TR. Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1945, pp. 139 ss.

<sup>142</sup> COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos... cit.*, p. 74.

<sup>143</sup> BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal*, Cárdenas editor, México, 1969, t. II, p. 171.

<sup>144</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, “El derecho de acción en la Constitución brasileña”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Communitas, Lima, 2008, t. XII, pp. 417 y ss.

## 5. REVOLUCIÓN CIENTÍFICA DE LA ACCIÓN PROCESAL. LA ACCIÓN Y LA EXPLOSIÓN DEL (NEO)CONSTITUCIONALISMO: EL PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN.

Comprende una “nueva etapa del logro”, una “revolución científica”, su “conversión” y una “ciencia normal”. La nueva etapa de logro es el (neo)constitucionalismo, que trajo de la mano una revolución científica: el principio fundamental de acción. Los tiempos actuales son los de la conversión y del asentamiento de una ciencia normal según el nuevo paradigma acogido por una comunidad científica auténticamente garantista.

**A) La nueva etapa de logro.-** La revolución científica que se ha producido sobre la acción es la supremacía del paradigma alternativo a todas aquellas expresiones críticas de su naturaleza y que es consecuencia de la irradiación en el mundo del derecho, incluido sin duda el derecho procesal, del fenómeno jurídico mayor de estos últimos tiempos: el (neo)constitucionalismo. La acción es un derecho fundamental (neo)constitucionalmente entendido. Esto significa primero entender el contexto de constitucionalismo actual que da espacio al derecho fundamental de acción, es decir, exponer qué comprende la nueva etapa de logro: la democracia constitucional<sup>145</sup>, el Estado constitucional de derecho<sup>146</sup>, el (neo)constitucionalismo<sup>147</sup>, el garantismo<sup>148</sup> y la teoría de los derechos fundamentales<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p. 33; BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p. 24; BOVERO, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, en *Isonomía*, Fontamara, México, n. 16, 2002, p. 31; KÄGI, Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del estado (investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional)*, TR. Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven, Dykinson, Madrid, 2005, p. 199.

<sup>146</sup> Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, TR. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001, pp. 161 y ss; FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2009, pp. 13 y ss.

<sup>147</sup> Cfr. ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)... cit.*, pp. 31 y ss. COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, *Op. cit.*, p. 75; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, *Op. cit.*, p. 164; CARBONELL, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2007, p. 9; FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, en AA. VV., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2007, p. 71; POZZOLO, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, *Op. cit.*, p. 188; SASTRE ARIZA, Santiago, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, *Op. cit.*, p. 239; BARBERIS, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en AA. VV., *Neoconstitucionalismo(s)*, *Op. cit.*, p. 259; ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 306; GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico:

**B) La revolución científica de la acción.** La revolución está dada. El nuevo paradigma es el principio fundamental de acción en el canon<sup>150</sup> neoconstitucional, un

---

el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, ed. de M. Carbonell, UNAM, México D. F., 2001, p. 153; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002, p.109.

<sup>148</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Garantías constitucionales”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 39; *El garantismo y la filosofía del derecho*, TR. G. Pisarello, A. J. Estrada y J. M. Díaz, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2000, pp. 120 y ss; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, TR. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bondrés, Trotta, Madrid, 1995, pp. 915 y ss; PEÑA FREIRE, Antonio M., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 25; GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México D. F., 2001, pp. 220 y ss; *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, TR. Jordi Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 185 y s; ZOLO, Danilo, “La strategia della cittadinanza”, en *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 33.

<sup>149</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1992, p. 20; *Ley, Principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 47; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 27 ss; *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2007, pp. 134 y ss; AUSTIN, John, *El objeto de la jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, *passim*; HART, Herbert L., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, *passim*; Kelsen, Hans, *Op. cit.*, pp. 34 y ss; DWORKIN, Ronald, *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1980, pp. 84 y ss; *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 158; ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, pp. 11 ss; *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, TR. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 95; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 86 y ss; BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 95 y ss; ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 109 y ss; PATTARO, E., “Alle origini della nozione ‘principi generali del diritto’”, en *Soggetto e principi generali del diritto*, M. Bascù (compilador), Giuffrè, Milán, 1987, p. 47; CARRIÓ, Genaro, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pp. 32 y ss; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 3 y s; IGARTUA Salaverria, J., “Sobre ‘principios’ y ‘opositivismo legalista’”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1986, n° 14, pp. 25 y ss; BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 141 y s; JORI, Mario, *Saggi di metagiurisprudenza*, Giruffrè, Milán, 1985, p. 301; ASIS ROIG, Rafael de, “Dworkin y los derechos como triunfos” en *Ronald Dworkin. Estudios en su Homenaje*, TR. María Angélica Rojas Andonaegui, Agustín Squella (ed.), Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso, 1993, pp. 161 y ss; CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, Fontamara, México D. F., 2004, pp. 243 y ss; COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1998, 21-II, p. 90; LARIGUET, Guillermo, “Conflictos trágicos y ponderación de derechos”, en *Diritto & questioni pubbliche*, 2005, n° 5, pp. 68 y ss; BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, TR. Juan Luis Requejo Pajés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 129; GIANFORMAGGIO, L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Turín, 1986, p. 102.

<sup>150</sup> Cfr. BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford, “Los cánones en el derecho constitucional: qué son y cómo se conforman”, en *El canon neoconstitucional*, Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (editores), Universidad Externadode Colombia, Bogotá, 2010, pp. 37 y ss.

paradigma incompatible con el anterior (la acción como derecho autónomo y abstracto) y con todos sus paradigmas alternativos.

Esto es consecuencia de la cuestión crucial del garantismo: los derechos no se deben confundir con sus garantías. Si esto es así ¿cuáles son las garantías del principio fundamental de acción? La tutela jurisdiccional y el debido proceso.

El nuevo paradigma de la ciencia procesal exige entender que:

- i) Los derechos fundamentales son valores y principios inspirados en la naturaleza y dignidad humanas, que se positivizan o reconocen expresa o implícitamente en la Constitución, desde donde se concretizan horizontal o verticalmente, legitimando el poder público, su estructura y obrar (positivo o negativo), bajo un control amplio y una tutela reforzada.
- ii) La genética jurídica del derecho fundamental de acción no es la de la *actio romana*, sino de la gesta libertaria del constitucionalismo que se remonta en su primer momento a la Inglaterra de 1215 (*Magna Carta Libertatum*).
- iii) El contenido del derecho de acción es libertario y social. No es únicamente un derecho que genera el obrar negativo del Estado (no interfiere con la libertad del justiciable traducida en dispositividad procesal) sino también del obrar positivo estatal (el Estado debe proporcionar a los ciudadanos un servicio estatal de justicia adecuado).
- iv) La tutela jurisdiccional es una garantía, por eso no sólo está demás calificarla “efectiva”, sino nunca podrá ser derecho porque su ser se da gracias a la vinculación deóntica que tiene con un derecho (la acción) que es el que la genera.
- v) Si las garantías de un derecho, que siempre son las condiciones negativa y positiva del obrar estatal, existen porque existe un derecho del que emanan, las garantías de la acción son posteriores y dependientes de ella.
- vi) El derecho fundamental de acción es pieza medular del garantismo en el proceso<sup>151</sup> (muy distinto del autodenominado “garantismo procesal” que solo es dispositivismo procesal). No se puede pensar en garantismo procesal al margen del derecho fundamental de acción.
- vii) El contenido de la garantía del debido proceso es todo él garantías, de ahí que el ejercicio del derecho de acción implica las garantías del juez predeterminado, de la imparcialidad del juez, a una sentencia motivada, a una tutela diferenciada, etcétera.
- viii) La acción no es contenido de ningún derecho genérico de peticionar ni de otro de instar, es derecho fundamental continente de los derechos de defensa en juicio, de contradicción, de impugnar, de probar alegaciones, etcétera.

---

<sup>151</sup> Cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, “Objeto y estructura del derecho procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 2009, pp. 539 y ss.

- ix) El principio fundamental de acción se aplica por ponderación y ésta es la clave para solucionar el conflicto entre publicismo y dispositivismo a través del principio de proporcionalidad.

**C) La etapa de conversión.** No 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 neoconstitucional. De ahí que la conversión al paradigma tiene ámbito de desarrollo en los términos neoconstitucionales de la acción, que si son callados por los procesalistas es porque aún están en la necesidad de compenetrarse en su contacto.

**D) La ciencia normal.** El principio fundamental de acción domina la concepción garantista del proceso. Corresponde aclarar aquí que la estructura<sup>152</sup> del derecho procesal no sólo es garantista, que diferencio plenamente del dispositivismo que se autodenomina “garantismo procesal”, sino es también eficientista, que diferencio plenamente del publicismo al que se le ha denominado inquisitivismo, lo que implica que el derecho no se puede entender válidamente o bien por la consagración de la efectividad constitucional o bien por la primacía de la eficiencia de la justicia, sino como el equilibrio entre libertad y autoridad y eso es precisamente el derecho de acción en su nuevo paradigma de principio fundamental, lo que no significa que esta sea una visión centrista, mixta o conciliadora, nada de eso. Se trata de entender que el derecho procesal es estructuralmente<sup>153</sup> garantista y eficientista. Y en esto el principio fundamental de acción, entendido como tal, y sólo así, posibilita ese equilibrio entre libertad y autoridad a través de su aplicación por el principio de proporcionalidad<sup>154</sup> y el criterio de razonabilidad<sup>155</sup>. La ciencia normal actual del proceso está en la línea del canon constitucional.

---

<sup>152</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto. *Op. cit.*, pp. 539 y ss.

<sup>153</sup> *Ídem.*

<sup>154</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 95 y s; *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 35 y ss; BRAGA, Valeschka e Silva, *Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade*, Juruá, Curitiba, 2004, p. 25; GÓES, Gisele Santos Fernández, *Princípio da proporcionalidade no processo civil*, Saraiva, San Pablo, 2004, p. 28; DOS SANTOS, Jarbas Luiz, *Princípio da proporcionalidade – Conceção grega de justiça como fundamento filosófico – Implicancias*, Juárez de Oliveira, San Pablo, 2004, p. 59; FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Princípio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 279; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Instituto Garcia Oviedo, Sevilla, 1988, p. 81; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 115; BUECHELE, Paulo Armínio Tavares, *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*, Renovar, Río de Janeiro, 1999, p. 127; GUERRA FILHO, Willis Santiago, “Princípio da proporcionalidade e teoria do direito”, en *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Malheiros, San Pablo, 2001, p. 270; CAMPOS, Amini Haddad, *O devido processo proporcional*, Lejus, San Pablo, 2001, *passim*; CASTILLO BLANCO, Federico, *Princípio de proporcionalidad e infracciones disciplinarias*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 28;



## 6. CONCLUSIÓN

Se ha determinado que (i) el viejo paradigma de la acción es el que la muestra con una carga genética de la *actio* romana modelada por Savigny y esparcida en el cientificismo procesal como derecho subjetivo, público, autónomo, abstracto y cívico, y (ii) el nuevo paradigma de la acción la asume con una carga genética libertaria, que se remonta a la Carta Magna de 1215, es decir, a toda la historia conocida de los derechos fundamentales, sencillamente porque el derecho de acción es un derecho fundamental procesal, expresión de libertad y dignidad del justiciable en escenario procesal, lo que dice mucho si se congenia con la aprehensión neoconstitucional de la teoría de los derechos fundamentales.

El principio fundamental de acción se diferencia de sus garantías: el debido proceso y la tutela jurisdiccional. Esto exige entender que (i) la acción como principio fundamental tiene un contenido fundamental: derechos de postular, alegar, probar (confirmar), impugnar, a reconocer hechos, desistirse de pretensiones, de actos o del proceso, etcétera; (ii) los derechos no son sus garantías, no existen derechos-garantías; los derechos fundamentales comprenden la manifestación deóntica de lo permitido y las garantías de esos derechos comprenden las manifestaciones deónticas de lo prohibido y lo obligatorio, de manera que el principio fundamental de acción vincula deónticamente sus garantías que son el debido proceso y la tutela jurisdiccional, vinculación que es a su vez la de sus respectivos contenidos; esto implica que es un error entender el debido proceso como un derecho cuando estrictamente es una garantía por la que el proceso se desarrolla con la observancia fidelísima de todos sus principios, y en el caso de la tutela jurisdiccional mal se hace en proyectarla como un derecho cuando su origen lo describe como auténtica garantía y como tal de más referirla como “efectiva”; y, (iii) el principio fundamental de acción se aplica por ponderación cuando su contenido se confronta con el de otros principios fundamentales o bienes constitucionales. Así, cuando se invoque la justicia prometida en la constitución frente a la libertad comprendida en el derecho de acción, el principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad serán los que determinen el contenido de la acción *in casu*.

---

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Sevilla, Ediciones del Instituto García Oviedo, n. 52, 1988, pp. 116 y s.

<sup>155</sup> Cfr. ESCARRAS, J. C., “Conseil constitutionnel et Ragionevolezza: d’un rapprochement improbable à une communicabilité possible”, en AAVV, *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1994, p. 219; ZAGREBELSKY, Gustavo, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Boloña, 1988, pp. 147 y ss.; “Su tre aspetti della ragionevolezza”, en AAVV, *Il principio di ragionevolezza. Op. cit.*, 1994, pp. 179 y ss; LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 160 y ss; CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, *passim*.