

EL DERECHO PROCESAL EN EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Rene Molina Galicia
Universidad Central de Venezuela

1. El objetivo de esta ponencia, es contribuir a la discusión sobre si es necesario establecer una nueva parcela del saber jurídico denominada derecho procesal constitucional¹, o si de lo que se trata, es de una concepción de la teoría del derecho que intenta superar las visiones tradicionales en el campo del derecho procesal². Nos encontramos ante un nuevo paradigma, en el momento del tránsito del procesal normativista dogmático al constitucional, y esto supone una nueva perspectiva a los antiguos problemas que han agobiado la doctrina procesal. Es decir, estamos dentro de un marco radicalmente distinto del pensamiento que permite entender y explicar, viejos y nuevos aspectos de las instituciones procesales, aquellas ideas básicas en las que se sustenta la construcción científica y que condicionan la aplicación del derecho procesal. El cambio del paradigma procesal normativista, dogmático al constitucional, suponen ver desde una nueva perspectiva los antiguos problemas que han agobiado la doctrina procesal.

2. La supremacía de los derechos fundamentales asentados en el ordenamiento constitucional, acarrearán innumerables consecuencias en el dominio del proceso civil como intentaremos seguidamente evidenciar. Para fundamentar esta tesis voy a bosquejar en primer lugar, lo que implica la concepción de un estado constitucional de derecho y su impacto en el ámbito del derecho constitucional; para seguidamente, constatar cómo esta concepción ha transformado los fundamentos del derecho procesal. Debo antes hacer una confesión: para mí y para muchos colegas venezolanos tratar un tema como el propuesto implica un enorme esfuerzo de imaginación y una inquebrantable fe en el derecho, ya que mientras redacto esta ponencia, en mi país una Juez permanece privada de su libertad recluida en un centro penitenciario desde el día 10 de diciembre de 2009 por haber emitido en ejercicio de sus funciones, conforme a lo establecido en la Constitución, la Ley y el dictado de su conciencia una sentencia que no fue del agrado del gobierno. Mientras que hoy, estoy ante ustedes exponiendo las bases conceptuales que explican y justifican el nuevo paradigma constitucional y de derechos humanos, consagrados en una de las más avanzadas constituciones del mundo como lo es la venezolana de 1999, funcionarios judiciales hacen uso de las leyes como mecanismo de represión política y mantienen en las cárceles a un importante número de venezolanos por el solo hecho de disentir. Por eso, al dar inicio a esta ponencia, quiero dejar constancia ante un auditorio tan calificado como este, que el principio axiológico básico de todo ordenamiento constitucional está orientado a la garantía efectiva de los derechos e intereses de los individuos. Lo que implica que debe ser tutelada por un poder judicial independiente, en el que el juez tiene como único dueño de su conciencia y de su actuación, la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, sólo a ellos debe obediencia... a nada ni nadie más!

CAMBIO DE PARADIGMA Y SUS CONSECUENCIAS

3. Debemos advertir que estamos ante dos modelos normativos diferentes, el iuspositivista del Estado legislativo de Derecho y el modelo del Estado Constitucional de Derecho, que es una evolución del anterior y producto a su vez de los traumas de la Segunda Guerra Mundial. Básicamente este modelo supone un triple cambio de paradigma en:

- 3.1. La naturaleza y estructura del Derecho, porque cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de su forma de producción, sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales.
- 3.2. La naturaleza de las ciencias jurídicas, toda vez que la posible divergencia entre Constitución y legislación confieren un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo al estudio de la ciencia jurídica.
- 3.3. La Jurisdicción, se altera su papel que ahora es, aplicar la Ley sólo si es constitucionalmente válida, lo que implica un juicio sobre la Ley misma que el juez tiene el deber de hacer.

¹Según lo afirma García Belaunde, fue Niceto Alcalá-Zamora y Castillo quien inicialmente usó la denominación "Derecho Procesal Constitucional".

²Existen en la doctrina dos tendencias, la que lidera y tiene como figura central al gran maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio, quien desde el año 1956 ha venido luchando denodadamente por forjar lo que se ha denominado Derecho Procesal Constitucional, dotándola de contenido, denominación y delimitación, al haber sistematizado los distintos sistemas procesales de protección constitucional que tienen por objeto restablecer o evitar el quebranto de los valores, principios y normas constitucionales, así como el estudio comparativo de las magistraturas constitucionales. Como vemos es un estudio focalizado sobre un área del saber. Héctor Fix-Zamudio, publicó en el año 1956, su primer trabajo: "La aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional", posteriormente aparecen entre otras las siguientes obras: "Escritura Procesal del Amparo", "El Derecho Procesal Constitucional", "25 años de Evolución de la Justicia Constitucional, 1940-1965", "Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica", "Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano". En la década de los 80 se crea el Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, promovido por el profesor Néstor Pedro Sagüez. En el año 2008, se publica en 12 Tomos, un homenaje al Doctor Fix-Zamudio denominado "La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional", que al decir del autor de la obra el destacado jurista mexicano Eduardo Ferrer Mc Gregor, consolida la ciencia del Derecho Procesal Constitucional.

En el otro extremo de la confrontación conceptual, tenemos al tratadista catalán Jordi Nieva Fenoll cuya ponencia "La Jurisdicción Constitucional: ¿Un Problema?" publicada en la edición de la presente jornada, plantea que para quien no existe una disciplina autónoma con esa denominación, toda vez que el tema constitucional no puede ser ignorado en su contenido, por ser algo que irradia a todo el Derecho Procesal en su conjunto. Algunos de los promotores de este nuevo impulso han sido: Robert Alexy, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchis y Riccardo Guastini, entre otros

4. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico, es lo que ha dado pie al desarrollo de lo que se ha denominado constitucionalismo y en algunos casos neo constitucionalismo, en la que se designa una Teoría, una ideología y un método de análisis del Derecho. El neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales:

- 4.1. Una que concibe la Constitución como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al Poder Judicial,
- 4.2. La otra, la que concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político.

De estas dos tradiciones, surgen las Constituciones normativas garantistas, esto es, que además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho, esas Constituciones generan de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles.

5. El Constitucionalismo impulsa una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más relevantes son: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos jurídicamente sobresalientes; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario y por último coexistencia de una constelación plural de valores a veces tendencialmente contradictorios. En definitiva de alguna manera todo deviene del Derecho Constitucional y en esa misma medida la Ley deja de ser el referente supremo para la resolución de los casos.

6. El tránsito del estado de Derecho hacia el Estado Constitucional, es lo que ha permitido el nacimiento del paradigma del constitucionalismo o el paradigma del Estado Constitucional de Derecho⁴ en el que se ha desfigurado la contraposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo; En efecto:

- 6.1. El Derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica; se ha rematerializado. Así el sistema jurídico está vinculado a la moral.
- 6.2. Los principios Constitucionales permiten por su particular estructura expandir su ámbito de influencia. Alexy habla en este sentido de una omnipresencia de la Constitución⁵, que sobre el ordenamiento y sobre su aplicación. Se produce un efecto de irradiación de los principios constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico, cuya interpretación se somete a los principios constitucionales, pues los principios constitucionales son capaces de disciplinarlo todo, amplía la aplicabilidad del sistema jurídico, de modo que nada queda fuera de su calificación deóntica.
- 6.3. Los principios constitucionales alientan una forma distinta de aplicar el Derecho, la ponderación. Tal ponderación remite necesariamente a un razonamiento jurídico complejo, cuyas premisas van más allá del marco normativo cuya aplicación no responde propiamente al esquema subsuntivo de aplicación del Derecho como se ha concebido tradicionalmente. La teoría de los principios remite en última instancia a una teoría de la argumentación jurídica.
- 6.4. Se desplaza el protagonismo del legislativo al judicial. Y es que el control último de constitucionalidad y legalidad de las normas se atribuye a instancias jurisdiccionales. Es aquí donde radica la grandeza y la miseria de esta teoría porque de la textura moral, de la calidad intelectual, de la independencia del juez, dependerá la grandeza o miseria de la justicia.

7. La insuficiencia del modelo de reglas para dar cuenta del Derecho que presenta estándares normativos como los principios y la insuficiencia de la subsunción para dar cuenta de la aplicación del Derecho, es lo que ha generado la crisis de la Ley, lo que implica también la crisis de la corriente positivista.

8. Pero a su vez el constitucionalismo o neo constitucionalismo, supone también la transformación del iusnaturalismo al ceder el argumento de la justicia ante el argumento de los principios. Según el argumento de los principios, en todo sistema jurídico existe una serie de principios inmanentes que de alguna manera fundan la vinculación del Derecho a la moral, que repercute sobre el resto del ordenamiento impregnándolo. Alexy concibe los principios como mandatos de optimización

en el sentido de que se trata de normas que exigen del juez ser aplicadas en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que el juez debe observar la realidad social y los principios y reglas concurrentes e incorporar a su argumentación la norma objeto de optimización en la mayor medida posible, y es que desde esta perspectiva, como lo hemos dicho, todo Derecho presenta una disposición a su Constitucionalización, en la medida en que todo sistema jurídico presupone un ideal que bajo ciertas circunstancias fácticas y jurídicas se actualiza en el momento de la argumentación.

9. Según Fioravanti⁶ las modernas constituciones representan el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo, de allí que las constituciones modernas se definan por la conjunción de dos rasgos: el de ser una norma que limita al legislador y el de ser una norma directiva fundamental. La concepción de la Constitución como norma afecta directa y especialmente a las funciones de quienes han venido desempeñando la labor jurisdiccional. Éstos, es decir, los jueces ya no pueden responder a un modelo cognoscitivista y deductivista de aplicación de la Ley, ya que los preceptos constitucionales dejan un alto margen de actuación que no se pueden resolver mediante los criterios habituales de interpretación, sino que hay que recurrir a la operación argumentativa de la ponderación. Por otra parte, es innegable que la presencia de principios y derechos en la constitución ha supuesto la plasmación jurídica de pautas que tienen indudablemente un carácter moral. Habermas⁷ expresa esta idea cuando afirma que la moral ya no se cierne por encima del Derecho, (Como sugiere todavía la construcción del Derecho natural racional en forma de un conjunto suprapositivo de normas) sino que emigra al interior del Derecho positivo, pero sin agotarse en el Derecho Positivo. Es el tránsito del derecho natural en las formas de Derechos Constitucionales. Para Robert Alexy⁸ al incorporarse los derechos humanos en la constitución, aquellos se convierten en derechos fundamentales y adquieren rango constitucional. Si bien el contenido de los derechos humanos se mantiene, se produce una modificación en su estructura ya que no solo son derechos contra el Estado, sino que además son derechos frente a otros seres humanos.

10. Para el filósofo jurídico Manuel Atienza⁹, el paradigma constitucionalista que quizás aún se encuentra *in statu nascendi* es una concepción en la que se combinan ciertos aspectos del realismo, del positivismo y del iusnaturalismo, que pretende dar cuenta y servir para el derecho de los Estados constitucionales.

11. Según Luigi Ferrajoli¹⁰, tras las experiencias de los regímenes fascistas que mediante formas políticamente democráticas, habían conquistado el poder primero y destruido la democracia después, surge lo que se ha denominado constitucionalismo del siglo XX cuyo objetivo es proteger y garantizar la democracia. De allí, el nexo estructural entre democracia y constitucionalismo. Para que un sistema político sea democrático, es necesario que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son, para Ferrajoli, también garantías de la democracia, donde la jurisdicción en la medida en que ha de verse como aplicación e interpretación de las leyes de conformidad con la Constitución, incorpora también un aspecto pragmático y de responsabilidad cívica.

12. Para Prieto Sanchís¹¹ el constitucionalismo ha propiciado el alumbramiento de una teoría del derecho en muchos aspectos distinta y hasta contradictoria con la teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de derecho decimonónico. La referida singularidad puede referirse en una idea de escueta formulación pero de profundas y fecundas consecuencias: constitucionalismo de los derechos o si se prefiere, constituciones materiales y garantistas. Con una protección encomendada a los jueces, en donde los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico. La constitución establece una regulación principista, en ella hablan muchas voces, pero el legislador y el juez escuchan la misma voz. Se aplica mediante la ponderación, que es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión de allí que no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado y eso significa que se debe descartar la existencia de un mundo político separado e inmune a la influencia constitucional.

⁶FIORAVANTI, Maurizio. "Los Derechos Fundamentales". Editorial Trotta, Madrid. 1996; "Constitución. De la antigüedad a nuestros días". Editorial Trotta, Madrid. 2001.

⁷HABERMAS, Jürgen. "Facticidad y Validez". Editorial Trotta, Madrid. 1998

⁸ALEXY, Robert. Ob. Cit.

⁹ATIENZA Manuel. "El sentido del Derecho". Editorial Ariel. 1º Edición: 2001.

¹⁰FERRAJOLI, Luigi. "Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia". Editorial Trotta. Madrid. 2006. Y del mismo autor, "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales". Editorial Trotta. Madrid. 2005.

¹¹PRIETO SANCHÍS, Luis. "Constitucionalismo de los Derechos". En la obra colectiva "Teoría del Neoconstitucionalismo". Editorial Trotta. Madrid. 2007.

EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO PROCESAL

13. Ahora bien, cambiar los paradigmas existentes para asumir el constitucional, implica redescubrir principios e instituciones que estaban presentes pero que hasta entonces no habíamos reconocido. Incluye también, las antiguas concepciones como una verdad parcial, como un aspecto de la realidad. Este nuevo marco, abre puertas y ventanas a nuevas visiones pero tal como lo advierte Kuhn¹², el desafío metodológico que tenemos es que no se puede acoger el nuevo paradigma sin prescindir del antiguo, porque en definitiva la nueva perspectiva exige un giro mental que permita captar, desarrollar y profundizar las nuevas instituciones procesales.

14. En consecuencia, el paradigma constitucional del derecho procesal es una concepción que pretende ser una respuesta articulada a las interrogantes claves que se plantean a propósito del derecho procesal: ¿por qué y para qué existe el proceso?. ¿Si los derechos reclamados en el proceso sólo son los que están en las normas? o ¿también son, los que están más allá de las normas? ¿Si podemos distinguir en el proceso entre las garantías constitucionales y de derechos humanos como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley, y la ley como reglas establecidas por el legislador? ¿Pueden los derechos no estar en las normas sino más allá de las normas? ¿Corresponde al Juez atribuir dignidad y tutela jurídica a las nuevas necesidades y a los nuevos derechos? ¿Ha pasado el Juez de ser un pasivo y mecánico aplicador de normas para convertirse en garante de justicia y de los derechos fundamentales y al mismo tiempo, ser intérprete responsable y activo de las necesidades de tutela que emergen en el contexto social? Debemos replantearnos, ¿cuál es el rol de la función jurisdiccional a la luz de los principios constitucionales y de derechos humanos? ¿qué objetivos y valores se pueden alcanzar mediante la función jurisdiccional? ¿cuál es el sentido del derecho procesal bajo el prisma constitucional y de derechos humanos? En conclusión ¿en qué medida el constitucionalismo y en ella el derecho procesal, es una respuesta a los viejos dilemas del iuspositivismo versus iusnaturalismo, del realismo jurídico y del sociologismo? son algunas de las interrogantes que el paradigma constitucional plantea.

15. La idea predominante en el campo del derecho procesal es que la relación derecho y proceso es un fenómeno jurídico exclusivamente normativo. Así, la perspectiva clásica viene explicada por el esfuerzo histórico del derecho procesal por constituirse como ciencia autónoma. Derecho y proceso se conciben como dos entes independientes: el derecho sustantivo y el derecho procesal. El primero aporta soluciones respecto a los problemas de fondo de cada caso concreto, es decir, la jurisdicción se establece fundamentalmente para la actuación del derecho objetivo promulgado por el Estado. Mientras que el segundo, se ocupa exclusivamente de los problemas de forma o procedimientos, de allí se afirma que el proceso es el instrumento para el ejercicio de la acción y de la jurisdicción¹³.

16. Para otro sector doctrinal y como un perfeccionamiento del punto de vista de la teoría dualista, los dos términos del problema derecho-proceso se reducen a uno sólo: a la experiencia procesal del derecho. En la teoría monista, el Juez al ejercitar la jurisdicción sustituye la voluntad de la norma jurídica y detrás de este voluntarismo se asoman con rasgos no definidos ciertos trasuntos del realismo jurídico. De manera pues, que gracias a la dinámica conjunta de la acción y de la jurisdicción en el proceso se crea, caso por caso, el Derecho.

17. Derecho y proceso es visto como comportamiento humano, en donde el principal problema que se plantea es el enfrentamiento del Juez con la norma jurídica, es decir, la relación Juez-ley, cuáles son las posturas teóricas-jurídicas que se adoptan en torno a la misma y el papel de la ley en el ámbito de la experiencia judicial del derecho. Aflora en toda su intensidad la aplicación del derecho, la actividad mediadora del Juez entre la norma y el caso concreto. Esto es, el enfrentamiento entre la actividad jurisdiccional y la ley, es fundamentalmente vista desde el ángulo procesal como una operación de subsunción que responde a una visión silogística de la sentencia¹⁴.

18. Del binomio Juez-ley, surgen un sinnúmero de escuelas interpretativas que van desde la sumisión absoluta del Juez a la ley, en donde el Juez se limita a ser la boca que pronuncia las palabras de la

ley hasta la postura diametralmente opuesta desarrollada por la Escuela de Derecho Libre, esto es la liberación absoluta del Juez frente a la norma jurídica. Es el paso del absolutismo legal al absolutismo judicial, queda planteado así el dilema entre la aplicación o creación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales.

19. Desde otro punto de vista, el proceso es jurídico en cuanto esté regulado por el derecho pero al mismo tiempo es algo vivo en la realidad, es un instrumento para la recta aplicación del derecho. Por este camino, llegamos a la definición del derecho procesal como método del juicio y por ende, del derecho. Se inicia así el examen de los problemas concretos que el procedimiento presenta en su operatividad: la organización judicial, la justicia gratuita, la duración y el coste del proceso, entre otros. Se focalizan los análisis procesales desde la perspectiva del justiciable, del usuario de justicia y cobran relevancia temas como la economía del proceso y el acceso a la justicia.

20. El carácter normativo de la Constitución, dejando de ser una mera norma programática o un simple catálogo de principios, se traduce en el campo procesal en una tutela jurídica sin necesidad de mediación legal, es decir, en la posibilidad de invocar cualquier precepto constitucional de carácter procesal como fundamento de cualquier actuación procesal¹⁵.

LAS VOCES DEL CAMBIO

21. Una de las voces que anticipa el cambio es el tratadista Eduardo J. Couture¹⁶, a partir de su famoso ensayo las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, en ese ensayo advertía el maestro como los Códigos de Procedimiento Civil son el texto que reglamenta la garantía de Justicia contenida en la Constitución y como de la Constitución a la Ley no debe sino mediar un proceso de desenvolvimiento sistemático, en el que la ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la Constitución. Es Couture uno de los primeros en advertir que la acción es el derecho cívico de petición a la autoridad y que el proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro para no angustiar por restricciones al demandado.

22. Para el procesalista italiano Piero Calamandrei¹⁷, en la base de los conceptos de jurisdicción y acción se encuentra en el Estado Moderno, la premisa fundamental de la negación de la autodefensa, lo que a su vez significa la facultad dada a los particulares de recurrir para la defensa de sus derechos a la fuerza pública del Estado. Es por eso que en el Estado Constitucional Moderno la administración de la Justicia está considerada como monopolio del Estado y está confiada de una manera exclusiva a sus órganos.

23. En su célebre discurso de clausura de las actividades del VIII Congreso de Derecho Procesal Internacional en agosto de 1987 Mauro Capelletti reseñaba tres de las tendencias que en su opinión definirían la evolución y desarrollo de la ciencia procesal, por un lado la concepción social de la justicia y de la ley cuya palabra clave ha sido la efectividad del acceso para todos al sistema legal, para sus derechos, libertades y beneficios de forma significativa y efectiva. Así se introdujo la perspectiva del consumidor de la ley y de la justicia. La segunda tendencia era la constitucionalización de los principios y reglas esenciales de la ley procesal. La tercera, la tendencia trasnacional, es decir la protección a través de jueces internacionales, tales como las Cortes de Derechos Humanos europea e interamericana. A raíz de la constitucionalización de las reglas, los principios y las garantías concernientes a la independencia y a la imparcialidad judicial, al derecho a la acción y a la defensa, el derecho a un asesoramiento adecuado y, en forma general, al debido proceso o a la equidad procesal se han atrincherado en la Constitución. Para Capelletti, esta constitucionalización de los principios, reglas e instituciones básicas del derecho procesal refleja una transformación todavía más tremenda de la naturaleza e intereses tradicionales del estudio del procedimiento civil¹⁸.

24. Michele Taruffo¹⁹ sostiene que la constitucionalización de las garantías fundamentales del proceso es vista como la fase madura de uno de los fenómenos más importantes que ha caracterizado la

¹⁵GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica*. Civitas. Madrid. 1988

¹⁶COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I*. Ediar Editores. Buenos Aires. 1948.

¹⁷CALAMANDREI, Piero. *Instituciones del Derecho Procesal Civil. Volumen I*. Editorial Ejea. Buenos Aires. 1962

¹⁸CAPELLETTI, Mauro. "El Rol de los Estudios Procesales". Traducción del inglés por Patricia Bermejo.

¹⁹TARUFFO, Michele. "Páginas sobre Justicia Civil". Editorial Marcial Pons. Madrid. 2009.

evolución de la justicia civil a partir de la mitad del siglo XX. En la que hay ordenamientos más garantistas y ordenamientos menos garantistas en función de los distintos momentos históricos y de las diversas sensibilidades éticas y políticas con respecto a las garantías del proceso. En la que a pesar de los diferentes ordenamientos existe un núcleo esencial de principios irrenunciables que gobiernan la administración de la justicia civil en los ordenamientos evolucionados, y que tienen que ver con el juez, que debe ser independiente e imparcial; con las partes, que deben ver asegurado su acceso a la tutela jurisdiccional y el derecho a defenderse; y con el procedimiento, que debe ser rápido, simple, accesible y eficiente para el ejercicio de los derechos. Partiendo de este núcleo esencial, se podría establecer en qué medida las garantías implementadas en un ordenamiento en particular corresponden a este modelo; o se podría determinar el grado de evolución democrática de los distintos ordenamientos en función de la distancia en la que se colocan con respecto al modelo, o en función de la interpretación que dan a las distintas garantías que lo componen. Ahora bien todos estos componentes deben ser analizados desde el punto de vista de su efectividad, esto es la dimensión funcional del proceso civil en el contexto socioeconómico. Debe existir una efectividad institucional, esto es, la presencia en el ordenamiento jurídico, de todos los mecanismos institucionales y procesales que son necesarios para darle un contenido efectivo a las garantías. Por ejemplo: que haya formas eficaces de asistencia jurídica a los desfavorecidos, que existan medidas cautelares adecuadas, que los procedimientos sean simples y rápidos, etc. La efectividad tiene que ver con la aplicación directa y específica de las garantías fundamentales y de los mecanismos institucionales dirigidos a su realización en cada proceso. El análisis se hace desde el punto de vista del grado de satisfacción material de las garantías que en cada uno de ellos se consagran no de sus enunciados normativos y es aquí donde quedan pendientes profundas reformas del proceso y de la organización judicial.

LOS COMPONENTES DEL CAMBIO

25. La constitucionalización de las garantías fundamentales del proceso se remontan históricamente a la Carta Magna inglesa de 1215 y a la cláusula del due process of law. Asimismo, el debido proceso es consagrado en la Quinta Enmienda de la Constitución Estadounidense, insertada en el Bill of Rights de 1791. Como vemos, aún antes del nacimiento de la ciencia procesal ya los fundamentos constitucionales del proceso estaban perfilados. Pero es a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando emerge en toda su fuerza la constitucionalización de las garantías fundamentales del proceso.

26. En este redescubrimiento de la relación entre constitución y proceso que supera la vieja relación proceso y derecho sustancial, está la razón de ser del Derecho Procesal contemporáneo y es que este solo se encuentra en la constitución y en los tratados internacionales de los derechos humanos, pues su objetivo es asegurar mediante la tutela judicial efectiva la integridad y el respeto de los valores del ordenamiento jurídico establecido por la constitución y los tratado internacionales de los derechos humanos. El presupuesto de análisis es de que el proceso es el instrumento de realización del ordenamiento jurídico constitucional y de derechos humanos. Lo que presupone la existencia de un universo constituido por los derechos materiales que el proceso debe instrumentalizar.

27. Por todo ello, es que afirmamos nuevamente que, estamos ante un cambio de paradigma, se trata del desplazamiento de supremacía de las formas por las sustancias en la que los derechos subjetivos y las pretensiones del derecho material son datos previos que el derecho procesal recibe y tiene que tratarlos según la configuración y las eficacias que les son dadas por el derecho material, en la que el proceso no solo atiende a unos principios y valores constitucionales, sino en donde además el instrumento procesal debe amoldarse a la determinación del objeto que le corresponde tornar efectivo, es decir, estamos ante una flexibilización del sistema procesal. Las bases constitucionales de los derechos individuales y del proceso, la constitucionalización del derecho de acceso a los tribunales nos obliga a flexibilizar la forma de tutela, a través de los otorgamientos de poderes amplios al juez y a las partes para ordenar la secuencia del proceso en función de la tutela judicial solicitada, lo que implica el abandono de la rigidez formal del proceso de conocimiento, es más, implica correr el riesgo de acordarle poderes discrecionales de valoraciones al juez, lo que nuestro inveterado iluminismo no admite. Nos hemos acercado con timidez a estas áreas cuando en algunos de nuestros sistemas procesales hemos abierto la

puertas a la acción cautelar innominada para lograr la efectividad de la tutela jurisdiccional.

28. En definitiva, estamos ante nuevos conceptos procesales, debemos despertar de la ilusión racionalista, responsable de la geometrización del derecho, librándolo de la servidumbre donde él se encuentra y finalmente creando jueces democráticamente responsables, no burócratas irresponsables o solo responsables ante su superior jerárquico. Pero un paso previo a todo esto es la revisión de nuestra anacrónica metodología universitaria en la enseñanza del derecho para ingresar la experiencia viva del derecho en nuestras aulas universitarias.

LA TRANSFORMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL

29. El maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo²⁰ afirmó que:

- Del proceso sabemos donde está pero no lo que es;
- De la jurisdicción sabemos lo que es pero no donde está;
- De la acción no sabemos lo que es ni donde está.

Son precisamente estas nociones fundamentales del derecho procesal, las que han sido modificadas estructuralmente a partir del paradigma constitucional. Ahora, a la luz de las transformaciones constitucionales de los fundamentos del derecho procesal podríamos contestarle al tratadista Alcalá Zamora cada una de sus interrogantes, veamos cómo:

VI. A. De la Jurisdicción a la Tutela Judicial Efectiva

30. En los orígenes de la dogmática procesalista italiana se concibió la jurisdicción en el pensamiento de Chiovenda²¹ como la actuación de la ley mediante la sustitución de la actividad de órganos públicos a la actividad ajena. Según Ferrajoli, a la luz del constitucionalismo, la jurisdicción es una garantía constitucional dirigida a eliminar o reducir el daño producido o a cohibir o a castigar a los responsables.

31. Como hemos afirmado en otras oportunidades²², a la luz de la Constitución es indudable que no hay derecho sin jurisdicción ni Estado de derecho sin independencia judicial ni tutela de derecho sin jueces. La función judicial es en consecuencia, la actividad pública más importante y el derecho a la jurisdicción se manifiesta en los estados constitucionales modernos en el derecho a la tutela judicial efectiva.

32. La función jurisdiccional esta revestida de unas características singulares en el contexto del Estado constitucional de derecho, porque es a ella a la que le corresponde darle sentido al Estado constitucional y garantizar, que todo el ordenamiento esté orientado a la garantía efectiva de los valores y principios constitucionales, que informan todo el sistema jurídico. De manera que una visión como la planteada de la función jurisdiccional implica la superación de la concepción de la jurisdicción, como solo la ejecución y aplicación de la ley al caso concreto o la declaración y/o creación del derecho en el caso particular. Lo que caracteriza a la función jurisdiccional, desde esta perspectiva, es que es ella la que garantiza el cierre del sistema mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídica en que otros poderes y los propios individuos hubieran podido incurrir. Y todo ello es consecuencia de las características básicas del Estado constitucional: supremacía constitucional, sometimiento a derecho de todos los poderes públicos y orientación a la garantía e intereses de los ciudadanos. Para que ello sea posible el soporte o presupuesto necesario es la independencia de los jueces y la efectiva funcionalidad de la jurisdicción. Es por eso que para Ferrajoli²³ el principio de jurisdiccionalidad, es definido como la necesaria justiciabilidad de todos los derechos para que los responsables de sus lesiones sean castigados es, junto al de legalidad, uno de los principios dotados de

²⁰Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. "Estudio de Teoría General e Historia del Proceso" (1945-1972). Tomo I. Editado por UNAM, México 1974

²¹CHIOVENDA, José, "Principios de Derecho Procesal Civil", Tomo 1. Editorial REUS. Madrid.

²²MOLINA, René: Reflexiones sobre una nueva visión constitucional del proceso y su tendencia jurisprudencial ¿Hacia un gobierno judicial?. 2º Edición. Editorial Paredes. Caracas. 2008.

²³FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón". Trotta. Madrid. 1995.

alcance garantista general.

33. Por su relevancia y por sus características, la función jurisdiccional tiene que ser una garantía efectiva, de allí de que se le conozca como tutela judicial efectiva. Esta exigencia de efectividad nace porque en ella convergen, directa o indirectamente, todas las demás garantías del sistema. Y ese poder jurisdiccional debe ser un poder real, es decir que goce de capacidad para imponerse a los otros poderes del Estado cuando lo exija los imperativos de garantía jurídica. Pero además y como ya lo hemos enunciado debe ser un poder independiente, tanto externa, esto es frente a los otros poderes del Estado, como interna, es decir la referida a otros órganos jurisdiccionales superiores. Y es esta independencia la que le da su peculiar forma de poder soberano y es lo que constituye la piedra final del edificio del Estado democrático constitucional de derecho. Esta independencia tiene un significado personal, como inamovilidad e inmunidad frente a controles, y funcional, es decir, la independencia de injerencias externas bien sea del ejecutivo, del legislativo o de cualquier otro poder o estructura de poder. Solo son admisibles los controles horizontales intra órganos como lo son los recursos ordinarios o extraordinarios.

34. Consecuencia de lo dicho, es que la tutela judicial efectiva implica una apertura cognoscitiva de los procedimientos judiciales, al entorno social del sistema jurídico, de modo que las pretensiones para requerir tutela y garantía, en el sistema se halla no solo en las normas legales que expresamente lo autorizan, sino también en los planos superiores de la normatividad constitucional y de derechos humanos. Esto implica la extensión de la accionabilidad a todos los bienes subsumibles en el entramado de normas y principios constitucionales. Es por esto, que la función jurisdiccional, en el Estado constitucional es una actividad ejercida por un poder real e independiente, orientado a la garantía de derechos e intereses de los ciudadanos, mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídica y a la resolución de conflictos jurídicos, al señalar los derechos e intereses que son legítimos y por tanto merecedores de tutela. Esta concepción supone la superación del modelo de jurisdicción característico del modelo de estado legislativo de sesgo liberal.

35. Es necesario insistir que el modelo jurisdiccional del Estado Constitucional de Derecho es una superación del modelo liberal de jurisdicción, en efecto, la función jurisdiccional en el modelo liberal implicó la configuración de la jurisdicción bajo los siguientes rasgos: a) Por la vinculación epistemológica entre el Juez y la Ley, de allí que se hablase de administración de justicia, no de poder judicial y que se actuase a través de procedimientos técnicos, mecánicos o silogísticos como garantes de su aplicación conforme a la voluntad de su creador. La actividad fundamental del juez era la de reconocimiento de la ley, su papel es resolver conflictos intersubjetivos, mediante la pura aplicación mecánica de las leyes; b) La independencia del Juez, en este contexto tiene un sentido externo e institucional, como prohibición de cualquier injerencia o intromisión de los poderes públicos o privados en la actividad de la administración de justicia y del juez como aplicador de las leyes; y c) El proceso judicial tiene una orientación netamente individualista, en la que juez ocupa una posición neutral en la controversia existente entre los derechos de dos partes iguales.

36. El modelo antes descrito, es incompatible con el sistema jurídico político constitucional y con un Estado Social del Derecho, y así nos encontramos ante un nuevo modelo de jurisdicción que se caracteriza, en primer lugar, por centrar su actividad en el contexto normativo y supralegal de las Constituciones que supone la superación del Imperio de la Ley, por el Imperio del Derecho y de la Justicia, al cual quedan sometidos todos los poderes públicos. En segundo lugar, por la materialización y aperturas jurídicas de numerosos derechos de contenido social, así como valores y principios plurales que legitiman un enorme conjunto de pretensiones e intereses sociales. En tercer lugar, por la corrección jurídica del ordenamiento conforme a su sentido constitucional y la garantía de una solución desde el derecho para cada conflicto entre derecho e intereses legítimos que se plantee. De este modo la actividad jurisdiccional deja de ser mera interpretación y aplicación de la voluntad del legislador expresada en la Ley y el Poder Judicial deja de ser un subalterno del legislativo. Ahora, la función jurisdiccional adquiere relevancia constitucional y el Poder Judicial pasa a convertirse en un auténtico poder en el Estado. Frente al Imperio de la Ley surge ahora el Imperio de la Justicia, como una forma de compaginar Ley y Praxis jurídica con los principios y valores constitucionales. El Poder Judicial se

convierte en el guardián del Derecho en su expresión constitucional: su función será la realización del Estado Constitucional de Derecho.

37. Es por esto que la independencia del Poder Judicial, adquiere un significado específico que supera la interpretación tradicional. Ahora el concepto se amplía para abarcar la independencia del poder judicial frente al sentido político del ordenamiento: sólo con la facultad de situarse al margen de las valoraciones y ponderaciones que realizan los poderes políticos con potestad normativa, es viable apreciar su posible desviación o ilegitimidad respecto de la Constitución. Esta independencia tiene un límite que no es otro que el propio derecho en su sentido constitucional, y es que la independencia judicial es el sometimiento del juez al Derecho, pero solo al Derecho.

38. Francisco Chamorro Bernal ha señalado que la tutela judicial efectiva es una garantía predominantemente formal o procesal que participa del carácter progresivo del proceso, y lo explica de la siguiente manera:

"...mientras se está desarrollando el proceso la tutela no existe todavía, se está gestando y puede truncarse en cualquier momento. La tutela sólo se habrá otorgado cuando, después de haber tenido acceso a la jurisdicción y al proceso el ciudadano, tras un debate contradictorio, obtenga una resolución fundada sobre la cuestión que planteó y dicha resolución se ejecute efectivamente, hasta el momento final la tutela puede malograrse. Gráficamente la tutela otorgada o in facto estaría representada por cuatro círculos, concéntricos constituidos, desde el exterior hacia el interior, el primero por el derecho de acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas, el segundo por el derecho de defensa, el tercero por el derecho a una resolución, y el cuarto y el último por el derecho a la efectividad de la tutela. Sólo cuando se han superado los sucesivos círculos concéntricos y se llega y obtiene la efectividad se ha otorgado realmente la tutela. Por su parte, la tutela en trámite de otorgamiento o in fieri, estaría representada por una flecha que atravesara esos círculos concéntricos que acabamos de describir hasta llegar a la efectividad, si la flecha traspasa el primer círculo del derecho a la jurisdicción o incluso el segundo del derecho a la defensa, pero se detiene en el tercero por haber obtenido una resolución absurda, el derecho a la tutela se habrá malogrado. De la misma forma que también se malogra si recorre los tres primeros círculos concéntricos y luego no se obtiene la ejecución de la resolución obtenida²⁴".

39. En síntesis podríamos decir, que la tutela judicial efectiva como garantía constitucional procesal, debe estar presente desde el momento en que se accede al aparato de la administración de justicia, hasta que se ejecuta en forma definitiva la sentencia dictada en el caso concreto; es decir, que una vez garantizado el acceso a la justicia, cada uno de los demás principios y garantías constitucionales que informan el proceso, tales como el debido proceso, la celeridad, la defensa y la gratuidad, deben ser protegidos en el entendido de que el menoscabo de una cualquiera de esas garantías, estaría al mismo tiempo vulnerando el principio que tutela la eficacia del proceso judicial.

40. Para Francisco Chamorro Bernal, la tutela judicial efectiva en sentido estricto es el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos haya planteado ante los órganos judiciales. Consecuentemente, los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva, sólo se infringirán si: a) se niega u obstaculiza gravemente el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los jueces y tribunales; b) se produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; c) no obtiene una resolución razonable y fundada en derecho; d) la resolución obtenida no es efectiva. Para el citado autor, el libre acceso a la jurisdicción; es decir, a esa determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, es la primera consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva y el paso previo y necesario para la prestación jurisdiccional. No se puede obtener la prestación jurisdiccional, la resolución que pone fin a la controversia, si por algún motivo no es posible acceder primero a los jueces y tribunales.

41. La garantía jurisdiccional implica la verificación, fundada sobre pruebas, de la verdad de los hechos que están en la base de la controversia. Para Ferrajoli, la legitimidad del juicio reside en la garantía de la verificación imparcial de la verdad. Lo que implica en primer término que la justicia de la decisión judicial tiene como condición necesaria la determinación de la verdad de los hechos que constituyen el

²⁴CHAMORRO BERNAL, Francisco. "La Tutela judicial Efectiva". Editorial Bosch. Barcelona. España. 1999.

²⁵TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid. Trotta. 2002

²⁶ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autodefensa y Autocomposición. Editado por: Textos Universitarios U.N.A.M. Segunda edición. México. 1970.

²⁷CALAMANDREI, Piero. Estudio sobre el Proceso Civil. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires. 1961.

²⁸CHIOVENDA, José. Principios de Derecho Procesal. Tomo I. Editorial REUS. Madrid. P. 73.

objeto de la controversia, pues tal como lo manifiesta Taruffo ninguna decisión puede decirse justa si se funda en una reconstrucción errada de los hechos. Como vemos, por esta vía se llega a reorientar la función de la prueba al considerarla como instrumento para el descubrimiento y verificación de la verdad en juicio, dejando de lado las concepciones recurrentes de la prueba como instrumento puramente retórico dirigido a crear una percepción favorable en la mente del juez.

42. En conclusión desde el punto de vista del paradigma constitucional, la jurisdicción ya no se limita sólo a determinar aquello que ya existe sino que ésta tiene una función creativa como puede ser la realización de los derechos fundamentales, aún en ausencia de normas legales ordinarias que lo prevean con el fin de asegurar que los derechos fundamentales lleguen a realizarse, con lo que en definitiva la jurisdicción desarrolla una actividad inevitablemente discrecional y marcada muy a menudo por los juicios de valor, ya el juez no está limitado a interpretar y a aplicar normas sustanciales sino que debe llegar en algunas circunstancias a crear las situaciones sustanciales en las cuales se realizan efectivamente los derechos. En la medida en que las actuaciones de esos jueces transcurran bajo las garantías de independencia e imparcialidad.

VI.B. De la Acción al Acceso a la Justicia

43. En cuanto a la acción, el profesor Nieva Fenoll afirma que la doctrina ha adoptado básicamente tres concepciones principales:

- a. Que la acción es el acto que da inicio al proceso
- b. Que la acción es un concepto que explica el papel de las partes en el proceso
- c. Que la acción es el objeto del juicio.

44. Los orígenes históricos de la acción los encontramos en la prohibición de la auto-defensa²⁶, y su transformación en la facultad que tiene el particular de exigir del Estado la protección a sus derechos por medio de los órganos de administración de justicia. Piero Calamandrei en su famoso estudio sobre "La Relatividad del Concepto de Acción"²⁷ advertía que existe una estrecha relación entre la acción y las situaciones históricas políticas y las doctrinas dominantes en una época y en un lugar determinado, fijando así la idea de la historicidad del tema de la acción.

45. Con Chiovenda asistimos a la formulación del concepto de acción como: "el poder jurídico de determinar el nacimiento de la condición para la actuación de la voluntad de la ley."²⁸ De esa forma nos encontramos con un derecho de acción concebido como autónomo, distinto del derecho subjetivo; y posteriormente llegamos al concepto de acción como el derecho abstracto y general de acudir a los tribunales de justicia, independiente de la pertenencia efectiva de un concreto derecho material. La afirmación de la autonomía del derecho de acción respecto del derecho sustantivo así como del carácter publicista del proceso y de la jurisdicción como actuación del derecho objetivo, antes que de la tutela de los derechos subjetivos, tuvo el mérito de abrir el camino al análisis científico del procedimiento jurisdiccional, entendido como conjunto de poderes, deberes y facultades procesales, tanto de las partes como del juez. Pero, también determinó el inicio de un peligroso divorcio entre el estudio del derecho sustantivo y el del proceso, como si el derecho sustantivo pudiera sostener su existencia sin la concurrencia de instrumentos procesales de tutela y como si el proceso no tuviera que adecuarse de manera continua a las necesidades de tutela de los derechos sustantivos particulares.

46. Superado el formalismo de los años treinta y hasta bien adentrados los años sesenta, esta separación entre derecho sustantivo y proceso, produjo consecuencias muy negativas basadas en la naturaleza atípica del derecho de acción, es decir, de su idoneidad para asegurar a todos el poder de actuar en un juicio por el simple hecho de considerarse titulares de un derecho cualquiera, reconocido por la ley sustantiva. Se cayó así en la tentación de considerar que el proceso puesto en marcha por medio del ejercicio del derecho de acción sería en esencia unitario, o por lo menos susceptible de distinguirse en pocas y muy generales categorías clasificadas como: de condena; meramente declarativas y constitutivas; además de las acciones ejecutivas y las cautelares, que pudieran configurarse

como una categoría formal y, como tal, siempre idónea para ofrecer tutela jurisdiccional a todos los derechos previstos en la ley sustantiva, independientemente de la especificidad de sus contenidos o de los sujetos reales que fueran los titulares. Así se desatendían las necesidades prácticas de la realidad observada, todo producto de lo que se ha denominado el impacto privatista en la doctrina procesal, impidiendo de esta manera que el derecho procesal creara procedimientos sencillos, amplios y flexibles, para poder atender cualquier tutela, pues al crearse este elenco de acciones o posibles tutelas lo único que se generó fueron procesos complejos y largos, que impidieron el acceso a la justicia.

47. Es Eduardo J. Couture³⁰ con su anticipada visión constitucionalista quien advierte que la acción no es otra cosa que una manifestación del derecho constitucional de petición. Sobre estas huellas Fairén Guillén concibe la acción como manifestación típica del derecho cívico de petición, "... de un derecho comprendido entre los derechos del hombre, del ciudadano ..."³¹

48. Hoy en día, la acción a la luz de las constituciones no es otra cosa que el derecho de acceso a la justicia. La expresión acceso a la justicia no es fácilmente definible, pero ella es útil para referirnos al principio fundamental de todo sistema jurídico: que el pueblo pueda exigir y ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado. En primer lugar, el sistema legal debe ser igualitariamente accesible a todos, y en segundo lugar, estar encaminado a que su funcionamiento sea individual y socialmente justo. Sin duda, que tal planteamiento implica una ruptura con la ideología liberal de los Estados liberales burgueses de los siglos XVIII y XIX en la que el proceso civil estaba basado en la filosofía individualista entonces prevaleciente. Desde esta perspectiva, en el sistema liberal la justicia es sólo accesible a quienes podían afrontar sus costos, de allí que nuestro sistema de justicia civil fuese sólo para quienes podían darse ese lujo, y el sistema procesal de justicia penal el método cruel para castigar la pobreza y la ignorancia, por lo que eran los más desposeídos culpables de su propia situación. De modo tal, que aún ahora, todos tenemos -teóricamente- igual derecho a pedir justicia, aunque todos sabemos que en el plano real eso no es así. El proyecto de Florencia para el acceso a la justicia liderado por Mauro Capelletti y Bryant Garth nos han revelado que el planteamiento del tema del acceso a la justicia nos obliga a preguntarnos ¿a qué precio y para beneficio de quién funcionan los sistemas legales? Tales interrogantes nos obligan a despertar a la realidad y a convertir el tema de los sistemas judiciales en una inquietud no sólo para juristas, jueces, profesores y abogados sino que, es también un tema para sociólogos, antropólogos, economistas, políticos y psicólogos, entre otros. Como expresaran Capelletti y Garth, el procedimiento no está suspendido en el vacío. Los juristas tienen que admitir que las normas procesales cumplen también una función social; que ellas, aunque permitan interpretaciones diversas, con mayor o menor amplitud influyen en la aplicación del derecho sustantivo, en beneficio de alguien, y se proyectan por tanto, socialmente; de manera que no podemos seguir pensando que los jueces están limitados sólo a dirimir conflictos de intereses individuales.³²

49. El hecho de que ese derecho se transforme en garantía fundamental comporta importantes implicaciones que debemos resaltar, la primera es que el derecho de acción pasa a integrarse en el contexto de otros principios fundamentales en tanto que se le concibe como condición necesaria para la implementación de otros derechos, incluyendo los derechos sustantivos fundamentales que también están reconocidos en la constitución y para darle efectividad a otros principios básicos. Si una constitución reconoce como efectivos los derechos de sus ciudadanos, necesariamente debe asegurar también la oportunidad de cualquier ciudadano para reivindicar sus propios derechos ante un tribunal. Desde esta perspectiva entonces podemos arribar a una primera concepción de la acción como instrumento para la implementación efectiva del sistema jurídico.

50. La segunda consecuencia importante de la constitucionalización del derecho de acción es que éste derecho formal de formular una demanda atribuida a los individuos, se transformó en el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de un acceso a la justicia igualitariamente reconocido. Se trata pues del acceso para todos al sistema legal, para la protección y/o defensa de sus derechos, libertades y beneficios; acceso a los instrumentos incluyendo los tribunales, en los que puedan hacer valer aquellos derechos, libertades y beneficios de forma significante y efectiva. Es la perspectiva del consumidor de la ley y de la justicia, es la exaltación del principio de efectividad de la protección judicial, como una consecuencia elemental de la nueva concepción social del Estado, esta concepción nos obliga

²⁹NIEVA FENOLL, Jordi. *Jurisdicción y Proceso*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

³⁰COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial Depalma, Buenos Aires. 1966.

³¹FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Editorial 1990, Librería Bosch, Barcelona. 1990.

³²ROCHE, Carmen Luisa. "Estudio sobre el Acceso de personas de escasos recursos a la justicia en el Área Metropolitana de Caracas". *Universidad Central de Venezuela*. Caracas, 2000.

a reconocer y tratar de superar la insuficiencia de la idea de un tratamiento equitativo ante la ley meramente formal. Esto significa enfocar desde una nueva perspectiva la cuestión fundamental de las sociedades modernas: el problema de la pobreza jurídica, es decir, las dificultades y los obstáculos para obtener un efectivo acceso a la justicia y como superar tales dificultades y obstáculos.

51. Tal perspectiva implica que el análisis procesal se debe tornar en un análisis contextual; las reglas, instituciones y procedimientos, deben ser vistos en su contexto social y político. El fenómeno de la pobreza, no solo económica sino también la pobreza lingüística y cultural, siempre que representen un obstáculo para la respectiva protección de los derechos, debe tornarse relevante tanto para el derecho sustantivo como procesalmente. Así, el derecho de acción es redefinido en términos de efectividad y trato equitativo. Éste es un giro fundamental en la interpretación formal del derecho de acción completamente diferente, en la cual los contenidos de la garantía de acceso a la justicia se hacen mucho más amplios y mucho más complejos.

52. El acceso a la justicia exige repensar las instituciones y procedimientos judiciales en función de la gente común, mediante procedimientos que promuevan y protejan los derechos de todos los ciudadanos, de la gran mayoría de la población, caracterizado por la gratuidad, oralidad, informalidad, rapidez, por la dirección y tutela de los juzgadores; pero igualmente requiere de una variedad de mecanismos mediante los cuales el usuario de la justicia pueda acceder a aquel que mejor le garantice los beneficios de un estado de derecho y de justicia. Otra barrera que ha de ser enfrentada para hacer efectivo el acceso a la justicia es la de garantizar un sistema de asistencia jurídica de alta calidad. Los obstáculos sociales y culturales, se revelan en el hecho de que los ciudadanos de menores recursos tienden a conocer muy poco sus derechos y en consecuencia a tener más dificultad para reconocer un problema que los afecta. Ahora bien, mientras en nuestros pueblos los niveles de pobreza se encuentren entre el 70% y 80%, esto es, un mundo ilimitado de pobreza con reducidos islotes de estamento sociales económicamente estables, y mientras el poder judicial permanezca ajeno a las realidades sociales, no será posible materializar el acceso a la justicia, ya que ésta sólo será efectivamente viable en la medida en que la erradicación de la pobreza, la corrupción, las deficiencias de los sistemas educativos y de sanidad se conviertan en una realidad real y no retórica.

53. Cuando una garantía constitucional asegura el acceso a la justicia para cualquier situación jurídica que requiera protección, tal garantía no puede ser interpretada como si se refiriese solo a derechos individuales, haciendo a un lado los derechos colectivos. Es por eso, que estas situaciones jurídicas colectivas requieren de nuevas concepciones y nuevos mecanismos procesales, y es por eso que también es uno de los más importantes desarrollos que se deriva de la visión constitucional del derecho de acción, como lo es la necesidad de suministrar a la gente protección judicial efectiva en los llamados nuevos derechos, tales como: los del ambiente, los de los consumidores, entre otros. Una característica importante de estos nuevos derechos es que no son solamente individuales, de allí que a menudo son definidos como intereses o derechos colectivos, difusos, fragmentados o supra individuales. Es aquí donde los conceptos procesales clásicos como por ejemplo, los de legitimación en causa y de res judicata, implosionan ante la imposibilidad de explicar bajo los cánones del derecho subjetivo clásico, cómo conciliar ahora, la estructura colectiva de la situación jurídica que necesita ser protegida, con la estructura de los actuales mecanismos procesales, generalmente vistos en el esquema individual.

54. Los intereses difusos, fragmentados o colectivos nos imponen la revisión de los principios clásicos del proceso civil y de la función judicial. La concepción que albergan la mayoría de nuestros códigos procesales es la de una pretensión entre dos partes acerca de sus propios derechos. Es así como la pretensión, las normas procesales y la competencia atribuida a los jueces están encaminados sólo a la defensa individual de los derechos subjetivos. Y, es que la estructura del proceso pone el acento en la confrontación entre dos litigantes, o entre dos bloques claramente delimitados de intereses contrapuestos. Lo que en realidad se suele observar en los litigios sobre intereses difusos, fragmentados o colectivos, es una estructura policéntrica con la presencia de una red compleja de pretensiones y de intereses cuyos contornos suelen ser difíciles de identificar, en los que el número e identidad de los destinatarios de la decisión a quienes les podría afectar positiva o negativamente, está lejos de estar claro.

VI.C. Del Proceso al Debido Proceso

55. Privado el ciudadano de la posibilidad de hacerse justicia por su propia mano, y monopolizado por el Estado el poder coactivo, sólo le queda al individuo, acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener la satisfacción de un derecho mediante la sentencia dictada oportunamente. Entre el acto inicial de la parte y el de la jurisdicción, hay un camino por recorrer, que en palabras del Maestro Serra Domínguez, es:

*"(...) más o menos largo, más o menos difícil que deben recorrer las partes con el juez, camino recorrido gracias precisamente a la dinámica conjunta de la acción y de la jurisdicción, y en el cual la realidad extra procesal es trasladada al proceso, primero mediante afirmaciones, luego mediante pruebas y finalmente en forma de resolución inatacable. Este conjunto de actos que reciben su impulso inicial mediante la acción y que tienden a la resolución jurisdiccional es lo que denominamos proceso..."*³³

56. En la ideología liberal clásica, el proceso civil es esencialmente un asunto de partes, es decir, un lugar en el que la solución de toda controversia se consigue a través de la libre, incondicional e ilimitada iniciativa de sujetos individuales privados. Cada uno de estos sujetos hace valer en el proceso sus propios intereses que se confrontan con los de otros individuos. El proceso civil entonces, es visto exclusivamente como una competición entre partes privadas. El Estado debe limitarse en esta concepción a prestar los servicios necesarios y a prescribir las reglas del juego ésto es, las normas procesales pero no puede gestionar ni condicionar el desarrollo de la competición entre los particulares ni mucho menos determinar o condicionar el resultado.

57. Hacia finales del siglo XIX, tienen lugar dos circunstancias destinadas a cambiar las perspectivas teóricas del proceso. En primer lugar surge la concepción de la justicia como función del Estado a través de las ideas de Adolph Wach, destinada a garantizar la actuación de la ley y el proceso se convierte en un problema público, en donde se debe garantizar la rapidez, simplicidad y eficiencia y el juez ya no es un árbitro pasivo sino que es un gestor activo de un procedimiento cuya finalidad es hacer justicia entre las partes. La segunda circunstancia es la aprobación de la reforma del Código Civil Austríaco, obra de Franz Klein, el cual se fundamenta en la premisa de que el proceso civil debe desarrollar una función social que es la realización de los derechos de todos los ciudadanos inspirada en los principios de oralidad, concentración e inmediatez del procedimiento, que promueve la idea de que la justicia civil debe ser accesible a todos, simple y eficiente.

58. A partir de la caída de los regímenes autoritarios se da un proceso de constitucionalización de las garantías procesales que se inicia con las constituciones italiana y alemana de 1948, posteriormente seguida por España y Portugal luego del fin de los regímenes autoritarios. La constitucionalización de las garantías del proceso es un fenómeno trascendental en razón de que las reglas que de alguna manera ya existían en la legislación procesal ordinaria y que por esta razón tenían una validez relativa y podían ser derogadas o anuladas, se hacen absolutas y se elevan al rango de principios fundamentales destinados a funcionar como criterios de valoración de la legitimidad de las normas procesales ordinarias con ello, se consolida la concepción publicista del proceso civil.

59. Lo más importante desde la perspectiva constitucional, es la concepción del proceso como instrumento fundamental de garantía de los derechos reconocidos por la ley. El proceso no es un fin en sí mismo sino que a través de él se tutela el orden jurídico y actúa la voluntad concreta de la ley en la realización de un conjunto de valores, o como más específicamente lo establece la Constitución venezolana en su Art. 257, el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Todo instrumento como tal, es un medio y todo medio se legitima en función de los fines a que se destina, siempre que cumpla a cabalidad con ese objetivo finalista. De manera que fijar los fines del proceso equivale a revelar cuál es su grado de utilidad. Si el proceso no es más que una creación cultural, impuesta por el Estado, su legitimidad dependerá de su capacidad para realizar su objetivo, es decir, alcanzar la justicia; pero esa instrumentalidad del proceso debe ser percibida por la sociedad, ya que se trata de una premisa metodológica que le advierte tanto al juez como al usuario del sistema de

administración de justicia que, deben estar atentos y vigilar que el proceso se desarrolle en función de sus fines.

60. Teleológicamente la instrumentalidad del proceso se hace tanto más evidente, en cuanto que éste es concebido como predispuesto a la realización de objetivos específicos; lo cual implica que el carácter instrumental del proceso judicial se sustenta en la visión de los resultados que se espera produzca; este tipo de visión conduce necesariamente al abandono de los formalismos y de la visión ritualista que hasta ahora han dominado el proceso.

61. Es la presencia de un binomio indisoluble entre la Constitución y el resto del sistema jurídico en el que se desenvuelve el Proceso, que está destinado a la materialización de los valores que proclama y garantiza la Constitución, esto es lo que explica el por qué, en el estudio de la estructura del proceso ciertos principios que lo han caracterizado, tales como el dispositivo, la escritura, el fraccionamiento, y la mediación entre otros, han sido atemperados tanto por la jurisprudencia como por el marco normativo, no obstante ello ha sido insuficiente porque sus ejecutorias han sido sumamente tímidas; y hoy, no es el tiempo de cambios gatopardianos, hoy es el momento de verdaderas transformaciones que coloquen al proceso en sintonía con los cambios constitucionales y la obligación de proteger los derechos fundamentales; en esa misma dirección convergen otros principios como el del impulso del proceso por parte del juez, la lealtad y probidad procesal, que a cada paso se convierten en instituciones protagónicas a raíz de su relanzamiento en virtud de las nuevas bases constitucionales y de Derechos Humanos.

62. José Juan Moreso³⁴ nos recuerda que sólo la cuarta parte de la humanidad tiene la fortuna de vivir en sociedades políticas, organizadas como democracias constitucionales³⁵ y según el índice de desarrollo humano 2007-2008 elaborado por el Programa para el Desarrollo Humano de las Naciones Unidas, sólo son 25 los países que sin duda son calificados como democracias constitucionales. Esto implica que no se han realizado las transformaciones efectivas de las situaciones concretas en las que viven los diferentes ordenamientos. La adaptación de las normativas procesales ordinarias a los principios constitucionales sigue siendo en muchos casos un ideal lejano, completamente distanciado de la realidad, lo que pone en evidencia cuán lejos están nuestros ordenamientos de las condiciones que deberían cumplirse para hacer realidad las garantías constitucionales y pueda hablarse finalmente de un Estado constitucional de Derecho y de Justicia.

63. Los cambios de paradigmas en el campo del Derecho Procesal, aquí someramente reseñados están presentes, son evidentes, sólo que, para que se desplieguen con toda su fuerza jurídica. se requiere de un Poder Judicial independiente, imparcial, transparente y con una sólida formación socio jurídica. La dolorosa experiencia venezolana enseña que cuando estas condiciones no existen, la Constitución es letra muerta. Nuevamente he de concluir recordando las palabras que expresara Couture en su curso dictado en la Facultad de Derecho en París, en la primavera de 1949:

*"El derecho puede crear un sistema perfecto en cuanto a su Justicia; pero si ese sistema ha de ser aplicado en última instancia por el hombre, el derecho valdrá lo que valgan esos hombres. El Juez es una partícula de sustancia humana que vive y se mueve dentro de los derechos; y si esta partícula de sustancia humana tiene dignidad y jerarquía espiritual, el derecho tendrá dignidad y jerarquía espiritual. Pero si el Juez, como hombre, cede ante sus debilidades, el derecho cederá en su última y definitiva revelación. De la dignidad del juez depende la dignidad del derecho. El derecho valdrá, en un país y en un momento histórico determinado lo que valgan los jueces como hombres..."*³⁶

³⁴MORESO, José. *La constitución: modelo para armar*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2009

³⁵Casi todos situados en Europa Occidental, Norteamérica, es decir, Canadá y Estados Unidos, Asia Oriental: Japón, Corea del Sur, Singapur y Brunei y Oceanía conformado por Australia y Nueva Zelanda. No hay ningún país de África y de Centroamérica sólo se habla de Costa Rica y en Suramérica de Chile

³⁶COUTURE, Eduardo. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*. Ediciones Arayú. Montevideo. 1953

³³SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Vocablo "proceso", en la Enciclopedia Jurídica Seix. Tomo XX Barcelona España, 1993.*