

EL PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN. NUEVO PARADIGMA DE LA CIENCIA PROCESAL

*The fundamental principle of action
new paradigm of the procedural
science*

ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ*

RESUMEN: La ciencia procesal ha cambiado gracias a los paradigmas sobre la acción. Hoy el nuevo paradigma es el del principio fundamental de la acción, lo que comprende una nueva forma de entender el proceso y la ciencia del derecho procesal en un escenario llamado neoconstitucional y todo lo que ello implica.

PALABRAS CLAVE: acción – paradigma – ciencia procesal – garantías - derechos fundamentales

ABSTRACT: The procedural science has changed by action paradigms. Today the new paradigm is the fundamental principle of the action, which concerns a new way of understanding the process

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Presidente de la Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas. Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. <rgonzaleza@pucp.edu.pe>

Artículo recibido el 22 de diciembre de 2010 y aprobado el 24 de enero de 2011.

and the science of the procedural law, in a scene so called new constitutionalism and everything what it implies.

KEYWORDS: action – paradigm - procedural science – guarantee - fundamental rights

I. EXPLICACIÓN EPISTEMOLÓGICA

Con la crisis¹ de los principios del positivismo lógico y el surgimiento de la *nueva filosofía de la ciencia* el análisis epistemológico se nutrió de perspectivas históricas, sociológicas y psicológicas. En esta ruta, de adyacentes estudios históricos promovidos por la tesis de la *nueva historiografía de la ciencia*², el desarrollo científico asumió un carácter revolucionario desde que el pensamiento kuhniano³ 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 de una ciencia normal a una ciencia extraordinaria. La primera, que proviene de una etapa precientífica —preparadigmática—, 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 nuevo que descuella como mejor que sus competidoras y consensúa a la comunidad científica. 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 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)

¹ Cfr. QUINE (2002) p. 49.

² Cfr. KOYRÉ (1990) *passim.*, KOYRÉ (1977) *passim.*

³ Cfr. KUHN (2004).

revolución científica, o de la explosión neoconstitucional; y, (v) *ciencia extraordinaria*, o del nuevo paradigma del “*derecho fundamental de acción*”.

II. 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 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 vindicaciones⁴ 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 *conditiones* que eran esa protección coactiva para el cumplimiento de obligaciones. De estas *conditiones* más adelante derivan las *acciones*, sean reales o personales. En el procedimiento romano se diferencian tres épocas⁵ apareciendo en cada una un sentido distinto de la acción, 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.

III. LA ACCIÓN EN LA CIENCIA NORMAL DEL DERECHO PROCESAL

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

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 conversión en principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* dando espacio al surgimiento del

⁴ Cfr. ERRÁZURIZ (1989) p. 507.

⁵ Cfr. RAMÍREZ (1969) p. 56; SAVIGNY (1879) pp. 11 y ss.

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.

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 presentó⁶ 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. 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 HUGO y 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.

Volviendo al ámbito iusprocesal y a la polémica⁷ referida, aparece en Alemania en 1856 el libro de WINDSCHEID intitulado *La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual*, en el que sostenía que la *actio* no comprende la existencia de un derecho ni de la lesión del mismo, no se debía entender la *actio* romana en lugar del derecho o básicamente el derecho como *actio* y viceversa. Para WINDSCHEID la *actio* romana ostentaba un doble significado: primero como pretensión y segundo como el hecho de hacer valer esa pretensión. La acción no nacía con la existencia o lesión de un derecho porque resultaba ser originaria y autónoma. Al año siguiente, 1857, se publicó el libro de Theodor MÜTHER intitulado *Sobre la doctrina de la «actio» romana del derecho de accionar actual de la litiscontestatio y de la sucesión singular de las obligaciones*, conteniendo sus objeciones al trabajo de WINDSCHEID. MÜTHER concebía la acción como un derecho subjetivo público cuyo titular está asistido por la razón que el juzgador deberá estimar al resolver el conflicto, lo que denota que para pensar en la acción se debía antes advertir un derecho privado y su violación.

⁶ Cfr. SAVIGNY (1879) pp. 8 y ss.

⁷ Cfr. GONZÁLEZ (2003) pp. 79 y ss., RAMÍREZ (1969) pp. 62 y ss.

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).

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 corriente evolutiva del derecho procesal denominada científicismo 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.

La acción en la Escuela Alemana (Von Bülow, Köhler, Degenkolb, Plosz, Wach)

El antecedente científico más sobresaliente sobre la acción es la polémica WINDSCHEID - MÜTHER. Sobre ella el pensamiento jurídico alemán no demoró en volcarse y en esa empresa aparece, en 1868, el libro de Oscar VON BÜLOW intitulado *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, en el que solventa que no se puede entender la acción como derecho subjetivo anterior al juicio, porque antes de la demanda no existe un derecho a obtener una sentencia justa. Afirmación que para CHIOVENDA no era propiamente una teoría de la acción sino la negación de la acción y del derecho subjetivo mismo.

Luego aparece en escena, con Josef KÖHLER, la acción como emanación de los derechos de la personalidad, es decir como la facultad que está comprendida en el derecho a la integridad de la propia personalidad, de dar vida a la demanda judicial. Esto trascendió en diversa medida y con más fuerza, desestimándose la idea de una acción como derecho individual, según el propio KÖHLER equiparable al de andar, que lesionaba la concepción abstracta de la acción. La utilidad que se puede entender de todo esto es sin duda la intensificación de investigaciones en torno a la esencialidad de la acción que emana de la persona. El mayor impulso científico de la acción surgió con DEGENKOLB en 1877 cuando la naturaleza de la acción se explica primero como un derecho público subjetivo correspondiente a todo el que de buena fe crea tener razón para ser oído en juicio y obligar al adversario a personarse en el juicio y luego, aunque su autor se desistiera posteriormente, como una facultad abstracta, es decir, no como el derecho que triunfa sino como algo

más que eso, esto es, la acción entendida abstracta está orientada a obtener sentencia independientemente de que si quien tiene el derecho de acción tenga o no derecho subjetivo privado. Así, vista la naturaleza pública y abstracta de la acción aparece al año siguiente reforzada en el libro de Plosz *La discusión del concepto de acción*.

La importancia científica de la acción en el derecho procesal asume real dimensión con Adolfo WACH que siguiendo a MÜTHER explica la acción como un derecho abstracto que al tiempo de dirigirse contra el Estado para que le conceda tutela jurídica, también se dirige contra el adversario para que la soporte o le dé cumplimiento. Entonces, la acción como derecho de aquél a quien se le debe tutela jurídica proviene de WACH del abandono de una concepción del derecho concreto de acción ajena a la autonomía de la acción para pasar (conforme aparece en su Manual, 1885) a la visión de la pretensión de tutela jurídica no como función del derecho subjetivo sino como medio que permite hacer valer el derecho sin ser el derecho mismo. Queda claro que WACH si bien deterioró su pensar sobre la autonomía de la acción al sostener la prevalencia del interés individual sobre el interés público, evidenció las iniciales incompatibilidades de la pretensión en el derecho alemán (*anspruch*) con la *actio* romana, y esto no es poco en el estudio de la autonomía de la acción.

La acción en la Escuela Italiana (Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Rocco)

Se suele señalar la mítica fecha del 3 de febrero de 1903 como el día del nacimiento del derecho procesal, como rama del derecho público y por tanto desligada del derecho civil, a partir del estudio de la acción por un joven profesor de nombre Giuseppe CHIOVENDA que asumía la cátedra de derecho procesal civil en Bolonia, dando lectura, con dicha ocasión, a su prolucción *La acción en el sistema de los derechos (L'azione nel sistema dei diritti)*. Esto dio paso a configurar⁸ la acción como derecho potestativo de carácter concreto y por tanto un poder (i) puramente ideal, (ii) de actuación de la ley, (iii) de creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas⁹ o (iv) de generación de efectos jurídicos que se ejercita a través de una declaración de voluntad relativa a lo que se pretende y que requiere una demanda judicial para mantener a lo largo del proceso la voluntad de actuar la ley. Siendo así la acción asume la naturaleza del interés que se pretende tutelar y que es contenido de un derecho con el que frecuentemente se identifica, por lo que la acción no solo puede ser pública o privada, patrimonial o no patrimonial, sino

⁸ CHIOVENDA (1940) pp. 32 y ss.

⁹ CARLOS (1981) p. 265.

cedible, transmisible, prescriptible y renunciable, considerándose intransmisibles cuando los intereses a los que se coordina la acción son inherentes a la persona.

Si bien la configuración chiovendiana de la acción permaneció estática con CALAMANDREI, ocurrió lo contrario con el genio de CARNELUTTI que en su pensar científico entendió la acción como un “*derecho subjetivo del individuo como ciudadano*” —advértase su formulación como derecho abstracto y cívico— para obtener la composición estatal del litigio por lo que requiere un interés colectivo distinto al particular, es decir, que se dirige no al adversario sino al juez, explicándose más adelante¹⁰ la *procesalidad* de ese *derecho subjetivo* y la condición de *parte en el proceso* de ese *individuo como ciudadano*. A esto se sumó un criterio clasificatorio de la acción (acciones cognitivas (ordinarias o de conocimiento), ejecutivas, definitivas, cautelares, voluntarias, etc.) y sobre todo la distinción del derecho procesal de acción, como relación propia de la dinámica del derecho, no solo del derecho material hecho valer en juicio, sino de la pretensión considerada un hecho, un acto jurídico propio de la estática del derecho y por tanto receptora de la legitimación como elemento o condición. Si con Ugo Rocco¹¹ se esclarece el sentido de la acción como “*derecho de pretender*” la actuación estatal como actividad jurisdiccional para la confirmación y la realización coactiva de intereses materiales o procesales protegidos por el ordenamiento, se debe considerar sumamente útil el cuestionamiento formulado al empleo de los términos *poder* (o *poder general*) y *potestad* para identificar la naturaleza de la acción porque siendo un derecho subjetivo no implica en su titular la atribución de cierta autoridad que denota un poder o facultad.

IV. 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*.

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, insolvencias del paradigma dominante. Estas primeras

¹⁰ CARNELUTTI (1959) p. 316.

¹¹ ROCCO (1959) pp. 366 y ss.

anomalías fueron consecuencia del contenido de la denominada *teoría de la acción* que ya no se observaba como ámbito 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 solo 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. Siendo esto así, y habiendo tantas teorías de la acción, era necesario ordenarlas¹² 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); 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); y, c) teorías que entienden por acción el derecho a la jurisdicción como manifestación del derecho constitucional de petición.

Un criterio¹³ afín al señalado es el que ordena las teorías de la acción en monistas y dualistas. Las teorías monistas de la acción la entienden como derecho subjetivo material cuya tutela se solicita con sede jurisdiccional; y las teorías dualistas de la acción son aquellas que la entienden como (i) un derecho abstracto a obtener tutela jurídica (DEGENKOLB, ROCCO, ZANZUCCHI); (ii) un derecho público subjetivo concreto, dirigido a la obtención de una resolución favorable (WACH, HELLWIG, BELING, GOLDSCHMIDT); (iii) un derecho potestativo, contra el obligado (CHIOVENDA, CALAMANDREI) o contra el Estado (CALAMANDREI); (iv) una noción diferente a la de un derecho subjetivo (doctrina alemana surgida en 1932 como consecuencia de la llamada "*lucha contra el derecho subjetivo*"); (v) una noción mayor a la de derecho subjetivo (PEKELIS, BINDER); o (vi) la facultad de señorío con que se inicia el proceso (CARNELLI).

¹² COUTURE (1978) p. 169.

¹³ FAIRÉN (1992) pp. 78 y ss.

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 por el hecho de 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.

Las siguientes son las principales teorías unitarias: (i) la acción como derecho a la tutela concreta, (ii) la acción como derecho potestativo; (iii) la acción como derecho abstracto; (iv) la acción como derecho a la jurisdicción; (v) la acción como forma típica del derecho de petición; (vi) la acción como instancia proyectiva.

La *crisis científica* de la acción no está en la sistematización, o mejor, 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 científicidad de la acción, está en (i) la incontrollable 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 incontrollable 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"*, *"facultad de pedir protección jurídica"*, *"derecho público subjetivo"*, *"derecho a la prestación de la jurisdicción"*.

En el pensamiento italiano la definieron como *"poder jurídico"*, *"poder de provocar la actuación de un órgano jurisdiccional"*, *"derecho subjetivo autónomo y concreto"*, *"derecho de provocar del juez una resolución"*, *"derecho subjetivo público del individuo"*, *"derecho de iniciativa y de impulso"*.

En el pensamiento español la acción es *"facultad de promover la incoación de un proceso"*, *"derecho de excitar la actividad jurisdiccional"*.

Finalmente en el pensamiento americano se entiende la acción como *"plexo de facultades jurídicas, privadas y públicas"*, *"derecho a la jurisdicción"*, *"poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho"*, *"derecho público cívico, subjetivo y autónomo"*, *"poder jurídico generador del proceso"*, *"poder de presentar y mantener pretensión jurídica"*, *"posibilidad jurídicamente encuadrada"*, *"derecho para obtener la actuación jurisdiccional de la ley"*, *"poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto)"*, *"poder de formular y mantener una pretensión"*, *"derecho subjetivo público, autónomo"*, *"derecho, o facultad o potestad"*, *"derecho que se tiene a que se preste el servicio de justicia"*, *"derecho subjetivo procesal"*, *"derecho, la potestad, la facultad o actividad"*.

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 funerales¹⁴, de la necesidad de abandonar su estudio o de estar ante la crónica de un enorme fracaso doctrinal¹⁵; pero en cualquier caso la lógica que anima estas posturas hostiles frente a la acción no dejan de reflejar las mismas deficiencias de las 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,

¹⁴ ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO (1992) p. 323.

¹⁵ NIEVA (2009) p. 20.

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 fundamentación en el proceso, entendiendo por dicha fundamentación 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 desvencijado¹⁶ no por la jurisdicción ni el proceso como se dijera antes¹⁷ sino por la acción. Pero en su arquitectura esta postura hostil frente a la acción le desconoce contenido porque entiende este solo 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 solo 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 de esas abundantes definiciones que tanto se critican precisamente por eso: por 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.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO (1992) p. 323.

iii) *La dualidad de la acción*

SAVIGNY presentó¹⁸ 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 existía¹⁹ en el derecho romano, o por lo menos no podía distinguirse²⁰ 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 GROCIO luego del debate entre 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 problemas²¹ en el mundo procesal de los que este solo 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 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 solo 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

¹⁸ SAVIGNY (1879) pp. 8 y ss.

¹⁹ VILLEY (1976) pp. 30 y ss.

²⁰ VON TUHR (1998) p. 58.

²¹ NIEVA (2009) pp. 16 y ss.

mejor, de la “causalidad jurídica”²² 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 esta de la incidencia de la regla jurídica en los hechos, es decir, de la juridización del hecho. El derecho subjetivo es la ventaja 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*”²³, sino consecuencia suya, consecuencia de lograr compulsivamente la prestación. En 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*”²⁴ para exigir esa ventaja; la pretensión material es un “*estado especial*”²⁵ o “*una nueva virtualidad*”²⁶ 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 combatividad²⁷ y es la inflamación del derecho o de la pretensión²⁸, es el actuar del sujeto para la realización del propio derecho²⁹ porque tener un derecho es tener la facultad de gozarlo, o mejor, de ejercer su exigencia de realización.

Cabe anotar que cuando la noción de poder vinculada al derecho subjetivo es asumida por la teoría pura del derecho³⁰, 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

²² MIRANDA (1970) p. 3.

²³ VON TUHR (1998) p. 63.

²⁴ SILVA (1996) pp. 78 y ss.

²⁵ MITIDIERO (2005) p. 111, MITIDIERO (2006) p. 208.

²⁶ SILVA (1996) p. 79.

²⁷ MIRANDA (1997) p. 103.

²⁸ MIRANDA (1970) p. 103.

²⁹ SILVA (1996) p. 77.

³⁰ KELSEN (1987) pp. 146 y ss.

facultad; entonces, siendo poder el derecho subjetivo, en sentido estricto³¹, 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*³² que vive en el mundo jurídico subjetivo material, o mejor un derecho de acento³³ constitucional, que se sirve de una pretensión por la que *puede* exigir tutela al Estado; pero ello no es suficiente sino que también es necesario dotar a esa posibilidad de exigir tutela estatal de una *acción procesal* para que dé "*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 judicial³⁴, la demanda.³⁵ 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 constantemente renovado debate³⁶ sobre la acción de derecho material y la acción procesal, que espero se mantenga aún cuando en las perspectivas de su nueva codificación procesal 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 diferencia³⁷ histórica y conceptual o semántica entre *tutela jurisdiccional*, *tutela jurisdiccional efectiva* y *derecho a la tutela jurisdiccional*

³¹ CRUZ (2004) p. 50.

³² MIRANDA (1997) p. 80.

³³ MITIDIERO (2006) p. 214.

³⁴ SAVIGNY (1879) p. 210.

³⁵ MIRANDA (1997) p. 80.

³⁶ Cfr. MACHADO (2004) pp. 90 y ss., MACHADO (2008) pp. 183 y ss.

³⁷ GONZÁLEZ (2008) pp. 275 y ss.

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 inseguridad³⁸ de un legislador ansioso de hallar la realización de sus prescripciones pues era consciente que estas podían quedar en la mera enunciación o sin ejecución, aquí *efectivo* tiene una doble función: a) autoaseguramiento del auténtico 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 hecho³⁹ 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, particularmente de los llamados sociales⁴⁰. 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 solo garantiza el derecho formal y la posibilidad teórica de acudir a los tribunales, sino también la *efectividad* de la tutela jurídica⁴¹ entendiéndose, entonces, por tutela jurídica con *particularidad en la escuela alemana*⁴², la efectiva satisfacción de los fines del derecho y la

³⁸ GAVAZZI (1994) p. 1.

³⁹ GARCÍA (1948) pp. 9 y ss.

⁴⁰ BERIZONCE (1987) p. 5.

⁴¹ GÓMEZ (1984) p. 266.

⁴² COUTURE (1978) p. 479.

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 material⁴³, 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 aún como *derecho subjetivo privado*, MÜTHER pensó que el objeto del proceso bien podría ser una acción concebida como *derecho subjetivo público*⁴⁴ 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 (Rechtsschutzanspruch)*⁴⁵, el mismo que no dio para más cuando advertida su dependencia de una acción material dejaba sin explicación⁴⁶ 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 expectativas⁴⁷, 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

⁴³ BERIZONCE (1987) p. 5.

⁴⁴ RAMÍREZ (1969) p. 62.

⁴⁵ Cfr. CHIOVENDA (1949) pp. 3 y ss.

⁴⁶ ARAGONESES (1960) pp. 130 y ss.

⁴⁷ CHAMORRO (1994) p. 3.

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 (art. 24.1) que podía aproximarse o tenuemente reconocerse como el fantasma de esos derechos (fundamentales). Al recaer en el Tribunal Constitucional español, este 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*⁴⁸ 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 estos es transgredido también lo será aquél⁴⁹, y así se vio una nueva estrella en un distorsionado firmamento jurídico - constitucional⁵⁰ 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 decir⁵¹ 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 la promesa⁵² (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 justicia⁵³, buscó 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

⁴⁸ *Idem*, p. 4.

⁴⁹ MARTÍNEZ – PEREDA (2002) p. 214.

⁵⁰ DIEZ - PICAZO (1987) p. 41.

⁵¹ Tribunal Constitucional Perú. *Villegas Namuche* (2004).

⁵² GUIMARÃES (2004) p. 77.

⁵³ VALLESPÍN (2002) p. 135.

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 1948 (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 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 trata 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"⁵⁴, es decir, nada más alejado de un debate sobre la acción⁵⁵ 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 constitucionalmente el acceso a la jurisdicción para la tutela de los derechos, cuando la casuística arrojó indiscriminada⁵⁶ 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 esquiva comprensión normativa del conjunto de *garantías* mínimas que aseguran al justiciable un proceso justo.

⁵⁴ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN DEL SENADO, Diario de sesiones de 25 de agosto de 1978. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS (1980) p. 141

⁵⁵ CHAMORRO (1994) pp. 5 y ss.

⁵⁶ *Idem.*, p. 4.

En el esfuerzo de atemperar lo imprevisto o impensado que resultó el derecho nacido en el artículo 24.1 (i) se anotan 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 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 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*⁵⁷ —no diferencia los derechos de sus garantías— previa al proceso, que lo asegura⁵⁸, que tiene por naturaleza ser un derecho de configuración legal⁵⁹ y que se satisface solo 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

⁵⁷ ALZAGA (1978) p. 238.

⁵⁸ Tribunal Constitucional España (1982)

⁵⁹ Cfr. MARTÍNEZ - PEREDA (2002) p. 215, GARRIDO (2001) p. 24.

fundada en derecho.⁶⁰ Y cuando se ocupa de estructurar su contenido, lo hace de modo tan complejo, desmesurado y desbordante⁶¹ que no se dudó en ver ese trabajo como un auténtico cajón de sastre⁶² 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 doctrina⁶³, que no dudó en mostrarlo compuesto por (i) el libre acceso a la jurisdicción, (ii) las posibilidades de alegación⁶⁴ 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 solo 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 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 solo 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*”⁶⁵, 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*”⁶⁶, 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

⁶⁰ Tribunal Constitucional España (1987). Cfr. González (1984) pp. 27 y ss.

⁶¹ Cfr. VALLESPÍN (2002) pp. 139 y ss.

⁶² *Idem*, p. 139.

⁶³ RUBIO (1995) p. 262, CHAMORRO (1994) p. 13.

⁶⁴ Cfr. GONZÁLEZ (2009a) pp. 183 y ss, GONZÁLEZ (2010) pp. 165 y ss.

⁶⁵ GONZÁLEZ (1984) p. 27.

⁶⁶ *Ibidem*.

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 debido⁶⁷, (ii) buscar el entendimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en las teorías sobre la acción⁶⁸, (iii) concluir que lo que se quiso consignar en el referido artículo 24.1 fue lo que doctrinalmente se denomina *derecho de acción*; (iv) equiparar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con el derecho de acción⁶⁹; (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 voluntarios⁷⁰; (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 intermedio⁷¹; (vii) admitir que el concepto del 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 resultados⁷²; 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*⁷³ 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 optado⁷⁴ 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 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.

⁶⁷ CHAMORRO (1994) pp. 371 y ss.

⁶⁸ DE LA OLIVA SANTOS (1980) p. 135.

⁶⁹ MORENO (1988) p. 164.

⁷⁰ TOME (1987) p. 35.

⁷¹ VALLESPÍN (2002) p. 130.

⁷² *Idem*, p. 139.

⁷³ ALMAGRO (1983) pp. 23 y ss.

⁷⁴ VALLESPÍN (2002) p. 139.

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 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 art. 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 solo 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 solo 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 acción⁷⁵, 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

⁷⁵ Cfr. MONROY (1996) pp. 245 y ss.

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* 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*”⁷⁶ 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 referida tutela, porque no solo encajaría en ascendencia con el art. 139.3 de la Constitución, sino repotenciaría la real concepción fundamental⁷⁷ 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 Civil* 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 reconocido⁷⁸ y definido⁷⁹ la tutela jurisdiccional efectiva, es más, ha descrito su contenido⁸⁰ 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 con-

⁷⁶ MARINONI (2007) p. 14.

⁷⁷ Cfr. FIX - ZAMUDIO citado por BERIZONCE (1987) pp. 9 y ss.

⁷⁸ Tribunal Constitucional Perú. *Villegas Namuche* (2004)

⁷⁹ Tribunal Constitucional Perú. *Cárdenas y otros* (1997).

⁸⁰ Tribunal Constitucional Perú. *Ramos Hostia c. ICA* (2005) y *Municipalidad Metropolitana de Lima* (2006).

creción, más aún cuando diferenciando⁸¹ 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 definición⁸² 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 o cuentos de los que quienes de una u otra forma son sus orfebres se sirven para una más atractiva presentación del pasado si es insípido, inadecuado o inconveniente a riesgo de inventarlo. Pero el tiempo se encarga de desnudar⁸³ esos embustes jurídicos incluidos, claro está, aquellos que se dieron en el derecho procesal.⁸⁴

Sobre la acción importa destacar la ruptura del mito del 3 de febrero de 1903, la famosa Prolusión boloñesa de CHIOVENDA, como el nacimiento del derecho procesal, o mejor, del cambio de sexo del derecho procesal con CHIOVENDA porque paso 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 Parma⁸⁵, también de CHIOVENDA, de 5 de diciembre de 1901. De dejar esto en claro se ocupó CIPRIANI⁸⁶ con la consecuencia de que gran parte de la construcción doctrinal fijada por SATTÀ, SENTÍS, ALCALÁ - ZAMORA y seguidores sobre el particular quedó en el vacío, sobre todo en cuanto a la acción en la Prolusión boloñesa⁸⁷ de CHIOVENDA, 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 paráfrasis⁸⁸ y que queda siempre fantasmal.

⁸¹ Tribunal Constitucional Perú. *Gurman* (2005).

⁸² Tribunal Constitucional Perú. *Gutiérrez* (2004).

⁸³ CIPRIANI (1991) pp. 13 y ss.

⁸⁴ DANOVÍ (2004) p. 114.

⁸⁵ CIPRIANI (2006) pp. 221 y ss., CIPRIANI (2003) p. 500.

⁸⁶ CIPRIANI (2006) pp. 249 y ss.

⁸⁷ CHIOVENDA (1986) p. 114.

⁸⁸ GÓMEZ (1984) *passim*.

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 solo, 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 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 el enfoque de la libertad en el proceso que no es sino desde el derecho de acción: la mismísima libertad del justiciable en escenario procesal. El olvido de la acción en el debate garantismo 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.

vii) *El (des)interés en su evolución*

Un claro ejemplo del pesimismo sobre la acción y de la teorización dualista de la misma, es la labor del legislador de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española (Ley n° 1 de 2000) que prefirió entenderse maniatado de positivar

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 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"*.⁸⁹ 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 jurisprudencial; ratificada por la maltrecha justificación del "*centenario no problemático*" término acción, y por una estoica y anacrónica presencia legislativa (*Ley de 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 debida, es decir, con los ajustes que el (neo) constitucionalismo entiende la fundamentalidad de un derecho.

Se dijo ya⁹⁰, y con gran eco⁹¹, que la acción tiene naturaleza «cívica» entendiendo por ello que asume naturaleza de derecho fundamental de la persona humana.⁹² La innegable vinculación de la acción con la política constitucional⁹³ 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 petición⁹⁴; o (ii) en una estructuración

⁸⁹ CORDÓN *et al.* (2000) p. 25.

⁹⁰ CARNELUTTI (1944) pp. 637 y ss.

⁹¹ ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO (1992) pp. 317 y ss., COUTURE (1978) pp. 67 y ss., DEVIS (1966) pp. 179 y ss.

⁹² FIX - ZAMUDIO (1974) p. 55.

⁹³ CALAMANDREI (1945) pp. 139 y ss.

⁹⁴ COUTURE (1978) p. 74.

amplia del instar, de ahí que se destinó como una forma del derecho fundamental de instar. 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 errores⁹⁵, 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 existencia 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.

V. 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.

1. 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, asentarse en el contexto de constitucionalismo actual que da espacio al derecho fundamental de acción, es decir, entender qué comprende la nueva etapa de logro:

⁹⁵ MARINONI (2008) pp. 417 y ss.

la democracia constitucional⁹⁶, el Estado constitucional de derecho⁹⁷, el (neo) constitucionalismo, el garantismo⁹⁸ y la teoría los derechos fundamentales.⁹⁹

2. *La revolución científica de la acción*

La revolución está dada. El nuevo paradigma es el principio fundamental de acción en el canon¹⁰⁰ neoconstitucional, un 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) 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*); ii) 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). El derecho de acción tiene naturaleza mixta: derecho de autonomía y de prestación; iii) La tutela jurisdiccional es una garantía, por eso no solo 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, iv) 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, v) El derecho fundamental de acción es pieza medular del garantismo en el proceso. No se puede pensar en garantismo procesal al margen del derecho fundamental de acción, vi) 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 imparcial del juez, a una sentencia motivada, a una tutela diferenciada, etcétera, vii) La

⁹⁶ Cfr. FERRAJOLI (2008) p. 33.

⁹⁷ Cfr. FIORAVANTI (2001) pp. 161 y ss, FERRAJOLI (2009) pp. 13 y ss.

⁹⁸ FERRAJOLI (2000) p. 39.

⁹⁹ PRIETO (1992) p. 20.

¹⁰⁰ BALKIN (2010) pp. 37 y ss.

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. viii) El principio fundamental de acción se aplica por ponderación y esta es la clave para solucionar el conflicto entre publicismo y garantismo a través del principio de proporcionalidad.

3. *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 (neo)constitucional. 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.

4. *La ciencia normal*

El principio fundamental de acción domina la concepción garantista del proceso. Corresponde aclarar aquí que la estructura del derecho procesal no solo es garantista, que diferencio plenamente del positivismo que se autodenomina *garantismo procesal*, sino es también eficientista, que diferencio plenamente del publicismo al que se le ha denominado inquisitivismo o se autodenomina *activismo*, 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. 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 estructuralmente¹⁰¹ garantista y eficientista. Y en esto el principio fundamental de acción, entendido como tal, y solo así, posibilita ese equilibrio entre libertad y autoridad a través de su aplicación por el principio de proporcionalidad¹⁰² y el criterio de razonabilidad.¹⁰³ La ciencia normal actual del proceso está en la línea del canon (neo)constitucional.

¹⁰¹ GONZÁLEZ (2009b) pp. 539 y ss.

¹⁰² Cfr. BERNAL (2005) pp. 95 y ss, BERNAL (2003) pp. 35 y ss.

¹⁰³ Cfr. ESCARRAS (1994) pp. 219.

VI. CONCLUSIÓN

El componente cognitivo de la estructura (integrativista trialista) del derecho conjunciona la teoría de la justicia (jurística dikelógica) con el garantismo (jurística normológica) y el eficientismo (jurística sociológica). Esto significa que el derecho (procesal) es estructuralmente garantista y eficientista, en clara supeditación de lo eficiente a lo garantista (efectivo), en la medida en que lo fáctico-social se supedita a lo fundamental, o mejor, a lo constitucional.

Este presupuesto epistemológico permite determinar 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, 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 derecho 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, etc.; (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 el derecho de acción con 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 está referirla como *efectiva*; y, (iii) el principio fundamental de acción se aplica por ponderación cuando su contenido se confronta con el de otros derechos 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 *in casu* el contenido de la acción.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALÁ - ZAMORA y CASTILLO, Niceto (1992): *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)* (México D. F., UNAM) Tomo I.
- ALMAGRO NOSETE, José et al. (1983): *Comentarios a las leyes políticas* (Oscar ALZAGA VILLAAMIL (director), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) Tomo III.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (1978): *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978* (Madrid, El Foro) 1002 p.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro (1960): *Proceso y derecho procesal* (Madrid, Aguilar) 834 p.
- BALKIN, Jack M. y LEVINSON, Sanford (2010): "Los cánones en el derecho constitucional: qué son y cómo se conforman", CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (editores), *El canon neoconstitucional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 37 - 96.
- BERIZONCE, Roberto Omar (1987): *Efectivo acceso a la justicia* (La Plata, Editora Platense) 162 p.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 872 p.
- _____ (2005): *El derecho de los derechos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) 417 p.
- CALAMANDREI, Piero (1945): *Estudios sobre el proceso civil* (Traducc. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE) 650 p.
- CARLOS, Eduardo B. (1959): *Introducción al estudio del derecho procesal* (Buenos Aires, Depalma) 331 p.
- CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de derecho procesal civil* (Traducc. Niceto Alcalá - Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires, EJE) Tomo II.
- _____ (1959): *Instituciones del derecho procesal civil* (Buenos Aires, EJE) Tomo I.

CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994): *La tutela judicial efectiva* (Barcelona, Bosch) 468 p.

CHIOVENDA, Giuseppe (1940): *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Traducc. Gómez Orbaneja, Madrid, Revista de Derecho Privado) Tomo I.

_____ (1949): *“La acción en el sistema de los derechos”*, *Ensayos de derecho procesal civil* (Traducc. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE) Tomo I.

_____ (1986): *La acción en el sistema de los derechos* (Bogotá, Temis) 157 p.

CIANCIARDO, Juan (2004): *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (Buenos Aires, Ábaco) 308 p.

CIPRIANI, Franco (1991): *Storie di processualisti e di oligarchi* (Milán, Giuffrè) 549 p.

_____ (2003): *Batallas por la justicia civil – Ensayos* (Traducc. Eugenia Ariano Deho, Lima, Cultural Cuzco) 552 p.

_____ (2006): *Scritti in onore dei patres* (Milán, Giuffrè) 502 p.

CORDÓN MORENO, Faustino et al. (coordinadores) (2000): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Navarra, Aranzadi) Tomo I.

COUTURE, Eduardo J. (1978): *Fundamentos del derecho procesal civil* (3ª edición, Buenos Aires, Depalma) 3 Tomos.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2004): *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho* (2ª edición, México D. F., Fontamara) 322 p.

DANOVI, Remo (2004): *Tra fantasia e diritto – list of novels* (Milán, Giuffrè) 328 p.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (1980): *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional* (Barcelona, Bosch) 146 p.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de derecho procesal civil* (Madrid, Aguilar) 722 p.

- DIEZ - PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1987): "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista del Poder Judicial* (vol. 5): pp. 41 - 49.
- ERRÁZURIZ EGUIGUREN, Maximiano (1989) *Manual de derecho romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.
- ESCARRAS, J. C. (1994): "Conseil constitutionnel et Ragionevolezza: d'un rapprochement improbable à une communicabilité possible", *Parte 1a*, en AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* (Milán, Giuffrè), pp. 211 - 220.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1992): *Teoría general del derecho procesal* (México D. F., UNAM) 607 p.
- FERRAJOLI, Luigi (2000): "Garantías constitucionales", *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, (Ediar, Buenos Aires): pp. 41 - 62.
- ____ (2008): *Democracia y garantismo* (Madrid, Trotta) 373 p.
- ____ (2009): "Pasado y futuro del estado de derecho", CARBONELL, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, (Madrid, Trotta) pp. 13 - 30.
- FIORAVANTI, Maurizio (2001): *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (Traducc. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta) 172 p.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor (1974): *Constitución y proceso civil en Latinoamérica* (México D. F., UNAM) 125 p.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo (1948): *La definición del derecho: ensayo de perspectivismo jurídico* (México, Stylo) 235 p.
- GARRIDO FALLA, Fernando et al. (2001): *Comentarios a la Constitución* (3ª edición, Madrid, Civitas) 243 p.
- GAVAZZI, Giacomo (1994): "Effettività (principio di)" *Enciclopedia giuridica* (Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana) pp. 1 - 4.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (1984): "La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania", *Justicia: revista de derecho procesal* (vol. 2): pp. 263 - 310.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto (2008): "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: el mito de una serendipia procesal", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, 25 p.

____ (2009a): "Alegación y alegato en el proceso civil: avances y retrocesos de una institución tan importante como descuidada", *Revista del Instituto Panamericano de Derecho Procesal – Qhispikey*: pp. 183 - 201.

____ (2009b): "Objeto y estructura del derecho procesal", *Revista de Derecho Procesal*: pp. 539 - 592.

____ (2010): "Comentario al artículo 212", CAMARGO ACOSTA, Johan S. (coordinador), *II Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, (Arequipa, Adrus) pp. 165 - 174.

GONZÁLEZ LINARES, Nerio (2003): *Ensayos de derecho procesal* (Cusco, IPIJ) 205 p.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1984): *El derecho a la tutela jurisdiccional* (Madrid, Civitas) 185 p.

GUIMARÃES RIBEIRO, Darci (2004): *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho* (Barcelona, J. M. Bosch) 236 p.

KELSEN, Hans (1987): *Teoría pura del derecho* (Lima, Wisla) 245 p.

KOYRÉ, Alexandre (1977): *Estudios de historia del pensamiento científico* (Traducc. Eduardo BUSTOS y Encarnación PÉREZ SEDEÑO, Madrid, Siglo XXI) 394 p.

____ (1990): *Estudios galileanos* (Traducc. Mariano GONZÁLEZ AMBOU, Madrid, Siglo XXI) 332 p.

KUHN, Tomas S. (2004): *La estructura de las revoluciones científicas* (Traducc. Agustín CONTIN, México D. F., Fondo de Cultura Económica) 319 p.

MACHADO, Fábio Cardoso (2004): *Jurisdição, condenação e tutela jurisdiccional* (Rio de Janeiro, Lumen Juris) 286 p.

____ (2008): "Ação e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito materia", *Revista Peruana de Derecho Procesal* (Communitas, Lima, n° XI): pp. 183 - 219.

- MARINONI, Luiz Guilherme (2007): *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva* (Traducc. Aldo ZELA VILLEGAS, Lima, Palestra) 544 p.
- _____ (2008): "El derecho de acción en la Constitución brasileña", *Revista Peruana de Derecho Procesal* (vol. XII): pp. 417 - 450.
- MARTÍNEZ - PEREDA RODRÍGUEZ, José et al. (2002): *Constitución española* (Madrid, Colex) 804 pp.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (1970): *Tratado de direito privado* (Rio de Janeiro, Borsoi) Tomo V.
- _____ (1997): *Comentários ao Código de Processo Civil* (Actualizado por Sergio BERMÚDEZ, Rio de Janeiro, Forense) Tomo I.
- MITIDIERO, Daniel Francisco (2005): *Elementos para una Teoría Contemporânea do Processo Civil Brasileiro* (Puerto Alegre, Livraria do Advogado) 168 p.
- _____ (2006): "Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitarias e a orientação dualista da ação", *Revista Peruana de Derecho Procesal* (vol. IX): pp. 179 - 234.
- MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil* (Bogotá, Temis) Tomo I.
- MORENO CATENA, VÍCTOR et al. (1988): *Derecho procesal* (Valencia, Tirant lo Blanch) Tomo I.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2009): *Jurisdicción y proceso* (Madrid, Marcial Pons) 984 p.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1992): *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid, Debate) 272 p.
- QUINE, Willard Van Orman (2002): *Desde un punto de vista lógico* (Traducc. Manuel Sacristán, Barcelona, Paidós) 264 p.
- RAMÍREZ ARCILA, Carlos (1969): *Teoría de la acción* (Bogotá, Temis) 262 p.
- ROCCO, Ugo (1959): *Teoría general del proceso civil* (Buenos Aires, Depalma) 3 Tomos.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1995): *Derechos fundamentales y principios constitucionales* (Barcelona, Ariel) 793 p.

SAVIGNY, Friedrich Carl von (1879): *Sistema del derecho romano actual* (Traducc. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora y Cía.) Tomo IV.

SILVA, Ovidio A. Baptista da (1996): *Curso de processo civil. Processo de conhecimento* (Porto Alegre, Fabris) Tomo V.

TOME GARCÍA, José Antonio (1987): *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios* (Madrid, Montecorvo) 272 p.

VALLESPÍN PÉREZ, David (2002): *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil* (Barcelona, Atelier) 170 p.

VILLEY, Michel (1976): *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) 248 p.

VON TUHR, Andreas (1998): *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán* (Traducc. Madrid, Tito Ravá, Marcial Pons) Tomo I.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil francés.

Código Hammurabi.

Código Procesal Civil (Perú).

Constitución española de 1978.

Constitución italiana de 1948.

Constitución norteamericana.

Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley nº 1 de 2000).

Ley Fundamental de Bonn de 1949 (Alemania).

Ley Orgánica del Estado, 10 de enero de 1967 (España).

Ley de Bases Orgánicas de la Justicia, 28 noviembre 1974 (España).

XII Tablas.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. *Tribunal Constitucional español*

Sentencia n° 46/1982 de 12 julio 1982, Recurso de Amparo n° 419/1981. Disponible en vlex.es, VLEX-15034862.

Sentencia n° 131/1987 de 20 julio 1987, Recurso de Amparo n° 1195/1985. Disponible en vlex.es, VLEX-15033719.

2. *Tribunal Constitucional peruano*

Cárdenas y otros (1997): Expediente n° 008-96-I/TC, sentencia de 23 abril 1997. Disponible en Sitio Web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, fecha consulta: noviembre 2010.

Gutiérrez (2004): Expediente n° 2293-2003-AA/TC, sentencia de 5 julio 2004. Disponible en Sitio Web del *Tribunal Constitucional*, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02293-2003-AA.html>>, fecha consulta: noviembre 2010.

Villegas Namuche (2004): Expediente n° 2488-2002-HC/TC, sentencia de 18 marzo 2004. Disponible en sitio web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, fecha consulta: noviembre 2010.

Gurman (2005): Sentencia n° 08123-2005-HC/TC de 15 mayo 2006. Disponible en Sitio Web del *Tribunal Constitucional*, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08123-2005-HC.html>>, fecha consulta: noviembre 2010.

Ramos Hostia c. ICA (2005): Sentencia n° 4080-2004-AC/TC, de 26 octubre 2005. Disponible en sitio web del *Tribunal Constitucional*, <http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php>, fecha consulta: noviembre 2010.

Municipalidad Metropolitana de Lima (2006): Sentencia n° 0015-2005-AI/TC, de 5 enero 2006. Disponible en sitio web del *Tribunal Constitucional*, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00015-2005-AI.html>>, fecha consulta: noviembre 2010.