

# EL NUEVO PARADIGMA DE LA GARANTÍA DE LA JURISDICCIÓN

## *The new paradigm of warranty of jurisdiction*

ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ\*  
Universidad Andina del Cusco  
Cusco, Perú

**RESUMEN:** El influjo del neoconstitucionalismo ha transformado la forma de entender las distintas ramas del Derecho. Tratándose de la materia procesal, propiamente en su teoría general, se evidencia que el principalismo fundamental ha reconfigurado la naturaleza jurídica de las más medulares instituciones como la acción y la jurisdicción. Este trabajo expone la doble participación de la jurisdicción en el orden constitucional actual, es decir, tanto en su plano dogmático como orgánico, haciendo hincapié en lo que sin duda se pone a luz como un nuevo paradigma sobre la jurisdicción, que es su naturaleza de garantía y no meramente de deber.

**PALABRAS CLAVES:** garantía - jurisdicción - paradigma

---

\* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, grado académico obtenido con la máxima calificación que otorga esa Casa de Estudios (sobresaliente por unanimidad); candidato a Doctor en Derecho e Investigación por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa; especializado en Tutela Jurisdiccional Efectiva y Debido Proceso en la Pontificia Universidad Católica del Perú; Presidente de la Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas - SOPECJ. Profesor ordinario de Derecho Procesal en pre y posgrado de la Universidad Andina del Cusco; Director de Instituto de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco. <rgonzaleza@pucp.edu.pe>

**Artículo recibido el 17 de agosto de 2013 y aprobado el 10 de enero de 2014.**

**ABSTRACT:** The influence of Neoconstitutionalism has transformed the way we understand the different areas of Law. In the case of procedural matters, properly in relation to general theory, it appears that fundamental principlism has reshaped the legal nature of the most central institutions such as access to justice and jurisdiction. This paper exposes the twofold role of jurisdiction in the present constitutional order, that is, both in their organic and dogmatic aspect, emphasizing a new paradigm on jurisdiction, namely, its nature of warranty and not merely of duty.

**KEY WORDS:** warranty - jurisdiction - paradigm

## INTRODUCCIÓN

En la forma colectiva del principio supremo de justicia<sup>1</sup> la organización de la agrupación determina que cada uno disponga de una esfera de libertad, la misma que se maximiza en tanto lo demande el desarrollo de la personalidad, solo así el individuo se personaliza, es decir, se convierte en persona. La percepción de esta organización o acuerdo de agrupación o colectivización total, desde el influjo de los trabajos de Wilhelm von Humboldt (*Ideas para un ensayo de determinar los límites de la actividad del Estado* (1792), publicado en 1851) y John Stuart Mill (*Sobre la libertad*, publicado en 1859) se basa en el humanismo y la tolerancia.

El *humanismo* busca el desarrollo de la personalidad, y en ello puede manifestarse como *humanismo intervencionista* (el desarrollo de la personalidad está indicado por el dirigente del grupo, tiene funcionalidad en la infancia del ser humano en un contexto familiar, pero es disfuncional en el contexto político de la agrupación) o como *humanismo abstencionista* (asegura y maximiza el espacio de libertad individual en la organización de la agrupación, sujetándola a las ideas de *igualdad* de todos los seres humanos relacionada con la democracia y *unicidad* de cada cual relacionada con el liberalismo).

La disfuncionalidad política del *humanismo intervencionista* implica un régimen paternalista que le dice a cada cual lo que le “beneficia” autoatribuyéndose el rol de “correcto juzgador” sobre lo que le “conviene” al gobernado. El abierto quiebre de la libertad que conlleva este humanismo hace

---

<sup>1</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT (1987) pp. 439 y ss.

que deje de ser tal, en realidad desde que se hace intervencionista no tiene posibilidad de convertirse en un oxímoron, sino tan sólo en una realidad que evidencia un “totalitarismo injusto”<sup>2</sup>.

En el *humanismo abstencionista* la igualdad entre los hombres hace que cada uno tenga derecho a su esfera de libertad, es más, fundamenta el sentido de la democracia que ofrece un máximo de garantías que permitan alcanzar el liberalismo (demoliberalismo) o la consolidación de la idea de que todos los gobernados simultáneamente gobiernan. La unicidad de cada hombre (según la cual le es propia la facultad de decidir sobre sí mismo, sobre su destino, en fin, sobre lo que le conviene en tanto esto significa que no tolera coacciones que determinen su destino) determina el obrar negativo que asume el poder público frente a la zona de libertad que le es propia, es decir, fundamenta el liberalismo como contenido del poder estatal.

La *tolerancia* se vincula a la relatividad de la verdad, al convencimiento sobre ella que es la vía por la que cada uno se puede apropiarse de ella. Frente a la autoridad, que impone la creencia de algo y que por ello es propia de los dogmas de fe, la tolerancia permite efectivizar la libertad de enseñanza y de aprendizaje. En el contexto político la tolerancia se traduce en la conjunción efectiva de los principios fundamentales, ergo, en el fortalecimiento del individuo y el debilitamiento del poder público frente a este. Ese debilitamiento del poder público frente al individuo se trueca en la escisión o división de ese poder y también en su desmembración o separación.

Desde la configuración tradicional de la división de poderes con Locke (*Second treatise on civil government*, 1689) y Montesquieu (*Espíritu de las leyes*, 1748), y su consagración legislativa en la Constitución de Pennsylvania (1776), se asumió el esfuerzo por conjurar el poder concentrado que limite los derechos de los individuos y procurar, en cambio, que estos limiten a aquél. Siendo así, la presencia del principio de división de poderes fue confiada a los documentos constitucionales contemporáneos, que han permitido desarrollar su entendimiento con las consideraciones excepcionales pertinentes, de modo que el principio de división de poderes no es absoluto en tanto hay funciones constitucionalmente permitidas en las que, *v. gr.*, el Legislativo juzga o administra, el Ejecutivo legisla y el Judicial administra. Situación distinta es la del principio de separación de poderes que implica un contexto rígido de su contenido.

---

<sup>2</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 440.

## I. EL TRÁNSITO DE LA JURISDICCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ORGÁNICA A LA CONSTITUCIÓN DOGMÁTICA

La configuración de la Constitución obedece a una doble composición: estructural u orgánica y axiológica o dogmática.

a) La Constitución estructural u orgánica regula el ejercicio de los poderes públicos en forma democrático-representativa determinando su división y separación. Esto refleja la característica de la Constitución de ser cúspide o límite superior del sistema normativo, pues es acto constituyente radicado en la cima del sistema de fuentes del derecho.

b) La Constitución axiológica o dogmática establece los principios (derechos y garantías) fundamentales y sus contenidos, los cuales legitiman y limitan los poderes públicos, por ello lo constitucional de la Constitución brota de este componente.

Existe una estrecha relación entre estos componentes (estructural y axiológico) constitucionales; así la regulación de los poderes públicos por la Constitución estructural se pone al servicio de la realización de los principios contenidos en la Constitución axiológica, máxime que estos principios legitiman a aquellos poderes.

La Constitución democrática es aquella que entronca, con máxima estrechez, las nociones estructural y axiológica de la Constitución, teniendo para ello como condiciones estar dotada de *normas formales*, que determinan cómo producir normas y la distribución del poder público en su división (estructura orgánica) y separación (funcionalidad pública de gobierno o de garantía), y *normas sustanciales*, o mejor, normas principiales fundamentales.

Las normas formales de la Constitución (estructural) se ocuparon del afianzamiento de los poderes públicos diferenciándolos entre sí desde sus estructuras, funcionalidad e institucionalidad orgánica, de modo que la estantería del Poder Judicial quedaba completamente erigida en la Constitución estructural u orgánica.

Aquí conviene señalar que históricamente la jurisdicción, a diferencia del Poder estatal judicial, no nace como expresión estatal a cargo de un órgano entendido como funcionario (estatal), sino, aparece como expresión privada que determina, o mejor, de (limita) el obrar del sujeto que juzga. De manera que con el tránsito de la jurisdicción al absoluto dominio estatal se identificó la función estatal judicial como jurisdiccional, amalgamándose al punto tal que las manifestaciones del poder estatal judicial -del que en un inicio se dijera que

como poder era casi nulo (Montesquieu)-, son los contenidos de la jurisdicción tradicionalmente reconocidos por su remota procedencia (*gnotio, vocatio, coercitio, iudicium* y *executio*), siendo en la actualidad lo que nadie duda que son: poderes (de conocimiento, comparecencia, documentación, decisión, ejecución y coerción) de los órganos del Poder Judicial. Con el constitucionalismo actual, las viejas y tenuous conjeturas de fundamentalidad de la jurisdicción se fueron evidenciando imperceptiblemente vinculada a los derechos fundamentales, de modo que no hubo forma de entender la jurisdicción sino como garantía; pero el problema de entender la garantía de la jurisdicción es mucho más complejo, porque para comenzar no puede encajar en la Constitución estructural u orgánica, sino, pertenece por su genética principal a la Constitución axiológica o dogmática.

Siendo así, en relación a la jurisdicción, ¿qué es de la noción estructural de la Constitución y qué de la axiológica de la misma? Evitar la paradoja de una garantía que escapa de la noción axiológica de la Constitución o una perspectiva procesal que distingue<sup>3</sup> en sus interiores un aspecto estático de la jurisdicción, como emanación o atributo de la soberanía del Estado, que es patrimonio del derecho político<sup>4</sup>, y al mismo tiempo una fase dinámica de la jurisdicción en el proceso, que es la parte de la jurisdicción que corresponde ser estudiada en el derecho procesal, exige claridad en la noción de la garantía fundamental que se le atribuye a la jurisdicción. En ese sentido, y dando respuesta a la pregunta, se sienta lo siguiente:

- a) La jurisdicción nació fuera del entorno del poder político en el proceso de las *legis actionis* y *per formulas*, fue absorbida y confundida con el poder estatal de la *cognitio extra ordinem* y sufrió la ausencia (porque estuvo contaminada por la noción de poder político indiferenciable en el procesalismo científico) y la suplantación (por grotescas y vagas formulaciones de deber, poder-deber, potestad, facultad y otros harapos conceptuales) de su identidad jurídica. En la actualidad, bajo las constataciones del poder en el (neo)constitucionalismo, (i) se ha establecido que su genética procesal no es la de poder estatal traducida en potestad recaída constitucionalmente en una autoridad-sujeto que encarna orgánicamente la cuota de poder dividido, sino, de dignidad y libertad traducidas en esencia deóntica (de)limitadora de ese poder, o mejor, de esa potestad, (ii) se ha identificado su filiación normativa estructural (principalista fundamental), (iii) se ha constatado su natural adaptación al medio neoprocesalista como garantía del derecho fundamental de acción y (iv) se la ha registrado con

<sup>3</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA (1992) p. 30.

<sup>4</sup> Cfr. GUASP y ARAGONESES (1998) p. 94.

su auténtica identidad: garantía fundamental, consecuente jurídico de la estructura normativa del principio fundamental de acción.

- b) Siendo así, la *jurisdictio*, en sus orígenes fue la atribución de la facultad de decir el derecho otorgada al Estado, lo que ingresó a nutrir la concepción de poder, por hacerse expresión de soberanía estatal, con unidad y exclusividad, de manera que cuando se produjo la separación de poderes no fue sino la estructuración orgánica de ese poder para su ejercicio en tres grandes ámbitos, siendo uno de ellos el judicial, atención, no jurisdiccional sino judicial. Si bien se intentó clarificar que el judicial era una función y no un poder, pues el poder estatal es uno solo e indivisible, ello no turbó la utilidad de identificarlo como el poder para solucionar los conflictos y establecer la consecución permanente de la paz en la sociedad, pero sí dejó en claro que no se entiende ese poder sin su función, en la medida en que ella es jurisdiccional(izada). Con otras palabras, tradicionalmente se configura la jurisdicción desde la división de poderes y, por tanto, desde el poder del Estado frente al ciudadano.
- c) En el paleoprocesalismo siempre se ha configurado la noción de la jurisdicción como poder por su vinculación con el Poder Judicial, de manera que la idea<sup>5</sup> de la jurisdicción hecha poder, porque se instala en el Poder Judicial, es frecuente. En el neoprocesalismo la jurisdicción se configura desde los principios fundamentales, de manera que se reconoce en la jurisdicción una garantía y, algo más, un auténtico soporte de la democracia constitucional.
- d) Si la jurisdicción es procesalmente garantía, no puede ser poder. La configuración de la potestad jurisdiccional corresponde al derecho constitucional, propiamente a los ámbitos que abarcan la Constitución estructural u orgánica.
- e) En el derecho procesal la jurisdicción es una garantía de modo que no es sino consecuencia de una exigencia del derecho de acción; entonces, deviene en falsa por ilógica la afirmación<sup>6</sup> de que el derecho de acción se deduce de la obligación jurídica de derecho público del Estado de prestar sus servicios jurisdiccionales.
- f) La garantía de la jurisdicción se orienta a la efectividad del derecho, asegurando la permanencia y extensión del orden jurídico normativo, porque

---

<sup>5</sup> Cfr. GOZAÍNI (1992) p. 173.

<sup>6</sup> Cfr. DEVIS (1994) p. 80.

es fuente o manante jurídico de sentencias judiciales que realizan las leyes que desenvuelven la letra y espíritu de la Constitución en el caso concreto.

- g) El poder público estatal, Poder Judicial, es depositario precisamente de los poderes, mejor entendidos como potestades, que a su través se revelan y que inicialmente se describían como elementos de la jurisdicción. La jurisdicción, como garantía que es, no puede configurarse como poder, sino, como límite al poder, algo mejor, como contenido constitucional deóntico que legitima al poder, por eso su lugar es la parte axiológica de la Constitución. Hay un tránsito neoconstitucional de la jurisdicción de la noción estructural de la Constitución a la noción axiológica de ésta, claro está, dejando a salvo el poder estatal judicial en la noción estructural de la Constitución, que es donde se entienden propios los poderes de la jurisdicción, los cuales son los que precisamente padecen las limitaciones que imponen los contenidos de la garantía de jurisdicción.
- h) La jurisdicción es una garantía que se ajusta a la estructura normativa del principio de acción, propiamente como consecuente jurídico al igual que su vasto contenido, siempre en correlatividad al contenido del derecho de acción. No cabe duda que la jurisdicción pertenece a la teoría del derecho procesal en la perspectiva del neoprocesalismo. De esta manera si algo queda en el aire es la idea del concepto de jurisdicción como algo ajeno a la teoría del proceso, porque no es cierto que el derecho procesal reciba un concepto de jurisdicción prefabricado por el derecho constitucional, menos que sea un presupuesto subjetivo referido al juez como sujeto del proceso<sup>7</sup>.

Con el tránsito de la jurisdicción de la Constitución estructural a la Constitución axiológica pasa, también, de ser un concepto político a ser un concepto jurídico procesal. La jurisdicción no es poder, lo que no deteriora el sentido del Poder Judicial, es más, no implica que en el proceso no haya presencia del poder estatal como potestad ejercida por el órgano judicial, o jurisdiccional cuando queda sujeto a la garantía que propicia tal adjetivo y que en el Estado constitucional de derecho se entiende como “potestad jurisdiccional”. La jurisdicción es garantía, es límite y a la vez licencia y exigencia del obrar estatal que no es sino ese poder judicial controlado, (de)limitado, o mejor, jurisdiccionalizado, lo que en todo caso hace de ese órgano judicial un órgano jurisdiccional.

<sup>7</sup> Cfr. QUINTERO y PRIETO (1995) pp. 159 y ss.

## II. JURISDICCIÓN Y GARANTISMO JURÍDICO

El garantismo no es patrimonio de alguna vertiente del positivismo jurídico, es la lectura de las *garantías* de los *derechos* fundamentales en la tesis que ante todo los diferencia sin desvincularlos y, aquí va lo medular, reconoce la indispensabilidad de las garantías en la efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho. En el integrativismo trialista eficaz el garantismo se nutre del neoconstitucionalismo y viceversa, de manera que se trata de un garantismo que reconoce un orden normativo conformado por principios y reglas, consecuentemente abierto al tratamiento de la proporcionalidad.

Garantismo y neoconstitucionalismo son indesligables y de necesaria compatibilidad para viabilizar un espacio de abarcabilidad política, democrática, sociológica, jurídica y, en esta última, constitucional que (re)construya el subsistema principal a partir de las garantías correlativas a los derechos fundamentales.

Las garantías son correlativas a los derechos fundamentales, existen por éstos y, por tanto, fluyen de la letra y del espíritu de la Constitución, todo principio fundamental correlaciona normativo-estructuralmente una o más garantías a cada derecho fundamental para su efectividad pues esto es parte de su fundamentalidad, de modo tal que las garantías, incluidas sus clases (positiva o negativa), forman parte de una noción amplia, o mejor, principal, de derechos fundamentales y por tanto no resulta capital el esfuerzo por definir y clasificar las garantías.

El garantismo, en la estructuración jurídica integrativista trialista eficaz, es saber jurídico que (re)construye, (re)piensa o (re)define la noción y contenidos de las garantías de la efectividad los derechos fundamentales; esa naturaleza cognitiva está determinada por la trascendencia de la efectividad del ordenamiento en la *jurística* normológica y en la dimensionalidad fundamental del derecho.

La jurisdicción es garantía de la efectividad del derecho de acción, lo que significa que procura la efectiva tutela jurídica de los derechos, en el orden constitucional, comprometiendo en primera instancia su contenido de garantía de la tutela jurisdiccional; pero no sólo la tutela jurisdiccional es inmediato resorte de la jurisdicción, también lo es la efectividad de los derechos, lo que pone en primer plano de la jurisdicción la defensa y la realización de los derechos, aunque cabe reconocer que si se tratara de establecer un orden prioritario entre tutela o efectividad en relación al garantismo, sería más directa la relación con la efectividad o realización puesto que la tutela o defensa se arraiga

más al plano sociológico de la proyección neoconstitucional que se traduce en la aplicación del principio de proporcionalidad. Lo dicho, evidentemente, de ninguna manera significa escindir estas nociones, sino todo lo contrario, este cotejo da cuenta de la estrecha vinculación normativo-funcional que existe entre garantismo y neoconstitucionalismo.

- a) La jurisdicción por tanto tiene contexto material, o mejor, normativamente apreciada asume una elevada carga deóntica (de prohibición y de obligación), de manera que su condición procesal es también material y no instrumental. No es garantía el instrumento sino el cometido material que asegura el resultado del su empleo, por eso la garantía no se vincularía con la eficiencia del derecho, sino, con la efectividad del mismo. La condición procesal de la jurisdicción, en tanto por ella se entienda instrumental y no material, es equívoca. Es el proceso tiene un carácter instrumental respecto al derecho sustancial<sup>8</sup> por eso el proceso no puede ser garantía; ni una garantía, como la jurisdicción, puede ser instrumental.

Es importante diferenciar la garantía de jurisdicción del proceso, porque la garantía no existe por el mecanismo procedimental (*rectius est*, procesal) sino por el fin de este; de manera que el proceso como tal no es garantía, ésta se encuentra en el contexto material que procura la efectividad de derechos fundamentales en el proceso y en la finalidad de éste que es la sentencia. Recuérdese que la finalidad de la jurisdicción bien puede ser entendida como la solución del conflicto de intereses intersubjetivo y el logro de la paz social en justicia, fines que salen sobrando en relación al proceso porque éste no soporta el alto contexto garantista de tales fines, sino, tan solo su ordenado tránsito, o mejor, su relación (*rectius est*, interacción) metódica en línea de propiciar, aquello para lo que está llamado a servir: conseguir una sentencia. La desnaturalización del proceso en este orden es frecuente y no deja de tener presencia en ordenamientos procesales, v. gr., el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano.

---

<sup>8</sup> Cfr. PROTO (2003) p. 7, PROTO (2010) p. 33.

### **1. *La caracterización estructural de la jurisdicción en el paradigma del estado constitucional de derecho del garantismo del positivismo crítico ferrajoliano***

Ubicar la jurisdicción en el garantismo del positivismo crítico ferrajoliano<sup>9</sup> demanda comenzar por el inicio, que implica tomar contacto con el paradigma del Estado constitucional de derecho.

El poder advertido en la situación no positiva, o mejor, no sujeta a positividad o supraordenación alguna, por tanto poder originario, incalificable de (i) legítimo, realizado por un obrar de un sujeto natural constituyente, identifica no solo sujetos naturales como sujetos constituyentes, sino, de un lado, la situación constituyente y, de otro, la actividad o “facultatividad” de esa situación. Se trata del fundamento político, jurídico externo, fundante y no fundado del derecho: el poder constituyente.

Es ejercicio del poder constituyente productor de normas sobre la producción jurídica es el acto constituyente, caracterizado por ser constitutivo de instituciones jurídicas y estar imputado al sujeto constituyente democrático llamado pueblo. El acto constituyente tiene supraordenación límite por ello produce una Constitución y ese hecho es precisamente el que lo hace constituyente.

La Constitución democrática es la que articula su parte axiológica a su otra estructural y se define cohesionando las nociones de poder, acto y sujeto constituyentes, acentuando además (i) su naturaleza de estatuto, (ii) consecuentemente su configuración como conjunto de normas, (iii) de esencia productora que (iv) al tiempo de ser política es democrática porque comprende: a) la división de los poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno a través del ejercicio de los derechos políticos y la separación de estas últimas, con respecto a las funciones de garantía, como normas de reconocimiento de la esfera pública; b) la producción por obra del ejercicio de los derechos civiles de las situaciones disponibles a ella pertenecientes, como normas de reconocimiento de la esfera privada; y, c) la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales estipulados como vitales por sus normas sustantivas como razón social.

Los sistemas deónticos, el derecho es uno de ellos, son sistemas lingüísticos, lo que implica que son lenguas y lenguajes de comunicación prescriptiva, jurídica tratándose del derecho. En el Estado constitucional de derecho tanto

---

<sup>9</sup> Para todo Cfr. FERRAJOLI (2011) pp. 630 y ss. y 801 y ss; TARUFFO (2009) pp. 21 y ss.

las normas formales (sujetadas al principio de legalidad)<sup>10</sup> sobre la producción de los actos lingüísticos –signos– como las normas sustantivas (sujetadas al constitucionalismo jurídico) sobre los contenidos –significados– se hallan codificadas y reguladas, es decir la vigencia y validez formal así como la validez sustancial del derecho positivo se hallan condicionadas. Esto último, la validez sustancial del ordenamiento está supeditada a los principios positivos de justicia consagrados en la norma supraordenada a la legislación.

Siendo así, en el Estado constitucional de derecho, las normas no solo son condicionantes (en su actuación espontánea o forzosa) sino están condicionadas (esfera de lo indecible), es decir, erigidas en un derecho sobre el derecho o un sistema de normas metalegales que supeditan el poder público a una *convención* sobre las formas y lo indecible –porque no puede ser decidido o no puede no ser decidido– de las decisiones legislativas, es decir, a una Constitución democrática cuyo músculo sustancial son los derechos fundamentales.

El carácter positivo, artificial y convencional del sistema ius-constitucional, que permite la regulación de las formas de producción del derecho, se ata a la jurisdicción para hacer efectivo o aplicable el derecho hecho y que jurídicamente “debe ser”.

Pero arribar a la jurisdicción en el panorama garantista ferrajoliano no es tan simple, porque debe necesariamente recorrerse el núcleo de la composición estructural de la Constitución, es decir, (i) la *representación política* (norma de competencia que confía a ciertos sujetos la representación orgánica de función pública a través de los derechos políticos de voto), (ii) la *división del poder* (norma de competencia relativa a las funciones de una institución realizadas por funcionarios designados o que corresponden a un procedimiento) sea *orgánica* (los funcionarios son designados por otros funcionarios, presupone una organización intra-orgánica o inter-orgánica, las decisiones son consecuencia del *quién*) o *funcional* (las funciones de ciertos funcionarios requieren de las funciones de otros funcionarios, presupone un procedimiento, las decisiones son consecuencia del *cómo*); y, (iii) la *separación de los poderes* (norma de competencia relativa a las funciones de una institución que resultan excluidas de las de otras instituciones) sea *orgánica* (los funcionarios que realizan las funciones no son designados por funcionarios de instituciones diferentes) o *funcional* (los actos por los que se realizan las funciones no suponen la realización de otros actos por otros funcionarios de otras instituciones).

<sup>10</sup> Cfr. TOMMASEO (2002) pp. 12 y ss.

Se puede apreciar que estas tres necesarias rutas de la composición estructural de la Constitución, son la primera exigencia de ésta cuando se define democrática. Además, se advierte que la división y separación, sean de orden orgánico o funcional, pueden ser plenas o parciales, dependiendo de la orientación de los ordenamientos en atención a la estructura de las funciones públicas, las cuales se dividen en funciones de gobierno y funciones de garantía.

Las *funciones de gobierno* son legislativas y administrativas cuyo ejercicio es sustancialmente válido si respeta las normas sustantivas sobre su producción. Las *funciones de garantía* consisten en garantías primarias o garantías secundarias producidas legislativamente y actuadas por actos sustancialmente válidos por la aplicación sustancial de las normas sustantivas sobre su producción. Estas últimas están instituidas para la defensa de la esfera de lo indecidible<sup>11</sup>, por eso son funciones jurisdiccionales.

Las funciones de garantía primaria consisten en *garantías primarias*, que son garantías negativas de los derechos de libertad, que implican un obrar negativo por constatación o prevención de actos que amenazan su lesión, y garantías positivas de los derechos sociales, que implican un obrar positivo por constatación de los presupuestos requeridos para su satisfacción; la garantía primaria es la obligación de prestación o la prohibición de lesión dispuestas en garantía de un derecho subjetivo. Las funciones de garantía secundaria consisten en *garantías secundarias*, que son garantías jurisdiccionales o parajurisdiccionales, consistentes en la constatación y sanción o reparación de la lesión de una garantía primaria, es la obligación de anulación o de condena predispuesta en garantía de la anulabilidad de un acto inválido o de la responsabilidad por un acto ilícito.

Siguiendo la línea clasificatoria de las funciones públicas se asume, en relación a las instituciones públicas, la división de éstas en instituciones de gobierno e instituciones de garantía. Las primeras, *instituciones de gobierno*, están dotadas de normas de competencia de los órganos y de los funcionarios encargados del ejercicio de funciones de gobierno, las cuales se refieren a la esfera de lo decidible, se fundan en la voluntad popular e implican valoración discrecional o política de los intereses generales, legitimándose por la legitimidad política de la autoridad que en democracia es la voluntad popular traducida en elección política de representantes (*auctoritas non veritas facit legem*). Las segundas, *instituciones de garantía*, están dotadas de normas de competencia de los órganos y de los funcionarios que asumen el ejercicio de funciones de garantía, las cuales se refieren a la esfera de lo indecidible, se fundan en la

---

<sup>11</sup> Cfr. FERRAJOLI (2008) p. 102.

verdad e implican aplicación sustancial de la ley, legitimándose por la verdad o la aceptabilidad de la decisión judicial como verdadera (*veritas non auctoritas facit iudicium*).

Bajo este clima teórico la jurisdicción es ante todo una garantía de los derechos subjetivos, que bien puede entenderse también como una institución de garantía secundaria, por tanto, de una función de garantía secundaria que, como tal, repara el incumplimiento y disfunción de las instituciones de garantía primaria (v. gr., escuelas, hospitales, etcétera), su previsión y organización pertenece a una dimensión formal de la democracia constitucional, orientándose, al mismo tiempo, a efectivizar la dimensión sustancial de la referida democracia, lo que ayuda a configurar una definición de jurisdicción, por la que ésta consiste “siempre” en (i) el ejercicio de la función judicial, que es función de garantía secundaria que, a su turno, es la actuación de una garantía secundaria, consistente en la anulabilidad de los actos inválidos o responsabilidad por actos ilícitos objeto de juicio; (ii) una constatación, tanto de los hechos como de la aplicabilidad de normas, haciendo efectivas éstas sobre aquellos; (iii) la aplicación de normas secundarias a la inobservancia constatada de normas primarias; y, (iv) la aplicación como normas sustantivas sobre su producción, de las mismas normas cuya inobservancia constata (actos inválidos o ilícitos).

Algunas aclaraciones:

a) La noción de garantía en el pensamiento ferrajoliano transita diversas facetas que van desde su orden estrictamente deóntico hasta su colocación coherente en la teoría del derecho importando, sobremanera, en este espacio la calificación de garantías tanto de (i) las obligaciones y prohibiciones correspondientes a los derechos subjetivos, respectivamente positivos y negativos, como (ii) la obligación de anulación correlativa a la expectativa de anulabilidad de los actos inválidos y la de condena correlativa a la expectativa de la responsabilidad por actos ilícitos. Lo que se traduce en las garantías primarias (de primer grado o sustanciales) y secundarias (de segundo grado, instrumentales, procesales o jurisdiccionales), respectivamente.

b) En esta línea de pensamiento las garantías son funciones públicas (funciones de garantía) y por tanto poder público, o peor, “una clase de poder”;<sup>12</sup> entonces, si se trata de un poder público ¿cómo se entiende el orden limitador del poder que tienen las garantías o, simplemente, no lo tienen? La respuesta está en que las garantías son el mismísimo poder público y si algo limita ese poder son los derechos fundamentales; siendo

<sup>12</sup> Cfr. FERRAJOLI (2011) pp. 828.

así, en la teoría del positivismo crítico, las garantías deben limitarse por los derechos fundamentales y no por sí mismas.

c) Si la jurisdicción es, en estos términos, una garantía, también lo puede ser el proceso y en efecto lo es.<sup>13</sup>

d) Hay una acentuada instrumentalización de la jurisdicción al considerarla una garantía de segundo grado que interviene en caso de ineffectividad de las garantías de primer grado.

e) Las garantías secundarias o procesales se articulan a una compleja serie de “subgarantías”, entre ellas el derecho de acción.

Algunas observaciones correlativas a las aclaraciones:

- a) Todas las garantías son sustanciales, aun las procesales. No existen garantías procesales-instrumentales porque tienen cargas deónticas de lo obligatorio y lo prohibido. Las normas procesales son solamente rituales o formales y no materiales.
- b) Las garantías son principios, integran la estructura normativa principal en el rol de consecuente jurídico, viven en el ordenamiento principal fundamental y no en la estructura de poder, limitan las funciones del poder público, no son esas funciones. La garantía de la jurisdicción no es función pública, no es una clase de poder, sino, es límite de la función judicial, es decir, del “poder” judicial. De lo contrario no habría cómo dar respuesta disolutoria a la paradoja de la autolimitación del poder o de éste como garantía de los derechos fundamentales, si en verdad las garantías son tales es porque lo son frente al poder público estatal. Por eso la jurisdicción alimenta a la Constitución axiológica y no a la estructural y por eso legitima el obrar del poder público estatal judicial.
- c) Si las garantías secundarias, por la vinculación que tienen con las normas secundarias, implican manifestaciones deónticas de lo obligatorio y de lo prohibido, ¿cómo podría entenderse válidamente un escenario similar con relación al proceso? Evidentemente no ha respuesta que satisfaga afirmativamente la pregunta.
- d) La diferenciación entre garantías de primer grado y segundo grado coincide con la nociva, tradicional y preprocesal percepción de lo procesal

---

<sup>13</sup> Cfr. FERRAJOLI (1995) p. 603.

como únicamente ritual, o peor, como adjetivo de lo sustantivo. No se repara que existen derechos y garantías procesales sustanciales fundamentales, de ahí que se consienten lagunas, es decir, que las garantías secundarias pueden faltar y que ello no es remediable.

- e) Si el núcleo del garantismo ferrajoliano está en no confundir los derechos con sus garantías, no hay justificación para configurar el “derecho” de acción como una “subgarantía”. Esto significaría que la “garantía de acción” también se podría entender como “función pública”, o peor, como una “clase de poder público”.

### III. LA GARANTÍA PROCESAL FUNDAMENTAL DE JURISDICCIÓN

En una de las mejores visiones<sup>14</sup> paleoprocesalistas de la jurisdicción, ésta presenta un punto de vista estático y otro dinámico. Desde un punto de vista estático la jurisdicción se concibe como emanación o atributo de la soberanía del Estado, es decir, como expresión de poderes o funciones; y, desde un punto de vista dinámico la jurisdicción se entiende vinculada al proceso. Más allá de lo correcto de advertir que la perspectiva estática de la jurisdicción corresponde al derecho constitucional y la dinámica al derecho procesal, resulta claro que queda hueca la explicación de la condición dinámica de la jurisdicción, evidentemente porque en el paleoprocesalismo la concepción de la jurisdicción como garantía era impensable más aún con un contexto normativo fundamental. De ahí que si algo bueno queda de esta idea dual de la jurisdicción es que una es aquella que brota de la Constitución en el orden estructural u orgánico y otra es aquella que se puede entender en el escenario procesal que, en el neoprocesalismo, se muestra como garantía gravitante en la Constitución dogmática o axiológica.

Decir que la jurisdicción es una *garantía* no es nada nuevo, ya en el siglo XIX se advertía así<sup>15</sup> ante la posibilidad de violación de los derechos, la exigencia de una nueva institución comprendida bajo la designación de “garantía” contra esa violación: la jurisdicción como parte integrante del derecho público.

<sup>14</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA (1992) p. 30.

<sup>15</sup> Cfr. SAVIGNY (1879) p. 7.

Además, la percepción de la jurisdicción como un deber del Estado *a partir del derecho de acción* del particular fue expuesta<sup>16</sup> y consentida<sup>17</sup> sin mayor crítica, es más, resulta regular en el paleoprocesalismo avizorar<sup>18</sup> la jurisdicción como garantía reportada por el orden constitucional de un Estado, claro está porque también era regular advertir<sup>19</sup> garantías contenidas en la jurisdicción como la recusación al juez inidóneo:<sup>20</sup> la imparcialidad del juez.

De otro lado no toda consagración de la jurisdicción como garantía fue correcta; así, por ejemplo, decir que la jurisdicción es “garantía” de las normas jurídicas<sup>21</sup> o del concierto de los poderes del Estado<sup>22</sup>, tiene en la actualidad una insuficiencia semántica que la inutiliza si se atiende al contexto (procesalista científico) al que obedece, evidentemente porque se reduce, en ambos casos, a la significación de asegurar o proteger el derecho objetivo o esa creación estatal positiva de sujeción obligatoria para los ciudadanos, y ello resulta evidente porque la insuficiencia acusada no queda, ni podría quedar, supeditada al esclarecimiento de qué clase de normas se trata y, en esa ruta, esperar llegar a un destino compatible con el constitucionalismo actual, es decir, a imaginar que en el procesalismo la noción de principios fundamentales y de las normas que los consagran tuvo algún acento en la jurisdicción, resta decirlo, no tiene asidero.

Si se tratara de perfilar la jurisdicción no se dejará de anotar que (i) es una garantía fundamental correlativa al derecho fundamental de acción, (ii) que (de)limita los poderes de los que está investido el órgano judicial en proceso (*gnotio, vocatio, coercitio, iudicium y executio*), (iii) implicando un contenido de garantías tanto de obrar negativo (de prohibición) como de obrar positivo (de obligación), (iv) que efectivizan los contenidos del derecho de acción a los que se enlazan con correlatividad normativo-estructural.

---

<sup>16</sup> Cfr. CARNELUTTI (1944) p. 77.

<sup>17</sup> Cfr. COUTURE (1978) p. 39.

<sup>18</sup> Cfr. GOZAÍNI (2001) p. 342.

<sup>19</sup> Cfr. COUTURE (1978) p. 39.

<sup>20</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 41.

<sup>21</sup> Cfr. CALAMANDREI (1943) p. 134.

<sup>22</sup> Cfr. GOZAÍNI (1992) p. 175.

#### IV. LA JURISDICCIÓN Y EL PRINCIPIO SUPREMO DE JUSTICIA

La juridización de la vida humana asiste a las expresiones del principio supremo de justicia<sup>23</sup>; así, su forma colectiva da cuenta de la organización de la agrupación humana total y en ello no deja de determinarse una esfera de libertad que maximice el desarrollo de la personalidad, lo propio ocurre con su forma individual como el caso del reparto autoritario ordenancista, en el que esa esfera de libertad no deja de tener igual fuerza.

La jurisdicción se desplaza, en la estructura integrativista trialista del derecho, en la *efectividad* del orden normativo del derecho, implicando la “realización o actuación” de los derechos sustanciales sea en forma espontánea (principios procesales fundamentales) o forzosa (principios cuya efectividad son la pretensión demandada), esta última gracias a la eficiencia jurídica y en ella a través del proceso como método de interacción litigiosa para generar eficazmente un reparto autoritario específico sujeto al principio supremo de justicia.

En el contexto estructural principal el *principio de justicia* tiene un orden inicial, o de apertura, del derecho; en tanto el *principio de acción* tiene un orden final, o de cierre, del derecho. En el primer principio la garantía no es otra que la suprema de justicia y en el último la garantía es la jurisdicción, claro está, en una ordenación que en cada caso abarca un continente principal y sus contenidos, también principiales. Esto determina la funcionalidad, o mejor, la interacción principal de las garantías suprema de justicia y de jurisdicción. Se trata, pues, de las garantías límite del derecho que, como se fundamentan en la libertad y en la dignidad, tienen naturaleza dual, es decir, como garantías de autonomía (negativas) y de prestación (positivas).

Con otras palabras, el derecho por el que la violación de cualquier otro derecho debe ser “eficazmente” reparada y su garantía de asegurar a cada cual una *esfera de libertad y dignidad* dentro de la que sea capaz de desarrollar su personalidad, muestran un contenido, coincidente o alineado en orden estructural normativo, integrado por el derecho de acción y su garantía correlativa de jurisdicción. En ambas manifestaciones principales el centro nervioso o axiológico de los derechos corresponde a la *eficacia* jurídica, la concreción de sus correlativas garantías, pertenece a la *efectividad* del derecho; y, la mayor utilidad a bajo costo del método de interacción litigiosa que permite esta última –concreción de garantías y a su través de los derechos–, es expresión de la *eficiencia* del derecho.

<sup>23</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT (1976) pp. 415, 439 s., 470 ss.

Aquí corresponde recordar que en el tratamiento de la jurisdicción se diferencian dos planos: uno político que pertenece a la Constitución estructural y otro jurídico-axiológico que corresponde a la Constitución axiológica o dogmática

## V. FUNDAMENTOS DE LA GARANTÍA DE LA JURISDICCIÓN: LIBERTAD Y DIGNIDAD

Superada la autotutela por el fortalecimiento de la autoridad del Estado y traducida ésta en función jurisdiccional, la reparación de un derecho vulnerado se hizo patrimonio exclusivo, salvo algunas excepciones de autotutela legitimada por el ordenamiento jurídico, de esa función estatal, que siendo judicial se hace jurisdiccional porque queda sujeta, en grado determinante de legitimidad, a la jurisdicción. Solo así procura válidamente la efectividad de la norma material en un caso concreto para solucionar un conflicto de intereses intersubjetivo o esclarecer una incertidumbre jurídica.

La jurisdicción es garantía de libertad y de dignidad del justiciable en escenario procesal, en tanto libertad y dignidad son fundamentos del derecho fundamental de acción, de modo que la funcionalidad de la jurisdicción-poder de sustitución de la actividad y voluntad<sup>24</sup> privadas sólo es legítima y por tanto necesaria si la garantía de la jurisdicción sujeta la jurisdicción-poder (o simplemente energía del Poder Judicial para impartir justicia). Es decir, la única manera jurídica por la que la actividad y voluntad de las partes en controversia se sustituyen por la función jurisdiccional, particularizando la norma abstracta en el caso concreto, es por la garantía de jurisdicción, lo que también implica la única manera jurídica en la que la coercibilidad del ordenamiento se torna en coerción a través del proceso.

El ejercicio funcional judicial que reemplaza un accionar y una voluntad privadas, no puede ser discrecional, primario o por cuenta propia, sino, razonable,<sup>25</sup> secundario o por cuenta ajena, es decir, equilibrado, o mejor, proporcional, o mejor aún, constitucional. Este equilibrio de la autoridad no puede darse sino con la garantía de la libertad que nutre el derecho de acción: la garantía de la jurisdicción. No es raro, entonces, advertir que el derecho de acción limita el ejercicio de poder judicial, claro está, aclarando que lo hace a través de su garantía de la jurisdicción.

---

<sup>24</sup> Cfr. Dos (1944) p. 30.

<sup>25</sup> Sobre la razonable duración del proceso en la perspectiva europea Cfr. CARNEVALLI (2006) pp. 289 y ss; CONTINI (2006) pp. 315 y ss; FABRI (2006) pp. 343 y ss.

La jurisdicción como principio (garantía) fundamental implica el aseguramiento del derecho de libertad de resolver los conflictos intersubjetivos propios, no se puede imponer la función jurisdiccional a quien no la desea promover sencillamente porque ello pertenece a la esfera de la autonomía de la voluntad y, además, en el proceso civil, porque el interés en debate es para su titular plenamente disponible; consecuentemente, uno de los contenidos iniciales o de primera recepción de la garantía de la jurisdicción es el respeto de la libre iniciativa (de parte), que se asegura de dejar estática la función jurisdiccional o de hacerla dinámica cuando se considere pertinente. Siendo así, la acción es un derecho de autonomía y propicia el equilibrio entre libertad y autoridad gracias a su garantía de jurisdicción.

Pero la jurisdicción no solo está fundada en la libertad sino también el valor dignidad, de manera que, siguiendo el ejemplo anterior, no solamente asegura la libertad de resolver procesalmente los conflictos intersubjetivos propios, sino, también que esa resolución de conflictos sea eficaz; lo que compromete una prestación estatal positiva tangible no solo en el obrar judicial de impartición de justicia a través del proceso, sino, también más allá, *v. gr.*, en la observancia de las garantías positivas implicadas por la jurisdicción en la labor legislativa procesal.

Consecuentemente, si el valor libertad fundamenta la garantía de la jurisdicción es porque se trata de una garantía del derecho fundamental de acción –nada menos que la pura traducción de la libertad del justiciable en el plano procesal–, el valor dignidad como fundamento de la garantía de la jurisdicción posibilita la vinculación estructural del derecho de acción con sus garantías sociales como el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

Finalmente, es de fácil constatación que el fundamento de los derechos fundamentales y de sus correlativas garantías, también fundamentales, tiene una misma configuración basada en libertad y dignidad. Es decir, si las garantías existen para efectivizar derechos, en la idea de que derechos y garantías están unidos en su interacción y no en la idea de que una garantía deriva de un derecho, es lógico pensar que los fundamentos tanto de derechos como de garantías son también los mismos: libertad y dignidad.

## **VI. NATURALEZA MIXTA DE LA GARANTÍA DE LA JURISDICCIÓN: GARANTÍA NEGATIVA Y POSITIVA**

Está determinado que el derecho de acción tiene una naturaleza de autonomía y también de prestación, ello se evidencia en las consecuencias

jurídicas que tienen sus contenidos, de modo que su garantía correlativa de jurisdicción no puede dejar de obedecer el dictado normativo-estructural que determina que su naturaleza sea también consecuencia de los valores que animan el principio de acción, es decir, si de un lado la libertad solventa el principio de acción no hay mucho que ver para asegurarse que en su contenido gravita un derecho de autonomía vinculado estructuralmente a una garantía también de autonomía, que implica un obrar deóntico del orden “no permitido que” (“prohibido”); y, si de otro lado, la dignidad es también soporte valorativo del principio de acción, se esclarece la connotación de prestación que implica tanto el derecho como la garantía correlativa que estructuralmente lo conforman; en este último caso se trata de una garantía que prevé un obrar deóntico del orden “no permitido que no” (“obligatorio”).

Siendo así, con la garantía de la jurisdicción se posibilita que el *respeto* de la esfera de la libertad del individuo (en tanto éste tiene permitido el buscar la resolución del conflicto intersubjetivo en que está comprometido y participar en él según su ejercicio de voluntad lo permita) por el poder público, obligado a un obrar negativo –obrar deóntico del orden “no permitido que” (“prohibido”)– frente a él, se vea acompañado o dualizado, pero no “mezclado”, del cumplimiento de la esfera prestacional o positiva –obrar deóntico del orden “no permitido que no” (“obligatorio”)– estatal (en tanto el Estado está obligado a resolver eficazmente ese conflicto intersubjetivo y a hacer todo lo que conlleva a ello).

La jurisdicción denota, de un lado, una faz de pura garantía de libertad, como prohibición de interferir con la esfera de libertad del justiciable de resolver sus conflictos intersubjetivos propios, es decir, cuándo y cómo esa su libertad lo permita; y, de otro lado, una faz de pura garantía de prestación, como obligación de dotar todas las condiciones necesarias para que la eficacia en la obtención y cumplimiento de la resolución del litigio, en tanto dignidad e igualdad sustancial expuestas en la jurisdicción hacen que esta se proyecte como auténtica garantía social del derecho de acción como derecho social<sup>26</sup> que, como tal, exige un reparto de cargas estatales que son contenidos de la garantía de la jurisdicción, como el debido proceso y la tutela jurisdiccional.

---

<sup>26</sup> Sobre el fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Cfr. BERNAL (2005) pp. 287 ss.

## VII. CONTENIDO DE LA GARANTÍA DE LA JURISDICCIÓN

Queda claro que la jurisdicción es garantía del derecho de acción; pero, también debe referirse que la jurisdicción satisface el contexto principal de la acción en una de sus implicancias que, recuérdese, son tres: derecho de (i) acceso a la justicia (eficacia), (ii) de acceso a la función jurisdiccional (efectividad) y (iii) de acceso al proceso (eficiencia). La función jurisdiccional está determinada por la carga potestativa de la jurisdicción que se traduce en los poderes de conocimiento –*gnotio*–, de comparecencia –*vocatio*–, de documentación, decisión –*iudicium*–, ejecución –*executio*– y coerción –*coercitio*.

Siendo así, el derecho de acción tiene un contenido conformado por otros derechos fundamentales que tienen vinculación directa con los contenidos no solo de la jurisdicción sino también de otras garantías, claro está, en un escenario de contenidos y subcontenidos que aparecen de la Constitución o de las leyes, en la medida en que también fluyen reglas de la Constitución y principios de las leyes.<sup>27</sup>

En la efectividad de la acción, la garantía de la jurisdicción participa de la libertad y dignidad que animan el principio de acción, demarcando, en sus contenidos, garantías que hacen de la acción un principio de autonomía –con la presencia de garantías que consisten en un obrar deóntico del orden “no permitido que” (“prohibido”)– y a la vez de prestación –con garantías que consisten en un obrar deóntico del orden “no permitido que no” (“obligatorio”)–; pero en ningún caso esto deja de ser consecuencia de la perspectiva del integrativismo trialista sobre el principio de acción, de manera que el ámbito del contenido que asume la garantía de la jurisdicción al tiempo de ser normativo-estructural es dimensional integrativista trialista.

Aquí conviene recordar que un derecho fundamental no solo se vincula a una garantía fundamental ni esta asiste únicamente (con exclusividad y exclusión), a un solo derecho, lo que deriva en un elenco de garantías tan numeroso como el de derechos, con otras palabras, las garantías, contenidas o no en otras garantías, no se encasillan necesariamente en los márgenes (de autonomía o de prestación) que comprende la naturaleza del principio de acción ni en un ámbito específico de trascendencia de la eficacia del objeto jurídico en los métodos *jurísticos* (dikelógico, normológico y sociológico).

Un punto clave para dilucidar el contenido de la garantía de la jurisdicción es atender a que ésta limita al poder estatal de impartir justicia, lo que

<sup>27</sup> Cfr. VILLA (2008) pp. 242 y ss.

presupone advertir la composición de ese poder que no es otro que el tradicional arsenal potestativo de conocimiento *-gnotio-*, de comparecencia *-vocatío-*, de documentación, decisión *-iudicium-*, ejecución *-executio-* y coerción *-coercitio-*. De manera que el contenido de la garantía de la jurisdicción se ordena según el contenido del poder limitado, o mejor, jurisdiccionalizado. Véase.

**TABLA N° 1**

Interacción básica del contenido de la garantía de la jurisdicción			
Derecho fundamental	Garantía fundamental		Poder público estatal
Acción como derecho de acceso al servicio de la función jurisdiccional (acceso a los jueces y tribunales) (contenido de efectividad)	Jurisdicción	Contenido de la jurisdicción Garantías de:	Función judicial-procesal
		Tutela jurisdiccional (no dejar de impartir justicia)	Poder de conocimiento
		Juez natural y técnico Debido proceso (comunicación oportuna del proceso)	Poder de comparecencia
		Motivación de sentencia Imparcialidad del juez Cosa juzgada	Poder de decisión
		Buena fe procesal Sanción de la mala fe	Poder de coerción
		Seguridad jurídica Legalidad	Poder de documentación, investigación o instrumentación
		Cosa juzgada	Poder de ejecución

El cuadro consignado no es cerrado ni acabado en el universo de garantías, pues queda abierto para más contenidos y subcontenidos en atención a las exigencias realizadoras del derecho de acción frente a las potestades de la función judicial en el proceso.

### VIII. LA JURISDICCIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: LA JURISDICCIÓN COMO GARANTÍA DE CIERRE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La efectividad de la normatividad jurídica está entregada a la *jurística* normológica, y en ella el principio supremo de justicia, que comprende el derecho a la justicia y la garantía suprema de justicia, se consagra reconocido en la Constitución axiológica, irradiando desde ella un complejo plexo axiológico contenido en derechos y garantías correlativas, procurando éstas la actuación espontánea de aquéllos; y, en caso de crisis de cooperación en esa empresa cobra presencia el principio de acción y en él la garantía de la jurisdicción, que como tal implica, en primer orden, una organización estructural que tenga asignada la labor de impartir justicia valiéndose de las potestades que se le atribuyen para tal efecto y sobre las que recaen sus contenidos, que son los contenidos (de la garantía de la jurisdicción) de efectividad que genera el principio de acción a partir de su contenido de derecho de acción como derecho de acceso al servicio de la función jurisdiccional (acceso a los jueces y tribunales) y de sus garantías correlativas.

El ordenamiento jurídico está conformado por lo normativo constitucional y lo normativo constitucionalizado, en ese panorama se ubica al principio supremo de justicia como el que abre la principalidad jurídica; y, al principio de acción, como el que la cierra, lo que significa que la garantía suprema de justicia se prolonga hasta la garantía de la jurisdicción, lo que bien podría denominarse el cinturón de garantías jurídicas.

Puede entenderse la condición de cierre de la garantía de la jurisdicción considerando la actuación de la norma de derecho material, propiamente la actuación forzosa de la norma principal cuando no se da la espontánea. Tomando en cuenta ello corresponde ver que si la principalidad jurídica se abre con el derecho por el que todo derecho fundamental es efectivo espontáneamente, no podría tener sentido alguno si ello quedara ahí, sin considerar el supuesto más trascendente que es el de la crisis de cooperación en la eficacia de los principios, pues el subsistema principal quedaría expuesto y condenado a quebrar. Por eso cobra trascendentalidad el principio de acción y en él la garantía de la jurisdicción, que precisamente cubre la actuación

forzosa de los principios y por tanto permite la efectividad del derecho como consecuencia de la validez de los principios jurídicos<sup>28</sup>, es decir, supera cualquier violación principal porque su pretensión es repararla con eficacia; lo que asegura que la libertad y dignidad implicadas en una carga estatal, de respetar (obrar deóntico del orden “no permitido que” (“prohibido”) y cumplir (obrar deóntico del orden “no permitido que no” (“obligatorio”) los contenidos principales, serán efectivas. Siendo así, el ordenamiento jurídico se cierra en la principalidad jurídica gracias al principio de acción, y en el orden de garantías contenido en éste gracias a la garantía de la jurisdicción, solo en esta lógica la tutela de los derechos si no es constitucional es constitucionalizada.

### ***1. Positivización de la jurisdicción en la Constitución***

Con la división del poder y la separación de los poderes estatales acogidas en la Constitución, resta poco esfuerzo para advertir que la jurisdicción, en tanto por ella se comprenda el poder jurisdiccionalizado, aparece fundada de la letra de la Constitución.

Lo que aquí importa es advertir la garantía de la jurisdicción en la Constitución, la misma que no puede entenderse sino en el mismo plano normativo del que gozan los derechos fundamentales, es decir, de reconocimiento implícito o explícito en la Constitución. Siendo así, la garantía de la jurisdicción fluye de la Constitución porque ella recoge en su texto o espíritu los contenidos (derechos y garantías) del principio fundamental de acción, a lo que se añade que el reconocimiento de las garantías fundamentales implícitas o innominadas no se excluyen de la Constitución, porque en ella se muestran sus componentes a partir de la dignidad del hombre o los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

### ***2. El contenido de efectividad de la garantía de la jurisdicción***

La estructura integrativista trialista del derecho se ocupa de esclarecer el contenido del principio de acción y en él, a su turno, el de la garantía de la jurisdicción.

---

<sup>28</sup> Sobre la validez de los principios iusfundamentales Cfr. SIECKMANN (2011) pp. 36 ss.

Por la jurisdicción se da el aseguramiento del “acceso al servicio de la función jurisdiccional”, entendiendo que la noción de ese “acceso” no se limita a la postulación sino trasciende a todo cuanto significa la función jurisdiccional, de manera que funciona como garantía de cierre del sistema, pues no es sino el aseguramiento de la efectividad de los derechos a través de su protección o tutela: la tutela jurisdiccional.

El contenido de la garantía fundamental de jurisdicción, en el plano de efectividad, comprende las garantías correlativas a los contenidos del derecho fundamental de acción, atención, con relación a la función jurisdiccional, de manera que la principal garantía que comprende frente al derecho de acción, como derecho de acceso a la función jurisdiccional, es la garantía de la tutela jurisdiccional.

La garantía de la tutela jurisdiccional es la manifestación primaria o cara visible de la garantía de la jurisdicción que hace de contraparte normativo-estructural del derecho de acción en el plano fundamental, que es el que procura la efectividad del derecho no solo de acción sino de aquellos cuya tutela se encarga a la potestad judicial para su efectividad forzosa.

La garantía de la tutela jurisdiccional no se reduce a (de)limitar la potestad de conocimiento del poder judicial, sino participa de todas las potestades del mismo, es más, su interacción principal o garantista muestra que las diversas garantías que atañen a las otras potestades del poder estatal de justicia pueden ser comprendidas como su contenido sin mayor problema. De determinar ello se ocupa precisamente la teorización garantista.

Ahora ese contacto de los principios fundamentales con la función jurisdiccional tiene un complejo andamiaje principal normativo que lo soporta eficazmente. De manera que aquí se pone en juego el tupido tejido principal de la acción, que es el formado por los derechos contenidos en el derecho de acción como derecho a la función jurisdiccional frente a las garantías contenidas en la garantía de la tutela jurisdiccional. De todo este contenido importa sobremanera esclarecer la garantía de la tutela jurisdiccional que en la actualidad sufre una suerte de “identidad perdida”, en tanto es proclamado como si fuera un “derecho” en la más abominable hipertrofia que pudo haber sufrido su naturaleza, y por tanto su contenido, dando lugar a un auténtico galimatías jurídico que intenta usurpar una identidad que no le pertenece –que es la de la acción–, que no está en su genética –que es la de una garantía y no de un derecho–, en fin, que sólo confunde y perturba.

## IX. ACTUACIÓN (ESPONTÁNEA Y FORZOSA) DE LA GARANTÍA DE LA JURISDICCIÓN

Los derechos materiales se hacen efectivos a través del proceso, lo que implica también la efectividad del principio de acción (derecho de acción y garantía de la jurisdicción comprendidos), la orientación de todo esto es la actuación, o mejor, la efectividad de la previsión normativa (subjctiva material y/o subjctiva procesal). Esta efectividad puede ser *in natura*<sup>29</sup> o por medios substitutivos (efectividad forzosa realizada verticalmente).

La efectividad de una garantía fundamental significa la del derecho al que asiste, si esto se quisiera ver en relación a la garantía de la jurisdicción la implicancia de efectividad inmediata es la que corresponde al derecho fundamental de acción. La efectividad de la garantía de la jurisdicción puede ser espontánea, de manera que no sufre vulneraciones frente a su ejercicio y sus contenidos (garantías) prosperan con regularidad, o puede ser forzosa, de modo que implica su tutela para restablecer la regularidad de sus contenidos (garantías) y del ejercicio del derecho al que efectiviza.

La actuación forzosa de la garantía de la jurisdicción exige el ejercicio del derecho al que efectiviza que es el derecho de acción, pues éste procurará dentro de proceso (mediante uno de sus contenidos que es el que permite impugnar una decisión jurisdiccional que la vulnera –vía nulidad, apelación o casación) o fuera de este (generando un nuevo proceso, pero ajustado a su naturaleza principal fundamental, lo que significa que será a través de una pretensión constitucional (amparo) y, claro está, en un proceso constitucional). Su control pasa de ser difuso a ser concentrado, se transita, entonces, de la jurisdicción civil u ordinaria a la constitucional para restablecer el contenido de la garantía de jurisdicción vulnerado que impide efectivizar el derecho de acción o el contenido de éste al cual le es correlativo en su orden normativo-estructural.

La violación de la garantía de jurisdicción, como violación de garantía que es, resulta aparente puesto que en realidad se trata de la violación del derecho al que procura efectivizar, o mejor, se trata de una violación del principio que engloba tanto ese derecho como su garantía; de manera que entender la violación de la garantía de jurisdicción o de cualquiera de sus contenidos antepone la verdad de la violación del derecho de acción o de sus contenidos comprometidos en ello. Solo considerando esto se puede asumir que el principio de acción, debido a su orden de cierre del subsistema principal, resulta

---

<sup>29</sup> Cfr. COUTURE (1978) p. 482.

por sí mismo autosuficiente para su efectividad, algo más, para su eficiente tutela, es decir, es autosuficiente tanto en su actuación espontánea como en su actuación forzosa.

### **1. Publicismo, dispositivismo y garantía de la jurisdicción**

Ni publicismo ni dispositivismo procesales participan de la línea conceptual del neoconstitucionalismo, de manera que en esos contextos advertir la jurisdicción como garantía, sería poco más que una herejía procesal. Es propio del paleoprocesalismo, y en él están atrapados el publicismo y el dispositivismo, entender la jurisdicción como un poder-deber estatal que pone en juego el concepto de “deber” involucrado cuando se vincula el ejercicio del derecho de acción frente al concepto de “poder” también involucrado. Ello podría tener alguna aproximación a la concepción de la garantía de jurisdicción y a la del poder judicial jurisdiccionalizado, o mejor, (de)limitado por dicha garantía, sobre todo si se relaciona la noción de “deber” con la de “garantía”; pero, la distancia entre una y otra idea es la misma que se advierte entre iusnaturalismo y positivismo jurídico frente al neoconstitucionalismo, porque bien se puede ubicar el pensamiento paleoprocesalista, devoto de la fórmula “poder-deber” para definir la jurisdicción, dentro de los cánones del iusnaturalismo (conforme así se ha advertido el publicismo procesal)<sup>30</sup> y del positivismo jurídico (conforme así se ha advertido el dispositivismo procesal);<sup>31</sup> y, el pensamiento neoprocesalista, que cobija la garantía de la jurisdicción, dentro de los cánones del neoconstitucionalismo recepcionado en el integrativismo trialista eficaz.

Aún cuando se tratara de ver disímiles las tendencias publicista y positivista procesales (puesto que éste intenta defender la libertad del justiciable en escenario procesal sin advertirla en el derecho de acción menos entendiendo por éste un derecho fundamental al calor del constitucionalismo actual; y, aquél, pisotea el derecho de acción por su elección de preferir la justicia a cualquier precio inclusive el de la libertad que anima a la acción) resultan parecidas en tanto están muy alejadas de la percepción constitucional actual del derecho procesal, es decir, entendido como desarrollo del principio de acción.

Siendo así, el publicismo procesal no identifica la eficiencia del proceso en la interacción principal que se desenvuelve en la conjunción de los

<sup>30</sup> Cfr. PARODI (2008) p. 315.

<sup>31</sup> Cfr. *Ibidem*.

contenidos del derecho fundamental de acción y de la garantía fundamental de jurisdicción, y esto es consecuencia de no reconocer el orden normativo principal del neoconstitucionalismo y de guardar enorme distancia del integrativismo trialista, evidenciándose en todo esto un anacrónico entendimiento los principios en la estratósfera normativa. Por su parte el positivismo procesal aplasta su interés por la eficiencia del proceso con el enorme (sobre) peso del enjuiciamiento del ordenamiento procesal actual no por su disyunción de los cánones del constitucionalismo actual, sino, por su genética de autoritarismo de algunos fétidos momentos históricos, lo que tiñe su postura de cierto anacronismo frente al contexto del constitucionalismo vigente.

## **2. Eficientismo, garantismo y garantía de la jurisdicción**

En la estructuración jurídica integrativista trialista tanto eficientismo y garantismo son ámbitos cognitivos del derecho que corresponden, el primero, a la línea del método *jurístico* sociológico y, el segundo, a la línea del método *jurístico* normológico. En este último espacio jurídico es donde se fija la dependencia de la eficiencia con relación a la efectividad del derecho atendiendo al corte fundamental del orden normativo jurídico, algo más, es donde se halla el ámbito cognitivo de la constatación neoconstitucional que en la perspectiva integrativista trialista armoniza con el garantismo jurídico y con el eficientismo del derecho.

El plano de efectividad del derecho está tejido con las garantías de los derechos fundamentales en las líneas del neoconstitucionalismo; por eso, en el Estado constitucional de derecho la efectividad de los derechos depende del garantismo, que se cerciora de superar toda crisis de actuación espontánea de los derechos haciéndolos forzosamente efectivos, restringiendo el autoritarismo y sometiendo el poder a la Constitución. En cambio, el plano de eficiencia del derecho esta nutrido por la realidad actuante que pone en marcha la funcionalidad de los principios fundamentales y en ello también de los principios procesales fundamentales, de manera que la interpretación y aplicación de los contenidos principales tienen fluidez en el contexto metodológico *jurístico* sociológico del derecho que es donde se hacen eficientes al buscar el máximo desarrollo posible al menor costo, lo que significa un reparto ordenancista autoritario que sin faltar a una justificación fundamental logra propiciar la única respuesta posible del caso concreto. Aquí ya se puede divisar el escenario integrativista trialista del que participa la garantía de jurisdicción, es decir, un escenario en el que el garantismo no es cerrado a la estructura normativa principal como el del positivismo crítico, sino, que confluye en la interpretación y aplicación proporcional y razonable de los

contenidos principales, por tanto, nada extraño será ver la proporcionalidad del contenido de la garantía de la jurisdicción.

### **3. Proporcionalidad, razonabilidad y garantía de la jurisdicción**

Al igual que los derechos fundamentales las garantías fundamentales, la jurisdicción es una de ellas, interactúan regidas por el principio de proporcionalidad y en su aplicación el empleo del criterio de razonabilidad. De manera que la ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto) determina los alcances del ejercicio del poder contenido en la impartición estatal de justicia; así, muchos de los sobredimensionamientos de la jurisdicción estatal, o mejor, del poder judicial jurisdiccionalizado, tienen la posibilidad de perfilarse procesalmente dentro de los cánones neoconstitucionales. Un ejemplo de ello es la configuración de la prueba de oficio como traducción probatoria de una de las potestades contenidas en la jurisdicción, su (in)constitucionalidad no se determina ni por su filiación publicista ni, mucho menos, por su censura garantista, sino, por la aplicación del principio de proporcionalidad y el criterio de razonabilidad en la decisión o norma que la asuma como objeto de su pronunciamiento.

Aquí, como ocurre con relación al derecho de acción, será la casuística del principio de acción la que dará cuenta de los anclajes problemáticos del derecho procesal civil contemporáneo en relación a la jurisdicción, de los que el publicismo y dispositivismo solo se ocuparon en evidenciar y agudizar (*v.gr.*, la prueba oficiosa, las medidas autosatisfactivas, las cargas probatorias dinámicas, los poderes discrecionales del juez, etcétera).

## **CONCLUSIONES**

La garantía de la jurisdicción busca la efectividad del derecho de acción como derecho de "acceso al proceso", como tal, es garantía de cierre del sistema, dado que hace realidad el empleo del método eficiente, pacífico y sistémico de interacción litigiosa para efectivizar derechos vulnerados.

En esta línea funcional de la garantía de la jurisdicción se constata sin mayor dificultad que su principal expresión de contenido es la garantía de eficiencia de la acción: el debido proceso. Siendo así el derecho al proceso se vincula normativo-estructuralmente con su garantía que es el debido proceso; pero debe sentarse que ello no termina ahí pues el viaje de los contenidos principales continúa de modo tal que entre el derecho al proceso y el debido

proceso se tejen contenidos muy densos y estructuralmente vinculados con carácter principal. Es decir, si la jurisdicción actúa mediante el justo proceso<sup>32</sup> es en una relación de continente a contenido.

La vinculación estructural de la norma de garantía de debido proceso a la del derecho de acción como derecho de acceso al proceso, domina el plano funcional o del método jurídico sociológico, que es el que procura la eficiencia del derecho, es decir, la garantía de debido proceso como contenido de la garantía de la jurisdicción asegura la condición de derecho de cierre del sistema normativo principal que tiene el derecho fundamental de acción. Ahora, ese contacto del derecho de acción y de la garantía de la jurisdicción, a través de sus contenidos, con el proceso, tiene un complejo andamiaje principal normativo que se desarrolla siempre en sujeción al principio de proporcionalidad, lo que implica que en el Estado constitucional de derecho el debido proceso siempre se entiende como debido proceso proporcional.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1992): *Estudios de teoría general e historia del proceso, 1945-1972* (México D. F., UNAM) Tomo I.

BERNAL PULIDO, Carlos (2005): *El derecho de los derechos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) 419 pp.

CALAMANDREI, Piero (1943): *Instituciones de derecho procesal civil* (Buenos Aires, Depalma) Tomo I.

CARNELUTTI, Francesco (1944): *Sistema de derecho procesal civil* (Buenos Aires. UTEHA) Tomo I.

CARNEVALLI, Davide (2006): "La violazione della ragionevole durata del processo: alcuni dati sull'applicazione della "legge Pinto"", GUARNIERI, Carlo y ZANNOTTI, Francesca (editores), *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico* (Padua, CEDAM) pp. 219-258.

---

<sup>32</sup> Cfr. TOMMASEO (2002) p. 10.

- CONTINI, FRANCESCO y SIGNIFREDI, PAOLO (2006): "L'attuazione della ragionevole durata del processo: tempi standard o obiettivi per il governo degli uffici giudiziari", GUARNIERI, CARLO y ZANNOTTI, FRANCESCA (editores), *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico* (Padua, CEDAM) pp. 315-342.
- COUTURE, EDUARDO J. (1978): *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires, Depalma) 524 pp.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (1994): *Compendio de derecho procesal* (Medellín, Dike) Tomo I.
- DOS REIS, JOSÉ ALBERTO (1944): *Teoría de la acción* (Traducc. Guillermo García Máynez, México D. F., Compañía General) 155 pp.
- FABRI, MARCO (2006): "Giusto processo e durata ragionevole dei procedimenti", GUARNIERI, CARLO y ZANNOTTI, FRANCESCA (editores), *Giusto processo? Introduzione di diritto fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe Di Federico* (Padua, CEDAM) pp. 343-370.
- FERRAJOLI, LUIGI (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Traducc. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bondrés, Madrid, Trotta) 991 pp.
- \_\_\_\_\_, (2008): *Epistemología jurídica y garantismo* (Traducc. José María Lujambio, México D. F., Fontamara) 299 pp.
- \_\_\_\_\_, (2011): *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (Traducc. Perfecto Andrés Ibáñez, Luis Prieto Sanchís, Marina Gascón Abellán, Alfonso Ruiz Miguel y Juan Carlos Bayón, Madrid, Trotta) Volumen 1.
- GOLDSCHMIDT, WERNER (1976): *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes* (Buenos Aires, Depalma) 665 pp.
- \_\_\_\_\_, (1987): "Trialismo. Su semblanza", VV. AA. *Enciclopedia Jurídica OMEBA* (Buenos Aires, Driskill) Apéndice V.
- GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO (1992): *Derecho procesal civil* (Buenos Aires, EDIAR) Tomo I, Volumen 1.

- \_\_\_\_\_, (2001): "Métodos diferentes del proceso para resolver conflictos entre personas ¿es un tema procesal?" VV.AA., *Teoría unitaria del proceso* (Rosario, Juris) pp. 321-350.
- GUASP DELGADO, Jaime y ARAGONESES ALONSO, Pedro (1998): *Derecho procesal civil* (Madrid, Civitas) Tomo I.
- PARODI REMÓN, Carlos (2008): "¿Activismo o garantismo judicial?", FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (México D. F., UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons) Tomo X.
- PROTO PISANI, Andrea (2003): *Le tutele giurisdizionali dei diritti - Studi* (Nápoles, Jovene) 710 pp.
- \_\_\_\_\_, (2010): *Lezioni di diritto processuale civile* (5ª edición, Nápoles, Jovene) 935 pp.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio (1995): *Teoría general del proceso* (Bogotá, Temis) 663 pp.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von (1879): *Sistema del derecho romano actual* (Traducc. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, F. Góngora y Cía.) Tomo IV.
- SIECKMANN, Jan-R. (2011): *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (Madrid, Marcial Pons) 322 pp.
- TARUFFO, Michele (2009): *La prueba de los hechos* (Traducc. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta) 542 pp.
- TOMMASEO, Ferruccio (2002): *Lezioni di diritto processuale civile* (Padova, CEDAM) 324 pp.
- VILLA, Vittorio (2008) "Il "giusto processo" fra regole e principi", MANZINI, Maurizio y PUPPO, Federico, *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fran principio e regola* (Milán, Giuffrè) pp. 241-248.