

EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA: EL MITO DE UNA *SERENDIPIA* PROCESAL

Por **Roberto González Álvarez**

Profesor en la Facultad de Derecho de la UNSAAC
Presidente de la Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas
Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal

1. Premisa
 - I. Tutela procesal de los derechos y su efectivización
 2. Tutela jurisdiccional
 - 2.1. Diversificación o diferenciación de la tutela jurisdiccional
 3. Tutela jurisdiccional (procesal) «efectiva»
 - 3.1. Efectividad de la tutela jurisdiccional desde la teoría económica del derecho: efectividad como consecución de la finalidad del proceso
 - 3.2. Efectividad de la tutela jurisdiccional y derechos sustanciales
 - 3.3. Tutela jurisdiccional efectiva y actuación espontánea del derecho material
 - II. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva
 4. El artículo 24.1 de la Constitución española: casualidad de una *serendipia* procesal
 - 4.1. El origen del artículo 24.1 de la Constitución española de 1978
 - 4.2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el derecho a la tutela judicial efectiva: descubriendo los derechos de acción y al debido proceso
 - 4.3. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española: evitando el disloque normativo-conceptual sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva
 5. La Corte de Justicia de la Comunidad Europea: fabricando un «nuevo» derecho procesal
 - III. La tutela jurisdiccional efectiva en el ordenamiento nacional
 6. El artículo 139.3 de la Constitución del Estado
 7. El artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil
 8. El artículo 4 del Código Procesal Constitucional
 - IV. Conclusión

1. PREMISA

A principios de setiembre de 1928 Alexander Fleming, investigando sobre la gripe, descuidó las placas que examinaba en las que, cierto tiempo después, se evidenció que el moho que se había formado en ellas destruía e inhibía una gama amplia de bacterias patógenas, el científico al observar tal acontecer había descubierto la penicilina, debido a un descuido, a una casualidad. Lo sucedido con Fleming y su descubrimiento científico fue una *serendipia*, por cierto la más importante de la ciencia médica del siglo pasado. El neologismo *serendipia* (del inglés *serendipity*), fue acuñado en el mundo anglosajón en 1754, a partir del nombre del reino Serendip, involucrado en una historia anónima de tres hermanos que en sus viajes remediaban problemas inesperados con sorprendentes descubrimientos por accidente y sagacidad; por lo que *serendipia* significa el descubrimiento científico producido por casualidad y sagacidad.

Se advierten *serendipias* en todos los ámbitos de la ciencia, descubrimientos muy conocidos como la ley de la gravedad, el continente americano, la pila eléctrica, la aspirina, los rayos X y muchos otros dan cuenta de ello. El derecho no escapa de esta circunstancia, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la casualidad de una auténtica *serendipia* procesal porque nació en el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978 cuando queriéndose legislar el «derecho al acceso a los tribunales para la tutela» se terminó, por casualidad, regulando el «derecho a la tutela judicial» sobre el que el Tribunal Constitucional español fue «descubriendo» los derechos de acción y al debido proceso como su «novedoso» contenido, el primero surgido desde el mundo jurídico romano, casi con el derecho mismo y el segundo en el mundo del *common law* hace cientos de años.

Si los derechos de acción y al debido proceso fueron inventados (positivismo jurídico) o percibidos del favor divino en el hombre (iusnaturalismo) hace tanto tiempo ¿por qué fabricar un nuevo derecho para en él explicarlos como su contenido? La respuesta sólo puede satisfacerse en un accidente, un descuido, una casualidad.

Pero esto ¿qué consecuencias jurídicas puede generar? El desorden y deficiencia en la normatividad, doctrina y jurisprudencia sobre el tratamiento de los derechos, principios, fundamentos e institutos involucrados, que no son pocos ni de mediana importancia, dan la respuesta al interrogante. En el caso nuestro observemos lo siguiente:

a) Cuando nuestra Constitución proclama entre los principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la «*tutela jurisdiccional*» (artículo 139, inciso 3), no queda claro que esta última sea un derecho, es más se omite, a diferencia del debido proceso, hacer referencia a su contenido. Se advierte, entonces, que se trata de una *situación jurídica* que asegura a todo sujeto de derecho la protección estatal de sus derechos. En esa tesitura pierde peso decir que el *derecho* a la tutela jurisdiccional efectiva a que alude el Código Procesal Civil tiene fuente directa constitucional, porque en todo caso la estructura y la naturaleza que tiene no es compartida con las que asisten a la tutela jurisdiccional aun cuando estén vinculadas.

b) Nuestro Código Procesal Civil está embanderado por el «*derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*» (artículo I del Título Premilitar) asegurándose que el ejercicio de ese derecho da pie al derecho de acción por el que todo sujeto puede recurrir al órgano jurisdiccional (artículo 2), es decir, hace ver que el derecho de acción se da gracias al ejercicio de un derecho previo, y por tanto superior, pues lo determina (limita y restringe) para su existencia, que es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Contradictoria y posteriormente señala que el derecho de acción no admite limitación ni restricción para su ejercicio (artículo 3). A este ya nebuloso panorama se suma (i) la ausencia de la correspondiente Exposición de Motivos del Código, (ii) la imposibilidad de encontrar un proceso civil en el que la defensa de cada parte no invoque indiscriminadamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sea en su ejercicio o su vulneración, y como si esto fuera poco (iii) una escuálida jurisprudencia civil que más allá de repetir el texto de la ley nada útil aporta a esclarecer el sentido normativo sobre el particular.

c) El Código Procesal Constitucional patrio define la «*tutela procesal efectiva*», como la situación jurídica de una persona [debió decir de todo sujeto de derecho] en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de acceso a la justicia y al debido proceso.

Aquí la noción de *tutela procesal efectiva* se vincula más a aquella constitucional de *tutela jurisdiccional*, evidentemente por la vinculación sustancial-procesal de la materia constitucional y, espero, también por haber reparado el legislador lo insípido de la presencia en nuestro sistema del *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* que en todo caso, bien visto, lo hizo tema aparte.

La confusión y contradicción pueden continuar si se sigue revisando el ordenamiento jurídico. Las líneas siguientes procuran esclarecer el panorama de la tutela jurisdiccional efectiva frente a una *serendipia* procesal que perturba la claridad conceptual de nuestro sistema procesal civil.

I

TUTELA PROCESAL DE LOS DERECHOS Y SU EFECTIVIZACIÓN

2. TUTELA JURISDICCIONAL

Establecida la regulación de la vida del hombre en sociedad a través de una regla para cada conflicto de intereses o incertidumbre en que éste se pudiera ver envuelto, se asignó operatividad a tal regla a través del mandato que al ser general o abstracto constituyó la norma jurídica que indica, en todo caso, una conducta a observar, llamada por Carnelutti, precepto¹. El precepto recae en la conducta de los sujetos normativos desarrollando o sacrificando el interés en conflicto, es decir, limita la libertad y manda en la voluntad de uno de ellos que será el titular del interés subordinado, y favorece la libertad y permite la voluntad del otro sujeto que será el titular del interés protegido.

Procurada la sapiencia ciudadana del precepto de la norma jurídica y prevenida la conducta individual o colectiva bajo su observancia, la efectividad del orden normativo se dio por su actuación espontánea (*in natura*) o forzosa (a través de mecanismos sustitutivos adecuados).

La primera, que es la realización ideal o espontánea del derecho, se da cuando una conducta se cumple dentro de lo jurídicamente permitido, sea impuesto o no impuesto², es decir, tiene lugar en la observancia y acatamiento por impulso propio de los sujetos, a los que se orienta la norma jurídica, del precepto que ésta contiene: el derecho subjetivo esculpido por el derecho objetivo. El ordenamiento normativo jurídico en sí, se hace entonces existente, real, concreto, consistente, verdadero, en una palabra, efectivo, porque su titular lo sintió obrar en su vida sin acudir nada más que al mandato contenido en la norma jurídica.

La segunda, que es la realización coactiva, inducida o forzosa del derecho, tiene lugar, principalmente, en el proceso (procesal) que es el mecanismo instrumental del que se sirve el derecho para hacer efectivos los derechos (materiales) que consagra, cuando ellos no operan por actuación espontánea. La actuación de las reglas sustanciales depende de la efectividad del proceso³, y a su turno la efectividad del proceso depende

¹ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, UTHEA, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 23.

² COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 482.

³ PROTO PISANI, Andrea, *Appunti sulla giustizia civile*, Caccuri Editore, Bari, 1982, p. 11.

de la eficiencia del mismo. Sólo un proceso efectivo proporciona la misma⁴ situación de cumplimiento espontáneo de la norma material, dándose esta efectividad por el acortamiento proporcional y razonable de la diferencia de las circunstancias de la vida que genera el proceso entre actuación material y actuación espontánea del derecho material, que denomino brecha procesal.

En general, la actuación de la norma bajo un régimen estatal se concentra en la tutela jurídica, que comprende tanto el derecho material (y por tanto su actuación espontánea) como el que lo posibilita cuando éste no actúa espontáneamente, por tanto, la tutela jurisdiccional se identifica como una especie⁵, modalidad⁶, forma⁷ o plano⁸ de la tutela jurídica (de los derechos), o considerando ésta como primaria aquella se entiende secundaria⁹.

Una primera impresión nos asegura que la tutela jurisdiccional es el «principal instrumento»¹⁰ de la tutela de los derechos. De esa «tutela de los derechos» que en el legislador civil italiano de 1942 le hizo ver la necesidad de incluir en su regulación la «tutela jurisdiccional de los derechos» (Título IV del Libro VI)¹¹, un caso peculiar de regulación procesal en un cuerpo normativo civil, que si bien tuvo la venia de Carnelutti¹² aunque denunciaba confusa esa arquitectura legislativa, no faltaron sus críticos demoledores como Liebman^{13, 14} que censuró no sólo el desmembramiento de vitales institutos procesales entre los códigos material y procesal civiles dislocando la materia procesal bajo un injustificable apego a la tradición, sino, también el uso del concepto «tutela de los derechos» de «neto sabor pandectista» omitido aún por los alemanes que fueron sus creadores. Sin embargo, de esta experiencia hay que rescatar que esté o no correctamente ubicada la tutela jurisdiccional de los derechos en la legislación siempre exhalará el precepto constitucional¹⁵ de la avocación del Estado a la función jurisdiccional, lo que no mutila las nociones de jurisdicción especial particularmente cuando gozan de proyección constitucional.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, Malheiros, San Pablo, 2001, p. 13.

⁵ CARNELUTTI, Francesco, «*Tutela dei diritti*», en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1943, v. I, p. 10.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de direito processual civil*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1998, v. 1, p. 87.

⁷ CUOMO ULLOA, Francesca, «*La tutela giurisdizionale dei diritti*», en DENTI, Vittorio, *La giustizia civile*, Il Mulino, Boloña, 1989, p. 115.

⁸ DINAMARCO, Cândido, citado por SOARES, Rogério Aguiar Munhoz, *Tutela jurisdiccional diferenciada. Tutelas de urgência e medidas liminares em geral*, Malheiros, San Pablo, 2000, p. 119.

⁹ FAZZALARI, Elio, «*Tutela giurisdizionale dei diritti*», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1992, t. XLV, p. 403.

¹⁰ CARNACINI, Tito, «*Tutela fiurisdizionale e tecnica del processo*», en *Studi in onore di rrrico Redenti*, Giuffrè, Milán, 1951, v. II, pp. 695-ss.

¹¹ DE NOVA, Giorgio, *Codice civile e leggi collegate*, Zanichelli-UTET, Turín, 1991, pp. 390-393; FAZZALARI, Elio, «*Tutela giurisdizionale dei diritti*», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1992, t. XLV, pp. 403-412..

¹² CARNELUTTI, Francesco, «*Tutela... cit.*», pp. 3-ss.

¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio, citado por TARZIA, Giuseppe, *Problemi del processo civile di cognizione*, Cedam, Padua, 1984, p. 20.

¹⁴ Cfr. TARZIA, Giuseppe, «*Il libro della tutela dei diritti quarant'anni dopo*», en *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Padua, 1983, n. 4, v. 38, pp. 61-ss.

¹⁵ BIGLIAZZI GERI, Lina, BUSNELLI, Francesco D., FERRUCCI, Romeo, *Della tutela dei diritti*, UTET, Turín, 1989, pp. 187-188.

La tutela jurisdiccional evidencia la prohibición de autotutela (salvo las excepciones legales), la vinculación derecho material-derecho procesal, la actuación espontánea y forzosa de la norma material, y a fin de cuentas descansa en la protección estatal del sujeto de derecho para efectivizar sus derechos sustanciales (materiales y procesales)¹⁶. No considero que la tutela jurídica proteja inclusive al propio ordenamiento normativo¹⁷ (v. gr., acción de inconstitucionalidad, etc.) porque éste no es destinatario, ni ente pasivo de imputación, de sí mismo. Cuando se alude a la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses no significa que el objeto de tutela sean estos (derechos e intereses) sino evidentemente la protección es de su titular, el hombre¹⁸ (*rectius*: el sujeto de derecho).

Bajo este perfil bien pueden entenderse las vertientes, de la percepción cognitiva de la tutela jurisdiccional, tanto estructural como conceptual. La primera obedece a una percepción material y a otra instrumental y en ambos casos, que descansan en la declaración jurisdiccional sobre el derecho material, se contempla el resultado del proceso y los efectos que tiene en el mundo sustantivo tanto para el vencedor como para el vencido en proceso; añadiéndose que en el caso del derecho instrumental se refiere a los medios ordenados y predispuestos para la obtención de aquel resultado del proceso, lo que a su turno explica por qué la doctrina habla de diferenciación de la tutela jurisdiccional. Y la segunda, según la inclinación ideológica del sistema procesal: frente a un proceso inquisitivo la tutela jurisdiccional de los derechos y la jurisdicción «son la misma cosa»¹⁹; frente a un proceso dispositivo, y por tanto garantista, la tutela jurisdiccional es la efectividad del derecho fundamental de acción en tanto con ello la protección del derecho material está consumada, es decir, la tutela jurisdiccional de los derechos, que actúa por medio del proceso se logra con el ejercicio del derecho de acción²⁰.

En cualquiera de estas percepciones cognitivas, el extremo no hace la razón razonable o fundamentada, en el primer caso²¹ sólo fusionando las percepciones material e instrumental, es decir, apreciando la actuación de la sentencia en la esfera de los derechos materiales del justiciable implicando esto el despliegue de derechos que conduce a ello según un orden predispuesto de medios, se llega a asentar la tutela jurisdiccional con validez; y, en el segundo caso, es un tema que tiene que ver con entender la exigencia compositiva (trialista)²² del mundo jurídico procesal para advertir que el organismo procesal no aísla en sus entrañas la optimización (eficiencia) del instrumento o la libertad asegurada (efectividad), sino las articula para sostener (eficacia) su centro axiológico vital: la justicia. El equilibrio entre efectividad (acción) y eficiencia (jurisdicción) es la Constitución.

¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 2003, p. 43.

¹⁷ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz, *Tutela jurisdiccional diferenciada. Tutelas de urgência e medidas liminares em geral*, Malheiros, San Pablo, 2000, p. 121.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Tutela jurisdiccional. Fundamentos do processo civil moderno*, Malheiros, San Pablo, 2000, t. II, p. 808.

¹⁹ FAZZALARI, Elio, «Tutela... cit.», p. 403.

²⁰ ARIETA, G., DE SANTIS, F., MONTESANO, L., *Corso base di diritto processuale civile*, Cedam, Padua, 2002, p. 189.

²¹ YARSHELL, Flavio Luiz, *Tutela jurisdiccional*, Atlas, San Pablo, 1999, pp. 27-37.

²² Cfr. ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Proceso y derecho procesal*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 1-73.

Al afirmar que la percepción material de la tutela jurisdiccional también comprende un despliegue o secuencia de derechos que posibilitan la decisión final en el proceso, omito la expresión «escalada»²³ con que se identifica el ingreso en juicio a *la obtención de un proveído favorable* que envuelve, en orden creciente, «un derecho que viabiliza el ingreso», «un derecho a un pronunciamiento sobre el mérito de controversia», «un derecho a un proveído favorable» y, finalmente, el arribo a la tutela jurisdiccional; al respecto, corresponde señalar (i) que el proveído favorable como exigencia de quien tiene razón, al margen que no significa entronizar la teoría de la acción como derecho concreto, no es absoluta, porque aún cuando el demandante fuese el vencido en proceso, justo o debido, habrá recibido siempre tutela jurisdiccional, en un grado distinto al que asiste al vencedor, por lo que se habla de tutela jurisdiccional plena y parcial, no es como se pensó que la tutela jurisdiccional corresponde sólo a quien tiene razón y no a quien alega un derecho inexistente²⁴; (ii) asumiendo, con la relatividad necesaria, el derecho a un proveído favorable a la escalada de derechos referida, no es acaso todo ese conjunto de derechos, anteriores al arribo final, esencia del derecho de acción cuando es entendido como derecho fundamental, no contenta pues identificar la acción únicamente como «puerta»²⁵ del proceso, es evidentemente mucho más pues sobrepasa al proceso, tiene que ver con cada instante de su decurso procedimental por eso «es la suma de las posiciones jurídicas activas del actor en el proceso»²⁶; y, (iii) el despliegue que advierto es de los derechos de acción y al debido proceso, que no es secuencial o escalado, sino conjunto o simultáneo.

Una necesidad metodológica es la que justifica separar la jurisdicción de la tutela jurisdiccional, en verdad sin el sentido protector de ésta, aquella no tendría por qué ser una actividad, deber, función, poder o lo que por su naturaleza jurídica se entienda, se consiente entonces que lo proporcionado es distinto a lo que lo genera y al instrumento con el que lo hace, el proceso; porque no sólo importa frente a la protección el producto o resultado final sino el medio que lo posibilita²⁷.

También por necesidad metodológica se diferencia²⁸ la «tutela jurisdiccional» de la «tutela jurisdiccional de los derechos», entendiéndose por la primera la protección de los derechos bajo garantías mínimas que aseguran un proceso debido, es decir, no se limita a observar el resultado final del proceso sino importa el desarrollo del proceso (debido); y, por la segunda, que el instrumento de tutela (proceso) atienda a las peculiares exigencias del derecho material, es decir, al derecho a una adecuada prestación jurisdiccional²⁹. La tutela jurisdiccional siempre implica efectivización del derecho sustancial sea material o procesal lo que indica no sólo un final favorable o no, sino, en todo caso, un medio razonable, justo y ajustado a la necesidad del derecho material o un medio no sólo necesario (*sine qua non*) sino suficiente (*per quam*), es decir, un proceso apropiado sin dejar de ser debido. Esto potencializa la utilidad del instrumento de la

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel, citado por YARSELL, Flavio Luiz, *Tutela jurisdiccional*, Atlas, San Pablo, 1999, pp. 30.

²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1976, p. 110.

²⁵ YARSELL, Flavio Luiz, *ob. cit.*, pp. 57-58.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução civil*, Malheiros, San Pablo, 1994, p. 350.

²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação da tutela*, Saraiva, San Pablo, 2000, p. 15.

²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 2003, pp. 42-48.

²⁹ MARINONI, Luis Guilherme B., *Novas linhas de processo civil*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 1993, p. 139.

tutela estatal de los derechos a razón de verdaderos y propios bienes de la vida: el proceso de cognición ofrece certeza; el proceso cautelar, seguridad; el proceso ejecutivo, finalmente, satisfacción³⁰.

2.1. DIVERSIFICACIÓN O DIFERENCIACIÓN DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

La variedad de medios procedimentales, que se traducen en formas y especies de tutelas, está relacionada con las necesidades específicas de las relaciones del derecho sustancial³¹, porque los derechos necesitados de tutela tienen contenidos muy diversos³² que exigen como contrapartida remedios jurisdiccionales diferenciados, de ahí que el proceso no sea una entidad abstracta «siempre igual a sí misma»³³, esto a dado origen a hablar, más allá de formas de tutela³⁴, de tutela jurisdiccional diferenciada.

Sin medios adecuados el tiempo de la justicia es el tiempo de la falta de esperanza y de agonía del ánimo, porque es un tiempo de la nada, de una espera sin fin, de la desgracia de un servicio de justicia cruelmente lento e inoportuno. Se advirtió, entonces, la necesidad de ligar a esa noción de tutela jurisdiccional, el criterio teleológico de darle duración razonable al rito técnico-instrumental, y eso demandó diferenciar la tutela jurisdiccional y con ello, de alguna manera, reajustar el tiempo de la justicia igualándolo al marcado por el reloj de la oportunidad de la decisión jurisdiccional.

La tutela jurisdiccional diferenciada, literalmente apreciada, ha marchado junto al proceso desde el albor de sus tiempos en el derecho romano clásico³⁵; así, junto al «*solemnis ordo iudicarius*» transitó un proceso más simple que luego se denominaría sumario, por el que la oralidad y la búsqueda de la conciliación cobrarían notoria presencia, con la finalidad³⁶ de evitar altos costos, el abuso del derecho de defensa y los daños irreparables por la demora en el proceso (*last but not least*).

Esta sumarización del proceso apuntó a reducir el tiempo procesal sin trastocar la sensibilidad del principio de cognición dominante, que a fin de cuentas era garantía del proceso como expresión ideológica de un derecho procesal que habiéndole costado mucho su separación del ámbito material, para dejar de ser un apéndice, endureció su autonomía al calor de su sistematización y conceptualización válida por y para sí, alimentada por la filosofía del racionalismo que desde el siglo XVII decantaba lo absoluto de las verdades del derecho, al punto tal que olvidó que si existía era para servir instrumentalmente al derecho material.

³⁰ TOMMASEO, Ferruccio, *Lezioni di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 2002, p. 176.

³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, Malheiros, San Pablo, 2001, p. 14.

³² CAPONI, Remo, PROTO PISANI, Andrea, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Jovene, Nápoles, 2001, p. 6.

³³ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile*, Il Mulino, Boloña, 1995, v. I, p. 33.

³⁴ DI MAJO, Adolfo, «*Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*», en *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1994, pp. 1-3.

³⁵ Cfr. NORONHA, Carlos Silveira, «*Apontamentos históricos da tutela diferenciada*» en *Processo civil - evolução - 20 anos de vigência*, Coord. José Rogério Cruz e Tucci, Saraiva, San Pablo, 1995.

³⁶ PROTO PISANI, Andrea, citado por CONTE, Ricardo, *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Cedam, Padua, 2003, p. 20.

Hasta ese entonces se distingue la tutela jurisdiccional diferenciada de cognición abierta —plena, abreviada y sumarísima, atendiendo al caso peruano—, entendida en la doctrina italiana como «procesos de rito diferenciado» que en todo caso se trata de procesos de cognición con modalidades más o menos diferenciadas del modelo ordinario³⁷.

La tutela jurisdiccional diferenciada de cognición cerrada, basada en juicios de probabilidad —mal entendida por la doctrina como verosimilitud³⁸— no tuvo mayor suerte en el procedimentalismo exegético sencillamente porque no concebía un proceso sin cognición plena ni certeza en su decisión final pues el juez era boca de la ley; hasta que Chiovenda, al tratar la tutela cautelar (cuyos antecedentes se remontan al derecho pretoriano), que es una forma de tutela de urgencia, que a su vez es una forma de tutela diferenciada, sentó la posibilidad que el derecho procesal ofrezca remedio judicial siempre que el derecho a tutelar se halle sometido a un riesgo de daño inminente, imposible de ser solucionado con los instrumentos jurisdiccionales ordinarios. Así quedó expuesta la residualidad y los primeros elementos configurantes de una tutela denominada de urgencia.

Más adelante, Calamandrei desarrolló esta doctrina en un trabajo medular³⁹ asentándose de esta manera la prestación sistemática de tutela cautelar, como «*tertium genus*», fuera de lo que se veía como tutela jurisdiccional «verdadera», ordinaria o común, a través de los denominados proveídos (*provvedimenti*), que fueron vistos en Brasil como la más asolapada vía de inserción de tutela anticipatoria, que es otra forma de tutela de urgencia.

Esta es la doctrina dominante, y en base a ella se han generado mecanismos de protección urgente de derechos caracterizados por ser preponderantemente personales, extrapatrimoniales, no fungibles y bajo amenaza seria y razonable de quedar permanentemente lesionados de encausarse por la tutela ordinaria o común que en todo caso le resulta desproporcional.

Este estado de cosas tomó violento impulso a partir de dos sucesos: a) la necesidad de la ruptura de las barreras de acceso a la justicia, expuesta por Cappelletti y Garth⁴⁰, que permitió, entre otras cosas, que se hiciera espacio jurisdiccional a criterios conflictuales no previstos (preventivos, de masas, difusos, etc.); y, b) la novedad y aceleración del desarrollo social contemporáneo. Se fueron generando así, nuevos derechos que atender (a la salud, los colectivos laborales y principalmente los humanos de tercera generación), y por tanto la exigencia de soluciones también nuevas y aceleradas; y todo ello revelando la denominada «emergencia de la justicia civil», que más allá del ámbito jurídico que la estudia encarna la preocupación y desesperación del ciudadano común envuelto en proceso, al esperar una sentencia que pareciera nunca llegar y alejarle el «recibir justicia» más de lo que su necesidad, paciencia y dinero pueden tolerar.

³⁷ PICARDI, Nicola, *Appunti di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milán, 2002, p. 10.

³⁸ TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milán, 1992, p. 158 y ss.

³⁹ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, *passim*.

⁴⁰ *Cfr.* CAPPELLETTI, Mauro, *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica; CAPPELLETTI, Mauro – GARTH, Bryanth, *El acceso a la justicia*, trad. de Samuel Amaral, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, Buenos Aires, 1983; BERIZONCE, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Platense, La Plata, 1987, *passim*.

Ingresó, entonces, al mundo de lo procesal, la preocupación por lo urgente y con ella la conciencia de que el proceso debe retomar la mirada hacia el derecho material y trabajar por hacerlo efectivo, a través de su eficiencia.

Estas formas de tutela, bajo el ojo de la doctrina, conjuncionaron en la denominación «tutela jurisdiccional diferenciada», la misma que, en esta línea, fue impulsada por Andrea Proto Pisani, lo que se dijo⁴¹ causó la única sorpresa de verse proclamada la tutela diferenciada con «sabor de novedad», porque en verdad ella es inherente a la historia de los institutos procesales; y a lo que se respondió⁴² acusando equivocidad a la expresión tutela jurisdiccional diferenciada, pues su significado resulta tan obvio que todos los sistemas procesales han estado contruidos sobre la base de esta premisa. Importa apuntar, que la tutela jurisdiccional diferenciada no es nueva expresión procesal si implica «proceso de rito diferenciado»; pero sí es nuevo y delicadísimo fruto procesal cuando implica cognición cerrada (cognición plena suprimida) y funciona con juicio de verosimilitud y no con convicción de certeza, como expresión de impartición de justicia eficiente, porque adecua (adapta o amolda) su potencia y matices al tono (urgente o preventivo) del derecho que busca efectivizar. Esto no puede llevar al extremo de desconocer los precedentes de la diferenciación de la tutela y observarla como resurgimiento⁴³ de procedimientos especiales de tipo monitorio e interdictal, porque el tema tratado bien puede tener antecedentes reconocidos de los que evidentemente no es su reaparición, simplemente porque la realidad de la que surge es una nueva de la que motivó sus precedentes y porque su inspiración efficientista define su identidad más allá de la implicada maleabilidad técnica, con proporcionalidad y razonabilidad (constitucionalidad), del trámite.

La tutela jurisdiccional diferenciada es hoy una vigorosa categoría procesal que, correspondiendo en aquellos casos en que el «desprestigio» amenace el fundamental derecho a la justa y efectiva tutela jurisdiccional⁴⁴, comprende lo urgente (medidas cautelares, medidas anticipadas, medidas autosatisfactivas) y lo preventivo (tutela inhibitoria) como apremiantes causas de adaptación (comprendiendo a veces la supresión) de la técnica instrumental (rito), del principio de cognición, de la naturaleza de la providencia o de la forma de ejecución, sea por vertiente legislativa (norma procesal diferenciada de presencia que hoy parece apagarse con pocas añoranzas⁴⁵) o jurisdiccional creadora de derecho (elaboración o combinación de técnica instrumental, que las realidades argentina y brasileña muestran controvertida y explosivamente); pero siempre bajo su enjuiciamiento por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Pero la razón de su logro es la real dimensión con que discurre el principio de igualdad en las venas del proceso, es decir, no como paridad absoluta, formal y abstracta, eso sería desigualdad, sino, como paridad en sentido justo que sólo se expone en la igualdad relativa, sustancial y concreta, «por el verdadero principio de paridad no toca a cada uno lo mismo, sino a cada uno lo suyo»⁴⁶.

⁴¹ COLESANTI, Vittorio citado por PROTO PISANI, Andrea, «*Sulla tutela giurisdizionale differenziata*» en *Rivista di diritto processuale*, Cedam, Padua, año XXXIV, n. 4, nota 2, p. 537.

⁴² PROTO PISANI, Andrea, «*Sulla tutela... cit.*», pp. 536-537.

⁴³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., *Curso de processo civil*, Rrevista dos Tribunais, San Pablo, 1998, v. II, p. 192.

⁴⁴ CARBONE, Carlos Alberto, «*La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatorio y de los procesos urgentes*» en AA. VV., *Sentencia anticipada (Despachos interinos de fondo)*, Jorge Walter Peyrano (Director), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 56.

⁴⁵ CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele*, Cedam, Padua, 2003, t. I, p. 24.

⁴⁶ PICARDI, Nicola, *ob. cit.*, p. 5.

La tutela jurisdiccional actual es por antonomasia diferenciada, aún comprendiendo a la ordinaria bajo esta apreciación, porque es en razón a ella que se diferencian las demás, que en todo caso cuentan con un criterio definitivo de calibración (diferenciación) que es la «cognición», de la que su presencia determinará la sumarización del proceso que agrupa un sentido clásico o tradicional del proceso (conocimiento y ejecutivo), y su restricción o eliminación de exhaustividad en razón a lo urgente que determinará la cabida de los procesos acelerados o urgentes (cautelar, inhibitorio, autosatisfactivo, anticipado, monitorio, etc.).

3. TUTELA JURISDICCIONAL (PROCESAL) «EFECTIVA»

El término efectivo parece provenir de la inseguridad⁴⁷ de un legislador ansioso de hallar la realización de sus prescripciones pues era consciente que éstas podían quedar en la mera enunciación o sin ejecución, aquí efectivo tiene una doble función: a) autoaseguramiento del auténtico poder de ordenación, y b) prescribir la operatividad de las buenas intenciones del legislador primario. La efectividad es patrimonio del derecho positivo, a él se debe su presencia, propiamente cuando es realizado y cumplido de hecho⁴⁸; 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 y garantías 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 sociales⁴⁹. 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, o mejor aún se buscó la efectivización de la tutela jurídica pues el Tribunal Constitucional alemán estableció que el artículo 19, ap. 4, de la Ley Fundamental alemana no sólo garantiza el derecho formal y la posibilidad teórica de acudir a los tribunales, sino también la *efectividad* de la tutela jurídica⁵⁰ entendiéndose, entonces, por tutela jurídica, con particularidad en la escuela alemana, la efectiva satisfacción de los fines del derecho y la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas⁵¹. De ahí que en el Estado contemporáneo, los derechos constitucionales son, más que garantías formales, derechos plenos y operativos que exigen efectiva realización material⁵².

Para esclarecer el panorama del proceso como medio de alcanzar la efectividad de los derechos, bien puede concurrir la justificación del derecho procesal frente al derecho material (éste no pasaría más allá de ser una enunciación de derechos sin aquél una vez

⁴⁷ GAVAZZI, Giacomo, «*Effettività (principio di)*», en *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1994, p. 1.

⁴⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *La definición del derecho: ensayo de perspectivismo jurídico*, Stylo, México, 1948, pp. 9-ss.

⁴⁹ BERIZONCE, Roberto O., *ob. cit.*, p. 5.

⁵⁰ GÓMEZ COLOMER, J. L., «*La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania*», en *Justicia* 84, Bosch, Barcelona, 1984, p. 266.

⁵¹ COUTURE, Eduardo J., *ob. cit.*, p. 479.

⁵² BERIZONCE, Roberto O., *ob. cit.*, p. 5.

fracasada la actuación espontánea). La actuación forzosa de la norma jurídica, siempre a través del proceso, puede ser anticipada o impositiva: es anticipada cuando se logra adelantar la actuación forzada a la espontánea para asegurar la última en su condición ideal, pues mayor efectividad que en ella no puede haber, dada la utilidad rauda e inmediata del precepto de la norma jurídica en su materialización; y es impositiva cuando la inobservancia del precepto origina la necesidad de imposición de éste, y aquí viene lo medular del asunto, con efectividad, lo que no hace sino significar utilidad; pero cómo lograr la utilidad del precepto impuesto si su inobservancia quebrantó su natural efectividad, y por tanto utilidad, la respuesta descansa en la eficiencia del proceso que posibilita una útil imposición del precepto normativo-jurídico, es decir, oportuno, racional, legal y eficaz desenlace del derecho objetivo en un caso concreto. Lo dicho advierte la vinculación de la *efectividad* del derecho sustantivo impulsada por la *eficiencia* del proceso hacia la *eficacia* de la ciencia del derecho en su matiz más próximo —continuo— a la justicia.

Se evidencia, entonces, la connotación sustantiva de la efectividad de la tutela jurisdiccional, y es el ánimo realizador —efectivista— del derecho, que armoniza con su radical inspiración valorativa proyectada desde el proceso constitucionalizado (que es la eficacia), el que trae a escena nuevos derechos asignados desde lo más alto de la normatividad para afirmar la efectivización de los derechos; así, se tienen derechos, *v. gr.*, al acceso a la justicia, con el calificativo de efectivos⁵³, calificativo que no se demora en sumar a la propia tutela jurisdiccional o procesal.

3.1. EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DESDE LA TEORÍA ECONÓMICA DEL DERECHO: EFECTIVIDAD COMO CONSECUENCIA DE LA FINALIDAD DEL PROCESO

Tutela jurisdiccional efectiva significa tutela jurisdiccional constitucionalizada, y esto presupone también la constitucionalización del instrumento: el proceso. Ahora, si la efectividad es proyección normológica del derecho, su centro nervioso es la propia norma en juego tanto material como procesal. Aquí una perspectiva económica sobre la efectividad nos indica que la norma que por ser válida y obedecida y/o aplicada no siempre puede lograr materializar los objetivos que con ella se buscan, es decir, la norma aún siendo válida y eficaz, puede no ser efectiva.

Si la eficacia de las normas implica que estas motiven a los sujetos normativos a que en la realidad social cumplan sus prescripciones, la efectividad significa que esa normatividad alcance los objetivos deseados con ella. La ley, entonces, será buena no sólo cuando indica sus objetivos sino cuando los realiza en la sociedad, lo contrario sería sólo buenos propósitos del legislador. Como ejemplo imaginemos, que el legislador tiene como objetivo propiciar la disminución del consumo de bebidas alcohólicas y para ello emite un dispositivo gravando con mayores impuestos la cerveza, en este caso la norma es válida, y como tal es cumplida es decir llega a mostrar índices de eficacia, pero el consumo de bebidas alcohólicas no disminuirá porque a más de la cerveza existen otras clases de bebidas alcohólicas, entonces la norma no alcanza los objetivos previstos por el legislador no siendo efectiva.

La *efectividad*, en la tutela jurisdiccional, como en el proceso o en el derecho procesal mismo, tiene una posición media o central, pues se vincula con la *eficacia* manteniendo

⁵³ *Cfr. supra* nota 40.

posición secundaria, es decir, la relación eficacia-efectividad revela un orden secuencial porque sin eficacia no hay espacio para la efectividad; así, sólo cuando la norma es obedecida o aplicada cuando es vulnerada puede haber lugar para el examen de la realización o no de los objetivos para los que fue pensada. Ahora, la posición de la efectividad cambia cuando se vincula con la *eficiencia*, ahí toma posición primaria, porque la razón del medio adecuado que propicie los costes sociales más reducidos para el logro de los objetivos de la norma, son precisamente estos últimos, es decir, sin considerar previamente los fines (efectividad) no se pueden determinar los medios más apropiados (eficiencia).

3.2. EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JURISDICCIONAL Y DERECHOS SUSTANCIALES

El ordenamiento jurídico, o conjunto de mandatos jurídicos, regula la conducta de sus destinatarios según los preceptos⁵⁴ que sanciona, los mismos que al no ser observados por aquellos de *motu proprio*, se sirven de otras normas jurídicas que disciplinan⁵⁵ la conducta reparando esa inobservancia; entre estas últimas están las normas procesales o jurisdiccionales. Esto hace que las normas que son objeto de cumplimiento espontáneo ostenten una situación precedente a la de aquellas (complementarias o instrumentales) que están previstas para posibilitar que ese cumplimiento siempre se realice aún por la fuerza, dada la prohibición de autotutela, salvando los casos excepcionales. Diferenciándose entre ambas (normas materiales y procesales) por su contenido.

Los derechos sustanciales (materiales) se sirven del proceso (de los procesos⁵⁶) para alcanzar su efectividad o cumplimiento real⁵⁷, tan así es que la razón teleológica concreta del proceso también apunta a ello, pues al tiempo de resolverse un conflicto de intereses o eliminarse una incertidumbre, ambos con relevancia jurídica, se hacen efectivos los derechos sustanciales (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil), lo que al final de cuentas se refleja en la efectividad de la tutela proporcionada.

La constitucionalidad de la efectividad de la tutela jurisdiccional, más allá de mostrarse junto a la instrumentalidad del proceso, que sería la expresión constitucional de la efectividad forzosa de los derechos sustanciales, se evidencia en el deber del Estado de promover el bienestar general fundado en la justicia (artículo 44 de la Constitución) y en el perfil del Estado democrático de derecho (artículo 43 de la Constitución), pues no se puede negar que la tutela jurisdiccional efectiva es fuente de bienestar social basado en la justicia y por tanto tiene *sedes materiae* en el Estado democrático de derecho.

Hablar, entonces, de la efectividad de la tutela jurisdiccional comprende la realización (i) de los derechos sustanciales materiales y (ii) de los derechos sustanciales procesales (de acción, de contradicción, al debido proceso). Pero ante todo es hablar de constitucionalización de su instrumento, el proceso, que significa supeditación total de

⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, v. I, 1973 p. 21.

⁵⁵ FAZZALARI, Elio, *Istituzioni di diritto processuale*, Cedam, Padua, 1996, p. 95.

⁵⁶ PROTO PISANI, Andrea, *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi*, Jovene, Nápoles, 2003, p. 6.

⁵⁷ GONZÁLEZ LINARES, Nerio, *Ensayos de derecho procesal civil*, IPIJ, Cusco, 2003, p. 21; *Derecho procesal civil*, Universidad Andina del Cusco, 2005, p. 68.

éste a la Constitución, así como el condicionamiento⁵⁸ legislativo, jurisprudencial, doctrinal, funcional público y relacional social que el imperio de la Constitución ejerce en la vida nacional.

Siendo así, es osamenta⁵⁹ actual de la tutela jurisdiccional efectiva y del proceso la configuración constitucional que asegura la realización de los derechos, esto significa que la perspectiva correcta de la efectividad del derecho procesal no sólo es normológica sino en ella, principalmente, constitucional y por tanto garantista.

Siempre que en doctrina se hace referencia a la efectividad de la tutela jurisdiccional, y por tanto del proceso, trae consigo su inherente significado constitucional⁶⁰. Efectividad es común denominador de todo sistema de garantías⁶¹, sólo ella permite medir y verificar la protección concreta⁶², en sus diversos grados, asegurada al derecho sustancial (comprendiendo los derechos sustantivos procesales).

3.3. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y ACTUACIÓN ESPONTÁNEA DEL DERECHO MATERIAL

La efectividad de la tutela jurídica tiene expresión regular cuando se da la actuación espontánea del derecho material, es decir, cuando la ventaja material que implica el interés jurídico es consumida (satisfacción del interés jurídico) generándose una situación jurídica material; aquí, hay una situación ideal en la que se ha realizado (efectivizado) el derecho material; pero, si en vez de esa satisfacción se da una «no satisfacción» —entiéndase por ello «falta de cooperación espontánea»⁶³ o «crisis de cooperación»⁶⁴ entre los sujetos— el derecho sustancial sólo dejará de efectivizarse si, por voluntad del interesado en ello, permanece en estado pasivo la tutela jurisdiccional que, asegurada desde la Constitución, sanciona tal situación irregular; pero, si el interesado (titular del interés jurídico) desea activar esa tutela buscando su efectividad y por tanto la del derecho sustancial implicado a su favor, dará curso al proceso jurisdiccional (procesal) a efecto de mediante él efectivizar su derecho impositivamente.

Esto muestra que la efectividad normativa material implica observar que está referida únicamente al derecho sustancial (material o procesal) y puede ser tanto por actuación espontánea como forzosa. En este último caso, que es de efectividad forzosa del derecho material, se debe tener en cuenta que (i) exige la constitucionalidad del instrumento (proceso) que la posibilita, (ii) se diferencia de la efectividad espontánea porque busca igualarse a ella sobreponiéndose a la brecha procesal que marca las diferencias de verdad, decisión y costos (tiempo, esfuerzo y dinero) entre ambas, y (iii) se vincula con la eficiencia procesal que es la que determina si a través de la brecha procesal la efectividad (vertical) lograda trasluce justicia.

⁵⁸ GUASTINI, Riccardo, «La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento italiano» en *I metodi della giustizia civile*, a cargo de Mario BESSONE, Elisabetta SILVESTRI y Michele TARUFFO, Cedam, Padua, 2000, pp. 47-78.

⁵⁹ VERDE, Giovanni, *Profili del processo civile*, Jovene, Nápoles, 2002, pp. 3-4.

⁶⁰ CONSOLO, Claudio, *ob. cit.*, pp. 54-55.

⁶¹ COMOGLIO, Luigi Paolo, «I modelli di garanzia costituzionale del processo», en *Studi in onore di Vittorio Denti*, Cedam, Padua, 1994, v. I, p. 303; MORELLO, Augusto Mario, *La efficacia del proceso*, Hammurabi, La Plata, 2001, p. 48.

⁶² COMOGLIO, Luigi Paolo, «I modelli... cit.», p. 303.

⁶³ CAPONI, Remo – PROTO PISANI, Andrea, *ob. cit.*, p. 1.

⁶⁴ ANDRIOLI, Virgilio, *Lezioni di diritto processuale civile*, Nápoles, 1973, t. I, p. 17; PROTO PISANI, Andrea, *Le tutele giurisdizionali dei diritti – Studi*, Jovene, Nápoles, 2003, pp. 8-ss.

II

DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

4. EL ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: CASUALIDAD DE UNA SERENDIPIA PROCESAL

En la noche de las teorías modernas o procesales de la acción, concebida ésta aun como «derecho subjetivo privado», Müther pensó que el objeto del proceso bien podría ser una acción concebida como «derecho subjetivo público»⁶⁵ 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*)⁶⁶, el mismo que no dio para más cuando advertida su dependencia de una acción material dejaba sin explicación⁶⁷ 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, sin tener precedentes que contar, con el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, con una imprecisa redacción y ausente de expectativas⁶⁸, significando el término tutela, en un sencillo sentido lingüístico, «dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra»⁶⁹ y no un «derecho» (a la tutela); pero como en el sistema procesal español, al que alcanzó la vigencia de la nueva Constitución, el derecho de acción vivía aún en el pensamiento de Celso y la concepción del debido proceso resultaba esquiva, ante la necesidad del justiciable de sentir tutela jurisdiccional con aquello que le aseguraban esos derechos entendidos fundamentales pero que no aparecían así de la ley ni jurisprudencia ni doctrina españolas, se dio como natural consecuencia una indiscriminada invocación de la única fórmula constitucional (artículo 24.1) que podía aproximarse o tenuemente reconocerse como el fantasma de esos derechos (fundamentales), lo que al recaer en el Tribunal Constitucional español, éste no halló mejor ocasión para darle osamenta y musculatura a esa espectral garantía de tutela jurisdiccional, cosa curiosa, copiando las formas y estructuras que tanto habían costado formar a los derechos de acción y al debido proceso concebidos como derechos fundamentales, revelando para los desprevenidos una «revolución»⁷⁰ del ordenamiento jurídico, y para los aún más desprevenidos un «megaderecho» sobrepuesto a la acción y al debido proceso, es más, superpuesto en todos los casos a todos los preceptos constitucionales relativos al servicio de justicia, de suerte que si uno de éstos es

⁶⁵ RAMÍREZ ARCILA, Carlos, *Teoría de la acción*, Temis, Bogotá, 1969, p. 62; *Acción y acumulación de pretensiones*, Temis, Bogotá, 1978, p. 22; *Fundamentos procesales y pretensiones contencioso-administrativas*, Temis, Bogotá, 1983, p. 23; *La pretensión procesal*, Temis, Bogotá, 1986, p. 27.

⁶⁶ Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe, «La acción en el sistema de los derechos», en *Ensayos de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1949, pp. 3-ss.

⁶⁷ ARAGONES ALONSO, Pedro, *ob. cit.*, pp. 130-131.

⁶⁸ CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 3.

⁶⁹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Espasa-Calpe, Madrid, 1992, voz «tutela».

⁷⁰ CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 4.

transgredido también lo será aquél⁷¹, y así se vio un nueva estrella en el firmamento jurídico-constitucional actual⁷².

Entonces, son connotaciones distintas a las que aluden por una lado la tutela jurisdiccional y la tutela procesal efectiva, que salvo diferencias técnicas son lo mismo, y por otro lado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que es algo singular porque, no se deje de leer, ante todo es un derecho del justiciable a que se le imparta justicia con pautas debidas, es decir, es principalmente dos derechos (a la acción y al debido proceso) en uno; por tanto, mal se hace en nuestro país al decir⁷³ 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 promesa⁷⁴ (constitucional) asegurada de impartición de justicia, mejor aún, como garantía que asegura el proceso.

4.1. EL ORIGEN DEL ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Con el ánimo de impedir se repitan episodios totalitaristas y de asignar confianza al ciudadano en el servicio de justicia⁷⁵, el constituyente⁷⁶ español de 1978 buscó un híbrido del artículo 19.4 de la Constitución de Bonn de 1949 que establece que «[t]oda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiera otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios», con el artículo 24 de la Constitución italiana de 1947, que señala que «[t]odos pueden accionar en juicio para tutelar sus propios derechos y sus legítimos intereses. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento». El resultado de tal mezcla 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 estilo⁷⁷ 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».

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

⁷¹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José, y otros, *Constitución española*, Colex, Madrid, 2002, p. 214.

⁷² DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», en *Poder Judicial*, Nº 5, 1987, p. 41.

⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, exp. N.º 2488-2002-HC/TC.

⁷⁴ GUIMARÃES RIBEIRO, Darci, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2004, p. 77.

⁷⁵ VALLESPÍN PÉREZ, David, *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 135.

⁷⁶ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis, *Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva*, en *Poder Judicial*, Nº 5, 1987, pp. 46-ss.

⁷⁷ AGUIAR DE LUQUE, Luis, BLANCO CANALES, Ricardo, *Constitución española 1978.1988*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 119.

jueces y tribunales”. Lo demás es prácticamente lo mismo»⁷⁸, es decir, nada más alejado de un debate sobre la acción⁷⁹ 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 indiscriminada⁸⁰ 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.

En el esfuerzo de atemperar lo imprevisto o impensado que resulto el derecho nacido en el artículo 24.1 (i) se anotan⁸¹ abultados antecedentes de normatividad comparada del contenido de ese derecho (derechos de acceso a la jurisdicción y al debido proceso) y no propiamente del mismo, (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 positivar el acceso libre a la jurisdicción para la tutela de los derechos, pero no el derecho a la tutela; 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 derecho al debido proceso y a la tutela judicial y no propiamente al derecho a la tutela judicial efectiva en el entendido del artículo 24.1, en todo caso se incurre nuevamente en buscar los antecedentes en aquellos que corresponden al contenido atribuido al referido derecho y no en una línea recta que arribe a él.

¿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 precedente⁸² 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 desprevenido 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.

⁷⁸ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN DEL SENADO, Diario de sesiones de 25 de agosto de 1978. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 141.

⁷⁹ CHAMORRO BERNAL, Francisco, *ob. cit.*, pp. 5-6.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 4.

⁸¹ Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Edersa, Madrid, 1983, v. I, pp. 10-ss; ALMAGRO NOSETE, José, y otros, *Comentarios a las leyes políticas*, (Oscar Alzaga Villaamil Director), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, t. III, pp. 20-21.

⁸² GONZÁLEZ MONTES, José Luis, «Notas en torno al derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en la Constitución española», en *El Poder Judicial*, Madrid, 1980, p. 1486.

4.2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: DESCUBRIENDO LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y AL DEBIDO PROCESO

La jurisprudencia constitucional si bien entiende el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como una garantía⁸³ previa al proceso, que lo asegura⁸⁴, que tiene por naturaleza ser un derecho de configuración legal⁸⁵ y que se satisface sólo en un proceso judicial, la mayoría de las veces lo define no por lo que es sino por lo que contiene; así, es el derecho a acceder al proceso judicial, a alegar los hechos y las argumentaciones jurídicas pertinentes y a obtener una resolución fundada en derecho⁸⁶. Y cuando se ocupa de estructurar su contenido, lo hace de modo tan complejo, desmesurado y desbordante⁸⁷ que no se dudó en ver ese trabajo como un auténtico cajón de sastre⁸⁸ que perjudica derechos constitucionales como el de acción y a un debido proceso.

Este mismo contenido, con algunas variantes, fue reflejado en la doctrina⁸⁹, que no dudó en mostrarlo compuesto por (i) el libre acceso a la jurisdicción, (ii) las posibilidades de alegación y defensa, (iii) la obtención de una resolución sobre la pretensión procesal deducida que sea motivada, razonada, congruente y que esté basada en el sistema de fuentes, (iv) el acceso a los recursos legalmente establecidos, (v) la ejecución de la resolución judicial firme. Esto proyecta al derecho que nos ocupa abarcando no sólo cuanto comprende el proceso, sino, cuanto le antecede, acompaña y subsiste.

Si frente a esto conceptuamos al derecho de acción, en una visión conjunta con el derecho de contradicción que es el otro lado de su ser cuando asiste al demandado, como un *derecho fundamental* —por lo que discutir sobre su naturaleza sale sobrando— que permite el acceso irrestricto a la jurisdicción, a merecer la atención y respuesta razonables de ella y a que su decisión se cumpla. Acaso no es esto ese mismo contenido que se le atribuyó al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Entonces, qué de nuevo tiene ese derecho si sólo se muestra como el descubrimiento de lo que hace muchos años fue creado. Algo más, si el constituyente español hubiera positivado el derecho de acción y al 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»⁹⁰, no está indicándose lo que es el derecho de acción, y si a esto se añade que esa atención

⁸³ ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, El Foro, Madrid, 1978, p. 238.

⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (español), sentencia 46/1982 de 12.07.82.

⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (español), sentencia 90/1985 de 30.09.85. Cfr. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José, y otros, *Constitución española*, Colex, Madrid, 2002, p. 215; GARRIDO FALLA, Fernando, y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 24.

⁸⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (español), sentencia 131/1987 de 20.07.87. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 27-31.

⁸⁷ Cfr. un nutrido elenco de sentencias del Alto Tribunal sobre el particular en VALLESPÍN PÉREZ, David, *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 139-144.

⁸⁸ VALLESPÍN PÉREZ, David, *ob. cit.*, p. 139.

⁸⁹ RUBIO LORENTE, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 262; CHAMORRO BERNAL, Francisco, *ob. cit.*, p. 13.

⁹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *ob. cit.*, p. 27.

jurisdiccional debe ser «a través de un proceso con garantías mínimas»⁹¹, no está indicándose, en este caso, al derecho al debido proceso.

Esta es la razón por la que cuando la doctrina española intenta aproximarse a un concepto del derecho a la tutela judicial efectiva no hace sino gravitar en torno a la acción, y arriba a (i) decir que el artículo 24.1 de la Constitución (española) reconoce el derecho a la jurisdicción que, cuando se ejercita, se convierte en acción tramitada a través del proceso debido⁹², (ii) buscar el entendimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en las teorías sobre la acción⁹³, (iii) concluir que lo que se quiso consignar en el referido artículo 24.1 fue lo que doctrinalmente se denomina «derecho de acción»⁹⁴; (iv) equiparar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con el derecho de acción⁹⁵; (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 voluntarios⁹⁶; (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 intermedio⁹⁷; (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 resultados⁹⁸; 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»⁹⁹ 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 optado¹⁰⁰ 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 criticado¹⁰¹ como negativo por hacer complejo el entendimiento del

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² ALMAGRO NOSETE, José, citado por CHAMORRO BERNAL, Francisco, *ob cit.*, pp. 371-372.

⁹³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 135; ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Los derechos básicos del justiciable*; PPU, Barcelona, 1987; GONZÁLEZ MONTES, José Luis, *ob. cit.*, p. 1493.

⁹⁴ MATEU-ROS CEREZO, Rafael, citado por CHAMORRO BERNAL, Francisco, *ob cit.*, p. 372.

⁹⁵ MORENO CATENA, Víctor, y otros, *Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, t. I, v. I, p. 164.

⁹⁶ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, citado por TOME GARCÍA, José Antonio, *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, Montecorvo, Madrid, 1987, p. 35.

⁹⁷ VALLESPÍN PÉREZ, David, *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 130.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 139.

⁹⁹ ALMAGRO NOSETE, José, y otros, *Comentarios a las leyes políticas*, Oscar Alzaga Villaamil (Director), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, t. III, pp. 23-43.

¹⁰⁰ VALLESPÍN PÉREZ, David, *ob. cit.*, p. 139.

¹⁰¹ GIMENO SENDRA, Vicente, «El derecho a un proceso “administrativo” con todas las garantías», en *XIII Jornadas de Estudio sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas*, Ministerio de Justicia – Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 23.

derecho a la tutela judicial efectiva y generar detrimento de las garantías previstas en el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución española.

4.3. LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA: EVITANDO EL DISLOQUE NORMATIVO-CONCEPTUAL SOBRE EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Bajo los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el legislador de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española (ley 1 de 2000) se vio maniatado de positivizar el derecho de acción, porque evidenciaría la hipertrofiación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el desmoronamiento de tamaña construcción jurisprudencial en torno a él por el Tribunal Constitucional español, acudió, entonces, a señalar en su Exposición de Motivos (con que a diferencia nuestra ellos sí cuentan) 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»¹⁰².

«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.

5. LA CORTE DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA: FABRICANDO UN «NUEVO» DERECHO PROCESAL

Las versiones lingüísticas¹⁰³ del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Convención de Niza, 2000) atienden al derecho a un recurso o remedio efectivo y a un juicio justo o un juez imparcial, *v. gr.*, «*Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial*», «*Right to an effective remedy and to a fair trial*», «*Recht auf einem wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht*», «*Directo à acção e a un tribunal imparcial*», «*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*». La versión correspondiente al español reza «derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial». Lo primero que se advierte, atendiendo a lo que el Tribunal Constitucional español y la doctrina derivada de su jurisprudencia entiende por ese derecho, es que la mención a un juez imparcial resulta redundante o viciosa; pero lo mejor de todo es que bien visto en las demás versiones lingüísticas con que vino

¹⁰² CORDÓN MORENO, Faustino, ARMENTA DEU, Teresa, MUERZA ESPARZA, Julio J., TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Navarra, v. I, p. 25.

¹⁰³ COMOGLIO, Luigi Paolo, «*La efectividad de la tutela jurisdiccional en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*», en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Juan José Monroy Palacios (Director), Lima, 2002, v. V, p. 37.

formulada la rúbrica de la norma apuntan al derecho de acción, pues derecho a un recurso efectivo significa derecho a que el pedido sea atendido por el órgano jurisdiccional, siendo la versión más directa y contundente la portuguesa. Pero esto no deja de reflejar que a fin de cuentas la construcción normativa comunitaria se erigió cual torre de Babel pues de uno a otro Estado es distinta la percepción jurídica de recurso, remedio, acción, tutela, efectividad, etc. Las direcciones están confundidas, contrapuestas y es necesario cambiar esto.

La Corte de Justicia de la Comunidad Europea ha asumido esa empresa, su jurisprudencia (caso Johnston¹⁰⁴, 1986) ha declarado un «nuevo» principio jurídico general que ingresa y asume relevancia en el ordenamiento comunitario, es el principio de «tutela jurisdiccional efectiva», en él están basadas las tradiciones constitucionales comunitarias a los Estados miembros, pues tiene rango equiparado al de las normas de los tratados siendo parte esencial de la constitución comunitaria¹⁰⁵.

La aludida jurisprudencia también asume ese principio como derecho en cuanto está contenido en los artículos 6 y 13 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950). No se duda, entonces, en reconocer que la Corte ha «fabricado»¹⁰⁶ el principio-derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y que tiene la misión de darle contenido, que desde ya se viene perfilando¹⁰⁷, en una perspectiva sustancial, no sólo en el poder de iniciativa del individuo para acudir a un tribunal y disfrutar de determinadas garantías de procedimiento en una acción civil en curso, sino en el derecho del individuo a que el juicio concretamente instaurado encuentre su final en una asignación de tutela idónea para asegurar la plena satisfacción del interés accionado. No hay duda que el contenido del aludido derecho será también el derecho de acción y las garantías que nutren el debido proceso. Aquí también se ha descubierto un derecho, inventado bajo otras circunstancias y con otro nombre hace mucho tiempo; pero esta vez no es la casualidad la que motiva la «revolución» atribuida sino la necesidad de unificar convicciones y pensamientos, de hacer posible una vida comunitaria entre culturas tan diferentes como sus propios idiomas.

Ojalá que cuando se construya la Unión Latinoamericana, que por cierto se da entre quienes tanto nos parecemos y compartimos, no haya necesidad de «fabricar» nada que de nuevo tenga sólo el nombre, y que nuestra normatividad comunitaria no de espacio a derechos hipertrofiados que niegan una identidad de cultura, ciencia y escuela procesales.

III

LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

6. EL ARTÍCULO 139.3 DE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO

¹⁰⁴ C-222/84, s. de 15.05.86, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of The Royal Ulster Constabulary*, in Racc., 1663-ss.

¹⁰⁵ TROCKER, Nicolò, «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milán, 2002, n° 4, p. 1194.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 1195.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 1195-1196.

No es baladí diferenciar conceptualmente la «tutela jurisdiccional», la «tutela jurisdiccional (procesal) efectiva» y el «derecho a la tutela jurisdiccional efectiva». Su utilidad se pone a prueba cuando queremos entender nuestro ordenamiento, y en él es pieza maestra el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, que señala, en su enumeración de principios y derechos de la función jurisdiccional, «[l]a observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional».

Esta prescripción fundamental de la tutela jurisdiccional marcha al compás de los ordenamientos garantistas que desde la segunda posguerra mundial vieron la luz. No tiene la connotación equivalente al derecho a la jurisdicción ni a otro derecho sustancial procesal, sino implica una garantía que le asegura al justiciable un proceso para materializar sus derechos cuando estos no actúan espontáneamente. Esto no significa que sea una noción garantista independiente del derecho de acción, al debido proceso o de manifestaciones del proceso que posibilitan su efectividad, pues si bien no los contiene o envuelve, es decir, si bien no se superpone a ellos, los articula estrechamente a su fundamento conceptual y los procura discurrir por él; bajo ese parámetro bien puede entenderse que los derechos sustanciales procesales fluyen por la tutela jurisdiccional.

Pero el numeral anotado no se entiende aisladamente, sino como componente constitucional del ordenamiento jurídico, y por tanto también como fuente fundamental directa de la «tutela jurisdiccional efectiva», armonizando con su arraigamiento implícito, en esencia de principio general del derecho, a partir del establecimiento constitucional del Estado de derecho, que es su original *sedes materiae*, en los artículos 3 y 43 de la Carta mencionada. Sobre el particular corresponde pronunciarse a nuestro Tribunal Constitucional.

7. EL ARTÍCULO I DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El numeral normativo del rubro anota que «[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.

Es proa del barco normativo procesal civil el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que, desde el texto normativo encierra al derecho de acción, pues eso se entiende cuando el artículo 2 del Código Procesal Civil dice que «[p]or el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (...) puede recurrir al órgano jurisdiccional...», es decir, sólo el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva dinamiza el derecho de acción, cosa curiosa, la acción que tiene por esencia ser eminente pieza dialéctica del proceso ahora resulta activarse sólo por el ejercicio de otro derecho, que se deberá entender, entonces, más amplio o superior. El inconveniente se agudiza cuando contradictoriamente el artículo siguiente consagra que «[l]os derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción

para su ejercicio...». Si el ejercicio del derecho de acción es ilimitado e irrestricto ¿qué tiene que superponerse a él el ejercicio de otro derecho?, que en todo caso resultaría limitándolo y restringiéndolo.

La doctrina nacional cuando intenta ocuparse del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva llena sus páginas con el estudio de la acción¹⁰⁸, refiriéndose a ésta como una manifestación procesal de aquella, y si pretende ser un poco más audaz, acude a la doctrina y jurisprudencia procesal constitucional de España e irreflexivamente hecha tierra sobre la construcción de un sistema procesal que debió respetar la integridad del derecho fundamental de acción, como sí se hizo antes y después, valgan de ejemplos el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica¹⁰⁹ y el Proyecto de Código General de Proceso colombiano¹¹⁰, 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»¹¹¹ 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 fundamental 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 «tutela jurisdiccional efectiva» en vez del «derecho» a la referida tutela, porque no sólo encajaría en ascendencia con el artículo 139.3 de la Constitución, sino repotenciaría la real concepción fundamental¹¹² del derecho de acción y de todo otro derecho sustancial procesal en nuestro sistema procesal civil, siguiendo las pautas evolutivas del derecho procesal civil latinoamericano.

8. EL ARTÍCULO 4 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El artículo 4 del Código Procesal Constitucional define la tutela «procesal» efectiva como la «... situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional... [y al contenido del derecho al debido proceso]». A simple vista el mayor éxito se advierte en la omisión del término «derecho» antepuesto a «tutela procesal efectiva», así evidencia su directa ascendencia en el artículo 139.3 de la Constitución y corrige el error incurrido en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

¹⁰⁸ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan, «El derecho a la tutela jurisdiccional», en *Introducción al proceso civil*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 245-288.

¹⁰⁹ AA. VV., *Un «Codice Tipo» di Procedura Civile per l'America Latina* (a cargo de Sandro Schipani y Romano Vaccarella), Roma e America – Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, II Università di Roma – Consiglio Nazionale delle Ricerche, Cedam, Padua, 1988, *passim*.

¹¹⁰ Cfr. www.icdp.org.co

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, trad. de Aldo Zela Villegas, Palestra, Lima, 2007, p. 14. El título original de esta obra es *Técnica processual e tutela dos direitos*, y aparece en nuestro medio traducido a nuestro idioma con un título diferente que delata el ánimo de hacer aparecer «alguna doctrina» que respalde el tamaño error del legislador peruano.

¹¹² Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor, citado por BERIZONCE, Roberto O., *ob. cit.*, pp. 9-10; MORELLO, Augusto Mario, *ob. cit.*, p. 133; MONTERO AROCA, Juan, *El derecho procesal en el siglo XX*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 64-65.

A no dudar el centro de atracción de este dispositivo es el uso de la expresión «procesal» en vez de «jurisdiccional» y la naturaleza de «situación jurídica» que se le asigna a la tutela procesal efectiva.

¿Por qué «procesal» y no «jurisdiccional»? Tal vez la respuesta esté en una errada apreciación del término «jurisdiccional» como remitente a la función exclusiva del Poder Judicial y por tanto identificado como no muy buen integrador de los mecanismos de resolución de conflictos intersubjetivos, sin intervención de un órgano jurisdiccional (judicial), en su concepción. Pero hasta dónde es útil orientar por esta línea el predominio del término procesal que, siguiendo la rigurosa percepción de distinguir lo procesal de lo jurisdiccional, por sí mismo ya excluye de su entorno lo procedimental, y no se percata de diferenciar¹¹³ el «instrumento» de la «función» bajo el ojo constitucional, pues desde la perspectiva constitucional la función jurisdiccional está prevista antes que el proceso, éste no existe sin aquella y es que se perfila como un mecanismo de su viabilización, es más, procesalmente la tutela prometida en la Constitución resulta jurisdiccional antes que procesal sin que esto signifique escisión entre ambas categorías, se trata pues de una tutela jurisdiccional procesal, correspondiendo denominarse, por la implicancia guardada, solamente tutela jurisdiccional, de conveniencia indiscutible por su acento constitucional, más aún si se tiene en cuenta que desde la Constitución la jurisdicción no está entendida únicamente desde el Poder Judicial, sino desde toda actividad resolutoria de conflictos.

Sin embargo esto no afecta en nada la proyección constitucional de la tutela jurisdiccional en la tutela procesal efectiva que como tal, más que una situación jurídica, es un principio general del derecho constitucionalizado directa (artículo 139.3) e indirectamente (artículos 3 y 45).

La tutela jurisdiccional prescrita como situación jurídica alberga una elemental identidad del sujeto de derecho frente a las reglas estatales; identidad que comprende atribuciones o cualidades jurídicas de las que manan derechos y deberes como consecuencia de su ubicación en una relación con el Estado bajo circunstancias o condiciones determinadas por el ordenamiento jurídico. Así, se entiende la situación jurídica del sujeto de derecho como contribuyente, justiciable, condenado, etc. Siendo así, tal vez corresponda aplicar este criterio a la naturaleza de la tutela jurisdiccional; pero no cuando se hable de tutela jurisdiccional (o procesal) efectiva, por la carga histórica, estructural del derecho (sociológica, axiológica y normativa) y principal que le asiste.

Nuestro Tribunal Constitucional ha definido¹¹⁴ la tutela jurisdiccional efectiva apelando a su amplitud conceptual y vinculación a determinadas instituciones procesales como el derecho de acción y aquellos derechos contenidos en el derecho al debido proceso. Este esfuerzo resulta correcto en su intención e insuficiente en su concreción, más aún cuando diferenciando¹¹⁵ la tutela judicial efectiva del derecho al debido proceso no lo hace frente al derecho de acción que, muy por el contrario, lo desvanece en el concepto de tutela (que denomina) judicial —al más puro estilo de su par español— efectiva, de

¹¹³ GONZÁLEZ LINARES, Nerio, *Ensayos... cit.*, p. 18.

¹¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, expediente n° 008-96-I/TC, sentencia de 23.04.97.

¹¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia n° 08123-2005-HC/TC de 15.05.06.

la que no duda en señalar su contenido¹¹⁶, ablativo del derecho de acción, y su «reconocimiento»¹¹⁷, que si se antepone como «derecho» será siempre mal visto en el artículo 139.3 de nuestra Constitución.

IV

La protección estatal del sujeto de derecho se traduce en la tutela que éste recibe en sus derechos por el Estado a raíz de la prohibición de autotutela, exceptuando los casos legalmente permitidos. Esa tutela jurídica de los derechos asegura la actuación, sea espontánea o forzosa, de los mismos. Cuando la actuación de la norma de derecho sustancial (material o procesal) está a cargo del Estado y por tanto a imponerse por la fuerza esa tutela jurídica se hace expresamente jurisdiccional, significando no propiamente un derecho sino una garantía, una promesa asegurada constitucionalmente, de percibir impartición de justicia a través de un proceso. Se trata pues de un posicionamiento una situación asegurada del sujeto de derecho frente al Estado en que éste le preserva un proceso para solucionar sus conflictos o esclarecer sus incertidumbres jurídicas.

La *tutela jurisdiccional* es por antonomasia diversificada o diferenciada porque atendiendo a necesidades específicas de una variedad de relaciones de derecho sustancial con naturales contenidos diversos, no puede sino ofrecer medios procedimentales ajustados a esas variaciones de demanda de tutela. Algo más, la tutela jurisdiccional diferenciada no se aprecia, en primer término, en relación a un ordenamiento normativo sino a la tendencia evolutiva del derecho procesal y a partir de ahí se pueden marcar las pautas de los distintos ordenamientos. [Aquí hay que contener el prurito de la «sabia» disquisición de las doctrinas, ordenamientos y jurisprudencias en razón al ordenamiento dominante, que se suele invocar para descalificar a quien resulta incómodo o para autoatribuirse ser pieza última de un círculo de privilegiados dueños de tal disquisición].

Cuando la «efectividad», como concepto estructural del derecho, califica a la tutela jurisdiccional, ésta se irradia de significación principal del ordenamiento jurídico. Así, la *tutela jurisdiccional (procesal) efectiva*, que implica, más allá del acceso a la jurisdicción con garantías mínimas que hagan justo el proceso, una fuerza realizadora de satisfacción jurídica de los derechos, se hace principio general del derecho y sobrepasa la connotación de aquellos derechos, principios, fundamentos, conceptos y figuras procesales que transitan por él en la consumación teleológica del derecho: la justicia. Este principio tiene *sedes materiae* en el Estado social democrático de derecho. Aquí la dimensión de la tutela jurisdiccional efectiva es plena, no es derecho que contiene derechos a los que minimiza porque se da inclusive una involuntaria limitación de los mismos, sino, es precepto básico que aviva el sistema de derechos.

Pero si hablamos de *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, no habría forma de escapar del influjo del artículo 24.1 de la Constitución española y de la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional español que le dio contenido, y por tanto de concebir un «nuevo» derecho hipertrofiado por contenidos usurpados de otros derechos, particularmente a la acción y al debido proceso, con consecuencias tan nefastas como,

¹¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencias n^{os} 4080-2004-AC/TC de 26.10.05 y 0015-2005-AI/TC de 20.01.06.

¹¹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, expediente n^o 2488-2002-HC/TC, sentencia de 18.03.04.

en el caso nuestro, una doctrina y jurisprudencia de nuestro proceso civil que no puede explicar ese derecho frente a aquellos a los que ocasionó una ablación terminal que sólo las muestra prácticamente prescindibles ante la omnipotencia de la nueva construcción jurídica que no es sino, como ya se vio, el accidente de una *serendipia* procesal.