

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

23 y 24 de octubre de 2014

AZUL – ARGENTINA

LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO

APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

Proceso jurisdiccional, República y los *Institutos Fundamentales del derecho procesal*¹

GLAUCO GUMERATO RAMOS

Miembro de los Institutos Brasileño (IBDP), Iberoamericano (IIDP) y Panamericano (IPDP) de Derecho Procesal. Profesor de la Facultad de Derecho Anhanguera de Jundiaí. Vicepresidente en Brasil del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Abogado en Jundiaí

SUMARIO: 1. Prolegómenos. 2. Hipótesis de Trabajo. 3. Arquetipo republicano. 4. Institutos fundamentales del derecho procesal: visión tradicional. 4.1 Panorama. 4.2 Jurisdicción. 4.3 Acción, 4.4 Proceso. 5. Institutos fundamentales: perspectiva republicana. 5.1 (Re)Organización del tema. 5.2 Acción. 5.3 Proceso. 5.4 Jurisdicción. 6. Conclusión.

RESUMEN: Es un texto de carácter dogmático del *garantismo procesal* donde se propone la búsqueda de la dimensión *semántica* de los Institutos (o Categorías) Fundamentales del Derecho Procesal dentro del marco constitucional republicano y democrático. En el texto se propone la creación de la(s) *norma(s) jurídica(s)* que incide(n) sobre el tema a partir del denominado principio republicano.

PALABRAS-CLAVE: Proceso – República – *garantismo procesal* – Institutos Fundamentales del Proceso (=Trilogía Estructural) – Acción, Proceso, Jurisdicción – dimensión *semántica* – principio republicano.

1. Prolegómenos

Proceso y República son categorías jurídico-políticas que habitan los cuadrantes de la Teoría General del Derecho y entre ellas existe una fuerte correlación *pragmática*. Es

¹ Texto-base de mi intervención en el VIII Congreso de Derecho Procesal de Uberaba, realizado el 11 de setiembre de 2014, repetida en el XIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, realizado en Azul, Argentina, el 22 de setiembre de 2014.

por ello que el *proceso jurisdiccional* debe tener su engranaje de funcionamiento regida por los atributos que caracterizan al *principio republicano*.

¡Nada más elemental!

Si el *Proceso* es operado en el ambiente republicano, es natural que los caracteres de la *República* marquen fuertemente su perfil *fisiológico-funcional*, bien en la actuación del *ciudadano* que busca –como demandante o demandado– la actuación de la tutela jurisdiccional (= *ex parte populis*), bien en el *proceder* y en el *decidir* del agente político que ejerce el poder que es propio de la Judicatura (= *ex parte principis*). Significa decir que tanto en la óptica de quien *pide* la actuación de la jurisdicción (=partes), como en la de quien la *ejerce* (=jueces), la mirada prospectiva es proyectada hacia el ambiente constitucional *republicano*, y democrático.

Los denominados *Institutos Fundamentales del Derecho Procesal* surgen en la Teoría del Proceso como fruto de las reflexiones posteriores al inicio de la fase denominada *científica* (=o de *autonomía*) del derecho procesal, inaugurada a partir de la publicación del clásico libro de Oskar von Bülow², en la segunda mitad del Siglo XIX.

A partir de allí se formaron los conceptos de las categorías *acción, proceso y jurisdicción* dentro de una dogmática *procesal civilística* potenciada en perspectiva (ultra)publicista y autoritaria –por lo tanto, *ex parte principis*–, cuya obra legislativa de Franz Klein para el Imperio Austro-Húngaro fue la semilla de la cual germinaron varios modelos de CPC's de Europa Continental y de América Latina³ a lo largo del siglo XX.⁴

² BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen)*, traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Buenos Aires : EJE, 1964.

³ Cf. CIPRIANI, Franco. “El centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad), en *Batallas por la Justicia Civil – Ensayos* (compilación y traducción de EUGENIA ARIANO DEHO), Lima : Cultural Cuzco, 2003, pp. 59-87. Cf., también RAMOS, Glauco Gumerato. “Ativismo e Garantismo no processo civil: apresentação do debate”, en *Ativismo judicial e garantismo processual*, coords. DIDER Jr, Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato y LEVY, Wilson, Salvador: Ed. JusPodium, 2013, pp. 273-286.

⁴ También sobre la influencia de la obra de Klein en la legislación procesal que se formó en el siglo XX, cf., LENT, Friedrich, *Diritto processuale civile tedesco – Prima parte: Il procedimento di cognizione (Zivilprozessrecht)*, traducción de EDOARDO F. Ricci, Napoli : Morano Editore, 1962, p. 364 (Perfil histórico del proceso civil – § 102. Il secolo ventesimo).

Después de la segunda mitad del Siglo XX el derecho procesal pasó a ser pensado desde una perspectiva *instrumentalista* –cada vez más criticada en Brasil⁵–, donde el objetivo del Proceso es el alcanzamiento de los “objetivos” político, jurídico, social y económico del Estado⁶.

Actualmente se vive la *fiebre-confusa* del denominado *neoconstitucionalismo* y nuestra doctrina de turno identificó un cierto *neoprocesalismo*⁷. El discurso jurídico que está en la base de esas diversas doctrinas caracterizadas por el prefijo “*neo*” que las adjetivan, disimula el aspecto *estatal-autoritario* que le da soporte a través de posturas dogmáticas que, mediante “*hoz y martillo*” (=activismo socialista) o bajo “*fascio*” (=activismo fascista)⁸, pretenden hacer del Derecho, y del Proceso que lo concretiza, un instrumento idiosincrático al servicio de una cierta “ética subjetiva” que emana del “sentido de justicia” de aquel que ejerce el poder jurisdiccional, que así actúa amparado-legitimado en la “fuerza” del discurso *neoprocesal-neoconstitucional*. La intención es buena y ello no se niega ello. Pero toda vez que determinada proposición jurídica aparece justificada en fundamentos que mixturán Derecho y moral, el análisis riguroso del discurso que busca legitimarla nos revela la faceta de un *dirigismo-decisionismo* que invariablemente debilita uno de los más importantes atributos del Derecho: la seguridad jurídica.

⁵ LÊNIO STRECK: “En el ámbito del proceso civil, por ejemplo, tenemos una explicación privilegiada de como esa mezclilla acrítica de tradiciones puede llevar a resultados peligrosos para la formación de nuestra arquitectura democrática. En efecto, el predominio de las vertientes instrumentalistas del proceso en el campo de la teoría procesal produjo un tipo intrigante de sincretismo de tradiciones. La idea de que el proceso es un instrumento teleológico cuyo fin es determinado a partir de objetivos políticos, sociales y jurídicos encargada a la jurisdicción para –solipsisticamente– llevarlos a la realización”. Cf. en *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, São Paulo: Ed. Saraiva, 4ª ed., 2ª tiragem, 2012, p. 30. Lênio Streck es uno de los mayores críticos del activismo judicial reinante en Brasil sobre la formación de la dogmática constitucional y de teoría general del derecho.

⁶ Sobre las ideas instrumentalistas, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros Editores, 6ª ed. 1998, *passim*.

⁷ En el caso de Brasil, por ejemplo, ver CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocesualismo – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2011, *passim*.

⁸ Ver AROCA, Juan Montero. “Sobre el mito autoritario de la *buena fe procesal*”, en *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (coordinador JUAN MONTERO AROCA), Tirant lo Blanch: Valencia, 2006, pp. 294-353. Ver también, con mucho provecho, COSTA, Eduardo, “Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, fascista y gerencial”, en *RBDPro* 82/205.

Este ensayo rechaza cualquiera de las “tesis” defendidas por los distintos “neoconstitucionalismos”⁹ que actualmente contagian el discurso jurídico, lo que acaba fomentando un proceso jurisdiccional que en el plano *pragmático* se presenta debilitado en “*republicanismo*”. Se descarta, de la misma forma, posturas *instrumentalistas* que buscan explicar el Proceso como un “instrumento”¹⁰ orientado a las realizaciones de los fines del Estado –por lo tanto, *ex parte principis*–, dado que eso proporciona que el proceso jurisdiccional sea pensado y concretizado a partir de premisas *autoritarias*.

Como el ambiente republicano y democrático es refractario al uso del poder con base en el propio albedrío del agente político, el *solipsismo judicial* (LÊNIO STRECK) es incompatible con la dimensión *semántica* del mundo jurídico-constitucional¹¹. El manejo adecuado del proceso jurisdiccional debe circunscribirse a los límites de las imposiciones constitucionales que marcan su perfil, que en un último análisis existen para racionalizar el discurso jurídico que fundamenta la toma de decisión por parte autoridad judicial.

Pensado el Proceso a partir de las *garantías procesales* previstas en el plano *sintáctico* de los *enunciados prescriptivos* contenidos en la Constitución, se hace perfectamente posible redimensionar el contenido *semántico* de varias de las categorías jurídico-procesales y eso tiende a repercutir en la propia forma de ser del proceso jurisdiccional que manejamos. Si nuestro orden constitucional está fundado en preceptos *republicanos* y democráticos, es natural que el ambiente establecido inflencie los vínculos entre el ciudadano y el poder jurisdiccional.

⁹ Sobre la existencia de varios “neoconstitucionalismos”, así como ciertos aspectos de la crítica dogmática de los que son acreedores, cf. el excelente “Neoconstitucionalismo: entre la ciencia del derecho y el derecho de la ciencia”, ÁVILA, Humberto. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17, jan/fev/mar, 2009. Disponible en: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>.

¹⁰ Criticando –a mi modo de ver, de forma acertada– la instrumentalidad y la idea de proceso como “instrumento”, cf. CALMON DE PASSOS, “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”, en *J.J. Calmon de Passos – Ensaios e Artigos*, vol. I, organizadores DIDIER JR, Fredie y BRAGA, Paula Sarno, Salvador : Ed. JusPodium, 2014, pp. 31-43. También fue publicado en la *RePro 102*, en abril de 2001.

¹¹ Sobre algunas características de la dimensión semántica del plano constitucional que impactan el proceso jurisdiccional, cf. mi artículo “Aspectos semânticos de uma contradição pragmática. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem”, RAMOS, Glauco Gumerato, en *Ativismo judicial e garantismo processual*, coords. DIDER Jr, Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato e LEVY, Wilson, Salvador: Ed. JusPodium, 2013, pp. 245-253.

Este ensayo sugiere que un orden constitucional confesadamente *republicano* y democrático sirve de punto de partida para nuevas reflexiones sobre temas de alta relevancia para el derecho procesal, como lo son, por ejemplo, los denominados *Institutos Fundamentales* (=acción, proceso, jurisdicción).

2. Hipótesis de Trabajo

Partiendo de la premisa de que los conceptos *Proceso* y *República* se correlacionan en sus dimensiones *pragmáticas*, y que eso necesariamente debe ser tomado en cuenta en las formulaciones teóricas y en las resoluciones prácticas del proceso jurisdiccional, a partir del denominado *principio republicano* se buscará, por lo tanto, trazar nuevos contornos a los conceptos de *acción*, *proceso* y *jurisdicción*.

A partir de aquello que consta en la mayoría de los manuales que tratan sobre la teoría general del proceso, será demostrado como estos conceptos fundamentales fueron vislumbrados y trabajados por la doctrina a partir de la fase *científica* del derecho procesal. También será demostrado que la dogmática procesalcivilística fundamentó su discurso jurídico mucho más para justificar los institutos fundamentales desde una óptica *estatizante*, y por lo tanto autoritaria, que bajo la perspectiva del principal interesado en la solución de los problemas que son llevados a la resolución a través del proceso jurisdiccional, que es el *ciudadano*.

Con i) la fijación de los elementos que caracterizan la *República*, ii) la aceptación de que el *principio republicano* es determinante para el funcionamiento del *Proceso*, y iii) como los temas de los institutos fundamentales están dispuestos analíticamente en la Constitución brasileña, se buscará construir las *normas jurídicas* que dan soporte al redimensionamiento de los conceptos de *acción*, de *proceso* y de *jurisdicción*. Serán propuestos conceptos dogmáticos que compatibilicen, esto es, conceptos que guarden armonía entre la *norma* y lo que es observado empíricamente en el día a día del proceso.

Por tanto, los *Institutos Fundamentales* del derecho procesal serán aquí presentados desde una perspectiva republicana.

3. Arquetipo republicano

Naturalmente la idea de *República* será tomada aquí en su acepción moderna, de la forma como es vislumbrada actualmente. En este sentido, recordemos las enseñanzas de GERALDO ATALIBA. En su obra clásica, el constitucionalista de la PUC/SP sintetiza de forma simple y precisa los caracteres que informan la idea de *República*:

“*República* es el régimen político en el que los que ejercen funciones políticas (ejecutivas y legislativas) representan al pueblo y deciden en su nombre, haciéndolo con responsabilidad, electivamente y mediante mandatos renovables periódicamente”¹².

Con base en este concepto es posible identificar los principales atributos que la califican: i) *responsabilidad*, ii) *representatividad* y iii) *periodicidad*. Considero que es posible agregar a estos otro atributo que integra fisiológicamente la República: el de la *Separación de los Poderes*¹³.

Se nota que hay una identificación de las *funciones políticas* con las actividades EJECUTIVAS y LEGISLATIVAS, y son *políticas* porque son ejercidas por mandatarios del pueblo, dado que *escogen* los rumbos que seguirán las respectivas actividades. A estas *funciones* (=ejecutiva y legislativa) no aparece vinculada la función *jurisdiccional*, lo que obviamente no proyecta la actividad de la persona física que la ejerce (=juez) a un nivel de *irresponsabilidad* funcional, aquí tomada en su acepción republicana. Si así lo fuera, tendríamos oráculos, y no jueces, desvinculados del orden constitucional *republicano* y democrático al cual todos, individuo, sociedad civil y Estado, estamos sometidos.

¹² Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, São Paulo : Malheiros Editores, 2011, 3ª ed., p. 15.

¹³ La Separación de los Poderes aquí mencionada es la pensada por Montesquieu, y no por Locke, y refleja la regla contenida en nuestras Constituciones en el sentido de que el Legislativo, el Ejecutivo y la Judicatura son poderes independientes y armónicos entre sí. EROS GRAU: “... de las ponderaciones de Locke y de Montesquieu, podemos verificar que el primero propone una separación dual entre tres poderes –el Legislativo, de un lado, y el Ejecutivo y el Federativo, de otro– y el segundo sugiere no la división o separación, sino el equilibrio entre tres poderes distintos –el Legislativo, el Ejecutivo y la Judicatura”–.

Siguiendo el raciocinio aquí expuesto, el hecho que el juez no tenga *representatividad* tiene un significado único y republicano: en la *República* ellos NO *representan* la voluntad del pueblo, dado que esa misión republicana compete al Legislador, siendo éste el motivo por el que los jueces NO son elegidos por el voto popular.

Al Poder Judicial y a sus jueces les es reservado un papel eminentemente *técnico*, consistente en el análisis y en la aplicación de la Ley a los casos concretos que son sometidos a su apreciación. Aquí considerada en su dimensión *pragmática* de ordenamiento jurídico, organizado a partir de la Constitución y de los demás reglamentos legales fundamentados en ella, la Ley es producto de los órganos de *representación popular*, revelando aquello que la sociedad escogió para su propia organización.

En el proceso de aplicación –técnica, impersonal e imparcial– de la Ley, no cabe al juez o al tribunal tomar en cuenta su propia voluntad. En el ambiente republicano, las idiosincrasias de aquel que ejerce la *jurisdicción* en ninguna hipótesis puede actuar como *motivo determinante* en el proceso de decisión. Y así funciona exactamente porque el juez no representa la voluntad del pueblo, dado que no es elegido por el voto popular (=representatividad). En este mismo sentido se manifiesta GERALDO ATALIBA: “no hay razón para que el instituto representativo se haga sentir en la selección de los ciudadanos que servirán en el Poder Judicial. Las funciones técnicas no deben ser representativas, dado que son no políticas”¹⁴.

Sintetizando de forma rigurosa: la Judicatura ejerce la función técnica de *decidir* con base en la Ley (=voluntad popular) y en las reglas constitucionales que orientan el poder jurisdiccional. No le corresponde *escoger*. *Elección* es algo propio de las funciones políticas (=ejecutiva y legislativa). El juez no tiene *representatividad* porque en la *República* la función jurisdiccional es *técnica*, no resultando de la voluntad del pueblo y, así pues, de ninguna persona física.

Como consecuencia de la *representatividad* –propia de las funciones políticas– existe la *periodicidad*, representada en el periodo establecido por la Ley para la duración del

¹⁴ ATALIBA, Geraldo, op. cit, p. 113.

mandato popular. La correlación existente entre la *representatividad* y la *periodicidad* marca un atributo fundamental de la *República* que es la posibilidad que tiene la voluntad popular, a través del voto, para controlar el ingreso y la permanencia de los ciudadanos que irán a desarrollar las *funciones políticas* ejecutivas y legislativas.

Generalmente, en América Latina y en Europa continental, el Poder Judicial es formado por ciudadanos que se tornan jueces mediante concurso público, ejerciendo sus funciones vitaliciamente o hasta que alcancen el límite temporal impuesto por la Ley para el alejamiento definitivo de sus funciones a través de la jubilación. Aunque tengamos en mente que en la *República* la composición de algunos Tribunales es realizada a través de un proceso de *elección compartida* entre órganos ejecutivos y legislativos, y aunque el ejercicio de la respectiva función, en tesis, pueda darse por un determinado periodo de tiempo (=mandato), es evidente que incluso en estos casos la función jurisdiccional no representa la voluntad popular y seguirá siendo una función *técnica* de interpretación y de aplicación de la Ley. Esta Ley es el *estándar* jurídico que es manifestada por en *enunciados prescriptivos* y establecidos por sus *representantes* que son elegidos para el desempeño *periódico* de funciones políticas.

La *República* también tiene como atributo la *responsabilidad* a la que están sujetos aquellos que ejercen funciones políticas (=ejecutiva y legislativa). Estas funciones –por ser políticas– son ejercidas mediante actos de *elección* de quien las ejerce, y tales elecciones son realizadas con amparo en la voluntad popular que las legitima.

Existen varias formas para *responsabilizarse* al agente republicano que ejerce función ejecutiva o legislativa. El *impeachment*, por ejemplo, es una de ellas. Pero en el ambiente republicano, donde la *representatividad* ocurre con base en la *periodicidad*, una de las formas más contundentes de responsabilidad de aquellos que ejercen funciones políticas se da por la propia voluntad popular, que siempre tendrá la opción de no elegir o no reelegir a aquel ciudadano que no se mostró digno de la confianza y ello es expresado a través del voto.

Como no son elegidos –y no son elegidos porque no representan la voluntad popular–, ¿estarían los jueces inmunes a la *responsabilidad* que caracteriza al principio republicano? O, dicho de otra manera, ¿la responsabilidad republicana deja de alcanzar

a los jueces cuando, en el curso del proceso jurisdiccional, manejan la *jurisdicción* como una función política, *escogiendo* los rumbos de la solución a ser dada a un caso concreto con base en el propio albedrío?

A pesar de estar destituidos de la *representatividad* y de la *periodicidad* que caracterizan a las *funciones políticas* (= ejecutiva y legislativa), es evidente que los jueces deben sujetarse a la responsabilidad republicana cuando violaran los límites técnicos de la función jurisdiccional –esencialmente vinculada a la actividad de *decidir*– y cuando partan de forma deliberada para *elecciones* fundadas en el propio albedrío, rigurosamente *deslegitimadas* de la representatividad que caracteriza la voluntad popular.

La *República*, por lo tanto, presupone la responsabilidad de cada uno de sus *agentes* políticos. Los *agentes políticos* son todos los ciudadanos que integran la estructura estatal desempeñando la función ejecutiva y legislativa (=funciones políticas; implica *elección*) y la función jurisdiccional (=función *técnica*; implica *decisión*). Por consiguiente, no todo *agente* político ejerce *función* política.

4. Institutos fundamentales del derecho procesal: visión tradicional

La doctrina a lo largo del siglo XX trató los institutos fundamentales enalteciendo y potenciando la *jurisdicción* como el polo metodológico de mayor relevancia. Ella sería el elemento más importante del eje sistemático a partir del que se estructuró la denominada teoría general del proceso. A partir de allí el *proceso* fue reducido a un mero “instrumento de la *jurisdicción*”¹⁵. En síntesis: aquél fue puesto al servicio de ésta.

Siendo la *jurisdicción* una función resultante del ejercicio del poder, fue natural que la dogmática procesal desarrollase ideas de carácter autoritario para explicar científicamente varios de los temas vinculados al funcionamiento del proceso

¹⁵ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini y DINAMARCO, Cândido Rangel: “El proceso es indispensable a la función jurisdiccional ejercida con la finalidad de eliminar conflictos y realizar la justicia mediante la actuación de la voluntad concreta de la ley. Es, por definición, el instrumento a través del que la jurisdicción opera (instrumento para la positivación del poder)”. Cf. *Teoria geral do processo*. São Paulo : Malheiros Editores, 27ª ed., p. 301.

jurisdiccional. Los motivos para las concepciones procesal civilista *ex parte principis* son diversos. FRANZ KLEIN (=CPC austríaco de 1895) y ANTON MENGER (=socialismo jurídico), ambos a partir del Imperio Austro-Húngaro, auxiliaron en esa forma de ver las cosas. Pero la teoría general del proceso, estructurada en torno a la *jurisdicción*, también colaboró decisivamente para ello.

Denomino *visión tradicional* al análisis de la teoría general del proceso a partir de esta perspectiva fuertemente *publicista-autoritaria*.

4.1. Panorama

La propuesta de concebir el derecho procesal a partir de institutos (o categorías) fundamentales fue esbozada por Chiovenda en una Clase Magna que profirió en la Universidad de Bolonia el 03 de febrero de 1903¹⁶, sobre la “acción en el sistema de los derechos”¹⁷. Chiovenda, en los apuntes de su discurso en Bolonia, se tornó un clásico para los estudios posteriores del derecho procesal, lanza en un pie de página la semilla que algún tiempo después permitió germinar la idea de que los engranajes del derecho procesal se desarrollan a partir de tres conceptos fundamentales. Posteriormente, PODETTI pasa a denominarlos *trilogía estructural del proceso*¹⁸.

La lectura del respectivo pie de página¹⁹ muestra que en aquel momento la intuición de Chiovenda fue en el sentido de organizar los tres conceptos fundamentales en el siguiente orden: *acción*, *jurisdicción* y *proceso*, conclusión a la que se llega porque en aquel escrito el procesalista italiano explica que las tres grandes divisiones que se complementan recíprocamente serían la *teoría de la acción* (=acción) y las *condiciones*

¹⁶ Sobre la fecha exacta de la conferencia de Chiovenda en Bolonia, cf. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General del Proceso*, tomo I, Buenos Aires : Editorial Universidad, 1984, p. 17.

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direitos* (traducción de Hiltomar Martins Oliveira), Belo Horizonte : Ed. Líder, 2003, *passim*.

¹⁸ PODETTI, José Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires : Ediar, 1963, pp. 334 y ss.

¹⁹ CHIOVENDA: “Considerado este triple aspecto, el proceso recibe su completa significación: un lado presupone el otro y ninguno puede ser estudiado aisladamente con aprovechamiento. De esta forma, en la ciencia del derecho procesal resultan tres grandes divisiones que se completan recíprocamente: la teoría de la acción y de las condiciones de la tutela jurídica, la teoría de los presupuestos procesales y la teoría del procedimiento”, cf., el pie de página 2, op. cit., p. 43.

de la tutela jurídica (=jurisdicción), así como la *teoría de los presupuestos procesales y del procedimiento* (=proceso).

Se ve que en el texto-base de su exposición en la Universidad de Bolonia, en 1903, Chiovenda no comenzó su argumentación sobre los conceptos fundamentales de la *jurisdicción*. Con el pasar del tiempo ello se mostró tan al gusto de aquellos que se aventuraron a trabajar sobre el tema.

Adviértase que en sus *Instituciones* Chiovenda se mantiene coherente con las lecciones expuesta en Bolonia, dado que la exposición de estos conceptos fundamentales tiene como punto de partida la *acción*. Sin embargo, Chiovenda perfeccionó su idea originaria para versar el asunto de manera más lógica y racional –como más adelante se explicará–, tratando de explicar los conceptos fundamentales en esta secuencia: *acción, proceso, jurisdicción*. Nos basta observar el plano de la exposición contenido en el sumario del volumen 1 de sus *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. En la “primera parte” de sus Instituciones se observa que aborda *El Derecho y la Acción* (§ 1º), y *El Proceso Civil y la Relación Jurídica Procesal* (§ 2º), y solamente en su “segunda parte” es que Chiovenda tratará sobre la *Actuación de la Ley* en pro del demandante y del demandado (§ 6º y ss.)²⁰. Por lo tanto, el orden sistemático de Chiovenda fue *acción, proceso y jurisdicción*. ¡Lo dejamos registrado!

Pero la semilla plantada por Chiovenda fue germinada por las manos de Calamandrei. Chiovenda fue el maestro de Calamandrei. Éste habría vislumbrado la importancia de explicar los fundamentos del derecho procesal a partir de la organización sistemática de estos tres conceptos, conforme relata CIPRIANO GÓMEZ LARA con fundamento en un estudio anterior de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO²¹.

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1 (traducción de Paolo Capitanio de la 2ª ed., del original italiano), Campinas: Ed. Bookseller, 1998.

²¹ CIPRIANO GÓMEZ LARA: “Esta idea de los tres conceptos fundamentales de la ciencia procesal, se apuntó por primera vez en las notas de un discurso o prolucción inaugural de un curso, en el año de 1903, pronunciado por Chiovenda en la Universidad de Bolonia. Alcalá-Zamorra y Castillo nos expresa que en una pequeña nota, consistente en unas cuantas líneas, Chiovenda ‘... apunta la idea de que los conceptos fundamentales del proceso son acción, jurisdicción y proceso’. Parece ser que Chiovenda, sin embargo, con posterioridad al año de 1903, no desenvuelve ni desarrolla esta importantísima idea de que los conceptos de acción, jurisdicción y proceso, sean los conceptos más importantes y fundamentales de la ciencia procesal. Un discípulo suyo, ‘... Calamandrei, quien se da cuenta de la transcendencia del hallazgo y entonces él, ya sí de una manera categórica y precisa, afirma que las ideas fundamentales

En la “segunda sección” del volumen 1 de su *Derecho procesal civil – estudios sobre el proceso civil*, Calamandrei se sirve de más de 100 páginas para esbozar los conceptos, los desdoblamientos y las distinciones entre estos tres conceptos denominados por él como el *fundamental trinomio sistemático*, pero nos advierte lo siguiente:

“No es posible que se inicie con utilidad el estudio descriptivo y exegético de un Código de derecho procesal si no se parte por las tres nociones fundamentales de orden sistemático, que no están definidas, sino presupuestas, por las leyes positivas: *jurisdicción, acción, proceso*”²².

A partir de allí se observa que la exposición de Calamandrei inicia contextualizando la *jurisdicción*, considerada por él como el “*primer argumento de estudio*”²³ y que tendría por objeto de su actividad a la *acción*. De esa manera, “*jurisdicción y acción entran en contacto y se unen a través del proceso, el cual formará el tercer argumento*”²⁴ del estudio presentado por él ²⁵.

La mayoría de los libros de *teoría general del proceso* existentes en Brasil, en América española y en Europa continental, desarrolla la exposición de los Institutos Fundamentales iniciando por el concepto de *jurisdicción*, bien enumerando la *acción* y el *proceso* como “segundo y tercer argumento”, en la misma línea de Calamandrei, bien colocando al *proceso* en segundo lugar y terminando con la *acción*. Poco importa el orden de la inversión acción-proceso, pero podemos manifestar que es sintomático que se inicie por la *jurisdicción*. La mayoría absoluta de los tomos de teoría general del

para la elaboración de la sistemática procesal, son esas tres y, a partir de entonces, una serie de autores de diferentes países van suscribiendo el mismo punto de vista y sustentan la idea de que la sistemática procesal puede alzarse sobre estos tres conceptos, e inclusive en Argentina, un autor, Podetti, los engloba bajo la denominación de trilogía estructural del proceso”. Cf., GÓMEZ LARA, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, México-DF: Universidad Nacional Autónoma de México, Tercera Reimpresión, 1981, p. 105.

²² Cf. CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil – Estudos sobre o processo civil* (traducción de Luiz Abezia y Sandra Drina Fernandez Barbery), Campinas: Ed. Bookseller, 1999, p. 93.

²³ Op. cit. p. 94.

²⁴ *Idem.*

²⁵ CALAMANDREI fue categórico al punto de manifestar lo siguiente: “El trinomio de las nociones fundamentales que constituyen las premisas de nuestro estudio se completa con la de proceso”. Cf., op. cit. p. 253.

proceso invariablemente contextualiza el tema a partir del concepto de *jurisdicción* y eso es fácilmente verificable a través de una rápida consulta en nuestras bibliotecas.

Dentro de ese panorama de proponer la organización de los Institutos Fundamentales y siguiéndose el orden *jurisdicción, acción y proceso*, el discurso de la doctrina fue siempre uniforme y legitimador del Poder estatal como el gran *dirigente y protagonista* de la escena procesal. Es por ello que la *jurisdicción* es trabajada como el polo metodológico preponderante.

A partir de allí la doctrina pasó a enaltecer la importancia de los Institutos Fundamentales, sin embargo, siempre con el enaltecimiento de la *jurisdicción* (=Poder) por sobre el *proceso* (=Garantía) y la propia *acción* (=Libertad). Como ya fue señalado, eso se verifica en la forma como los libros de teoría general del proceso metódicamente organizan el asunto, comenzando de forma general por la exaltación/explicación de la *jurisdicción*. La *acción* y el *proceso* son tratados siempre después de aquélla.

Esa forma de organizar el tema (=jurisdicción, acción, proceso), realizada por la mayoría de los manuales de teoría general del proceso, revela el pendor –aunque sea inconsciente– de la dogmática procesalcivilística en enaltecer la *jurisdicción* como la categoría jurídica más importante de la *Trilogía Estructural del Derecho Procesal* (RAMIRO PODETTI). Este fenómeno discursivo, naturalmente, colaboró en la construcción de concepciones autoritarias para el derecho procesal.

¡Naturalmente existen las excepciones! ADOLFO ALVARADO VELLOSO en su *Sistema Procesal* es categórico en rechazar el estudio de la teoría general del proceso que inicie por la *jurisdicción*, dado que entiende que eso revela una manera autoritaria de concebirse el fenómeno procesal. El procesalista argentino explica que esa dinámica de exposición de los conceptos fundamentales es realizada en la perspectiva del *poder* (=jurisdicción), y no de la *libertad* (=acción)²⁶ o –diría yo– de la *garantía* (=proceso).

²⁶ ADOLFO ALVARADO VELLOSO: “Para lograr coherencia sistemática en todo lo que aquí se refiera al *proceso*, y habida cuenta de que en el Capítulo anterior lo he presentado como el *objeto* de la *acción procesal*, parece claro que debo comenzar toda explicación a partir de su completa tipificación. Con ello, a más de aceptar como buena la presentación del tema que se hacía en la legislación del lejano pasado, asumo una posición filosófica que coloca a la libertad personal por encima de todo otro valor y, consiguientemente, considera que el Estado se halla al servicio del individuo y no a la inversa, cual lo ha

La visión macroscópica como los manuales de teoría general del proceso explican cada uno de los Institutos Fundamentales, lo que es bien conocido por los procesalistas. De modo general parten de los mismos supuestos conceptuales radicados en las ideas que fueron expuestas originariamente por Calamandrei.

4.2. Jurisdicción

La doctrina en general acepta un clásico concepto doctrinario que concibe la *jurisdicción* a partir de aquel que sería su principal objetivo: “la actuación de la voluntad concreta de la Ley” (CHIOVENDA). En ese contexto la Ley es la proyección del *derecho objetivo* establecido por el Estado, a través del cual “los particulares deben, en sus relaciones sociales, ajustar su conducta”²⁷. El Estado, por su parte, tendría por finalidad fundamental la “preservación del orden en la sociedad”²⁸.

Calamandrei, influenció fuertemente a la doctrina que posteriormente se dedicó a estudiar los Institutos Fundamentales, al referirse sobre el CPC italiano de 1940 afirma que este código habría invertido el orden de disposición del tema si se compara con el código anterior, que iniciaba sus disposiciones legislativas generales sobre la acción, mientras que el CPC-40 tiene como punto de partida la *jurisdicción* y el juez.

Esta inversión sistemática en un CPC que inicia sus disposiciones legales por la *jurisdicción*, en vez de la *acción*, a ejemplo de lo que ocurrió en el código de 1940 en Italia, se puede decir que es una orientación política de cuño “estratégico”, en una clara opción *estatizante-autoritaria* de enaltecimiento del concepto de *jurisdicción* como forma de actuación del Poder. A partir de allí los Institutos Fundamentales pasaron a ser trabajados desde una perspectiva *ex parte principis*.

imaginado el mundo totalitario que inicia toda explicación desde el concepto de jurisdicción y no por el de acción”. Cf. en *Sistema procesal – Garantía de la Libertad*, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 201.

²⁷ Cf. CALAMANDREI, op. cit. p. 96.

²⁸ *Idem*;

Calamandrei también recuerda que la exposición de motivos del CPC italiano de 1940, denominada *Relazione Grandi* en referencia a su subscritor y Ministro de Justicia de ese periodo, Dino Grandi, fue categórica al enaltecer la prioridad del concepto de *jurisdicción*. Con referencia a la inversión *jurisdicción-acción*, afirma la exposición de motivos del CPC-40:

“Mientras que el Código de 1865 iniciaba su primer libro, dedicado al proceso de cognición, por las disposiciones generales sobre el ejercicio de la acción, el nuevo código parte de la jurisdicción y del juez. Esta variación en el orden sistemático, es índice de un cambio de mentalidad: el anterior código se planteaba los problemas desde el punto de vista del litigante que pide justicia, el nuevo los encara desde un punto de vista del juez que debe administrarla; mientras que el antiguo código consideraba la acción con un *prius* de la jurisdicción, el nuevo código, invirtiendo los términos del binomio, concibe la actividad de la parte en función del poder de juez”. Cf. en *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá: Editorial Temis, 2004, p. 190.^{29,30}

Por lo tanto, aunque la doctrina no se dé cuenta del hecho, o no lo confiese, trabajar los Institutos Fundamentales comenzando por la *jurisdicción* es una forma de priorizar y enaltecer el respectivo concepto en franca potencialización del Poder, lo que invariablemente trae consigo una perspectiva autoritaria –y por eso *antirrepublicana*– en la comprensión/realización/concretización del fenómeno procesal.

4.3. Acción

La dogmática procesal hizo correr “ríos de tinta” cuando escribía sobre la acción. En diversos momentos históricos fueron construidas varias teorías, polémicas etc., que se formaron sobre ella. Como ejemplos elocuentes de especulaciones teóricas en torno a la acción se puede indicar: la teoría immanentista; la polémica Windisheid-Muther sobre las eventuales distinciones entre la *actio* romana, la *klagerecht* y la *anspurch*; la teoría de la acción como derecho autónomo y concreto; la teoría de la acción como derecho

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Vale recordarse que JAIRRO PARRA QUIJANO tradujo al español la *Relazione Grandi*. Se citó la versión de Jairo Parra al ítem 19 de la *Relazione* (=Sistema y técnica del Código).

autónomo y abstracto; teoría de la acción solo como derecho autónomo; la teoría de la acción de Liebman³¹.

Independiente de cualquier variación teórica a su respecto, la visión tradicional de la teoría general del proceso siempre fue en el sentido de vislumbrar la acción como el derecho al ejercicio de la *actividad* jurisdiccional, o, más específicamente, el derecho a un pronunciamiento jurisdiccional.

La acción es ejercida *contra* el Estado-juez y a partir de allí surge la “obligación” para que éste efectivice la *prestación* estatal-jurisdiccional. Sinteticemos: el interesado ejerce su derecho de acción y el Estado-juez provee la solución del problema.

Aunque de manera disimulada, esa forma de vislumbrar la acción revela una realidad asentada en un vínculo de sujeción que somete a aquel que ejerce el derecho de acción a los designios del Estado-juez.

Se suma a todas esas circunstancias el hecho de que delante de la prohibición de la autotutela, y de la asunción por el Estado de la prerrogativa exclusiva de ejercer la función jurisdiccional, en la perspectiva tradicional el ejercicio de la acción permite que sea viabilizado el fin de la jurisdicción, que es “la exacta observancia del derecho objetivo”³², o la actuación de la voluntad concreta de la Ley. En esa perspectiva, la realización/concretización del *derecho subjetivo* del jurisdicionado es sutilmente relegado a un segundo plano de importancia delante del interés primero del Estado en hacerse presente a través de la jurisdicción para imponer el *derecho objetivo* al caso concreto.

4.4. Proceso

De la misma forma que ocurrió con la acción, varias fueron las teorías que buscaron explicar el proceso y su naturaleza jurídica. De entre las que ganaron un mayor prestigio y son comúnmente referenciadas por la doctrina tenemos: el proceso como contrato; el

³¹ Cf. ARAÚJO CINTRA, GRINOVER y DINAMARCO, op. cit., pp. 271-277.

³² Cf. CALAMANDREI, op. cit. 187.

proceso como cuasi-contrato; proceso como servicio público; proceso como institución; proceso como situación jurídica; proceso como relación jurídica; proceso como instrumento para la consecución de los objetivos del Estado.

En el transcurso del siglo XX el proceso definitivamente pasó a ser encarado como el *instrumento* a través del que la *jurisdicción* opera su finalidad de concretización de los objetivos (=finalidades) del Estado. Proceso y jurisdicción pasan a correlacionarse bajo la lógica maquiavélica de *fin* (=jurisdicción) y *medio* (=proceso). Se perfecciona la concepción *instrumentalista* del proceso.

Siendo la *jurisdicción* la actividad-fin de mayor preponderancia del fenómeno procesal, el proceso naturalmente es colocado al servicio de aquélla, de modo que muchas veces las reglas de su funcionamiento pueden incluso ser puestas de lado para no comprometer la finalidad mayor que es la propia “afirmación” del poder a través de la actuación jurisdiccional.

En esa perspectiva, donde el proceso se presenta preterido delante de la jurisdicción, el eventual seccionamiento de su secuencia lógica, que existe exactamente para *garantizar* la realización plena del contradictorio y la amplia defensa, acaba siendo tolerado, en los moldes de una “perennización del **fetich**e de la Justicia Rápida, cuya velocidad puede ser aumentada si se suprime el **proceso** e, incluso, el **procedimiento**, con la altanera supremacía de la **jurisdicción**. Es en ese vértice que nos incumbe analizar la coherente judicialización del **Proceso Civil** como instrumento de eficiencia tiránica de una **jurisdicción** justiciera”³³.

El proceso colocado al servicio de la jurisdicción es un proceso débil, cuyo discurso en torno a su “efectividad” justifica que la “celeridad procesal” sea utilizada en detrimento de la *regularidad-funcional* que la observación de todas sus etapas pretende *garantizar*³⁴.

³³ Cf., uno de los más contundentes críticos de las posturas *instrumentalistas*, LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 8ª ed., 2009, p. 254. Las palabras en negrita son del original.

³⁴ GLAUCO GUMERATO RAMOS: “La lógica de la *celeridad procesal* representa un problema de *superestructura del proceso* (=estructura jurídica + ideología). Si son pensadas las cosas, el discurso en torno a la *celeridad* revela que la preocupación en concretizarla es del Estado-Judicial, que bien o mal,

En suma: la visión tradicional del *proceso* no deja de ser estatizante-autoritaria porque su manejo está orientado a la concretización del poder representado por la *jurisdicción*.

5. Institutos fundamentales: perspectiva republicana

Es preciso concebir la idea y el concepto de cada uno de los Institutos Fundamentales del derecho procesal tomando en cuenta las directrices constitucionales-republicana. Con este ensayo pretendo alcanzar este objetivo.

A continuación muestro una propuesta de redimensionamiento de los conceptos de *acción*, *proceso* y *jurisdicción*, que en este exacto orden secuencial deben ser estudiados, por ser una manera más *lógica*, más *racional* y más *adecuada* para comprenderlos desde una perspectiva republicana.

No se profundizará en el estudio sobre los principios y/o desdoblamientos de cada uno de estos Institutos Fundamentales, como por ejemplo: i) sobre la evolución histórica del concepto de acción, o sobre las condiciones de la acción, o sobre la clasificación de las acciones; ii) sobre la naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional, o sobre los tipos de proceso, o sobre los presupuestos procesales; tampoco se tratará sobre iii) el significado etimológico de jurisdicción, o sobre sus características, o sobre la tutela jurisdiccional clásica o diferenciada. Estos y otros temas correlativos no serán abordados en este ensayo.

Sólo será expuesto el concepto que se entiende posible atribuir a cada uno de los elementos integrantes de este *trinomio metodológico* cuando sean trabajados con una perspectiva republicana. Fijados los respectivos conceptos, todos elaborados a partir de

respetando o no las garantías constitucionales, el debido proceso legal, finalmente, el propio modelo republicano *en el cual y para el cual* es ejercida la *jurisdicción*, pretende solucionar con la mayor rapidez posible las demandas que le son sometidas por los ciudadanos. Para esa heroica misión, la celeridad procesal surge de *capa y espada* en el interior del discurso –tan melancólico, como inocente– siendo ella una especie de panacea que colabora con la “*tan anhelada*” *efectividad del proceso*. *La efectividad del proceso, así como la celeridad* procesal, funcionan delante de nosotros como sintagmas discursivos capaces de resolver de forma instantánea, si no son todos, varios de los problemas que vivenciamos en el día a día de nuestras funciones delante del Poder Judicial”. Este texto todavía es inédito y lleva por título “*Crítica macroscópica al fetiche* de la celeridad procesal. Perspectiva del CPC de hoy y en el de mañana”.

enunciados prescriptivos contenidos en la Constitución brasileña y en el Pacto de San José de Costa Rica³⁵, considero que es posible que se construya una teoría general del proceso jurisdiccional que corresponda a las directrices establecidas exclusivamente en el plano jurídico y en la propia observación empírica del fenómeno procesal. Vale decir: intentaré armonizar las directrices *sintáctica, semántica y pragmática* del ordenamiento jurídico-constitucional al cual estamos –jurídicamente– vinculados.

5.1. (Re)Organización del tema

A pesar que la dogmática procesal se asiente en el *sentido común* para explicar los Institutos Fundamentales a partir de las premisas lanzadas por Calamandrei, que sistematizó los conceptos y las distinciones entre *jurisdicción, acción y proceso* en perspectiva (ultra)publicista, incluso así es posible (re)organizar el tema trabajando estos conceptos y teniéndose en cuenta el *principio republicano* que habita nuestras Constituciones y que, por lo tanto, es determinante en el funcionamiento del proceso jurisdiccional.

Anteriormente ya se hizo mención al hecho de que se debe a Chiovenda la idea de estudiar el derecho procesal a partir del eje sistemático representando por los conceptos de *acción, de jurisdicción y de proceso* –en este exacto orden–, conforme se desprende de sus notas contenidas en el texto-base de la Clase Magna que profirió en la Universidad de Bolonia en el año 1903. También fue mencionado que en el volumen 1 de sus *Instituciones*, tal vez motivado por un imperativo lógico-racional, Chiovenda comenzó su exposición por los Institutos Fundamentales a partir del concepto de *acción*, seguido por el de *proceso* y concluyendo por el de *jurisdicción*.

Este ensayo descarta la presentación que tradicionalmente la doctrina realiza del tema. Pienso que las cosas pueden ser explicadas por aquello que empíricamente representan ellas, naturalmente teniéndose en cuenta el ambiente *republicano* y democrático en el que el proceso jurisdiccional será operado.

³⁵ En especial su artículo 8º, que trata de las “Garantías Judiciales”.

Antes de todo es preciso aceptar el imperativo lógico-racional de que el análisis de las categorías fundamentales del derecho procesal debe seguir el eje sistemático así dispuesto: *acción, proceso, jurisdicción*.

En el orden constitucional republicano y democrático al que estamos sometidos, no parecer traer ninguna dificultad racional la percepción empírica de que cada una de esas categorías (=o institutos) fundamentales existen en el mundo de la vida como antecedente lógico de la realidad posterior que –también lógicamente– le sucede.

Explico a través de interrogaciones ¿Hay *proceso* sin *acción*? ¿Hay *jurisdicción* sin *proceso*? ¿Hay *jurisdicción* sin que el *proceso* se haya iniciado por la *acción*? La respuesta para todas estas preguntas será negativa, lo que nos lleva a la conclusión empírica de que en cuestión de Institutos Fundamentales el *posterior* siempre será una consecuencia del *anterior*.

Es evidente que se puede estudiar de forma separada cada uno de esos conceptos (=acción, proceso, jurisdicción). Pero a partir del momento en el que la doctrina llamó la atención para el hecho de que el fenómeno procesal debe ser vislumbrado científicamente a partir del eje sistemático formado por los Institutos Fundamentales, es evidente que las cosas deben ser pensadas siguiendo la lógica funcional de aquello que, en perspectiva macroscópico-pragmática, denominamos Proceso, *que en un último análisis representa la organización sistemático-fisiológica de la acción, del proceso y de la jurisdicción*, esto es, de los conceptos fundamentales.

La obviedad de esta observación empírica gana fuerza cuando se mira la cuestión a partir de la influencia provocada por el *principio republicano*. Este principio revela que el ambiente político-constitucional en el que vivimos es la *República*, necesariamente estructurada para la *contención/disminución* del albedrío relacionado al ejercicio del Poder y por ello no puede haber duda de que los engranajes que mueven el proceso jurisdiccional no pueden ser explicadas desde una perspectiva *ex parte principis*. Por el contrario –manifiesto y reafirmo aquí–, el *proceso jurisdiccional* necesita ser pensado y

estructurado a partir de la *libertad* (=dispositividad) que la Constitución confiere al jurisdicionado para *iniciarlo*, o no, a través del ejercicio de la garantía constitucional-libertaria de la *acción*. De modo que sin la *acción* (=libertad), no habrá el *proceso* (=garantía) que da legitimación *constitucional-republicana-democrática* al ejercicio de la jurisdicción (=poder).

Este importante aspecto de la Teoría General del Proceso tiene adherencia plástica a cualquiera de las manifestaciones del proceso jurisdiccional, inclusive en el ámbito procesal penal. Allí, el *dominus litis* (=Ministerio Público) sólo ejercerá responsablemente la *acción* en los casos en los que estuvieran presentes las señales concretas que la justifique, que son los *indicios de autoría* (=aspecto *subjetivo del hecho penal*) y la *prueba* de la materialidad (=aspecto objetivo del hecho penal).

De forma minuciosa podemos decir lo siguiente: a través del ejercicio de la *acción* (=libertad) será formado el *proceso* (=garantía) que viabilizará la actuación legítima de la *jurisdicción* (=poder). Es por eso que por un imperativo lógico la secuencia de la exposición y de la contextualización del trinomio fundamental sólo puede ser la siguiente: *acción-proceso-jurisdicción*.

Considero que este orden de exposición/presentación de los Institutos Fundamentales, además de ser lógico –dado que deriva de la propia naturaleza de las cosas–, está rigurosamente adecuado al ambiente republicano en el que conviven el individuo, la sociedad civil y el Estado, como consecuencia de la propia estructura jurídica establecida por la Constitución.

Se reconoce que la forma con la cual la dogmática procesal estructuró los Institutos Fundamentales a lo largo del siglo XX correspondió a las especulaciones propias de su época, y tal vez por ello se enaltecía a la *jurisdicción* como valor preponderante cuando fue comparada con la *acción* y el *proceso*. Pero ahora es importante dejar de lado ciertos conceptos que no compatibilicen con un orden constitucional republicano y democrático, para que se pueda (re)dimensionar la comprensión en torno a los conceptos fundamentales del derecho procesal.

Valiéndome de *enunciados prescriptivos* contenidos en el Pacto de San José y en la Constitución brasileña –pero el ejercicio es posible en cualquier Constitución Republicana–, esbozaré más adelante los conceptos de cada uno de los elementos integrantes de este trinomio fundamental para la Teoría General del Proceso. Para ello partiré de las siguientes premisas: i) proceso y república son valores *político-jurídico-constitucionales* que se correlacionan; ii) la función jurisdiccional no es una función política (=de elección), sino técnica (=de decisión); iii) el principio republicano es determinante para la actuación legítima del poder estatal; iv) el principio republicano implica *reducción/contención* del albedrío; v) los ciudadanos integrantes del Poder Judicial republicano no pueden fundamentar sus decisiones mediante supuestos *subjetivos-idiosincráticos* o incluso metajurídicos; vi) el ejercicio de la *acción* es una *garantía* resultante de la *libertad* que es viabilizada por la República; vii) el *proceso* es un método de debate que consiste en la correlativa *garantía* constitucional orientada por el *principio republicano*; viii) la *jurisdicción* es una manifestación de poder *republicano*.

5.2 Acción

¿Qué es la *acción* para el proceso jurisdiccional *republicano*?

Discusiones clásicas sobre el concepto de *acción* como, por ejemplo, el entablado entre WINDSCHEID-MUTHER, o la acción como instancia bilateral, para BRISEÑO SIERRA, o incluso acción material *versus* acción procesal, para PONTES DE MIRANDA, aquí serán puestas de lado. Se comprende la complejidad y profundidad de estos y de otros estudios sobre el tema, como también se comprende el valor histórico de cada una de esas proposiciones. Pero el hecho es que en la actualidad, después de toda la evolución del derecho procesal, sumando a la observación empírica del respectivo fenómeno, la acción puede ser vislumbrada-conceptuada a partir de lo que ella *es* y para qué *sirve*.

La *acción* es una garantía constitucional cuyo ejercicio permite al jurisdicionado llevar cualquier pretensión jurídica, atribuyéndosele la propia *libertad* (=dispositividad), a la apreciación del Poder Judicial. Y mucho más. Es a través de ella se iniciará el *proceso*.

En este *enunciado descriptivo* (=concepto), cuya simplicidad reposa en la observación empírica de lo que ocurre en el mundo de la vida, se explica lo que ella *es* y para qué *sirve*. Además, este concepto vincula el ejercicio de la acción a la libertad (=dispositividad) que el orden constitucional *republicano* atribuye a todos.

La Constitución de la República brasileña (encabezado del art. 1º) es clara en afirmar como *garantías* fundamentales: i) que son inviolables, entre otros, “*el derecho a la libertad y a la igualdad*” (Constitución de la República Brasileña, encabezado del art. 5º; ii) que “*nadie será obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa salvo en virtud de la ley*” (CRBra, art. 5º, II); iii) que “*la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho*” (CRBra, art. 5º, XXXV).

A partir de estos *enunciados prescriptivos* es posible llegar al *enunciado descriptivo* propuesto arriba para la (re)formulación del concepto de *acción* en el ambiente *republicano* y democrático. Pero no es solo ello. Estos enunciados prescriptivos extraídos de la Constitución brasileña –además de los que se puede extraer del Pacto de San José de Costa Rica– permiten una *argumentación jurídica* en la cual es revelada la *norma* que nos legitima a formular el concepto republicano de acción, arriba lanzado.

En este sentido, suena lógico que todo fenómeno procesal se inicie a partir del ejercicio de esta *libertad* que la Constitución nos permite, y que es representada por la acción a través de la cual será iniciado/formado el proceso para que la jurisdicción pueda actuar en la esfera jurídica de los jurisdicionados.

5.3 Proceso

¿Cómo debe ser estructurado el concepto *proceso* en el ambiente constitucional *republicano* y democrático?

Evidentemente que aquí será descartada toda y cualquier concepción *instrumentalista* que ve en el proceso el *medio* (=instrumento) para alcanzar los *finés* (=objetivos) del Estado.

Las ideas resultantes de este tipo de postura revelan una fuerte carga autoritaria-dirigista, muy propia de los Estados-activos³⁶, en el que los respectivos agentes políticos se creen que están ungidos para *dictar* los designios del individuo y de la sociedad civil, naturalmente debilitando la *libertad* eventualmente establecida por el orden jurídico. En suma: es una postura dogmática que sugiere que el *proceso* debe estar al servicio de un “Estado fuerte” y por ello se termina alejando de la moldura política que forma una *República* constitucional. Por tal motivo –repítase– aquí se descarta cualquier concepción *instrumentalista*.

El *proceso* es una actividad (=o *método*), regida por el contradictorio y por la amplia defensa, que se inicia con la acción y se orienta a garantizar, en su curso (=tutela de urgencia) o al final (=tutela definitiva), el ejercicio *republicano* y democrático de la *jurisdicción*. Por lo tanto, el *proceso* es una GARANTÍA que nos es dada por la Constitución para que sus reglas sean observadas *antes* que el Estado ejerza su poder sobre la esfera jurídica de libertad del individuo y de la sociedad, libertad, de hecho, garantizada por la propia Constitución. Por lo tanto, es el desencadenamiento racional y jurídico del *proceso* que legitimará el ejercicio del poder *republicano* representado por la *jurisdicción*.

En la Constitución de la *República* brasileña (encabezado del art. 1º) se encuentran prescritas las siguientes *garantías* fundamentales: i) son inviolables, de entre otros, “*el derecho a la libertad y a la igualdad*” (Constitución de la República de Brasil, encabezado de art. 5º; ii) “*nadie será privado de su libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal*” (CRBra, art. 5º, LIV); iii) “*a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general les son asegurados el contradictorio y la amplia defensa*” (CRBra, art. 5º, XXXV).

³⁶ MIRJAN R. DAMASKA: “No es necesario decir que la autonomía individual está lejos de ser sacrosanta. Para un Estado activista, los individuos no necesitan ni siquiera ser jueces fiables de su mejor interés; su percepción, conformada por una práctica social defectuosa, puede ser errada e incorrecta. Desde luego, mientras más se adaptan los ciudadanos a la imagen nacida de las teorías del Estado, más fácil será que el Estado permita una mayor definición individual: los deseos de los ciudadanos son cada vez más lo que el Estado quiere que deseen”. Cf. en *Las caras de la justicia y el poder del Estado – Análisis comparado del proceso legal* (Título original en inglés *The Faces of Justices and State Authority: A comparative approach to the legal process*), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 142.

A partir de la combinación hermenéutica de estos *enunciados prescriptivos* contenidos, por ejemplo, en el Pacto de San José y en la Constitución brasileña –aprovecho para repetir que otras Constituciones prevén cosas en el mismo sentido–, se llega a la *norma jurídica* que viabiliza el (re)dimensionamiento del concepto de *proceso* que, esencialmente, es una garantía constitucional que legitima el ejercicio del poder (=jurisdicción).

En síntesis: el *proceso* es una garantía para que la libertad resultante del ejercicio de la acción viabilice la actuación legítima del poder republicano representado por la jurisdicción.

5.4 Jurisdicción

Por último, ¿cuál es la dimensión del poder *jurisdiccional* en el ambiente constitucional *republicano* y democrático en el que vivimos? Una primera respuesta se impone: por tratarse de un poder *republicano*, su dimensión jamás será ilimitada, bien con referencia a las *soluciones* (=decisiones), bien con referencia a los *procedimientos* para llegarse a los resultados que le son propios.

Se descarta aquí, definitivamente, el dogma de que la *jurisdicción* es el núcleo irradiador y/o justificador del fenómeno procesal, el más importante y preponderante de los Institutos Fundamentales trabajados por la Teoría General del Proceso, tal como constó en la *exposición de motivos* del CPC italiano de 1940, conforme fue recordado por Calamandrei en el ensayo ya referido. Esta *jurisdicción* es concebida por las posturas *instrumentalistas* como un poder “redentor” en las manos de un juez “oráculo”, predestinado a “justiciar” el caso concreto con base en el propio sentido de justicia, ciertamente es algo propio de conjeturas metafísicas que insisten, de manera idiosincrática y escolástica, en la suposición de que el Derecho solamente existe si estuviese sometido a la Moral. De hecho, este tipo de postura integra el contenido “romántico” del discurso neoconstitucional-neoprocesal, dado que conciben que la vida en sociedad debe ser conducida *activamente* por el sentido de justicia de una Judicatura *solipsista* y por ello revelaría una forma autoritaria y antirrepublicana de concebir la

jurisdicción. Manifiesto esto con mucho respeto a los que piensan de esta forma, pero considero que es preciso decirlo.

La *jurisdicción* es la función *técnica* concedida preponderantemente³⁷ al Poder Judicial para que pueda *decidir*, con base en supuestos jurídicos, y de manera *definitiva, imparcial e independiente* de la intromisión de cualquier función política, las cuestiones que le son sometidas a través del *proceso* iniciado por el ejercicio de la *acción*.

En la *República* no hay espacio –o no debería haber– para que la *jurisdicción* sea considerada como el instituto fundamental de mayor preponderancia dogmática de la teoría general del proceso. *Jurisdicción* es poder, poder *republicano*, cuyo ejercicio no puede darse de forma arbitraria. La *jurisdicción* es demasiado importante, no se niega eso. Sin ella de nada serviría la *acción* y el *proceso*. Pero en el ambiente *republicano* y democrático, en el que constitucionalmente el poder emana del pueblo (CRBra, art. 1º, párrafo único), es donde la realidad *semántica* y *pragmática* del ejercicio de la *jurisdicción* se efectiviza sin la interferencia de otros argumentos distintos de los *jurídicos*, es decir, solamente con conceptos del *orden jurídico* en el que está siendo operado la *jurisdicción*.

En la Constitución de la *República* brasileña (encabezado del art. 1º), que establece la *independencia armónica* de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicatura, se prescriben las siguientes garantías fundamentales: i) que son inviolables, de entre otros, “*el derecho a la libertad y a la igualdad*” (Constitución de la República de Brasil, encabezado del art. 5º; ii) que “*nadie será privado de su libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal*” (CRBra, art. 5º, LIV); iii) que “*a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general les son asegurados el contradictorio y la amplia defensa*” (CRBra, art. 5º, XXXV); iv) que “*no habrá juicio o tribunal de excepción*” (CRBra, art. 5º, XXXVII); v) que “*todos los juicios del Poder Judicial serán públicos y que todas las decisiones serán fundamentadas bajo pena de*

³⁷ Digo “preponderantemente” porque hay situaciones, aunque sean raras, en las que la Constitución confiere jurisdicción a otro Poder republicano, confiriéndole la posibilidad de decidir jurisdiccionalmente. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de *impeachment* del Presidente de la República, que será juzgado por el Senado Federal (CRBra, art. 52, I).

nulidad” (CRBra, art. 93, IX); vi) que es prohibido al juez “*dedicarse a la actividad político-partidaria*” (Constitución de la República de Brasil, art. 95, párrafo único, III).

El concepto arriba propuesto para *jurisdicción* es coherente con los *enunciados prescriptivos* contenidos en la Constitución. Los dispositivos arriba mencionados, sin perjuicio de otros que ciertamente se me escapan en este instante, alejan la preponderancia que tradicionalmente la dogmática procesal otorga al concepto de *jurisdicción*.

Si vivimos en una *República* es natural, y no puede sorprendernos, el hecho de que el ejercicio legítimo de la función jurisdiccional –dado que es *técnica*– se encuentra más lejos de las *elecciones* sobre las cuales el albedrío humano se fundamenta para la toma de las propias decisiones. Y una de las grandes finalidades políticas de la *República* es exactamente contener/disminuir el albedrío. Los atributos republicanos son determinantes para el dimensionamiento del poder, inclusive y específicamente el *jurisdiccional*, que por definición no expresa ninguna *función política*. En estas –funciones políticas–, las elecciones se legitiman en la *representatividad*. Mientras que la función jurisdiccional se legitima con la observancia de las reglas preestablecidas para su funcionamiento, no siendo permitida ninguna postura *idiosincrática* o *solipsista* por parte de quien la ejerce. Pero toda la vez que esto acontece tiene a generarse la –antirrepublicana– arbitrariedad.

6. Conclusiones

Existieron varias razones que llevaron a la dogmática procesal a desarrollarse sobre bases autoritarias. Este ensayo buscó demostrar que el orden y el contenido de la exposición que tradicionalmente la teoría general del proceso otorga a los Institutos Fundamentales fue una de ellas. Es innegable, y suena hasta intuitivo, que presentar las categorías fundamentales en torno al eje sistemático *jurisdicción-acción-proceso* revela la opción estratégica de aceptar que el “poder” tendría una mayor preponderancia en la dinámica del Proceso. Por eso la *jurisdicción* apareció como el polo metodológico de mayor relevancia. Se mostró también que la etiología de este enfoque (=jurisdicción-acción-proceso) se debió a la sistematización dada por Calamandrei a partir de las ideas

proporcionadas por Chiovenda en su exposición de 1903 en la Universidad de Bolonia, que tanto influenció los estudios posteriores sobre la teoría general del proceso.

Se pretendió llamar la atención para el hecho de que los Institutos Fundamentales del derecho procesal pueden –¡y deben!– ser pensados desde la perspectiva *republicana* y, claro está, democrática. Incluso porque nuestras Constituciones establecen un orden jurídico de arquetipo republicano. La *visión tradicional* cuando expone el tema, con todo el respeto, no guarda compatibilidad con los valores constitucionales republicanos, dado que enaltece demasiado el *poder* (=jurisdicción) en detrimento de la *libertad* (=acción) y de la respectiva *garantía* (=proceso) que le es correlativa.

El objetivo de este ensayo es colaborar para que la conceptualización y el desarrollo de las categorías fundamentales del derecho procesal puedan ser redimensionadas. No necesariamente en los exactos términos aquí propuestos, que en esencia revelan mi forma de encarar el fenómeno resultante de este eje fundamental formado por el trinomio *acción-proceso-jurisdicción*, dado que tiene tanta importancia para el procesalista, para la teoría general del proceso y para la sociedad *republicanamente* organizada. ¡Somos libres para pensar y así debemos proceder!

Espero que las reflexiones aquí traídas puedan servir, al menos, para provocar y fomentar otras reflexiones que cada uno de nosotros puede –y debe– realizar en pro de la mejora de la ciencia del proceso, que necesita ser (re)ecuacionada a partir de la realidad actual del orden jurídico-político establecido por nuestras Constituciones. Esa actual realidad de las cosas nos impone la misión de manejar una teoría general del proceso en la cual la acción sea la proyección de la *libertad*, el proceso sea la concretización de la *garantía* y la *jurisdicción* sea la manifestación del *poder* racionalizado por el principio republicano.

Mi esperanza es que estas ideas puedan repercutir. Ideas sencillas –lo reconozco–, pero sinceras, y fundamentadas en la racionalidad que la observación del fenómeno procesal permite vislumbrar a cualquiera de nosotros.

Jundiaí, setiembre de 2014.