



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP

Cavani, Renzo; Castillo, Álvaro
Garantismo y publicismo en el proceso civil: un enfoque analítico
Derecho PUCP, núm. 87, 2021, Julio-Diciembre, pp. 433-468
Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.013>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533671979013>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Garantismo y publicismo en el proceso civil: un enfoque analítico*

Garantism and Publicism in Civil Procedural Law: An Analytical Approach

RENZO CAVANI**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

ÁLVARO CASTILLO***

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: El presente texto echa mano de una metodología analítica para diferenciar tres discursos en el clásico debate entre publicismo y garantismo en el contexto del derecho procesal civil en la tradición continental: el histórico, el filosófico y el institucional. Se muestra que cada uno de ellos tiene diferentes premisas de discusión y, también, que permiten a llegar a consecuencias particulares. Así, defendemos una propuesta para distinguir el modelo publicista del garantista en el discurso filosófico identificando las premisas teórico-políticas que les sirven de base. En el caso del modelo publicista, la función del Estado es la de ser un prestador para la tutela de los derechos fundamentales o garantías y de ahí se desprende que el proceso sea visto como herramienta de la jurisdicción para concretar sus fines. Por su parte, en el caso del modelo garantista, la función del Estado asume un papel de abstención a fin de respetar los derechos fundamentales o garantías y, por ello, el proceso, lejos de ser un instrumento del poder jurisdiccional, es asumido como una garantía del ciudadano orientada a controlar dicho poder.

Palabras clave: Publicismo, garantismo, modelo constitucional de proceso, constitucionalismo, garantía constitucional

Abstract: This essay uses an analytic methodology in order to differentiate three approaches in the classical debate between activist (publicist) and adversarial (guaranteee) models in the continental tradition of civil procedural law: the historical, philosophical and institutional approach. It is showed that

* Los autores agradecen a Antonio do Passo Cabral, Antônio Carvalho Filho, Diego dei Vecchi, Eduardo José da Fonseca Costa, Eugenia Ariano y Giovanni Priori por el intercambio de ideas, así como por la lectura y corrección de algunas versiones preliminares del presente trabajo. Agradecemos también a Carlo Vittorio Giabardo, Enrique Sotomayor y Betzabé Marciani por el diálogo sobre algunos puntos específicos del texto y por sus valiosas recomendaciones. Los comentarios de todos(as) ellos(as) sirvieron para modelar nuestras ideas, aún imperfectas e inacabadas. Este texto también fue objeto de discusión con algunos miembros del Grupo Prodejus-PUCP, del cual los autores forman parte, a quienes también agradecemos sobremanera.

** Profesor ordinario auxiliar en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y docente a tiempo completo. CEO y cofundador de Evidence Lab. Miembro del Grupo de Investigación Prodejus-PUCP y de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona (UdG) (España). Doctorando en el Programa en Dret, Economia i Empresa de la UdG. Magíster en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Código ORCID: 0000-0001-8040-8185. Correo electrónico: renzo.cavani@pucp.edu.pe

*** Bachiller en Derecho por la PUCP. Fue adjunto de docencia en los cursos Sistema de Justicia y Fundamentos Constitucionales del Proceso, Postulación del Proceso y Revisión e Impugnación Judicial en la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro del Grupo de Investigación Prodejus-PUCP. Código ORCID: 0000-0003-4605-3370. Correo electrónico: alvaro.castillo@pucp.edu.pe

each one of them has different premises of discussion and also allows to reach particular consequences. We defend a proposal to distinguish between the activist model and the adversarial model from a philosophical point of view by identifying the political theory premises that are in their foundations. In the activist model, the State's function is to be a provider for the protection of fundamental rights and, therefore, the judicial process is conceived as an instrument of the jurisdiction in order to achieve its public goals. On the other hand, in the adversarial model, the State's function assumes an abstentionist-type in order to preserve fundamental rights and hence, far from being an instrument of judicial power, the judicial process is conceived as a citizen's guarantee oriented to control that very power.

Key words: Activist model, adversarial model, publicist model, guarantee model, constitutional model of procedure, constitutionalism, constitutional guarantee

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. TESIS PUBLICISTAS Y GARANTISTAS.- III. DISCURSO HISTÓRICO.- IV. DISCURSO FILOSÓFICO.- V. EXCURSUS: EL «GARANTISMO PUBLICISTA» DE FERRAJOLI.- VI. DISCURSO INSTITUCIONAL.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El debate entre garantismo y publicismo ha sido un tema recurrente en el derecho procesal civil¹; no obstante, pese a los grandes esfuerzos teóricos que se han realizado al respecto, parece que todavía continúa siendo necesario llevar adelante trabajos con una pretensión aún más analítica, a fin de centrar debidamente el objeto del debate.

En ese sentido, a partir de la identificación de diversas posiciones defendidas por algunos juristas contemporáneos, en el presente trabajo buscamos identificar tres discursos diferentes bajo los cuales se podría abordar el debate publicismo/garantismo en el contexto del derecho procesal, a fin de evidenciar que cada uno presenta características particulares, premisas diferentes y, también, conclusiones que no necesariamente son compatibles entre sí. En efecto, no es poca la cantidad de juristas que han abordado este debate asumiendo uno, dos o los tres discursos, e inclusive alternando entre teorías descriptivas y

¹ Este debate también ha sido planteado en materia procesal penal, donde el rol del juzgador y del proceso ha sido analizado a partir de los modelos de actuación inquisitivo y acusatorio. Si bien Montero Aroca (2003, p. 210) ha señalado que el llamado «proceso inquisitivo» no es un verdadero proceso, puesto que el único que realmente podría serlo sería el «acusatorio», no debe omitirse que, cuando menos fácticamente, hubo países que normalizaron la existencia de procesos de corte inquisitivo con amplios poderes para el juez, tal como ocurrió en el Perú con el Código de Procedimientos Penales de 1940. Dado que nuestro texto no pretende abarcar el proceso penal (que tiene muchas particularidades a nivel histórico y dogmático), buscaremos profundizar sobre este punto en un artículo posterior, donde, esperamos, quedarán más claras las relaciones entre el modelo inquisitivo y la corriente publicista que ahora caracterizamos.

prescriptivas. Para ello, emplearemos un método fundamentalmente analítico, sin comprometernos con ninguno de los modelos descritos.

Defenderemos una propuesta de enmarcar el debate a nivel del discurso filosófico a partir de la identificación de dos premisas de teoría política que son las que caracterizan a los modelos del publicismo y el garantismo: la función del Estado y la función del proceso. En cuanto a la función del Estado para el modelo publicista, este debe desempeñarse como un prestador a fin de tutelar los derechos fundamentales/garantías procesales y, para ello, el proceso pasa a ser visto como herramienta de la jurisdicción para concretar sus fines. Por su parte, en el caso del modelo garantista, la función del Estado reside fundamentalmente en abstenerse de afectar derechos fundamentales/garantías procesales y, por ello, el proceso, lejos de ser un instrumento del poder jurisdiccional, se orienta fundamentalmente a controlarlo, pasando a configurarse como una garantía del ciudadano.

II. TESIS PUBLICISTAS Y GARANTISTAS

En el debate publicismo/garantismo es posible encontrar diversas tesis similares entre sí, pero inclusive en una misma corriente es posible identificar posturas contradictorias. Estas tesis se distribuyen a lo largo de la historia del derecho procesal, desde sus orígenes en el siglo XIX hasta la época actual. Sin perjuicio de que más adelante procuremos esclarecer las diferencias entre uno y otro modelo (que, a nuestro juicio, residen en el marco del discurso «filosófico»), a continuación describiremos brevemente las tesis de algunos autores que, desde nuestro punto de vista, son relevantes para comprender este fenómeno.

Cândido Dinamarco (2013)² desarrolla una tesis sobre la jurisdicción y el proceso que reivindica ideales en donde se aprecia un nítido privilegio del papel del Estado, defendiendo que la teoría del derecho procesal debe reubicar su centro de atención hacia la jurisdicción y, así, dejar de trabajar a partir de la acción, entendido esto como reminiscencia de un modelo privatístico ya superado (pp. 90 y ss.). Con ello, el Estado, mediante la función jurisdiccional, cumpliría diversos fines u objetivos que, según Dinamarco, son sociales, políticos y jurídicos —destacando que son «sus» fines (pp. 90-91)—; y que ni siquiera el proceso podría cumplir un rol central dado que

no es una fuente sustancial ni un blanco de convergencia de las ideas, principios y estructuras que integran la unidad del derecho procesal. Dentro de un sistema que en sí mismo es instrumental, [el proceso] es el instrumento por excelencia, prestándose al ejercicio de una función

GARANTISMO Y
PUBLICISMO EN
EL PROCESO CIVIL:
UN ENFOQUE
ANALÍTICO

GARANTISM AND
PUBLICISM IN CIVIL
PROCEDURAL LAW:
AN ANALYTICAL
APPROACH

² Para ensayos críticos sobre esta teoría en donde, previamente, se identifican los puntos centrales, ver Abboud y Oliveira (2008), y Abboud y Pereira (2019).

que también está al servicio de ciertos objetivos (exteriores al sistema) (p. 93).

De esta forma, el proceso pasa a ser entendido, desde una perspectiva teleológica, como «instrumento» para alcanzar aquellos objetivos, siendo, por tanto, una herramienta al servicio del poder público para cumplir con sus fines³.

Las premisas de teoría política no están ocultas en la tesis de Dinamarco: él parte de una doctrina (de gran apogeo en el siglo XIX) según la cual la sociedad no existía antes del Estado. Este, a través de las leyes, les otorga derechos a sus ciudadanos, mientras que estos —según la interpretación de Georges Abboud y Rafael Oliveira (2008)— serían súbditos del poder estatal que nada podrían hacer para evitar tal sumisión⁴. De ahí que el juez, encomendado con la misión de realizar los fines del Estado para sus ciudadanos y lograr la efectividad de las decisiones, deba poseer amplios poderes de dirección, instrucción y, en el contexto de la decisión judicial, podría llegar al punto de dejar de lado a la disposición legal y privilegiar los valores de la nación y el sentimiento de justicia (Dinamarco, 2013, pp. 335-351).

De otro lado, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010) caracteriza a su propia teoría del proceso (denominada por él como «formalismo-valorativo») como una fase siguiente al instrumentalismo «dinamarquiano» a partir de tres aspectos generales: a) la jurisdicción no tiene un papel meramente declarativo, sino más bien uno reconstructivo del ordenamiento jurídico; b) la relación entre proceso y Constitución trasciende a la positivización de las garantías procesales, puesto que exige que el propio proceso sea pensado a partir de los valores de la efectividad y seguridad, y desde los derechos fundamentales; y c) la jurisdicción no debe estar en el centro de la teoría del proceso pues ignora el papel que tienen la participación y la cooperación entre los sujetos procesales (pp. 20-23). En ese sentido, el autor parte de resaltar el importante papel que cumple el «formalismo», entendido como el conjunto de formas y formalidades de los actos procesales y las propias situaciones jurídicas de los sujetos (o sea, el propio procedimiento) en el equilibrio y delimitación de la discusión entre los sujetos del proceso, dado que impide que el proceso sea libremente conformado por el juez y asegura el ejercicio de los poderes de las partes (pp. 28-30). El formalismo, pues, trasciende a la mera técnica y se constituye como una restricción al poder estatal y, por tanto, una garantía de libertad (pp. 87 y ss.).

³ Como tal, la construcción de los actos de poder (siendo el principal, en el proceso, la sentencia) debe estar legitimada por sus destinatarios. Dinamarco (2013, p. 105) encuentra dicha legitimación en la participación de las partes mediante el contradictorio.

⁴ Esto queda demostrado en la idea que Dinamarco defiende sobre la «imperatividad» (2013, pp. 112-116).

Alvaro de Oliveira (2010) defiende la idea de que el formalismo procesal no es un cúmulo de reglas adoptado arbitrariamente por el legislador, sino que su estructura está condicionada por ciertos valores a partir de elecciones políticas, reflejando cómo el Estado considera el derecho y la justicia (p. 94). Pero, de la misma manera, defiende que «debe» estar axiológicamente orientado por los valores que emergen de los factores histórico-culturales (pp. 93) que, a su vez, dan paso a los derechos fundamentales⁵. El autor deja muy claro que el proceso no constituye un fin en sí mismo y, por tanto, que tiene un «carácter esencialmente instrumental» (p. 262). De esa manera, el fin del proceso, según dice, no se debe limitar a buscar la realización del derecho material, sino más bien lograr la justicia material y la paz social (los dos grandes valores que orientan la función de la jurisdicción), siempre según las particularidades del caso concreto. Finalmente, para el autor los problemas entre formalismo y justicia deben resolverse de conformidad con el «sentimiento de justicia» del juez, lo cual, a su vez, conduce a que el juez aplique la equidad, sea *extra legem*, *secundum legem* o, inclusive, *contra legem*.

Por su parte, Luiz Guilherme Marinoni (2006) elabora una teoría de la jurisdicción de la cual extrae diversas consecuencias para una teoría del proceso. El autor sostiene que, en el contexto del Estado constitucional, la jurisdicción no se limita más a tener una función declaratoria ni a crear la norma individual (algo propio del principio de supremacía de la ley y del «positivismo crítico»), sino que ahora tiene por función proteger los derechos, en especial los derechos fundamentales y, aun de manera más particular, el derecho del ciudadano de obtener tutela jurisdiccional para sus derechos (pp. 138-142)⁶. A partir de ahí, según este autor, se reconfigura el papel del juez y la función del proceso. El Estado-juez, además de construir la norma jurídica para resolver el caso, debe tutelar el derecho material reconocido adecuando el procedimiento legalmente diseñado, supliendo lagunas normativas y empleando cualquier técnica procesal que tenga a su disposición para efectivizar dicha protección según las particularidades del caso concreto (pp. 142 y ss.)⁷. En el caso de la función del proceso, este se consagra con mayor énfasis como un instrumento de la jurisdicción para la protección de derechos, el cual

5 Aquí el autor hace explícita su premisa sobre el papel de los valores en el derecho: «El mundo jurídico lidia con valores, y el efecto (jurídico) de la norma no es ni el simple valor ni el simple hecho, sino el valor atribuido al hecho, según el encuadramiento realizado por la norma. En esto reside el *specificum* del fenómeno jurídico, constituido siempre de un hecho valorado por la regla jurídica. Bajo ese ángulo, tampoco se puede dejar de reconocer que los valores humanos no pertenecen solamente al mundo ideal, sino que tienen un fundamento real, que es una realidad de la experiencia histórica y social, no una realidad metafísica. Solo así será posible estudiar la positividad del derecho como realidad empírica de los valores de acción expresados por las proposiciones normativas (realidad empírico-formal) y predispuestas en función de los intereses eminentes de la sociedad (realidad empírico-sustancial)» (Alvaro de Oliveira, 2010, p. 93).

6 Ver, en general, el ítem 7 del libro.

7 Esto es defendido con mayor detalle en Marinoni (2004, pp. 192 y 202).

debe tener por característica fundamental el estar estructurado a la luz de los derechos fundamentales y que el poder jurisdiccional sea ejercitado de forma democrática y legítima, lo cual solo podría lograrse a través de la promoción de la participación de las partes en el procedimiento (pp. 415 y ss.). Concretamente, para Marinoni, el proceso en el marco del Estado constitucional es entendido como «el procedimiento que, adecuado a la tutela de los derechos, otorga legitimidad democrática al ejercicio del poder jurisdiccional» (p. 414).

De lo reseñado hasta el momento, en estas tesis se puede verificar que, si bien cada una posee matices que las diferencian entre sí, existe un punto común a todas ellas: la idea del proceso como «instrumento» para el cumplimiento de los fines «del» Estado (aplicación del derecho, justicia material, paz social, tutela de los derechos, etc.).

Existen autores cuyas tesis rechazan las posturas anteriormente referidas, aunque no es fácil encontrar auténticas «teorías sobre el proceso». Es más, estos autores parten de premisas muy distintas entre sí e, inclusive, emprenden metodologías de trabajo bastante particulares.

A modo de ejemplo, tenemos a Franco Cipriani (2003a, 2003b, 2003c, 2003d, 2006), cuyo propósito, más allá de crear una auténtica teoría, fue desenmascarar ideológicamente al Codice di Procedura Civile (CPC) italiano de 1940, analizando las bases históricas e ideológicas que subyacen a ese cuerpo normativo para concluir que es antiliberal, autoritario y fascista (2006, pp. 59-60)⁸. Por su parte, Juan Montero Aroca (2001), como profundo seguidor de Cipriani, también elabora de un análisis histórico-comparativo para identificar las ideologías inspiradoras de ciertos ordenamientos jurídicos, como es el caso del propio Codice di Procedura Civile de 1940 y la Ley de Enjuiciamiento Civil española⁹. El discurso de Montero Aroca (2006) también está lejos de buscar construir una «teoría del proceso» y se orienta, más bien, a elaborar una serie de críticas contra las legislaciones y un sector de la doctrina, centrándose en el rol de la «ideología» en el derecho procesal¹⁰; más específicamente, en el aumento de los poderes del juez, criticando la intención de ocultar las preferencias políticas a través de decisiones técnicas (p. 148).

Un discurso distinto, aunque manteniendo el mismo rechazo hacia la posición contraria, es el de Adolfo Alvarado Velloso (2005). El modelo

8 Cipriani (2006) llegó a confesar su sorpresa al verificar que su pensamiento es conocido por procesalistas no italianos, pese a que su discurso era visto por él mismo como uno dirigido fundamentalmente hacia Italia. En adición a esto, Cipriani cuestiona los argumentos de la doctrina publicista, caracterizándolos como «negacionistas» (p. 56), precisamente porque se «niegan» a reconocer los orígenes autoritarios del CPC italiano.

9 En esa misma línea es posible encontrar, por ejemplo, en el caso de Portugal, a Luís Correia de Mendonça (2002, 2007).

10 Para un análisis del papel de la ideología en la obra de Montero Aroca, ver Pereira (2018).

que él defiende —concebido como un *tertium genus* entre los viejos modelos clásicos de dispositivismo e inquisitivismo (p. 306)— entiende al proceso a partir de dos perspectivas que podríamos llamar «funcional» y «estructural»: a) funcionalmente, el proceso es una garantía en sí mismo, consagrada por la Constitución para la defensa de las libertades de las personas; y b) estructuralmente, el proceso es un método de «discusión dialógica» cuya «causa» es el conflicto intersubjetivo y su «razón de ser» es la erradicación, la fuerza ilegítima para promover la paz social (2009, p. 25; 2013, p. 14). Esto sería, según este autor, el modelo que guardaría mayor conformidad con la Constitución y que favorecería en mayor medida las garantías procesales como la imparcialidad, la independencia y la igualdad¹¹.

Estas tesis no se agotan con lo descrito hasta el momento, pues existen otras que parten de premisas diferentes y, además, se caracterizan por explicitarlas. Nos referimos al así llamado «garantismo brasileño», dentro del cual destaca Eduardo José da Fonseca Costa. El autor construye una teoría del garantismo calificada por él como una «teoría dogmática» (2019a), remitiéndose al concepto de «dogmática» defendido por Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹². Esta precisión conduce a la teoría de Costa, llamada por él de «garantística» (2018a). Se trata de una teoría sofisticada que parte del entendimiento del constitucionalismo como un fenómeno jurídico y político que, a su vez, se asienta en una tesis de teoría política que ve al poder (público) como algo que debe ser limitado a partir de su triple fraccionamiento horizontal (*check and balances*) y, a nivel vertical, mediante las «garantías»¹³. Dado que se trata de una lectura histórico-filosófica del constitucionalismo, la garantística es una «constitucionalística especializada en las garantías de los ciudadanos» que reclama la necesidad de una estructuración conceptual de plantear bases metodológicas para una teoría de la interpretación específica y de fórmulas prácticas para la efectivización de las garantías («analítica

11 Aquí Alvarado Velloso (2013, pp. 14-19) se remite al *Diritto e ragione* de Ferrajoli (1995) para encontrar el origen del término «garantismo». Sin embargo, no queda claro cómo sería posible vincular la teoría garantista de Ferrajoli con aquello que es defendido por Alvarado Velloso, sobre todo porque este último, según observamos, tendría que rechazar el rol que Ferrajoli le otorga a la búsqueda de la verdad y al papel del Estado en la actuación de las garantías secundarias. Sin perjuicio de ello, parecería que la tesis «alvaradiana» pasa, fundamentalmente, por una cerrada defensa de las garantías de la Constitución, pero sin explicitar debidamente sus premisas filosóficas.

12 Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, pp. 39 y ss.), con base en la lección de Theodor Viehweg, contrapone dos visiones de derecho: una «zetética» y otra «dogmática». La primera tiene una función más «informativa» y especulativa, mientras que la segunda busca ser más «directiva»; esto es, enfocada en la acción, orientando comportamientos, pero partiendo de premisas ya prefijadas. En esta línea, una teoría dogmática jurídica (como las disciplinas —o ciencias— del derecho procesal o constitucional) se caracteriza, antes que nada, por partir de un sistema jurídico vigente, a pesar de que un jurista teórico pueda valerse, también, de aspectos de la zetética jurídica, que privilegiaría discusiones más filosóficas (enfocadas, por tanto, en las premisas) (pp. 47 y 50).

13 Para Costa (2018a), «GARANTIA es toda y cualquier situación jurídica activa, simple o compleja, atribuida a los ciudadanos mediante norma constitucional, cuyo ejercicio tiende a prevenir o eliminar los efectos nocivos del abuso del poder cometido por el Estado o por quien haga de sus veces».

garantística», «hermenéutica garantística» y «pragmática garantística», respectivamente).

Por cierto, Costa no es el único procesalista que, para defender sus visiones sobre el derecho procesal, procura trazar (e incluso edificar) con bastante claridad sus premisas filosóficas e, inclusive, elaborar una teoría propia. Roberto González Álvarez es otro ejemplo. Este autor tiene como pretensión explicar cómo sería posible compatibilizar las ideas de eficientismo y garantismo, y, partiendo de esa preocupación, construye una teoría del modelo constitucional del proceso (que él denomina «neoprocesalismo»), aunque con base en las premisas filosóficas del «integrativismo trialista» elaborado por Werner Goldschmidt. González Álvarez (2013) señala que el objeto de derecho es la «interacción litigiosa eficaz» a partir del análisis ontológico de la eficacia, la efectividad y la eficiencia, pasando por distinguir a las dimensiones de finalidad (teoría de justicia), fundamentalidad (teoría del neoconstitucionalismo y del garantismo) y funcionalidad (la teoría del eficientismo, que envuelve al análisis económico del derecho y a la argumentación jurídica). Todas estas, a su vez, están enfocadas a partir del propio modelo integrativista. El concepto de «eficacia» es clave para este autor, pues expresa cómo es que el derecho aspira a justificarse racionalmente, para lo cual no se limita a «describir» la interacción humana, sino que también la dota de una finalidad, conjugando el plano óntico (descripción del ente, a cargo de la teoría del derecho) con el ontológico (prescripción de lo que el ente debe ser, a cargo de la filosofía del derecho) (pp. 42 y ss.). Todo ello sirve para dar soporte a los conceptos de «garantismo» y «neoconstitucionalismo» que González Álvarez desarrolla posteriormente.

Pasando al plano político-constitucional, bajo la perspectiva de González Álvarez (2013), el neoconstitucionalismo también es analizado «trialísticamente». En ese análisis, su eficacia está dada por la justicia (que comprende dignidad y libertad), su efectividad está asegurada por un catálogo de derechos fundamentales/principios y su eficiencia depende de la existencia de límites al poder público, que generan el contenido de los derechos fundamentales y la actuación de las garantías (pp. 305 y ss.). Precisamente en ese contexto es que surge el «garantismo», entendido por González Álvarez como una «teoría de la efectividad de los derechos fundamentales» (por tanto, en un plano superior al derecho procesal) y, a su vez, también susceptible de ser analizado desde una perspectiva trialista. Todo esto, aplicado al derecho procesal, revela que el proceso no es propiamente visto como una garantía, sino como un «método sistemático de interacción principal eficaz» donde interactúan los sujetos y los principios fundamentales (p. 230)¹⁴. Así, González Álvarez

14 Para González Álvarez (2013) el proceso no sería una garantía porque «la garantía al igual que el derecho al que asiste tiene contenido deontico, el proceso no es derecho y, por tanto, no vincula garantías, tampoco es garantía porque carece per se de carga deontica, el proceso es un

reelabora el concepto de «principio» para entender a los «principios fundamentales» como una estructura compleja que, a su vez, comprende en su contenido a los derechos, las garantías y también a las normas que los reconocen (por ejemplo, de acuerdo con este autor, el «principio de acción» contiene al «derecho de acción» y a las correlativas «garantías» de jurisdicción, tutela jurisdiccional y debido proceso) (pp. 230 y ss.)¹⁵. Esta conjunción de ideas y teorías, afirma el autor, acabaría superando tanto el dispositivismo como el publicismo, dando paso a una teoría neoconstitucionalista/garantista (pp. 33, 156, 221, 251 y 334), aunque muy diferente, por ejemplo, de las tesis tradicionales del garantismo y, también, de la teoría de Eduardo José da Fonseca Costa.

Pues bien, luego de esta breve reseña de tesis (que bien podrían clasificarse como publicistas y garantistas sin perjuicio de lo que diremos más adelante), pasaremos a abordar los discursos «histórico, filosófico e institucional»¹⁶. La importancia de esta tripartición radica en la necesidad de que cualquier debate entre garantismo y publicismo esté libre de superponer estos tres discursos sin realizar una debida diferenciación entre ellos. Pero, además, como hemos advertido, distinguirlos también contribuye a delimitar con mayor claridad las premisas teórico-políticas de ambos modelos.

III. DISCURSO HISTÓRICO

El discurso histórico (que puede llegar a ser, más precisamente, historiográfico) se caracteriza por describir los principales modelos existentes a partir de la identificación de las características más relevantes de las legislaciones y de la doctrina del pasado¹⁷.

simple método —ordenación de actos y de sus exigencias de interacción— por el que discurren sistemáticamente los derechos y las garantías de estos, y como método que es resulta tan maleable por las garantías procesales fundamentales de eficiencia, que transitán en él, que a final de cuentas estos le dan forma y el proceso forjado así es, a no dudarlo, efectivo (no por sí mismo, sino por la realización de la principalidad fundamental de eficacia y efectividad que fluye a su través); algo mejor, constitucional; mejor aún, método sistemático de interacción principal fundamental. Entonces, proceso civil efectivo no es proceso como garantía, sino proceso consumado por principios (derechos y garantías) fundamentales actuados» (p. 129).

¹⁵ Sobre el contenido del principio de acción, el autor comenta lo siguiente: «A primera vista el principio de acción comprende el derecho de acción y su correlativa garantía de la jurisdicción, es más, son sus contenidos los derechos procesales fundamentales comprendidos en el derecho de acción y sus garantías correlativas contenidas en la garantía de la jurisdicción, entre las que destacan la de la tutela jurisdiccional y del debido proceso. Pero el derecho de acción, como tal, tiene un contenido conformado por otros derechos fundamentales que tienen vinculación directa con los contenidos de las garantías de la acción que, como es de fácil deducción, son otras garantías fundamentales, todo esto en un escenario de contenidos y subcontenidos que aparecen de la Constitución o de las leyes, en la medida en que también fluyen reglas de la Constitución y principios de las leyes» (González Álvarez, 2013, p. 738).

¹⁶ Otras reconstrucciones del debate fueron hechas por Taruffo (2009, 2020), Picó i Junoy (2006) y Pérez Ragone (2014, pp. 543 y ss.), cuestionando la tensión entre eficacia/eficiencia del proceso y de las garantías procesales que, al menos según estos autores, sería propuesta por los «garantistas». Para una reconstrucción a partir de la identificación de las ideologías políticas, ver Costa (2013). Para una percepción crítica sobre ambos bandos, ver González Álvarez (2013, pp. 568 y ss.).

¹⁷ Sobre el asunto, ver Tarello (1989), Van Rhee (2005), Carratta (2017), y Raatz y Ancheta (2018).

Una aproximación muy típica en el contexto del debate entre garantismo y publicismo es distinguir entre dos grandes modelos o vertientes partiendo del criterio de la división del trabajo entre el juez y las partes, vinculado a la ideología subyacente a la época¹⁸. Así, una primera vertiente, desarrollada fundamentalmente en Francia, parte de premisas filosóficas del liberalismo de los siglos XVIII y XIX, en donde la importancia de la autodeterminación del individuo ante el Estado y la libertad contractual llevaron a visualizar a la ley como el único límite para la restricción de la autonomía de las personas, sobre todo en lo concerniente a la rama del derecho privado. De esta forma, en el ámbito del proceso civil, habiendo nacido el conflicto de una relación meramente privada, se entendía que el medio para su resolución también debía ser estrictamente privado. Un ejemplo de esto puede ser apreciado en el Code de Procédure Civile de 1806, que autorizó a las partes a fijar plazos, formas y modos de realización de los actos procesales; en tanto que la desconfianza sobre el juez como auténtico funcionario del rey, a causa de la revolucionaria ruptura del Ancien Régime, provocó que este tuviese que limitarse principalmente solo a sentenciar.

Una segunda vertiente, radicalmente distinta, fue la austro-prusiana, con especial destaque de las ordenanzas prusiana y austriaca de fines del siglo XIX¹⁹. En ambas se verificó una corriente fuertemente estatista: el proceso era secreto y escrito, mientras que el juez tenía amplísimos poderes, principalmente en la admisión de la demanda, en el impulso del proceso y en los medios probatorios, buscando siempre la verdad real. El juez, según lo previsto en estas legislaciones, podía ir más allá de los hechos alegados por las partes. Dentro de esta tradición se encuentra la famosa Zivilprozessordnung (ZPO) de Franz Klein (1985)²⁰, la cual, con fuerte influencia social, proponía una renovación de la confianza en el poder estatal, concibiendo al juez como el protector de las partes y el principal responsable de la tutela de los derechos, y asumiendo un rol «asistencialista». Entendiendo el proceso como un mal social que debía ser resuelto velozmente y con el menor costo posible, Klein intentó diseñar un proceso oral, público, simple, barato y rápido, prohibiéndose así la prórroga de plazos pactada por las partes y privilegiándose la concentración de los actos procesales y los poderes de oficio²¹.

La importancia de investigar los «modelos históricos» repercute en el hecho de que son fuentes de inspiración para muchos sistemas jurídicos

18 Al respecto, ver Cipriani (2003), Abreu (2014) y Pereira (2018).

19 Se trata de la Allgemeine Gerichtsordnung de 1781 (de José II de Austria) y la Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten de 1793 (de Federico Guillermo II de Prusia).

20 Sobre el asunto, ver Cipriani (2003), Picardi (2012) y Pérez Ragone (2014).

21 Como es sabido, a nivel doctrinario y, específicamente, en cuanto al sesgo ideológico, la ZPO kleiniana tuvo una influencia «decisiva» en Chiovenda, fundador de la Escuela Italiana del Proceso. Ello, conjuntamente con los trabajos dogmáticos de la doctrina alemana, llevó a la construcción de la ciencia «dogmática» del proceso con el elemento inescindible de la preponderancia del rol del Estado en este. Ver Raatz y Anchieta (2018).

antiguos y actuales, resultando esto muy útil para comprender doctrinas, legislaciones y prácticas jurídicas del presente²². No obstante, el discurso histórico tiene sus límites, ya que con el paso del tiempo los sistemas jurídicos también tuvieron sus propias conformaciones e influencias culturales, que determinaron no solo una edificación diversa en la legislación y la administración de justicia, sino también una práctica jurídica particular²³.

De esta manera, si bien el elemento histórico es innegablemente parte del debate entre publicismo y garantismo por parte los juristas del derecho procesal, pues siempre se suele tener presente esta confrontación entre «proceso liberal» y «proceso autoritario», pensamos que la reconstrucción y reencuadramiento del debate contemporáneo debe hacerse a partir de argumentos que se diferencien nítidamente de aquellos propios de los modelos históricos²⁴. Ello se hace más necesario cuando, como veremos, el debate con tintes históricos poco tiene que ver con modelos filosóficos contemporáneos más clásicos como el de Luigi Ferrajoli.

IV. DISCURSO FILOSÓFICO

Además del discurso histórico, es posible entrar al plano propiamente teórico y distinguir entre un discurso «filosófico» y otro «institucional». Cuando hablamos de «discurso filosófico» queremos aludir simplemente a los enfoques (meta)teóricos con una pretensión fundamentalmente conceptual, y que busca trascender a un sistema jurídico específico. Por su parte, el «discurso institucional» es uno metodológicamente diferente que centra su análisis en las normas, prácticas y/o características pertenecientes a un sistema jurídico determinado.

No puede perderse de vista que en ambos discursos es perfectamente posible encontrar «tesis descriptivas» y «tesis prescriptivas»; esto es, de un lado, pretensiones que fundamentalmente buscan destacar las características de un modelo para, a partir de allí, extraer diversas conclusiones; y, de otro lado, pretensiones que, por el contrario, ofrecen una serie de razones que, desde una perspectiva justificativa, buscan demostrar que un modelo defendido sería preferible a otros. Una estrategia

22 La influencia francesa se sintió con mucha fuerza en la legislación italiana del siglo XIX (Taruffo, 1980). Por su parte, la influencia de la ZPO austriaca fue bastante notoria en diversas legislaciones del siglo XX (por ejemplo, en Alemania, Portugal, Brasil y América Latina en general). En el caso de los países de lengua española en América Latina, esta influencia se debió, en gran parte, al trabajo de traducción realizado por Santiago Sentís Melendo de autores como Chiovenda, Calamandrei, Liebman y Carnelutti. Todos ellos, por cierto, claramente pueden ser considerados como publicistas.

23 Por ejemplo, es innegable la influencia del derecho común español en la legislación del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX en los sistemas latinoamericanos. Incluso, sería posible identificar al modelo español como distinto de las vertientes francesas y austriacas, por lo menos hasta antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. Ver Taruffo (2001, pp. 40 y ss.).

24 Por ello, entre otras razones, resulta cuestionable tildar simplemente como «neoprivativismo», tal como lo hace Barbosa Moreira (2007), a las teorías o tesis que buscan cuestionar el poder probatorio de oficio, como si ellas fuesen un mero *aggiornamento* de alguna vertiente histórica.

del enfoque descriptivo podría ser, por ejemplo, identificar cuáles son los modelos de proceso y revelar sus conexiones con diversos valores como la seguridad jurídica, la libertad o la democracia, habiéndoles previamente establecido un contenido. Por su parte, el enfoque prescriptivo, partiendo de la existencia de dichos valores (plasmados en mayor o menor medida en ciertas normas constitucionales), se orientaría a defender un modelo de proceso como el mejor posible y, con ello, plantearía cómo «debería» conformar la legislación o la práctica jurídica para efectivizarlo.

Pues bien, en lo que corresponde al discurso filosófico sobre el debate publicismo/garantismo en el ámbito del derecho procesal, brilla con luz propia la contribución de Mirjan Damaška (1986). El autor distingue dos modelos ideales de Estado: el «Estado activista» y el «Estado reactivo», y reconstruye sus características partiendo de los modelos más extremos. El primero tiene una función predominantemente gerencial pues busca «perseguir e imponer visiones particulares de la sociedad ideal y dirigirla hacia fines deseables» (p. 72), no existiendo ámbito de la vida social que, potencialmente, no «pueda ser evaluada en términos de política estatal y modelada a sus demandas» (p. 80). Así, los ciudadanos deben cooperar entre sí para lograr objetivos comunes, los cuales, a su vez, están subordinados a los intereses del Estado. El segundo modelo, por el contrario, parte de la premisa de que la sociedad debe quedar inmune de cualquier tipo de dirección gubernamental, buscando así crear un marco en el cual los ciudadanos puedan perseguir sus propios objetivos. Para ello, se busca un modelo de Estado mínimo (*minimal government*) que sea capaz de preservar la autonomía de las personas.

La función de ambos modelos de Estado tiene una importante repercusión en el papel de la jurisdicción (*administration of justice*). En el caso del Estado activista, el conflicto entre dos privados es contemplado como un pretexto para que el Estado encuentre la mejor solución para resolver un problema social, con el riesgo de que el litigio entre el Estado y un particular se decante a favor del primero por titularizar siempre un interés prevalente frente a este (Damaška, 1986, p. 86). Asimismo, dado que el derecho es un instrumento para la implementación de políticas públicas, el proceso no puede tener otro objetivo que aplicar el derecho a fin de elegir las medidas que favorezcan el interés estatal. De ahí que se justifique una injerencia estatal en la conducción del procedimiento, dando paso a modelos inquisitoriales.

En el caso del Estado reactivo, por el contrario, la manutención del orden presupone simplemente la resolución de los conflictos, privilegiando la solución amistosa y, solo como último recurso, llevando el conflicto al Estado (el cual solo actúa cuando un privado se lo requiere). El proceso se entiende como una competición entre dos partes en donde el juzgador debe intervenir lo menos posible, manteniendo su

neutralidad a fin de preservar la legitimidad de su decisión. Con ello, un juez del Estado reactivo se asemeja más a la figura de un árbitro.

De esta explicación es posible concluir que el objetivo del proceso judicial en el Estado activista es la aplicación del derecho a fin de imponer los fines estatales, justificándose, de ahí, los poderes del juez. Por otro lado, en el Estado reactivo se privilegia un mayor equilibrio entre las partes y el ejercicio irrestricto de sus poderes, con la consecuente neutralidad y pasividad del magistrado, siendo que la aplicación del derecho se da rigurosamente en función de los ciudadanos²⁵. Esta debida delimitación entre ambas funciones que puede asumir el Estado y su impacto en la jurisdicción es muy relevante respecto de la identificación de las premisas teórico-políticas que caracterizan a los modelos publicista y garantista, tal como veremos más adelante.

Otro gran enfoque dentro del discurso filosófico del debate garantismo/publicismo se centra en la vinculación entre Constitución y proceso o, más específicamente, en determinar cómo es que el fenómeno del «constitucionalismo» ha impactado en el derecho procesal. En ese punto, el discurso adquiere una particular complejidad porque existen diversas formas de entender el concepto de «constitucionalismo». Por ejemplo, al menos en lo que concierne a Europa continental, con las constituciones de la postguerra se asumió la prevalencia de los derechos, elevados a rango constitucional, como limitación al poder de las mayorías parlamentarias y del poder público en general, otorgando un papel fundamental al poder jurisdiccional a efectos de realizar este control, aunque con grados e intensidades diferentes. Empero, hace algunas décadas existe un fuerte debate en el seno de la filosofía política en el cual esta postura ha sido puesta en jaque al revelar una tensión entre el «constitucionalismo» y la «democracia», defendiendo la prevalencia del autogobierno de las personas de una comunidad política mediante una representación en los órganos mayoritarios y, con ello, la posibilidad de decidir sobre los derechos, no siendo esos últimos precondiciones de la democracia (todo esto a partir de la idea de libertad como no dominación)²⁶.

Así, la concepción del «constitucionalismo de derechos» se muestra particularmente compatible con el rol estelar del juez en la protección de los derechos, echando mano del control de constitucionalidad para

²⁵ Sobre el asunto, trabajando de cerca con Damaška y extrayendo conclusiones sobre el fin del proceso, ver Ferrer Beltrán (2017). Nótese que, a partir de estos dos grandes modelos, Damaška identifica —desde una perspectiva descriptiva— características específicas de uno de ellos concernientes al inicio de la causa, a la introducción de alegaciones de hecho y de derecho, a la conducción del proceso, etc. Al final de su trabajo, discurre sobre algunos modelos «reales» del proceso penal y civil de las tradiciones angloamericana y continental, graficando cómo es que ellos pueden encajar en los modelos ideales previamente reconstruidos.

²⁶ Sobre el asunto, ampliamente, ver Bayón (2000, 2004). Es en este ámbito de autogobierno que se desenvuelven, por ejemplo, las diversas teorías de la democracia deliberativa. Ver Martí (2006).

alejarse de la aplicación de la ley y hacer prevalecer las garantías procesales; mientras que la concepción de «constitucionalismo democrático» se mostraría particularmente favorable al respeto o deferencia que debe guardar el juez frente al legislador, quedando fuertemente limitado el propio control de constitucionalidad con la correspondiente sujeción a la ley democráticamente instituida²⁷.

Pues bien, la doctrina procesal asume como premisa incuestionable al «constitucionalismo de derechos»; es decir, haciendo énfasis en la dimensión de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos y en el papel de la jurisdicción como contralora de la Constitución a fin de proteger dichas situaciones. No es poco común, inclusive, referirse al «modelo de Estado constitucional» o al «paso del Estado de derecho hacia el Estado constitucional», aunque estos sean términos muy polisémicos y con profundas implicancias en la teoría y filosofía del derecho del siglo XX que, cuando mínimo, merecen ser aclaradas²⁸. De cualquier manera, es bastante usual encontrar por detrás de diversas tesis, así llamadas publicistas y garantistas contemporáneas, el entendimiento ya asentado de que el constitucionalismo, fundamentalmente, presupone un «control del poder estatal» y que esto habría abierto el paso para la llamada «constitucionalización del proceso», la cual involucra dos dimensiones: a) la jurisdicción constitucional (esto es, acciones o procesos judiciales que buscan directamente la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos o, en general, la supremacía normativa de la Constitución)²⁹; y b) la elevación a rango constitucional de las garantías de las partes (defensa, contradictorio, cosa juzgada, etc.)³⁰.

Nótese, pues, que tanto los autores «publicistas» como los «garantistas» reivindican que el modelo de proceso defendido por ellos debe ser pensado a partir de la Constitución y, por ello, existiría un compromiso de respeto y/o protección de los derechos fundamentales o garantías constitucionales. Esto, a primera vista, podría ser paradójico, pero veremos que no es así.

A partir de esta conexión entre poder público, constitucionalismo y derechos fundamentales/garantías procesales es posible —aunque no sea la única opción teórica— distinguir dos grandes «modelos filosóficos» en torno a los cuales se reúne un amplio conjunto de teorías diversas y tesis sobre el «modelo constitucional del proceso». Estos modelos pueden asumir el nombre de «publicismo» y «garantismo», y

27 Ver Linares (2008). Este filón de análisis, sin embargo, no es frecuente en la doctrina procesalística y sí, más bien, a nivel de filosofía política y derecho constitucional.

28 Esto no será realizado en esta oportunidad, pero para un buen esclarecimiento al respecto, ver Sotomayor (2020). En nuestra opinión, las alusiones al «Estado constitucional», sin una justificación sobre las premisas filosóficas en las que se basa el concepto elegido, corren el serio riesgo de no pasar de ser un mero *slogan*.

29 Para una exposición bastante completa, ver Abboud (2019, pp. 439 y ss.).

30 Por ejemplo, ver los clásicos textos de Couture (1948) y Comoglio (1970).

las diferencias que puedan tejerse entre ambos radican en las premisas teórico-políticas asumidas. De manera específica, las dos premisas son las siguientes: a) la función del Estado en el contexto del proceso y b) la función del proceso frente a la extensión del control del poder público³¹. La asunción de alguno de estos modelos conduce, a nuestro juicio, a una comprensión diferente de los sistemas jurídicos y, también, de la práctica jurídica, pues es el modelo escogido el que llevará a interpretar de una cierta manera las disposiciones normativas de un sistema jurídico.

Dentro del modelo publicista es posible encontrar una serie de entendimientos diversos entre sí, pero en buena medida complementarios. Se trata de un conjunto de tesis que sostienen que el proceso busca (o debe buscar) la efectiva tutela de las situaciones jurídicas sustantivas, la actuación de la voluntad de la ley, la (correcta)

³¹ No desconocemos que en el ámbito del *common law*, desde hace algunas décadas, se ha tratado un debate filosófico en términos que parecerían próximos a los aquí expuestos; no obstante, existen diversas particularidades que vale la pena resaltar. En efecto, los juristas angloamericanos que escriben sobre el sistema de justicia civil no hablan en términos de «modelo constitucional de proceso», más propios de la tradición continental. Lo que se constata, más bien, es que la discusión ha girado en torno a argumentos de «política del derecho procesal» y, además, de «filosofía del derecho procesal». Ya Owen Fiss, desde fines de la década de 1970, por ejemplo, incidiendo sobre las decisiones estructurales (como el caso *Brown vs. Board of Education*), entendía a la toma de decisiones por el Poder Judicial (*la adjudication*) como el «proceso social mediante el cual los jueces otorgan sentido a nuestros valores públicos» (1979-1980, p. 2), en donde las sentencias de los jueces son vistas como una «parte integral de un sistema político más amplio» (1982, p. 125; 1985). Fiss parecía entender que lo que él denominaba «modelo de resolución de disputas», en el que simplemente se resolvía un conflicto individual, a diferencia del litigio estructural, no perseguía valores sociales o públicos. No obstante, en su clásico ensayo «Against Settlement», Fiss (1983-1984) le otorga una dimensión pública a la *adjudication* en general: «La *adjudication* usa recursos públicos y no emplea a extraños elegidos por las partes, sino funcionarios públicos elegidos en un proceso en el que el público participa. Estos funcionarios, al igual que los miembros de los poderes legislativo y ejecutivo, poseen un poder que ha sido definido y conferido por el derecho público, no por acuerdo entre privados. Su trabajo no sólo es maximizar los intereses de las partes, ni tampoco simplemente asegurar la paz, sino explicar y darle fuerza a los valores incorporados en los textos autoritativos como la Constitución y las leyes: es decir, interpretar dichos valores y hacer que la realidad se muestre de conformidad con ellos» (p. 1085). El lema de su crítica a la proliferación de los mecanismos de solución de controversias (ADR, por sus siglas en inglés) por sobre la resolución de estos por la jurisdicción se condensaría en su frase «Justicia en vez de paz». De cualquier manera, en las diversas tesis de Fiss nos parece inocultable que el entendimiento de la *adjudication* está vinculado a que los jueces hagan efectivos ideales progresistas y que, con ello, sean auténticos transformadores de la realidad. He ahí, pues, un discurso propiamente de política del derecho procesal.

De otro lado, una profunda seguidora de Fiss en la crítica a los ADR ha sido Judith Resnik (1986, 1994, 2002-2003, 2014a), quien ha llegado a afirmar que «hoy en día, buena parte de la *adjudication* viene siendo removida del panorama público, ocasionando que el ejercicio y las consecuencias del poder público y privado sean difíciles de determinar. Este movimiento que aleja la *adjudication* pública es un problema para las democracias porque la *adjudication* tiene contribuciones importantes que hacer para la democracia» (2014a, p. 21). Indudablemente, esta posición refleja una tesis filosófico-política, pues se valora positivamente la función del proceso como espacio de discusión pública respecto de los derechos y debates sobre la interpretación de los textos autoritativos y la redistribución del poder (en el mismo sentido de preferir la *adjudication*, ver Genn [2012] y Giabardo [2017]; para una posición contraria, ver Menkel-Meadow [1995]). En línea similar a la de Resnik, Alexandra Lahav (2016) defiende que, más allá de la legitimidad sociológica (propia de la aproximación de Fiss), en el proceso judicial se practican importantes valores democráticos como la producción de argumentos jurídicos o la promoción de la transparencia a partir de la incorporación de información; y, por eso mismo, la litigación sería determinante para el propio funcionamiento de la democracia estadounidense, dado que a través del proceso judicial se van resolviendo continuamente los conflictos en una sociedad heterogénea al impedir el uso de la violencia (Lahav, 2017).

Para una contextualización del debate en el ámbito del *common law*, tomando una posición al respecto, ver Giabardo (2020).

aplicación del derecho objetivo, la averiguación de la verdad³², la protección del interés público, la justicia material o la paz social. No obstante, una premisa compartida es que se concibe la función del Estado como el gran prestador de tutela (protección) en el contexto de un servicio público (la justicia estatal), siendo esto, precisamente, una «condición necesaria» para la protección de los derechos fundamentales de las partes y la efectivización de las situaciones jurídicas materiales llevadas al proceso. Dentro del entendimiento de esta función del Estado no hay duda de que existen muchos matices que permiten identificar, por ejemplo, modelos muy rígidos en los que abiertamente se coloca a la jurisdicción en el centro de la actividad de adjudicación (tesis de Dinamarco); otros un poco más moderados en los que se hace mayor énfasis en el respeto a los derechos fundamentales y las garantías, clamando por un modelo más dialógico entre el juez y las partes para la realización de los valores constitucionales (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira); y otros que, más bien, se orientan a destacar la protección de las situaciones jurídicas subjetivas (del demandante) como finalidad última del proceso y el deber del Estado de prestar dicha tutela a través del proceso (como es el caso de Marinoni)³³.

Empero, la premisa filosófica que relaciona a las tesis anteriormente descritas sobre el fin del proceso (de las cuales son consecuencia varios de los poderes del juez consagrados en las legislaciones procesales) es que, más allá del mayor o menor énfasis que se quiera hacer en la importancia del respeto de los derechos fundamentales/garantías de las partes, se acepta que el Estado, a través del ejercicio del poder jurisdiccional, debe ejercitar una función «prestacional» (y, por tanto, «activa», en el sentido damaskiano) para cumplir ciertos fines, ya sean políticos, jurídicos y/o sociales.

Precisamente, para el cumplimiento de estos fines, el proceso se muestra como un «instrumento»³⁴ que habilita el ejercicio del poder

32 El discurso sobre la verdad en el proceso es particularmente complejo debido a los debates en torno al propio concepto de verdad (por ejemplo, si es por consenso o por correspondencia); por la discusión sobre el tipo de conexión entre verdad y prueba (si es «conceptual» y/o «teleológica»; y, de ahí, si el objetivo «institucional» de la prueba en el proceso sería la verdad); y, también, por la posibilidad de que exista alguna confluencia entre la verdad como objetivo institucional del derecho (y, de ahí, la conformación del proceso privilegiando la investigación criminal, la flexibilización en la producción de pruebas y la propia relevancia de la valoración racional de la prueba, así como del control intersubjetivo del raciocinio probatorio), pero admitiendo restricciones ante el privilegio de otros valores, tales como la propia libertad o la estabilidad de las decisiones judiciales. El tema es extremadamente complejo y lo dejaremos para otra ocasión. Para una discusión sobre el asunto, ver Haack (2016), Ferrer (2005), Dei Vecchi (2016; 2020, p. 15) y Sotomayor (2019).

33 Siguiendo de cerca a Marinoni, ver Mitidiero (2013, 2016) y Marinoni *et al.* (2017, pp. 546 y ss.).

34 Cuando se habla de «instrumentalismo», normalmente se le asocia, en Brasil, a la tesis elaborada por Cândido Rangel Dinamarco (como veremos más adelante, claramente construida sobre rígidas premisas publicistas). Según Raatz (2019), sin embargo, sería errado afirmar que esa doctrina pertenece a Dinamarco, ya que la tesis construida por él se mostraría solamente como uno de los varios reflejos del modelo publicista en la ciencia del derecho procesal. Sin perjuicio de ello, consideramos que es posible verificar en Dinamarco algunos puntos específicos como, por ejemplo, la identificación, conformación y categorización de los fines de la jurisdicción (y, por lo tanto, del

del Estado (en específico, el «poder jurisdiccional»)³⁵. Nótese que las tesis publicistas no desconocen que el poder ejercitado por el Estado debe tener límites, pero —he aquí lo relevante— «el proceso no es visto como uno de estos límites»; más bien, este se configura como una herramienta que no es «de» las partes ni (únicamente) «para» las partes, sino (exclusiva o principalmente) «para» el Estado o, inclusive, «para» la sociedad, debido a la necesidad de la tutela del interés público de todos los ciudadanos en la resolución de la controversia mediante el respeto del orden jurídico. Así, si bien es verdad que existe un interés privado del ciudadano envuelto en la controversia, este interés cede (o «debería» ceder) ante el interés público/social/de la nación³⁶.

De esta premisa se deriva la segunda, también desde una perspectiva de teoría política, que termina conectando las teorías publicistas. Dado el papel renovado de la jurisdicción en el contexto del constitucionalismo y la necesidad de protección de los derechos fundamentales a través de ella, se asume que el proceso también puede servir para realizar un control del poder. Empero, el poder que puede y debe ser controlado en el contexto de un proceso es aquel que se ejerce mediante la función estatal administrativa (revisión judicial de actos administrativos), la función estatal legislativa (control constitucional de actos legislativos) y, eventualmente, el poder privado. El proceso, por lógica consecuencia, no puede existir para controlar «el poder jurisdiccional» porque aquél es instrumento de este³⁷. En otras palabras, para el modelo publicista, el proceso, bajo el fenómeno del constitucionalismo, no tiene por función proteger a los ciudadanos de los eventuales excesos del poder ejercitado por la propia jurisdicción. En efecto, si es que el Estado-jurisdicción concreta sus propios fines a través del proceso (efectivizando los derechos fundamentales, tutelando el interés social, etc.) y, con ello, se constituye como el poder público que por autonomía protege a los ciudadanos a través de comportamientos prestacionales, entonces no es contra este poder que los ciudadanos deberían cuidarse. La jurisdicción, pues, no puede proteger a los ciudadanos de sí misma; esta, más bien, sería (o debería ser) un aliado y no podría ser vista como una enemiga.

La consecuencia natural de adoptar este modelo es la elevación del papel del sujeto que representa al Estado en el proceso (el juez) y, en

proceso, entendido como instrumento de esta), que convierten a su teoría en una particular y no simplemente en una adaptación de otra precedente. Sobre el asunto, ver Abboud y Pereira (2019).

35 Como queda claro en el entendimiento de muchos juristas, como Dinamarco (2009) y Nieva Fenoll (2014, pp. 62 y ss.). Sobre el asunto, ver Carvalho (2019).

36 Carvalho (2019), caracterizando el núcleo de las tesis publicistas.

37 Ciertamente, hay un discurso en pro de los derechos fundamentales/garantías procesales que tiene como «destinatario» al Estado (incluyendo, por supuesto, a la jurisdicción). Son estas garantías, por tanto, las que delimitan la actuación de la jurisdicción en el marco de un proceso; pero este, «en sí mismo», no es visto como una contención del poder público. ¿Cuáles son los problemas que pueden originarse a partir de esto? Que, al final, como defienden autores como Dinamarco, Alvaro de Oliveira o Marinoni, deban prevalecer los fines del Estado, aun al margen, por ejemplo, de la legislación democráticamente instituida.

consecuencia, la intensificación de sus poderes. Solo de esta manera es que el Estado cumpliría su rol prestacional de tutela de derechos fundamentales y, de esa forma, el proceso sería «efectivo». Al respecto, a partir de un análisis empírico en diversas legislaciones procesales, pueden identificarse algunas características (aunque no las únicas, por cierto) que adopta, explícita o implícitamente, este modelo:

- «Control inicial (*in limine*) de la petición inicial», en donde el juez pasa a tener poderes discrecionales para impedir el trámite de demandas condenadas al fracaso.
- «Posibilidad de corrección de las postulaciones», traducido en el *iura novit curia*, recalificando jurídicamente los hechos alegados en la demanda o en la «suplencia de queja deficiente» en el ámbito del proceso constitucional, lo que permite una auténtica adición o sustitución oficiosa de los pedidos³⁸.
- «Juez director», con el correspondiente deber de impulso de oficio del proceso.
- El deber de «colaboración procesal» del Estado-juez hacia las partes y de las partes entre sí, pudiendo ser objeto de sanción si no lo cumplen (Crevelin, 2017; 2020; Raatz, 2019).
- «Poderes oficiosos», los cuales podrían llegar a ser ejercidos aun sin la promoción del contradictorio.
- «Poderes probatorios» mediante la incorporación de pruebas no ofrecidas ni producidas por las partes y la dinamización de la carga de la prueba (por ejemplo, en los casos de dificultad de probanza)³⁹.
- «Adaptabilidad procedural», permitiendo que el juez pueda modificar el procedimiento legalmente previsto, adecuándolo, según su criterio, a las necesidades del derecho material (Marinoni, 2004, pp. 222 y ss.).
- «Restricciones a la autonomía de la voluntad de las partes» a través de la consagración de normas que, a su vez, disponen que las normas procesales son de orden público o que son imperativas, inmodificables y, en general, una supresión de la posibilidad de negociación entre las partes.

38 Por ejemplo, los artículos III y VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de Perú.

39 Defendido, entre otros, por Taruffo (1997), a partir de la premisa de tener que llegar a una decisión justa/correcta, que presuponga el verdadero conocimiento de los hechos, siendo esta una condición necesaria de aquella, pero aclarando, sin embargo, que esa finalidad epistémica no es la «única» perseguida por el proceso (2010, p. 156). De ahí que el juez pueda producir «todas las pruebas que las partes —por cualquier razón— no hayan solicitado» (2009, p. 375).

- «Ablandamiento o flexibilización en la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas» siempre que sea necesario para obtener una decisión justa y adecuada (Barcellos & Delfino, 2019).
- «Paridad de oportunidades/armas de las partes», teniendo el juez el deber de detectar desigualdades y, frente a ello, realizar comportamientos activos para equilibrarlas o igualarlas.

Tal como se advirtió anteriormente, no es raro que todos estos poderes del juez sean comprendidos precisamente para proteger al ciudadano y tutelar sus derechos fundamentales, sobre todo por parte de los tribunales de justicia.

En la orilla contraria a estas ideas encontramos al modelo del «garantismo»⁴⁰, que, tal como el publicismo, como mencionamos anteriormente, también posee una gran cantidad de teorías y tesis no siempre del todo homogéneas entre sí. Por ejemplo, es muy usual vincular las tesis garantistas con el llamado modelo del «liberalismo procesal». Tal como señala Costa (2018c), este modelo puede entenderse de la siguiente manera:

El liberalismo procesal es el molde procesal de los valores liberales. Es la ideología liberal hecha proceso. Es la primacía del *individuo* y, en consecuencia, de la libertad de las partes (que ejercitan sus posiciones procesales con irrestricta autosuficiencia) sobre la autoridad del Estado-juez (que ejerce la jurisdicción con absoluta neutralidad funcional). Propone menos juez y más partes. Se trata, en efecto, de una teoría *político-liberal* del proceso. Nada tiene de jurídico-dogmática. No construye un sistema normativo procesal a partir de textos de derecho positivo vigentes. Simplemente proyecta sobre el plano microprocesal los valores a los cuales rinde culto en el plano macrosocial (individualismo, libertad negativa, razón, tolerancia, etc.). Si “el mejor gobierno es el que menos gobierna” (“the government is best which governs least”) [Thomas Jefferson], entonces el mejor juez es el que menos juzga. De allí el culto al “juez mínimo”, el “juez inerte”, el “juez enano”, el “vigilante nocturno”, el “policía de tránsito”, el “árbitro pasivo”, el “mandatario de las partes”⁴¹.

Este elemento del «liberalismo procesal» hace precisamente que existan muchos matices en las teorías consideradas garantistas. Hemos

⁴⁰ Es bueno anticipar desde ya que no asumimos el «garantismo» como lo entiende Ferrajoli. Tal como explicaremos más adelante, la función de la jurisdicción y del proceso diseñada en su teoría lo aproximan más a un modelo «publicista», en los términos que exponemos en el cuerpo del texto.

⁴¹ A partir de esta reflexión, el autor distingue el liberalismo procesal de su entendimiento sobre el garantismo procesal, defendiendo que este no tiene una ideología, no es consecuencia del primero, puede haber simplemente coincidencias en sus propuestas —como la defensa de la libertad por ser el proceso garantía de ella—, pero tiene bases epistémicas y filosóficas muy diferentes.

evidenciado que existen tesis que parten de discursos fundamentalmente históricos (Cipriani y Montero Aroca) y otras que se centran en sistemas de derecho positivo (como el caso de Glauco Gumerato Ramos o Eugenia Ariano, como veremos más adelante). Empero, sí es verdad que muchas veces las posturas garantistas son planteadas en términos claramente ideológico-políticos. Así, reivindicando los ideales del liberalismo clásico, existen tesis que defienden que el proceso es (o debe ser) de «propiedad» de las partes, defendiendo, a su vez, que el rol del juez debe ser mínimo, volcado principalmente a emitir sentencias⁴². Aquí, pues, una tesis como esta no pasa de ser un modelo «privatista».

Consideramos, sin embargo, que el delineamiento del debate entre publicismo y garantismo debe centrarse más en la filosofía del derecho constitucional y en la teoría política y, con ello, despercudirse del factor ideológico-político que se le ha atribuido⁴³. En efecto, en contraste a lo que se señaló al caracterizar el modelo filosófico publicista, el modelo filosófico garantista parte de premisas enteramente diversas en cuanto a la función del Estado y la del proceso frente a la extensión del control del poder.

Las tesis sobre garantismo procesal suelen partir de una premisa fuerte de constitucionalismo liberal clásico, consistente en la necesaria «abstención» del Estado en las libertades ciudadanas. El propio fundamento en la teoría política es indispensable para las tesis garantistas, ya que el discurso sobre la «garantía» se remite directamente a la relación entre Estado y ciudadano. Por ello es que se muestra como necesario asumir una cierta teoría de poder. En este caso, parecería defenderse un entendimiento clásico; esto es, una concepción «relacional» entre sujetos: el poder de A implica la no-libertad de B, mientras que la libertad de A implica el no-poder de B (Bobbio, 1985, p. 68)⁴⁴. Así, a fin de cuentas, el poder se reduciría a

42 Estas tesis son defendidas, por ejemplo, por Alvarado Veloso y, de hecho, es contra este tipo de tesis que, mayoritariamente, los juristas adscritos a la concepción publicista han dirigido sus principales críticas (Taruffo, 2020, pp. 21 y ss.). De cualquier manera, vale la pena indicar que existen tesis garantistas que, por el contrario, defienden que el proceso no sería «de las» partes, sino «para las» partes, destacando que el proceso se desenvuelve necesaria e innegablemente en un ambiente público. Ver Costa (2016).

43 Verdad sea dicha, no cabe duda que si los autores garantistas soliesen fijar con mayor nitidez las premisas filosóficas de las cuales (in)conscientemente parten, podría evidenciarse el telón de fondo auténticamente conceptual. Aun así, el debate iniciado por las posturas garantistas está lejos de simplemente pretender «politicar» una cuestión «simplemente técnica», como lo sería la conducción del proceso por el juez o por las partes, y la solución tampoco pasa por buscar alguna compatibilidad entre eficiencia y garantías. No tiene razón, por ello, Picó i Juny (2006).

44 Se trata, como es claro, de la clásica lección de Robert Dahl (1957), para quien «A tiene poder sobre B al punto que puede hacer que B haga algo que, de otra manera, no haría» (p. 202). Por su parte, Searle (2010) tiene una explicación más analítica: «Existe, por tanto, un elemento contrafáctico en la noción del ejercicio del poder: Es un ejercicio de poder si el agente A obliga que el sujeto S haga el acto B aun cuando S no quiera hacer B, o no habría querido hacer B sin que A le haya obligado a hacer B, o no habría querido hacer B si A no hubiera dejado de informar a S sobre las opciones alternativas disponibles» (p. 147), enfatizando que el poder reside en la «aptitud» de que el otro haga algo. Para una problematización sobre las teorías del poder, ver Lukes (2007, pp. 24, 63 y 83), mostrando las discusiones que buscan cuestionar el concepto consistente en que «A ejerce

la «posibilidad» del ejercicio de la fuerza y, siendo el Estado el principal detentor del poder, este tiene la capacidad de afectar gravemente a la esfera de los ciudadanos⁴⁵. Precisamente por ello es que el poder, para ser contenido y controlado, es distribuido por la Constitución entre los órganos que lo ejercen y, además, instituye garantías para que el ejercicio del poder, cualquiera que este sea, solo pueda ser materializado respetando los cauces constitucionales⁴⁶.

De esta manera, visualizando el proceso, antes que nada, como una «garantía de libertad» para los ciudadanos, necesariamente es rechazada la premisa de que el Estado deba tener una función «prestacional» (o, al menos, que esta sea la más importante para el respeto de las garantías), lo cual sería más propio, por ejemplo, de los derechos sociales⁴⁷. Desde esta visión, pues, el proceso no es una herramienta «para» el Estado ni tampoco «para» la sociedad y, como consecuencia de ello, se niega (o se reduce) cualquier preponderancia del interés público o social sobre el interés privado, enfatizándose la importancia de la protección de la libertad como límite al ejercicio del poder público en general. El proceso, de esta forma, no es un instrumento de la jurisdicción ni sirve para la imposición de sus fines, pues, según afirman los defensores de las posiciones garantistas, esa concepción sería un signo de autoritarismo. Frente a ello, la administración de la justicia debe conducirse en pleno respeto por las garantías, dentro de las cuales

poder sobre *B* cuando *A* afecta a *B* en sentido contrario a los intereses de *B*» (destacando, por supuesto, a Foucault). Para un enfoque que busque conciliar los diversos significados de «poder», ver Forst (2015).

45 Una teoría alternativa a esta reside en ver al Estado no como un enemigo, sino como un auténtico prestador que, como se dijo, es más propio de las teorías sobre derechos sociales y también de los derechos humanos. Por ejemplo, Alexy (2000, p. 32) habla de un «derecho humano al Estado» por ser necesario para efectivizar el cumplimiento de los derechos humanos en general. Y ante la paradoja de que sea necesaria la existencia de un Estado a pesar de que sea contra este que deban protegerse los derechos, Alexy responde diciendo que ésta, mal que bien, es una condición necesaria para la existencia del «Estado constitucional democrático», entendido este como un modelo que consagra a) la separación de poderes, b) el reconocimiento de los derechos humanos en la Constitución, c) el control del legislador mediante el proceso democrático y, además, d) un control por parte de un tribunal constitucional que pueda insertarse eficientemente en el proceso democrático y, por tanto, en la reflexión sobre los asuntos públicos, buscando una sintonía con la opinión pública (es decir, aprobación racional ciudadana de las decisiones de la jurisdicción constitucional).

46 Esto no quiere decir que las tesis publicistas ignoren las teorías del poder o, inclusive, que no compartan el concepto de poder que puedan asumir las tesis garantistas. Prueba de ello, por ejemplo, es la amplia exposición que Dinamarco (2013) realiza sobre el tema y su definición de «poder» como la «capacidad de producir los efectos pretendidos» (o simplemente la posibilidad de alterar esos efectos), sea sobre la materia o sobre las personas» (p. 99), citando, inclusive, a Robert Dahl. El punto aquí es que una teoría «descriptiva» sobre el concepto del poder no es capaz de dar una respuesta a la pregunta sobre cuál «es» (ni mucho menos cuál «debería ser») el límite del poder jurisdiccional. Pero —nótese bien— tampoco puede decirnos si el proceso es un instrumento para viabilizar dicho poder (una cosa enteramente diversa sería demostrar que, en un contexto dado, el proceso «realmente» es usado para tal propósito). Para defender, por ejemplo, que todo poder tiene una garantía correlativa y que en el caso del poder jurisdiccional esta garantía es el proceso, se requiere elaborar una teoría prescriptiva en el seno de la «teoría política» o, eventualmente, «en» la «filosofía política».

47 Por ejemplo, se ha llegado a defender que, a partir de la diferenciación entre *liberty* (libertad negativa) y *freedom* (libertad positiva), el proceso, sobre el estandarte garantista, también es una garantía para el individuo de poder autodeterminarse «espontáneamente», no debiendo el juez afectar o injerir en sus espacios de autonomía. El garantismo, por lo menos en esa perspectiva particular, asume otro concepto de libertad, el cual es mucho más propio del liberalismo moderno. Ver Costa (2018b).

destacan primordialmente la libertad y la imparcialidad, promoviendo la aplicación del derecho sin desvíos ni excesos.

De aquí es de donde se deriva la segunda premisa. Si el Estado, en el contexto de la impartición de justicia, ejercita un poder que afecta la esfera jurídica de los ciudadanos (específicamente, mediante la restricción de la libertad y los bienes), la principal forma de mantenerla a salvo es abstenerse de afectarla y podría hacerlo únicamente a través del proceso. De esta manera, el proceso se constituye como una «garantía» para el ciudadano «contra» el Estado y, principalmente, «contra el poder jurisdiccional». Por ese motivo, se ha llegado a afirmar que el propio proceso es una «garantía individual contrajurisdiccional» (Costa, 2018a).

La consecuencia de adoptar alguna tesis garantista (aun cuando venga impregnada de «liberalismo procesal») es defender la necesaria disminución de los poderes del juez y, como consecuencia de ello, buscar el aumento de los poderes y espacios de autonomía de las partes⁴⁸. De esta manera, contra los poderes que pueden verificarse en diversas legislaciones procesales, las tesis garantistas podrían oponer los siguientes cuestionamientos:

- «Restricción de los espacios de discrecionalidad judicial» al momento de calificar las postulaciones (prevalecia de la legalidad, entendida esta también como garantía de las partes)⁴⁹.
- «Fuerte prevalencia por un contenido más exigente de imparcialidad», diferenciando rígidamente entre la función de postular y de juzgar (que implica la prohibición de «auxiliar a las partes» y de interferir en la postulación de la prueba), inclusive preocupándose por evitar que el juzgador pueda verse afectado por sesgos cognitivos⁵⁰.
- «Toda decisión judicial está sujeta al contradictorio», forzando al juez a desarrollar un proceso más dialógico con una mayor exigencia en la motivación, no pudiendo fallar sobre una cuestión no debatida.
- «Se comprende al procedimiento legalmente establecido como garantía de las partes», razón por la que el juez pasa a estar sujeto a la construcción procedural realizada por el legislador.
- «Se incrementa la posibilidad de negociación procesal» en lo referido a las situaciones jurídicas de las partes y, en general, a

48 De esta forma, entender que el debate entre «eficientistas» y «garantistas» depende de la mayor o menor amplitud de los poderes del juez (como parece entender Priori Posada [2019, p. 25]) es, en realidad, confundir causa con consecuencia.

49 Carvalho resalta que con ello no se debe llegar al extremo de que el juzgador pase a ser «boca de la ley» (2019).

50 Algunos autores que han profundizado en los nexos entre garantismo, imparcialidad y vicios cognitivos son Delfino y Crevelin (2018), y Costa (2018, 2020).

la conformación del procedimiento, siempre que sean solamente ellas las que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, lo realicen, quedando prohibida al juez la posibilidad de alterar dicho procedimiento (de nuevo: por ser este entendido como una garantía de legalidad)⁵¹.

- «Paridad de oportunidades/armas para las partes», pero bajo el entendido de que el juez no debe favorecer a ninguna de ellas con sus actuaciones de oficio (en perjuicio de la otra) ni tener ningún papel en la isonomía o el equilibrio. El mecanismo de igualación corre a cargo de otras instituciones, como la defensoría pública o el propio Ministerio Público.

Como advertimos, tanto en el modelo publicista como garantista puede existir una convergencia en el destaque de la necesidad de protección de los derechos fundamentales y las garantías procesales; empero, la diferencia es bastante nítida en torno a «cómo» es que la jurisdicción debe protegerlas. La divergencia en las premisas de teoría política no solo determina, a nuestro juicio, la propia edificación de los modelos; sino también, ya a un nivel de discurso institucional, al menos los siguientes factores: a) la interpretación de la Constitución y el contenido normativo de las garantías en un sistema jurídico dado; y b) la conformidad de la legislación infraconstitucional al modelo constitucional de proceso de dicho sistema jurídico, específicamente en cuanto a la extensión de los poderes del juez y los espacios de autonomía de las partes.

Antes de pasar a nuestro tercer discurso, sin embargo, corresponde hacer un *excursus* respecto del garantismo ferrajoliano.

V. EXCURSUS: EL «GARANTISMO PUBLICISTA» DE FERRAJOLI

La reconstrucción del modelo de garantismo «procesal» que hemos realizado se aleja de una importante y consagrada teoría filosófica construida también sobre el rótulo del «garantismo», como la de Luigi Ferrajoli, surgida en un contexto muy particular (Andrés Ibáñez, 2013, pp. 20 y ss.) y que también predica por el privilegio de las libertades frente al poder público. Sin embargo, la tesis ferrajoliana es plenamente compatible con el modelo procesal publicista que hemos descrito hace poco.

⁵¹ No desconocemos que la negociación procesal también ha sido defendida por tesis que no necesariamente podrían ser calificadas como garantistas, como las de Didier Jr. (2020, pp. 155 y ss.), Nogueira (2016) y Cabral (2018). Sin embargo, bajo la perspectiva garantista, la negociación se plantea un contexto distinto: resulta necesario respetar las esferas de autonomía de voluntad de las partes (garantías de libertad) porque, de lo contrario, no existirá legitimidad del Estado para afectar la esfera jurídica de los ciudadanos.

En efecto, la idea de «garantía», según Ferrajoli, encierra una necesidad de «tutela contra la frustración» generada en los casos de vulneración a los derechos reconocidos por las normas del sistema jurídico (Costa, 2019b). Para este autor, cuando las «garantías de primer grado» (*v. gr.*, obligaciones de prestación, deber de no lesionar), destinadas a la inmediata satisfacción del derecho, no son respetadas, se hace uso de las «garantías secundarias» (o instrumentales) para efectivizar las primeras y, de esa manera, reparar el derecho, reduciendo el daño causado o sancionando al responsable. Así, estas son garantías de «justiciabilidad» dirigidas a las autoridades públicas (Ferrajoli, 1995, p. 917; 2013, p. 630) y su actuación requiere una «intermediación» que resulta ser el propio «proceso», en cuyo seno se encuentran las subgarantías secundarias como el derecho de acción, el contradictorio, la imparcialidad, la defensa, etc.

Un detalle importante, además, es que la obligación de instituir un debido proceso es una obligación/garantía «primaria» por parte del Estado, y si aquella no es debidamente resguardada, existe entonces la garantía «secundaria» de reparación a favor de los ciudadanos (Andrés Ibáñez, 2013, p. 27). Por consiguiente, esta obligación de construir un procedimiento de conformidad con el debido proceso no se confunde con la propia garantía del debido proceso: aquella es primaria; esta, secundaria.

Nótese que en la teoría de Ferrajoli (1995) también es de gran relevancia la premisa liberal clásica de la «minimización del poder» para lograr privilegiar las libertades (pp. 931 y ss.). No obstante, este papel abstencionista se manifiesta fundamentalmente en las garantías primarias (por ejemplo, de prohibición de vulnerar las normas penales primarias que protegen derechos), pero ciertamente no en las garantías secundarias, en donde el Estado tiene un papel de «prestador». Es por ello que, en el contexto de la actuación de las garantías secundarias, también llamadas «procesales» o «jurisdiccionales», Ferrajoli coloca particular énfasis a la importancia de la correcta aplicación sustancial de la ley, lo cual, a su vez, lleva a la aceptación de la decisión como verdadera desde una perspectiva procesal o aproximativa (pp. 50 y ss.) y, con ello, a que la jurisdicción, como «institución de garantía», consiga legitimidad democrática (2013, pp. 828-829).

Cabe concluir que siendo la jurisdicción una garantía a favor de los ciudadanos, esta se vale del proceso para la actuación de las garantías primarias que habrían sido violadas. El proceso, aquí, no pasa de ser un instrumento de la jurisdicción en el que recae la obligación primordial de hacer respetar las normas del sistema jurídico. Los ciudadanos, por tanto, no son titulares de garantías (primarias) contra el poder jurisdiccional. El papel del Estado para Ferrajoli, en el contexto del proceso judicial,

responde exactamente a un modelo publicista, tal como lo hemos descrito.

VI. DISCURSO INSTITUCIONAL

Un discurso metodológicamente diferente a los dos anteriores es el «institucional». Aquí, si fuera el caso de tesis descriptivas, interesa responder preguntas como las siguientes: *¿cuál es el modelo adoptado en un sistema jurídico dado (SJ)? ¿Cuáles son las normas jurídicas pertenecientes al SJ que permiten reconocerlo? ¿Cuál es el contenido normativo de las garantías consagradas por las normas del SJ? ¿Qué contradicciones normativas existen entre la legislación infraconstitucional procesal del SJ y las garantías o normas constitucionales? ¿Cómo es posible resolver tales contradicciones? ¿Qué tan ajustada se encuentra la práctica jurídica a las garantías procesales reconocidas por el SJ?*

De otro lado, tratándose de tesis «prescriptivas», las interrogantes podrían ser: *¿cuál debería ser el modelo adoptado por un SJ? ¿Cuál debería ser la regulación del SJ en cuanto a la legislación infraconstitucional para una mayor compatibilización con las garantías constitucionales? ¿Cuál es la mejor forma de resolver las contradicciones normativas entre legislación constitucional y legislación infraconstitucional procesal? ¿Cómo debería conformarse la práctica jurídica a fin de promover un mayor respeto de las garantías procesales?*

Como podemos ver, la amplitud del discurso institucional es vasta e, inclusive, puede ser enfrentado mediante tesis jurídico-dogmáticas descriptivas o prescriptivas⁵². Lo que es cierto es que la interpretación de la Constitución de un sistema jurídico específico tiene como condición necesaria la asunción previa de algún modelo filosófico de proceso (publicismo o garantismo). Teniendo en cuenta la caracterización hecha precedentemente, esto significa partir de algunas de las premisas de teoría política respecto de la función del Estado y la del proceso frente al control del poder jurisdiccional. Más allá de que la elección de dichas premisas sea explícita o implícita —o, inclusive, consciente o inconsciente—, el hecho de partir de algunos de estos modelos conducirá, a su vez, a construir interpretaciones sobre un sistema jurídico procesal específico. En primer lugar, el modelo filosófico permite reconstruir el subsistema constitucional y, en segundo lugar, hacer lo propio con el subsistema infraconstitucional a fin de contrastarlo con el primero.

Un ejemplo muy claro de ello, haciendo referencia al ordenamiento brasileño, es el aporte de Glauco Gumerato Ramos (2013). La lectura que

GARANTISMO Y
PUBLICISMO EN
EL PROCESO CIVIL:
UN ENFOQUE
ANALÍTICO

GARANTISM AND
PUBLICISM IN CIVIL
PROCEDURAL LAW:
AN ANALYTICAL
APPROACH

52 Inclusive podría ser abordado desde enfoques ajenos a la ciencia del derecho, tales como la sociología o antropología.

Ramos hace de la Constitución Federal brasileña de 1988 sostiene que esta coloca en el mismo nivel jerárquico a la jurisdicción (poder), a la libertad y al debido proceso (garantía). Esta dimensión «semántica» constitucional, a criterio del autor, consagra un auténtico modelo garantista, republicano y democrático, buscando que el poder jurisdiccional no sea ejercido subjetivamente o con arbitrariedad. Sin embargo, contrariamente a esta semántica constitucional, Ramos denuncia la existencia un modelo «pragmático» activista (y, por lo tanto, «político»), plasmado tanto en el Código de Proceso Civil brasileño como en la práctica jurídica de dicho país, que termina subyugando el modelo propuesto por su Constitución (p. 256)⁵³. Al menos, en este trabajo, se observa que la propuesta de Ramos es fundamentalmente descriptiva, defendiendo contradicciones entre ambos subsistemas jurídicos.

En el contexto de la doctrina peruana, Giovanni Priori (2019) parte de un modelo claramente publicista al afirmar que la finalidad del proceso sería la tutela de las situaciones subjetivas de los ciudadanos y, además, defendiendo que también se trata de un instrumento de la jurisdicción. El discurso de Priori aquí puede ser calificado como «prescriptivo», pues argumenta sobre cómo «debería» ser visto el proceso (no solo en el sistema peruano, sino en general) en el marco del Estado constitucional de derecho, paradigma que, según el autor, es presentado como el máximo y mejor punto alcanzable para un Estado contemporáneo. Así, la propuesta de Priori pasa por desarrollar un modelo de proceso en el marco del Estado constitucional que busque la realización plena de los valores constitucionales y la protección de las situaciones materiales de las personas. Para ello, en opinión del autor, es absolutamente determinante el rol de la jurisdicción, tanto en el control de la constitucionalidad (evitando excesos del resto de poderes estatales) como en el respeto a los derechos fundamentales y en la protección de las situaciones jurídicas de ventaja (pp. 41 y 61).

A partir de este modelo, Priori (2003) pasa a defender un discurso «descriptivo» cuando, a partir de la interpretación del artículo 139, inciso 3, de la Constitución peruana de 1993, construye el diseño conceptual del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual sería capaz de explicar la función prestadora que el Estado debe tener en el proceso judicial⁵⁴. En efecto, según el autor, este derecho tiene un contenido específico: a) acceder a un órgano jurisdiccional solicitando protección, b) a través de un proceso dotado de garantías

53 Ramos (2013) define al garantismo de la siguiente manera: «Movimiento dogmático orientado a estudiar y proponer que la utilización y el manejo del proceso civil por el juez y por el justiciable sea en la perspectiva de las garantías prescritas en el modelo semántico constitucional del proceso jurisdiccional, sin que por otras razones que no sean las expresamente previstas en la Constitución la jurisdicción (= poder) pueda subyugar, tergiversar o apartarse del riguroso cumplimiento del debido proceso legal (= garantía)» (p. 252).

54 Con algunas variaciones, su posición sigue siendo sustancialmente la misma. Ver Priori (2019).

mínimas, c) a fin de obtener una decisión fundada en derecho y d) con posibilidad de ejecución o efectivización. A partir de aquí, Priori asigna una doble dimensión al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: a) como un derecho fundamental macro, capaz de comprender a todo el conjunto de garantías procesales; y, de otro lado, b) la dimensión de la efectividad⁵⁵.

En la doctrina peruana también vale la pena destacar la contribución de Eugenia Ariano, para quien el modelo de proceso de la Constitución peruana contrasta radicalmente con el modelo infraconstitucional del Código Procesal Civil peruano de 1993. Ariano (2006) afirma que este último no habría sido construido a la luz de las garantías procesales y que, partiendo de los amplios poderes otorgados al juez (para calificar la ineptitud de la demanda de forma liminar, los poderes probatorios oficiosos, etc.), habría consagrado un desequilibrio que termina perjudicando a los ciudadanos (pp. 378-379). Es notorio que Ariano está profundamente influenciada por el discurso de Cipriani, no solo respecto a sus ideas sobre la experiencia jurídica italiana, sino también por su metodología de trabajo. Por ello, lejos de elaborar alguna tesis filosófica sobre el garantismo procesal, la autora emprende la labor de deconstruir histórica e ideológicamente el Código Procesal Civil peruano y la doctrina que ha defendido insistentemente las tesis publicistas asumidas por dicha legislación (2003), buscando demostrar sus contradicciones e incoherencias con las garantías constitucionales.

Finalmente, Eduardo José da Fonseca Costa, partiendo de su propia «garantística» (que, como se dijo, es una teoría filosófica «prescriptiva» del constitucionalismo), elabora otro discurso, esta vez «descriptivo», respecto al sistema jurídico brasileño, centrado en el ámbito del derecho procesal. Uno de los grandes objetivos del autor es proponer una reinterpretación o relectura de la Constitución Federal brasileña de 1988 y, a partir de allí, analizar críticamente la conformación institucional del sistema procesal infraconstitucional brasileño, la doctrina dominante, y la práctica jurídica y jurisprudencial de dicho país⁵⁶. Consecuentemente, en el caso de Costa, son discursos estrechamente vinculados, pero inconfundibles: uno pasa a ser manantial conceptual y filosófico del

⁵⁵ Priori también dedica algunas páginas para afirmar que el «debido proceso legal» (categoría también reconocida en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución) proviene de la tradición del *common law* y que, al menos en Perú, no sería aplicable en el ámbito jurisdiccional. Esto muestra que la preocupación académica de Priori es diseñar un concepto para el proceso ante la jurisdicción y no, por ejemplo, para otros procesos, como el administrativo, parlamentario, etc., para los cuales sí podría aplicarse el debido proceso legal. De otro lado, en trabajos posteriores, Priori entiende que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional contiene el derecho fundamental a la tutela cautelar, que también estaría reconocido en el sistema jurídico constitucional e infraconstitucional peruano.

Al respecto, ver Priori (2005, p. 185). De hecho, el trabajo conceptual sobre este derecho es una de las contribuciones más importantes de este autor.

⁵⁶ Entre los muchos textos que revelan esta conjunción entre el modelo filosófico y la teoría dogmática, ver Costa (2019a).

segundo. Precisamente ello hace que esta teoría sea muy diferente de otras posiciones garantistas, acaso más conocidas.

VII. CONCLUSIONES

El debate publicismo/garantismo es extremadamente rico, primero porque posee diversos discursos que hunden sus raíces en complejos fenómenos históricos y modelos teóricos de naturaleza filosófico-constitucional. Precisamente esta riqueza, no siempre percibida por los contendores de una orilla o de otra, ni por aquellos que buscaron reconstruir las premisas del debate, ha dificultado y complejizado la discusión al punto de que podría considerarse obsoleta o pasada de moda. De allí nuestra propuesta (no exhaustiva) de distinguir los discursos histórico, filosófico e institucional —y, en estos dos últimos, los discursos descriptivos y prescriptivos—, mostrando que estos no pueden ni deben ser confundidos.

Los entendimientos teóricos sobre lo que significa el constitucionalismo, la relación entre Estado e individuo y, también, las «preferencias ideológicas de los juristas», pueden generar que tanto el discurso publicista como el garantista sean «discursos posibles sobre el modelo filosófico-constitucional del proceso». Es cierto que existen razones que pueden llevar a demostrar mayores o menores inconvenientes en uno u otro, pero el punto esencial es que se trata de un debate que, en el fondo, por el hecho de profundizar en complejas teorías filosóficas respecto de la visión del rol del Estado ante el ciudadano, sigue vigente y permanente. No obstante, para juzgar la idoneidad de una teoría en el contexto de este debate, lo primero que debe hacerse, en nuestra opinión, es diferenciar las diversas tesis publicistas y garantistas, revelar sus premisas y dilucidar la coherencia de sus conclusiones.

De esta manera, la riqueza del debate exige también que el jurista especializado en derecho procesal no limite su campo de análisis a los argumentos que comúnmente son levantados. Dialogar en términos de filosofía del derecho (específicamente, de filosofía del derecho constitucional), teoría política y filosofía política al menos garantizará esclarecer el nivel del debate y, en consecuencia, se obtendrán mejores y más prolíficos acuerdos y desacuerdos.

REFERENCIAS

- Abboud, G. (2014). *Discrecionariedade administrativa e judicial* (2da ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Abboud, G. (2015). Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? *Constituição, economia e desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira em Direito Constitucional*, 7(12), 196-214.

Abboud, G. (2019). *Processo constitucional brasileiro* (3ra ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Abboud, G., & Oliveira, R. T. (2008). O dito e não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de processo*, (166), 27-70.

Abboud, G., & Pereira, M. C. (2019). O instrumentalismo processual à luz de críticas dogmáticas, filosóficas e epistemológicas: do não respondido ao irresponsável. En M. C. Pereira (coords.), *Processo e liberdade: Estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa* (pp. 343-367). Londrina: Thoth.

Abreu, R. S. (2014). Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: As vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado liberal ao Estado social e a atualidade da sua discussão. *Revista de Processo*, (229), 89-112.

Alexy, R. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático (M. C. Años, trad.). *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 5(8), 21-42.

Alvarado Velloso, A. (2005). *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Alvarado Velloso, A. (2009). *Sistema procesal. Garantía de libertad* (vol. I). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Alvarado Velloso, A. (2013). O garantismo processual. En F. Didier Jr., J. R. Nalini, G. G. Ramos y W. Levy (coords.), *Ativismo judicial e garantismo processual* (pp. 13-34). Salvador: JusPodivm.

Alvaro de Oliveira, C. A. (2010). *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo* (4ta ed.). São Paulo: Saraiva.

Andrés Ibáñez, P. (2013). Jurisdicción y Estado constitucional en Luigi Ferrajoli. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (29), 13-33.

Ariano, E. (2003). Un Código de fin de siglo. El Código Procesal Civil peruano de 1993. *Problemas del proceso civil* (pp. 3-11). Lima: Jurista.

Ariano, E. (2006). En los abismos de la “cultura” del proceso autoritario. En J. Montero Aroca (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (pp. 357-379). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Ávila, H. (2009). “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica do Direito do Estado*, (17). <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>

Barbosa Moreira, J. C. (2007). O neoprivatismo no processo civil. *Temas de direito processual - nona série* (pp. 87-101). São Paulo: Saraiva.

Barcellos, A., & Delfino, L. (2019). Reflexões acerca do processo como garantia das garantias. *Empório do direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/34-reflexoes-acerca-do-processo-como-garantia-das-garantias>

- Bayón, J. C. (2000). Derechos, democracia y Constitución. *Discusiones*, (1), 65-94.
- Bayón, J. C. (2004). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En J. Botegón, F. J. Laporta, L. Priet y J. R. de Páramo (coords.), *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 67-138). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bobbio, N. (1985). *Stato, governo e società. Per una teoria generale della politica*. Torino: Einaudi.
- Cabral, A. (2018). *Convenções processuais* (2da ed.). Salvador: JusPodivm.
- Carratta, A. (2017). Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo. En F. Macario y M. N. Miletta (*a cura di*), *La funzione soziale nel diritto privato tra XX e XXI secolo* (pp. 87-138). Roma: RomaTre Press.
- Carvalho, A. (2019). Pequeno manual prático para o debate instrumentalistas (e afins) vs garantistas processuais. *Empório do direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/7-pequeno-manual-pratico-para-o-debate-instrumentalistas-e-afins-vs-garantistas-processuais>
- Cipriani, F. (2003a). Piero Calamandrei, la “*Relazione al Re*” y el apostolado de Chiovenda. En E. Ariano (comp. y trad.), *Batallas por la justicia civil* (pp. 88-105). Lima: Cultural Cuzco.
- Cipriani, F. (2003b). Los abogados italianos y la “experiencia fallida” (el Código Procesal Civil de 1942). En E. Ariano (comp. y trad.), *Batallas por la justicia civil* (pp. 132-149). Lima: Cultural Cuzco.
- Cipriani, F. (2003c). El proceso civil italiano entre eficiencia y garantías. En E. Ariano (comp. y trad.), *Batallas por la justicia civil* (pp. 166-181). Lima: Cultural Cuzco.
- Cipriani, F. (2003d). En el centenario del Reglamento de Klein (el proceso civil entre libertad y autoridad). En E. Ariano (comp. y trad.), *Batallas por la justicia civil* (pp. 57-87). Lima: Cultural Cuzco.
- Cipriani, F. (2006). El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas. En J. Montero Aroca (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (pp. 51-64). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Comoglio, L. P. (1970). *La garanzia costituzionale di azione ed il processo civile*. Padua: Cedam.
- Costa, E. J. F. (2013). Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. En F. Didier Jr., J. R. Nalini, G. G. Ramos y W. Levy (coords.), *Ativismo judicial e garantismo processual* (pp. 171-186). Salvador: JusPodivm.
- Costa, E. J. F. (2016). O processo como instituição de garantia. *Consultor Jurídico. Conjur*. <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>
- Costa, E. J. F. (2018a). Notas para uma garantística. *Empório do direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica>

GARANTISMO Y
PUBLICISMO EN
EL PROCESO CIVIL:
UN ENFOQUE
ANALÍTICO

GARANTISM AND
PUBLICISM IN CIVIL
PROCEDURAL LAW:
AN ANALYTICAL
APPROACH

- Costa, E. J. F. (2018b). Processo: garantia de liberdade [freedom] e garantia de “liberdade” [liberty]. *Empório do direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/processo-garantia-de-liberdade-freedom-e-garantia-de-liberdade-liberty>
- Costa, E. J. F. (2018c). Garantismo, liberalismo e neoprivatismo. *Empório do direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/garantismo-liberalismo-e-neoprivatismo>
- Costa, E. J. F. (2018d). *Levando a imparcialidade a sério: Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: Juspodivm.
- Costa, E. J. F. (2019a). Garantia: dois sentidos, duas teorias. *Empório do direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/44-garantia-dois-sentidos-duas-teorias>
- Costa, E. J. F. (2019b). Processo e razões de estado. *Empório do direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/36-processo-e-razoes-de-estado>
- Costa, E. J. F. (2020). Juiz de garantias e viés de confirmação. *Empório do direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/54-juiz-de-garantias-e-vies-de-confirmacao>
- Couture, E. (1948). Las garantías constitucionales del proceso civil. *Estudios de derecho procesal civil* (vol. I, pp. 18-95). Buenos Aires: Ediar.
- Crevelin, D. (2017). O caráter mítico da cooperação processual. *Empório do direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/abopro-10-o-carater-mitico-da-cooperacao-processual-por-diego-crevelin-de-sousa>
- Crevelin, D. (2020). El carácter mítico de la cooperación procesal. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 8(1), 71-142.
- Correia de Mendonça, L. (2002). *Direito processual civil. As origens em Alberto dos Reis*. Lisboa: Quid Juris.
- Correia de Mendonça, L. (2007). Vírus autoritário e processo civil. *Julgars*, (1), 67-98.
- Dahl, R. A. (1957). The Concept of Power. *Behavioral Science*, 2(3), 201-215. <https://doi.org/10.1002/bs.3830020303>
- Damaška, M. (1986). *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press.
- Dei Vecchi, D. (2016). La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva. En J. Ferrer y C. Vázquez (eds.), *Debatiendo con Tanuffo* (pp. 269-291). Madrid: Marcial Pons.
- Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Puno: Zela.
- Delfino, L., & Crevelin, D. (2018). Levando a imparcialidade a sério: o (mau) exemplo da Súmula n. 252 do Supremo Tribunal Federal (e do art. 971, parágrafo único, do Código de Processo Civil). *Revista Brasileira de Direito Processual*, (101), 49-69.

- Didier Jr, F. (2020). Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. *Curso de direito processual civil* (22da ed., vol. I). Salvador: Juspodivm.
- Dinamarco, C. (2013). *A instrumentalidade do processo* (15ta ed.). São Paulo: Malheiros.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (P. Andrés y otros, trads.). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la Democracia* (P. Andrés y otros, trads.; vol. I [Teoría del Derecho]). Madrid: Trotta.
- Ferraz Jr, T. S. (2003). *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação* (4ta ed.). São Paulo: Atlas.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2da ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (36). <https://doi.org/10.7203/cefd.36.10632>
- Fiss, O. (1982). The Social and Political Foundations of Adjudication. *Law and Human Behavior*, 6(2), 121-128. <https://doi.org/10.1007/bf01044858>
- Fiss, O. (1983-1984). Against Settlement. *The Yale Law Journal*, 93(6), 1073-1092. <https://doi.org/10.2307/796205>
- Fiss, O. (1985). Two Models of Adjudication. En R. A. Goldwin y W. A. Schambra (eds.), *How Does the Constitution Secure Rights?* (pp. 36-49). Washington, D. C.: American Enterprise Institute for Public Policy Research.
- Forst, R. (2015). Noumenal Power. *The Journal of Political Philosophy*, 23(2), 111-127.
- Genn, H. (2012). What is Civil Justice for Reform, ADR, and Access to Justice. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 24(1), 397-418.
- Giabardo, C. V. (2017). Private Law in the Age of the “Vanishing Trial”. En K. Barker, K. Fairweather y R. Graham (eds.), *Private Law in the 21st Century* (pp. 547-570). Londres: Bloomsbury Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781509908615.ch-026>
- Giabardo, C. V. (2020). Private Justice: The Privatisation of Dispute Resolution and the Crisis of Law. *Wolverhampton Law Journal*, (4), 14-31.
- González Álvarez, R. (2013). *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: Ara.
- Haack, S. (2016). La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo. En J. Ferrer y C. Vázquez (eds.), *Debatiendo con Taruffo* (pp. 311-339). Madrid: Marcial Pons.

- Lahav, A. (2016). The Roles of Litigation in American Democracy. *Emory Law Journal*, (65), 1657-1704.
- Lahav, A. (2017). *In Praise of Litigation*. Nueva York: Oxford University Press.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Lukes, S. (2007). *El poder. Un enfoque radical* (2da ed. español; J. Deike y C. M. Ramírez, trads.). Madrid: Siglo XXI.
- Marinoni, L. G. (2004). *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Marinoni, L. G. (2006). *Teoria geral do processo* (5ta ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Marinoni, L. G., Arenhart, S. C., & Mitidiero, D. (2017). *Novo curso de processo civil* (3ra ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Martí, J. L. (2006). *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Menkel-Meadow, C. (1995). Whose Dispute is it Anyway: Philosophical and Democratic Defense of Settlement (in Some Cases). *Georgetown Law Journal*, 83(7), 2663-2696.
- Mitidiero, D. (2013). *Cortes superiores e cortes supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Mitidiero, D. (2016). Dos modelos de cortes de vértice: Cortes superiores y cortes supremas (R. Cavani, trad.). En M. Taruffo, L. G. Marinoni y D. Mitidiero (coords.), *La misión de los tribunales supremos* (pp. 77-120). Madrid: Marcial Pons.
- Montero Aroca, J. (2001). *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, J. (2003). El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Ius Et Veritas*, 16(33), 208-219.
- Montero Aroca, J. (2006). El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. En J. Montero Aroca (coord.). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (pp. 129-165). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Nieva Fenoll, J. (2014). *Derecho procesal I. Introducción*. Madrid: Marcial Pons.
- Nogueira, P. H. (2016). *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm.
- Pérez Ragone, A. (2014). El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XLII), 523-551. <https://doi.org/10.4067/s0718-68512014000100016>

GARANTISMO Y
PUBLICISMO EN
EL PROCESO CIVIL:
UN ENFOQUE
ANALÍTICO

GARANTISM AND
PUBLICISM IN CIVIL
PROCEDURAL LAW:
AN ANALYTICAL
APPROACH

- Pereira, M. C. (2018). Processo e ideologia (em sentido amplo e estrito): um novo horizonte à compreensão do fenômeno processual. *Revista Brasileira de Direito Processual*, (103), 283-296.
- Picardi, N. (2012). Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, (2), paper 16, 1-28.
- Picó i Junoy, J. (2006). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. En *Proceso civil e ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (pp. 109-127). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Priori Posada, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius et Veritas*, (26), 273-292.
- Priori Posada, G. (2005). El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites. *Ius et Veritas*, (30), 171-200.
- Priori Posada, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Raatz, I. (2019). O juiz defensor da moral, o juiz defensor da verdade e o juiz defensor da lei: instrumentalismo, cooperativismo e garantismo processual [1]. *Empório do direito*. <https://emporiododireito.com.br/leitura/6-o-juiz-defensor-da-moral-o-juiz-defensor-da-verdade-e-o-juiz-defensor-da-lei-instrumentalismo-cooperativismo-e-garantismo-processual-1>
- Raatz, I., & Anchieta, N. (2018). Uma “teoria do processo” sem processo? A breve história da uma ciência processual servil à jurisdição. *Revista Brasileira de Direito Processual*, (103), 173-192.
- Ramos, G. G. (2013). Aspectos semânticos de uma contradição pragmática. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem. En F. Didier Jr., J. R. Nalini, G. G. Ramos y W. Levy (coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual* (pp. 245-253). Salvador: JusPodivm.
- Resnik, J. (1986). Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline. *University of Chicago Law Review*, (53), 494-560. <https://doi.org/10.2307/1599648>
- Resnik, J. (2003-2004). To Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. *University of Miami Law Review*, (58), 173-200.
- Resnik, J. (2004). Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, 1(3), 783-842. <https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2004.00024.x>
- Resnik, J. (2014a). The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure at 75. *University of Pennsylvania Law Review*, 162(7), 1793-1838.
- Resnik, J. (2014b). Reinventing Courts as Democratic Institutions. *Daedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 143(3), 9-27. https://doi.org/10.1162/daed_a_00284

GARANTISMO Y
PUBLICISMO EN
EL PROCESO CIVIL:
UN ENFOQUE
ANALÍTICO

GARANTISM AND
PUBLICISM IN CIVIL
PROCEDURAL LAW:
AN ANALYTICAL
APPROACH

Sarlet, I. W., Marinoni, L. G., & Mitidiero, D. (2012). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Searle, J. R. (2010). *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195396171.001.0001>

Sotomayor, E. (2019). La búsqueda de la verdad como finalidad del proceso. En R. Cavani (coord.), *Garantías procesales y poderes del juez* (pp. 194-219). Puno: Zela.

Sotomayor, E. (2020). *Una perspectiva crítica sobre el paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional*. https://www.academia.edu/42883709/Una_perspectiva_cr%C3%ADtica_sobre_el_paso_del_Estado_de_Derecho_al_Estado_Constitucional

Tarello, G. (1989). La riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice di procedura civile. En R. Guastini y G. Rebuffa (*a cura di*), *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile* (pp. 7-109). Bolonia: Il Mulino.

Taruffo, M. (1980). *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bolonia: Il Mulino.

Taruffo, M. (1997). Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (2), 315-329.

Taruffo, M. (2001). Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, (36), 27-48. <https://doi.org/10.5380/rfd.ufpr.v36i0.1780>

Taruffo, M. (2009). Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio. *Páginas sobre justicia civil* (M. Aramburo, trad.; pp. 365-277). Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (D. Accatino, trad.). Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2020). Riflessioni su garantismi e garanzie. *Verso la decisione giusta* (pp. 15-26). Torino: Giappichelli.

Van Rhee, C. H. (2005). Introduction. En C. H. van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure* (pp. 3-23). Oxford: Intersentia.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales
Allgemeine Gerichtsordnung ([Austria], 1781).

Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten ([Prusia], 1793).

Brown vs. Board of Education, 347 U.S. 483. Sentencia (Corte Suprema [Estados Unidos], 17 de mayo de 1954).

Code de Procédure Civile ([Francia], 1806).

Codice di Procedura Civile ([Italia], 1940).

Código de Processo Civil ([Brasil], 2015).

468

Código Procesal Civil ([Perú], 1993).

Constituição da República Federativa ([Brasil], 1988).

Constitución Política ([Perú], 1993).

Ley de Enjuiciamiento Civil ([España], 2000).

Zivilprozessordnung (ZPO) ([Alemania], 1895).

Recibido: 30/11/2020

Aprobado: 10/09/2021