



Nuevo Derecho

ISSN: 2011-4540

nuevo.derecho@iue.edu.co

Institución Universitaria de Envigado

Colombia

González Jaramillo, Jose Luis
LA ACCIÓN PROCESAL, ENTRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y
EL ACCESO A LA JUSTICIA
Nuevo Derecho, vol. 14, núm. 23, julio-diciembre, 2018, pp. 1-23
Institución Universitaria de Envigado

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=669770735002>

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

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA ACCIÓN PROCESAL, ENTRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

Jose Luis González Jaramillo

“(...) el amor es la más importante
fuente de felicidad y de desgracia.”

(Kelsen, ¿Qué es la justicia?, 2005, pág. 10)

“(...) solamente donde existen esos conflictos aparece
la justicia como problema.

Cuando no hay conflictos de intereses
no hay tampoco necesidad de justicia.”

RESUMEN

La teoría del derecho es un campo que por naturaleza enfrenta enfoques de la filosofía del derecho, corrientes jurídicas e ideologías políticas, este escrito intenta analizar cómo en la teoría del derecho procesal, a través de los conceptos de acción, tutela judicial efectiva y acceso a la administración de justicia, se traslada ese campo de batalla, entre la filosofía, la ciencia jurídica y la ideología. Este artículo intenta analizar las categorías enfrentadas para poder deconstruir los contenidos de los conceptos procesales, de manera que hay una diferencia conceptual y analítica entre estos conceptos.

- Artículo derivado del proyecto de investigación “Los falsos dilemas del neoconstitucionalismo: una mirada crítica a las grandes corrientes jurídicas”, desarrollado por el Semillero de Teoría y Filosofía del Derecho, perteneciente al Grupo Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. El proyecto se encuentra inscrito en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI- de la misma Universidad. El investigador principal es el profesor Julián David Agudelo Osorio; los co-investigadores son Larry Isaza Marín, Jose Luis Sánchez Cardona, Jose Luis González Jaramillo, Octavio Macías González, Juan David Montoya Penagos, Luz Astrid Álvarez Patiño y participaron como estudiantes en formación Jhon Fredy Ríos Agudelo y Julián Alberto Hincapié Restrepo.

Abogado de la Universidad de Antioquia. Litigante, profesor de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura (sede Medellín). Artículo presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2017. Correo electrónico: jose.gonzalezj@udea.edu.co; josegoja@gmail.com.

(Kelsen, ¿Qué es la justicia?, 2005, pág. 16)

PALABRAS CLAVE

Acción procesal, acceso a la justicia, corrientes jurídicas, derecho a la jurisdicción, enfoques del derecho, falsos dilemas, ideología procesal y tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

The theory of law is a field that by nature confronts approaches to the philosophy of law, legal currents and political ideologies. This paper attempts to analyze how in the theory of procedural law, through the concepts of action, effective judicial tutelage and access to the administration of justice, this battlefield is transferred between philosophy, legal science and ideology. This article attempts to analyze the categories confronted in order to deconstruct the contents of procedural concepts, so that there is a conceptual and analytical difference between these concepts.

KEY WORDS

Procedural action, access to justice, legal currents, right to jurisdiction, legal approaches, false dilemmas, procedural ideology and effective judicial protection.

INTRODUCCIÓN

Fácilmente puedo advertir que algunos contemplen este texto como una persistencia terca en un concepto tradicional del derecho procesal, que ya parece superado, de tal forma que las reflexiones plasmadas son consideradas – según denuncia De la Oliva Santos -: “(...) museos de reliquias doctrinales (o de doctrinas y tesis momificadas) (...) [que] no explican ninguna discusión” (1980, pág. 2) ; si bien pienso todo lo contrario, soy consciente – debo admitirlo – que pueda equivocarme; el concepto de acción es clásico, no por lo que significó para la ciencia procesal, sino por lo que significa para ella, de tal manera que el derecho procesal “puede perfeccionarse sin tratar de nuestro tema, pero mucho más dudoso me parece que se imparta mejor la justicia prescindiendo de él” (De la Oliva Santos, 1980, pág. 3).

Este artículo tiene la intención de resolver un interrogante que Andrés de la Oliva Santos le pareció intrascendente o en su momento secundario y es el de verificar ¿a cuál realidad jurídica conviene más el término acción?, este texto intenta de manera analítica determinar “si se denomina acción a esto o a lo otro, o si la acción es aquello o lo de más allá” (1980, pág. 11). Esto es, si es lo mismo el concepto de acción, la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia.

Este artículo se divide en nueve capítulos; en los tres primeros capítulos se describirá cuáles son los falsos dilemas de la teoría del derecho y analizaremos la posibilidad de que la teoría procesal participe de ellos, allí indagaremos sobre el concepto de ideología procesal. A partir del cuarto capítulo se intenta puntualizar cómo los conceptos antes enunciados parecen no tener diferencia conceptual, de allí que se intente analizar la construcción filosófica, teórica e ideológica de cada concepto, intentando concluir que puede presentarse una diferencia conceptual.

1. El derecho procesal, punto de encuentro entre falsos dilemas de la teoría del derecho

Se ha entendido por los estudiosos de la teoría del derecho que éste es un discurso iusteórico por naturaleza generalizable, un discurso – junto con la filosofía del derecho – abstracto y de alcance mundial, no por nada, Diego Eduardo López Medina, se refiere a esta como teoría trasnacional del derecho (2016, pág. 15), una teoría que puede explicar la configuración de cualquier ordenamiento jurídico nacional; y es bajo ese paradigma que las concepciones jurídicas allí situadas se presentan como posturas antagónicas y en claves de dilema, verbi gracia la visión naturalismo jurídico vs positivismo jurídico; positivismo jurídico vs neoconstitucionalismo; positivismo jurídico vs realismo jurídico...

Si bien, la teoría del derecho es la única que se encarga de estudiar las concepciones del derecho y por ello en principio es la única disciplina llamada a recibir esos dilemas; algunos discursos de dogmática jurídica han servido para reproducir a partir de sus categorías estas posturas en forma disyuntiva, bajo un sincretismo o reduccionismo teórico (Bobbio, 2016, pág. 25).

Este escrito pretende analizar un falso dilema que se presenta en el derecho procesal, donde discurren posiciones duales y en clave de dilemas, pero además posiciones que se convierten en falsos dilemas; por no identificar la ideología procesal propuesta – es decir, la función procesal a los cuales sirve –, la corriente jurídica que construye la categoría y el enfoque desde el que se estudia el fenómeno jurídico, verbi gracia los conceptos de acción procesal, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, componen tales problemáticas.

De entrada entonces podemos formular una hipótesis: el derecho procesal es también un campo de batalla donde se presenta la lucha de las corrientes jurídicas en clave de falso problema, por un lado, debido a las categorías que responde la corriente jurídica y por el otro lado, a la falta de reconocimiento de los enfoques jurídicos e ideologías políticas con los que se construyen las categorías jurídicas, en este caso procesales.

¹Al respecto confrontar el texto “Falsos dilemas en el Neo constitucionalismo” del profesor Julián David Agudelo Osorio, en proceso de publicación en la Revista Estudios de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, producto del proyecto de investigación “Los falsos dilemas del neoconstitucionalismo: una mirada crítica a las grandes corrientes jurídicas”, desarrollado por el Semillero de Teoría y Filosofía del Derecho, perteneciente al Grupo Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. El proyecto se encuentra inscrito en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– de la misma Universidad. El investigador principal es el profesor Julián David Agudelo Osorio; los co-investigadores son Larry Isaza Marín, Jose Luis Sánchez Cardona, Jose Luis González Jaramillo, Octavio Macías González, Juan David Montoya Penagos, Luz Astrid Álvarez Patiño y participaron como estudiantes en formación Jhon Fredy Ríos Agudelo y Julián Alberto Hincapié Restrepo.

2. la teoría del derecho procesal: ¿teoría trasnacional del derecho?

Si bien en el apartado anterior se afirmó que el derecho procesal es un escenario donde se trasladó la discusión de las concepciones o corrientes jurídicas, es decir un nuevo campo de batalla de las corrientes jurídicas, no se puede afirmar – por lo menos en principio – que la teoría del derecho procesal sea una teoría trasnacional, es decir no hay una teoría trasnacional del proceso; no, por lo menos, en la forma de lo que López Medina denomina teoría trasnacional del derecho (TTD) (2016, pág. 15), a partir de conceptos como los trasplantes, transmutaciones jurídicas, sitios de producción y sitios de recepción, que dan cuenta del viraje de la teoría del derecho.

Para López Medina, la teoría del derecho, es decir, la iusteoría, “después de todo, es el más abstracto de todos los discursos acerca del derecho y por este mismo motivo es el tipo de discurso académico que puede con mayor facilidad atribuirse de desapego frente a minuciosidades regionales, nacionales o locales” (2016, pág. 11).

La pregunta es entonces: ¿la teoría procesal reviste también un nivel de abstracción propicio sobre el cual debe predicarse que hay una teoría trasnacional del derecho procesal?

Michele Taruffo – estudiando este fenómeno - propone estudiar el proceso judicial, objeto del derecho y sustento de la teoría procesal, desde el concepto de cultura jurídica, no obstante con la aclaración de que no encuentra “convinciente la distinción entre culturas nacionales y cultura universal. Refiriéndose solamente a la cultura que tiene relación con el Derecho, y específicamente a la subcultura que se ocupa del proceso” (2009, pág. 190).

Y es que debe quedar claro, tal y como lo afirma Duncan Kennedy, que “[i]n the contemporary period it would seem that a plausible account of legal differences would have to take into account the influence of ideological conflict in the production of law, including legal interpretation” (2012, pág. 37).

Por ello, Taruffo propone el concepto de cultura técnica procesal que se ocupa de crear, discutir, interpelar, interpretar y aplicar los dispositivos del proceso; el cual es un mecanismo, un instrumento, que deviene al servicio, a las finalidades para las cuales se crea (2009, pág. 193).

De manera que “el proceso no es pura técnica, y su conocimiento no se agota en la cultura técnica. La técnica sirve para fabricar el instrumento procesal, mientras que la ideología determina los objetivos que el proceso debería conseguir” (Taruffo, 2009, pág. 195). En palabras de Cappelletti, “todo instrumento impone a su vez, en la técnica de su operar, algunas reglas de esa técnica, reglas que deberán por cierto ser siempre respetuosas de los fines a los cuales el instrumento ha de servir” (1974, pág. 24).

²La cultura técnica se construye en un ámbito nacional en tanto los juristas domésticos o nacionales, en el ejercicio de la dogmática procesal, se preocupan de la construcción de una teoría o proceso nacional, por lo tanto ignoran la existencia de teorías extranjeras, por motivos – según Taruffo – que “van desde la ignorancia de cualquier lengua extranjera hasta el chovinismo nacionalista y autárquico según el cual no vale la pena saber que hacen los demás, porque somos capaces de hacerlo todo nosotros mismos” (2009, pág. 193).

Así, “[u]n modelo procesal -y esto vale para todos los modelos de proceso- nace, pues, de la combinación de opciones ideológicas y de instrumentaciones técnicas” (Taruffo, 2009, p. 195); la relación medio (instrumento) - fin (ideología), es entonces la pretensión de abstracción del discurso procesal, que se erige a partir de una definición de las ideologías del proceso y de allí la estructuración de los instrumentos conforme a ellas.

Así lo explica Mauro Cappelletti:

[e]l derecho procesal no es en verdad un fin en sí mismo, sino instrumento para el fin de la tutela del derecho sustancial, público y privado; está, en suma, por decirlo así, al servicio del derecho sustancial, del cual tiende a garantizar la efectividad, o sea la observancia, y, para el caso de inobservancia, la reintegración.

La instrumentalidad del derecho procesal y, por ende, la técnica del proceso, impone sin embargo una consecuencia de gran importancia. Al igual de todo instrumento, también ese derecho y esa técnica deben en verdad adecuarse, adaptarse, conformarse lo más estrechamente posible a la naturaleza particular de su objeto y de su fin, o sea a la naturaleza particular del derecho sustancial y a la finalidad de tutelar institutos de ese derecho. Un sistema procesal será tanto más perfecto y eficaz, cuanto más sea capaz de adaptarse sin incoherencias, sin discrepancias, a esa naturaleza y a esa finalidad. (1974, págs. 5-6)

Las ideologías para Taruffo se clasifican así, la primera entiende que el proceso es la reproducción del Estado Liberal y del liberalismo político, esto es, la libertad representada en la autonomía de la voluntad privada (2009, pág. 196); con la crisis de esta ideología, apareció como nuevo paradigma, una función social asignada al proceso jurisdiccional (2009, pág. 196) impulsado por el Estado de Bienestar del siglo XIX, donde el proceso era un escenario - más - de lucha de clases; y más adelante, luego de la Segunda Guerra Mundial, aparece la cultura de las garantías, donde las partes “se sirven de la garantía representada por la jurisdicción para obtener la protección de sus situaciones jurídicas” (2009, pág. 197); y por último, la cultura constitucional, que aduce que esa protección sea siempre eficiente y efectiva, de manera que los principios constitucionales deben determinar que el proceso jurisdiccional “sea accesible a todos, rápido, simple, poco costoso y capaz de satisfacer de manera adecuada las necesidades de tutela de los ciudadanos” (2009, pág. 197).

Así las cosas, elegida alguna de estas ideologías procesales, se estructura el rol de los instrumentos que Taruffo enuncia: la figura y el papel del juez, la estructura del procedimiento, las pruebas, los métodos alternativos de resolución de conflictos y el sistema de impugnaciones (2009, pp. 198 - 208).

En ese orden de ideas, el nivel de abstracción del discurso jurídico que compone la teoría procesal no se compadece con el discurso que compone la teoría del derecho; por un lado esta se compone por concepciones y corrientes del derecho; mientras aquella de ideologías en las funciones del Estado, para ser utilizadas como técnicas en el proceso judicial.

³Al respecto el profesor Prieto Quintero, sostiene que “se está en presencia de una nueva corriente ideológica en el ámbito del Derecho. Ella surge de la concepción moderna del Estado Constitucional y predica la panacea constitucional y la normalización de los preceptos de este orden como solución para resolver jurídicamente los conflictos” (2001, pág. 9).

No es gratuito que las características de la ciencia se entienda, “por contraste con los de la metafísica o la ideología, y estos caracteres se van haciendo cada vez más nítidos, más puros, mientras más atrás queda la metafísica, como lo muestra la historia del positivismo hasta hoy” (Espinosa, 1986, pág. 330).

3. Enfoques y corrientes jurídicas

La filosofía del derecho se ha encargado de clasificar y definir los campos de reflexión para el estudio del fenómeno jurídico, estos campos se resumen en tres enfoques o perspectivas fundamentales: la teoría de la justicia, la teoría del derecho y la sociología del derecho; - que a su vez coincide con las calidades normativas: justicia, validez y eficacia -. Norberto Bobbio define aquellas como las tres funciones de la filosofía del derecho, 1) deontológica, 2) ontológica, y 3) fenomenológica (2016, págs. 23-24).

El enfoque que detenta la teoría de la justicia implica la reflexión en torno a los valores supremos e inescindibles del derecho, en otras palabras, trata de explicar los “fines sociales cuyo instrumento de realización más adecuado son los ordenamientos jurídicos, con su conjunto de reglas y de instituciones” (Bobbio, 2016, pág. 23).

Ahora, la teoría del derecho es el enfoque que estudia el fenómeno jurídico como una construcción lógica denominada sistema jurídico; a partir de tesis como la validez, la obligatoriedad y su diferenciación con otros conjuntos normativos para la realización de la justicia, desde una perspectiva analítica que puedan predicarse sobre el derecho en general y no sobre un ordenamiento jurídico en un tiempo específico (Bobbio, 2016, pág. 23).

No puede confundirse la teoría del derecho con la dogmática jurídica. Dentro de las dimensiones del ordenamiento jurídico encontramos: a) leyes, b) el hecho jurídico, c) la jurisprudencia y d) la doctrina (Vergara Blanco, 2016, págs. 393-394). Ésta última permite construir la estructura de las disciplinas jurídicas, elementos para solución de casos difíciles – es decir, interpretación de las normas que componen este campo -, formulación de teorías, categorización de los principios generales del saber y la sistematización de normas (Vergara Blanco, 2016, págs. 395-396); de manera que este saber es siempre especializado en un campo o disciplina del derecho.

Por último, el estudio de la producción del derecho, la efectiva aplicación y cumplimiento del derecho es una preocupación para la sociología del derecho, esto evidenciando el derecho como un fenómeno interdisciplinario, es decir, político, histórico, social y económico (Bobbio, 2016, pág. 23).

Para Lista y Begala, es claro que dentro de la sociología del derecho no hay un único método, sino un conjunto de métodos (2016, pág. 255), estos son: a) el modelo positivista de ciencia, donde Comte y Durkheim, abogaron y construyeron el modelo de las ciencias naturales para explicar los fenómenos sociales (2016, pág. 255); b) el modelo comprensivo e interpretativo, que se presentó como una reacción al modelo positivista, advirtiendo que el

⁴Y es desde la filosofía, porque “mientras la ciencia se ocuparía de los hechos que acaecen y los objetos que están en mundo, dándonos información o nuevo conocimiento mediante enunciados empíricos, la filosofía se ocuparía de las ideas y de los conceptos, clarificando aquello que ya sabemos, mediante enunciados conceptuales o analíticos” (Morales Luna, 2016, pág. 158).

método se construye, no se descubre (2016, pág. 257); por último, c) el modelo crítico, que tiene por objetivo más que la producción de conocimientos para explicar la realidad social, la transformación de ésta, como dirían los autores en comento, estas teorías críticas pretenden “algún tipo de praxis emancipadora” (2016, pág. 259).

De manera que las corrientes jurídicas y en especial el positivismo jurídico, el realismo sociológico y el neo constitucionalismo, representan el pensamiento contemporáneo que la filosofía del derecho ha determinado como concepto del derecho; estas concepciones o corrientes reflejan, “tres aptitudes típicas ante el problema de la noción universal de lo jurídico: la del jurista dogmático, la del sociólogo jurista y la del filósofo del derecho” (García Máynez, 2002, pág. 7).

Los tres enfoques del derecho, son tres aspectos de un solo problema: la búsqueda de una mejor organización de la vida de los hombres, de los ciudadanos; no obstante desde el punto de vista teórico es esencial aportar una distinción de estos tres enfoques, pues de lo contrario no trazar diferencias, implicaría construir categorías o conceptos bajo la denominación de un sincretismo teórico o lo que Bobbio denomina, un reduccionismo teórico (2016, pág. 25), que es lo que el derecho natural (Bobbio, 2015, pág. 153), el positivismo ideológico (Bobbio, 2007, pág. 46), el neoconstitucionalismo ideológico (Comanducci, 2010, pág. 99) y el realismo jurídico (Bobbio, 2016, pág. 25) representan; es decir, discursos que “evocando un pretenciosa interdisciplinariedad, produzcan un híbrido absolutamente incomprensible” (González Zapata, 2011, pág. 235).

Tal distinción va a influenciar las teorías metodológicas del derecho pues genera un dualismo en los discursos iusmetodológicos, esto es, la distinción entre los tipos de investigación jurídica básica (teoría del derecho y dogmática jurídica) y la investigación jurídica aplicada o investigación sociojurídica (sociología del derecho, antropología jurídica, historia del derecho, etc.) (Uribe Álvarez, 2016, págs. 47-48); proyectando así, un mejor análisis de los fenómenos jurídicos.

4. Falsos dilemas en la teoría procesal: ¿conceptos sinónimos?, ¿sincretismo o reduccionismo teórico?

Ahora bien, la aparición de constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, ha reproducido la presencia de discusiones jurídicas pertenecientes al ámbito de la teoría del derecho de forma antagónica y algunas en claves de falso dilema; en el derecho procesal escenario donde se traslada ese campo de batalla, uno de los puntos que mejor puede representar esa situación son los conceptos de acción procesal, derecho a la jurisdicción, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

Hoy parece que el derecho de acción desaparece de la teoría procesal y es sustituido por el concepto de tutela judicial efectiva, el cual se entiende como sinónimo del concepto

⁵La sociología se planteó como un campo del conocimiento del derecho, conformada por la fuerte influencia de los estudios jurídicos, no obstante sus trabajos fueron críticos a las concepciones dominantes, en especial al positivismo jurídico (Lista & Begala, 2016, pág. 253). La sociología del derecho se ubica en el intersticio de dos disciplinas con autonomía metodológicas, epistemológica y teóricas: la sociología y los estudios jurídicos-legales (Lista & Begala, 2016, pág. 254).

de acceso a la justicia; este fenómeno donde dos extremos muestran tesis contrarias pero se venden como las únicas posibles, no es más que un falso dilema; la intención de esta escrito es deconstruir dicho dilema aparente.

En la doctrina es claro que hay un sincretismo conceptual, incluso para De la Oliva Santos, la acción es el “derecho a una concreta tutela jurisdiccional dirigido frente al Estado – el tribunal no es sino un órgano del Estado – y respeto de un adversario, derecho cuya satisfacción consiste en la sentencia que concede dicha tutela contra el actor” (1980, pág. 16).

De manera que para el profesor español, el concepto de acción como derecho a la tutela jurisdiccional permite dar origen al proceso, con la simple afirmación de ese derecho contenido, es decir, “la acción es un acto jurídico capaz de provocar la actuación de los órganos de la Jurisdicción” (1980, pág. 28).

Bajo la misma confusión teórica, Moreno Ortiz entiende el acceso a la justicia, veamos:

el acceso a la justicia, considerado como objeto de conocimiento, desde el punto de vista de la teoría jurídica, puede ser (1) un supuesto necesario de las instituciones políticas (Estado), a las que justifica; (2) un derecho fundamental de las personas, que debe ser preservado por ellas mismas y por las instituciones políticas; y (3) un elemento integrante del núcleo esencial de uno o varios derechos fundamentales. (Moreno Ortiz, 2000).

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el concepto de acceso a la justicia abarca las nociones de acción procesal, tutela judicial y acceso a la administración de justicia. Dicha utilización de los conceptos como sinónimos no es afortunada; no se compadece con su función en el proceso jurisdiccional; no se tiene en cuenta las corrientes jurídicas e ideologías que corresponden; y por último, cada concepto parte de reflexiones y enfoques del derecho muy diferentes.

Dicho sincretismo conceptual se evidencia en Sentencia C-004 de 1995, allí la Corte sostiene:

El acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental cuyo alcance no puede

⁶La noción de Constitución desde una concepción positivista y legalista del derecho, no es más que una norma jurídica de un alto rango; es decir, “implica la idea de una jerarquía de las formas jurídicas” (Kelsen, La garantía jurisdiccional de la Constitución, 1994, pág. 11), para esta concepción del derecho, la Constitución es ante todo una norma de organización y de procedimiento, que busca regular la producción de normas. Lo cierto es que el constitucionalismo europeo de postguerra, pues incentivó la versión más ortodoxa de Constitución, caracterizado por una revisión al dogma del positivismo jurídico, “tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política, es decir, de erradicación de los males más característicos de las dominaciones políticas (o, si no, no es constitución)” (Aguiló Regla, 2003, pág. 150).

⁷No obstante, De la Oliva Santos, constantemente advierte la faceta extra procesal del derecho de acción; así: “tengo el derecho a que se dicte respecto de una persona determinada sentencia con una concreta condena, desde el preciso momento en que dan unas condiciones jurídico-materiales. Cuestión distinta es que quiera ejercitar ese derecho o que lo ejercite en las condiciones requeridas para que sea satisfecho” (1980, pág. 96).

concebirse dentro de los estrechos moldes de una posibilidad formal de llegar ante los jueces, o en la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados. Su núcleo esencial reside en la certidumbre de que, ante los estrados judiciales, serán surtidos los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con la objetividad y la suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión.

De igual manera en la Sentencia C-279 de 2013, la Corte afirma:

El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”.

Y de una manera más ilustrativa, la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996 determinando el alcance del concepto de acceso a la administración de justicia, advierte:

la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados.

Este texto tiene por intención diferenciar analíticamente dichos conceptos, a partir de sus funciones e ideologías (instrumento-fin) como objeto de estudio del derecho procesal, la corriente jurídica propia que alimenta dichas categorías y con el enfoque jurídico sobre el cuál se han propuesto y construido, para demostrar entonces que son falsos dilemas o dilemas aparentes – en forma de reduccionismo - y que deben ser advertidos en la disciplina procesal.

En palabras de Duncan Kennedy:

It seems clear (at least to me) that depending on where one places oneself on the scale between positivism and critique, one is more or less likely to practise the first hermeneutic of suspicion. And this difference between positivist and critics is an ideological one (...) Ideological analysis of legal texts has the built-in controversial element that the analyst is necessarily ideologically embedded in one or another attitude on this spectrum. (2012, pág. 45).

⁸Al respecto, en las siguientes sentencias puede evidenciarse dicha situación: C-346 de 1997, T-323 de 1999, C-728 de 2000, C-1512 de 2000, C-204 de 2001, C-1104 de 2001, C-309 de 2002, C-426 de 2002, C-662 de 2004, C-279 de 2013, SU-768 de 2014.

5. El derecho a la jurisdicción o el derecho al acceso a la jurisdicción: la acción procesal

La teoría de la acción en términos khunianos podríamos clasificarla así: a) preciencia, esto es la acción en el Código Hammurabi, en las XII Tablas en el derecho romano, y en la exégesis; b) procesalismo científico, desarrollado por la escuela española, francesa, alemana e italiana, en su orden; c) crisis científicas, lideradas por corrientes críticas de la sociología del derecho; de revolución científica o explosión neoconstitucional y e) nuevo paradigma: el derecho fundamental de acción. (González Álvarez, 2011, págs. 200-201)

La preciencia del concepto de la acción es descrita por Giovanni Tarello, a través de la controversia de Windscheid y Muther, veamos:

[i]n un saggio di diritto romano attuale Bernhard Windscheid procedeva alla costruzione dogmatica dell'actio osservando che actio era null'altro che il diritto denominatio metaforicamente con riferimento alla sua nascita dalla tutela accordata (o promessa nell'editto) dal pretore; che nel caso dei diritti (soggettivo) come signoria sulla (altrui) volontà (...) (Tarello, 1989, pág. 35)

Al respecto, Couture sostiene que:

[l]os romanos construyeron un magnifico sistema jurídico sobre la base de las acciones. Era el suyo un derecho de acciones. Pero no se advierte en él claramente la doble estructura del derecho de un particular frente a otro particular por una parte, y el derecho del particular frente al Estado, por otra. (1978, pág. 19).

Ahora, el procesalismo científico es desarrollado por las doctrinas españolas y francesas, las cuales se encargaban del estudio de la acción procesal, posteriormente apareció la escuela italiana como fruto y producto de los avances de las tesis alemanas (Couture, 1978, pág. 8).

De manera que la doctrina española de los siglos XVIII y XIX reproducía el dogma romano: *actio nihil aliud est qua mihi persequendi in iudicio quod sibi debetur*, que traduce “la acción no es sino el derecho a perseguir en juicio lo que se nos debe” (Couture, 1978, pág. 7); como respuesta, la doctrina francesa sostenía que la acción es “la manifestación dinámica del derecho. Ninguna diferencia sustancial existe entre el derecho y la acción” (Couture, 1978, pág. 7).

Al respecto, la escuela alemana llegó a diferenciar el concepto de acción y pretensión;

a partir de la discusión (Windscheid & Muther, 1974), y tomando forma con Wach definiéndolo

⁹La tesis de Thomas Kuhn en lo que él define como “La Estructura de las Revoluciones Científicas” (1986), se desarrolla a través un método histórico y sociológico, éste encuentra cómo la ciencia brinda un recuento de episodios a partir de los cuáles es posible obtener un ciclo de evolución en los procesos científicos establecidos por una teoría que se evidencia normal, con un paradigma determinado que da respuesta a unas situaciones y escenarios, donde las teorías científicas entran en crisis o emergencia cuando el paradigma normal no responde a ciertas realidades, y a partir de un proceso de constatación, desembocará en la utilización de otro paradigma –ahora alternativo- que intenta estabilizar y normalizar siendo la respuesta y resolución a la crisis.

como un derecho autónomo, separado del derecho sustancial (Couture, 1978, pág. 11).

No obstante, según Eduardo Couture, es con Degenkolb – bajo el auspicio de la doctrina alemana - que se puede afirmar que la acción es completamente autónoma, en palabras del profesor Uruguayo, “[l]o que el demandado le podrá (sic) negar es su derecho a obtener una sentencia favorable, pero nunca su derecho a comparecer ante el tribunal. Éste es un derecho que pertenece aún a los que no tienen razón” (1978, pág. 13); diría De la Oliva: el “proceso se inicia lo mismo por quien tiene tal derecho que por quien carece de él” (1980, pág. 14).

El papel de la doctrina alemana es trascendental para el derecho procesal pues, para la ciencia del proceso, la disociación del derecho y la acción, es algo semejante a lo que ha representado para la física la disociación del átomo. Transformada la acción en un derecho autónomo, no solo se consagra su separación, sino la autonomía de toda esa rama del derecho que nosotros acostumbramos llamar, con palabras no totalmente difundidas aún en la escuela francesa, derecho procesal (Couture, 1978, pág. 12).

Ahora, la escuela italiana con Chiovenda, Carnelutti y Calamandrei parte de la corriente alemana y específicamente se debaten entre Degenkolb y Wach, determinando si es abstracta o concreta, es decir, si es un derecho que pertenece a los que tienen o no tienen razón (Couture, 1978, págs. 14-15).

La crisis de la acción científica, se da –entre otras razones- por la tergiversación con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la dualidad de la acción frente al derecho sustancial, el desinterés de su evolución como concepto, la disputa con el concepto de pretensión y en síntesis se da por comprender “un abanico de numerosas, irreconciliables y hasta contradictorias teorizaciones sobre la acción” (González Álvarez, 2011, pág. 206).

No es gratuito que Jordi Nieva Fenoll, sobre el concepto de acción, sostenga que nadie ha logrado identificar pacíficamente su contenido, ni tan siquiera su propia relevancia en el proceso. (...) Pero tras más de 150 años de discusiones sigue sin darse con una definición pacífica del concepto. Pese a lo cual, curiosamente, nadie duda en calificarlo de fundamental. Y me pregunto cómo se puede calificar a algo de fundamental cuando ni siquiera se sabe exactamente lo que es. (2009, pág. 19)

En todo caso, aunque la acción procesal ha tenido concepciones distantes y variables, Couture sostiene que puede haber un acuerdo en la doctrina actual en teorizarlo como un “poder jurídico del actor de provocar la actividad del tribunal. La acción, en último término, en su sentido más estricto y depurado, es solo eso: un derecho a la jurisdicción” (1978, págs. 18-19).

La acción procesal, es el “poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión” (Couture, 2004, pág. 47); en otras palabras es

¹⁰En esta doctrina de la acción “quedaba sin explicación asunto como lo que respecta a las obligaciones naturales, el grave problema de la demanda infundada, en el cual el actor mueve la acción hasta la sentencia sin un derecho efectivo que tutelar; el caso no menos grave de la acción satisfecha por haberse agotado el proceso, pero quedando el derecho insatisfechos por insolvencia del obligado. Y tantos otros casos” (Couture, 1978, págs. 9-10).

(...) el derecho a que la jurisdicción del Estado administre justicia o peor aún, el simple derecho a acceder a la jurisdicción ante la prohibición de la venganza privada y el monopolio del Estado para solucionar los conflictos. Esto es, el derecho a que el Estado te escuche en tus reclamos o de tus conflictos por medio de sus órganos jurisdiccionales. (Castilla Juárez, 2012, pág. 6)

Y es que no puede quedar duda alguna que la acción es esencial para el Estado de Derecho, en su misión de asegurar la paz de los ciudadanos con el imperio del derecho y la soberanía del mismo. La acción es el concepto que sirve a la función jurisdiccional en su destierro del uso de la venganza privada.

La acción entonces pertenece a una trilogía estructural de la teoría procesal: jurisdicción, acción y proceso. En palabras de Montero Aroca, dicha relación inicia con “la jurisdicción, que es el prius lógico como potestad y función, continúa con la acción que es el motor que pone en marcha la potestad jurisdiccional, para concluir con el proceso que es el medio de actuar de ésta” (1976, pág. 18).

No obstante, el mismo Couture advierte la necesidad de diferenciar la acción como concepto, la acción como derecho, y el concepto de pretensión. De tal forma que “el derecho de reclamar ante el Estado aparece en ciertos momentos confundido con el derecho material o sustancial” (2004, pág. 57).

De manera que la acción – continúa Couture – como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en tanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente. (2004, pág. 56)

Incluso, dicha reclamación que se eleva al Estado con “el surgimiento del derecho procesal se transforma en la acción como mecanismo que activa o abre la posibilidad para que un órgano del Estado conozca de una causa” (Castilla Juárez, 2012, pág. 5). El concepto de acción procesal, ejercicio de un poder político (Marinoni, 2015, pág. 15), debe ser entendido como una especie del derecho de petición, es la posibilidad, el derecho que tiene toda persona de formular un reclamo ante la autoridad, ante las entidades que ejercen la función jurisdiccional; y es que el poder judicial no tiene que ser excluido de los órganos ante los cuales los particulares pueden ejercer el derecho de petición, como los sostiene Eduardo Couture, las diferencias entre acción y derecho de petición “no pertenecen a la esencia sino

¹¹En palabras de Gimeno Sendra, el derecho de acción “es una conquista del Estado Liberal de Derecho. Al contrario del antiguo régimen, en donde el ejercicio del derecho de acción estaba sometido a condicionamientos económicos o sociales, en el Estado moderno la acción es un derecho cívico inherente a la personalidad y, como tal, corresponde a todo sujeto de derecho.” (1988, pág. 75).

¹²“La acción, pues, vive y actúa con prescindencia del derecho que el actor quiere ver protegido. No sólo la pretensión infundada, sino también hasta la temeraria, la pretensión improbus litigator, merece la consideración de la actividad jurisdiccional hasta su último instante” (Couture, 2004, págs. 57-58).

a la técnica de este derecho” (2004, pág. 63). La pretensión es un acto, la acción es un derecho.

6. La acción procesal como derecho fundamental

Luiz Guilherme Marinoni, representa un sector de la doctrina procesalista que ha insistido en rematerializar el concepto y el derecho de acción, en un derecho fundamental, que busca que en un Estado Constitucional los “derechos fundamentales materiales dependen, en términos de efectividad, del derecho de acción” (2015, pág. 31).

Situación que ha sido descrita por Gozaíni, advirtiendo que la acción tiene una naturaleza de orden “constitucional (podríamos decir, de derecho procesal constitucional), porque más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional.” (1995, pág. 664).

De manera que la “acción es un derecho fundamental (neo) constitucionalmente entendido” (González Álvarez, 2011, pág. 225); esta revolución implica ver la acción a través de un nuevo paradigma, el cual es “incompatible con el anterior (acción como derecho autónomo y abstracto) y con todos sus paradigmas alternativos” (González Álvarez, 2011, pág. 226). Incluso “[e]l derecho fundamental de acción se diferencia de sus garantías: el debido proceso y la tutela jurisdiccional” (González Álvarez, 2011, pág. 228).

Para Marinoni, el concepto de acción procesal, que se abstrae del derecho material, no se compadece con el Estado Constitucional y con los derechos fundamentales; por ende propone un derecho a la construcción de la acción adecuada para la tutela del derecho material y el caso concreto, lo que es obviamente autónomo con relación al derecho material y cuya legitimidad depende de la tutela judicial de derecho reclamada en juicio. (2015, pág. 124)

Lo que hace el neoconstitucionalismo con el derecho de acción, es intentar añadirle una garantía a la Constitución, que asigne el “derecho a utilizar las técnicas procesales idóneas para tutelar el derecho material y el caso concreto” (Marinoni, 2015, pág. 98).

Es tal la determinación de Marinoni y del procesalismo moderno en criticar el concepto de acción construido en la doctrina tradicional y en el paradigma científico, que para él, la teorización de la acción autónoma, preocupada en desojarla de cualquier vestigio de derecho

¹³Eduardo Couture, sostiene que la acción “no difiere, en su esencia, del derecho de petición ante la autoridad. Éste es el género, aquélla es una especie. Otras especies de derecho de petición, caracterizadas por formas y modalidades especiales, son la apelación de ciertos actos del gobierno municipal ante el Parlamento, el contencioso administrativo, la querella criminal, el ejercicio judicial de los derechos de rectificación y de respuesta inmediata, etc.” (2004, pág. 63).

¹⁴En palabras de González Álvarez, “no existe integrante de la comunidad científico-procesal que niegue la naturaleza de principio fundamental de la acción, lo que ocurre es que pocos la entienden en el canon (neo) constitucional. (...) La ciencia normal actual del proceso está en línea del canon (neo) constitucional” (2011, pág. 227).

(...) material, no solo negó la posibilidad de que el proceso considere el derecho material, sino que también identificó y organizó las sentencias – alrededor de la acción – a partir de criterios únicamente procesales. Siguiendo la lógica de la neutralidad respecto al derecho material, que caracterizaba la acción – puesta en el centro del sistema procesal –, los procesalistas delinearon las sentencias igualmente en abstracto. (Marinoni, 2015, pág. 79)

El derecho fundamental de acción implica un trabajo activo y coordinado de las ramas del poder público, de manera que hay un “deber del legislador de crear técnicas procesales idóneas para lograr de forma efectiva las distintas tutelas que promete el derecho material” (Marinoni, 2015, pág. 2); esto es “establecer procedimientos diferenciados según las necesidades de derecho material, da al legislador la oportunidad de trabajar en el ámbito procesal con la técnica de las cláusulas abiertas” (Marinoni, 2015, pág. 35); un deber en el juez que se encarga de “probar que las técnicas procesales prescritas por el legislador son idóneas para la tutela del derecho del actor de la acción y según las circunstancias del caso” (Marinoni, 2015, pág. 2); y por último crea para el ejecutivo “un deber de dotación presupuestaria, suficiente para propiciar que el Poder judicial estructure los órganos judiciales en número adecuado con relación a la demanda y dotados de funcionarios, equipos y tecnologías que posibiliten la eficiencia de la prestación jurisdiccional” (Marinoni, 2015, pág. 34).

El derecho fundamental de acción no se satisface con la manifestación de la pretensión o con una resolución de fondo, sino en la protección y el amparo del derecho sustancial, a través de técnicas procesales adecuadas para ello (Marinoni, 2015, pág. 33). Se observa entonces una similitud conceptual entre tutela judicial y el derecho de acción como derecho fundamental.

No obstante, no puede confundirse el orden temático del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y del derecho de acción; de manera que sí así sucede, este “ensombrecimiento es prácticamente imperceptible precisamente porque se sabe que la tutela judicial efectiva depende de una acción también efectiva o idónea, es decir, de un acción vinculada a un procedimiento y técnicas procesales capaces de permitir la tutela judicial efectiva (Marinoni, 2015, pág. 46).

En últimas, la relación que hay entre la tutela judicial y el derecho de acción es sencilla, quién debe tutela judicial al derecho, como respuesta al derecho de acción, es el Estado. Pero el derecho de acción, porque es el derecho a través del que se puede ejercer la pretensión a la tutela judicial del derecho material, es el derecho a una acción adecuada, valga decir, es el derecho que, entre otras técnicas procesales, exige la sentencia capaz de permitir la tutela del derecho material” (Marinoni, 2015, pág. 121).

¹⁵Al respecto, Marinoni sostiene que “[e]l juez, al contrario que el legislador, no “elige” la técnica procesal idónea, sino que “justifica” la técnica necesaria en virtud de las particularidades del caso concreto y su deber de prestar la efectiva tutela del derecho material sin causar un perjuicio innecesario al demandado” (2015, pág. 114).

7. La tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva nació en letra constitucional con el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, con una imprecisa redacción y ausente de expectativas, significando el término tutela, en un sencillo sentido lingüístico, “dirección, amparo o defensa de una persona respecto a otra” y no de un derecho (a la tutela) (González Álvarez, 2011, pág. 214)

Lo cierto es que con anterioridad a la promulgación de la Constitución española de 1978, por falta de norma fundamental que lo contemplara, discutían los autores sobre la naturaleza del derecho de acción, reclamando GUASP su pertenencia al campo del Derecho Político, y FAIREN, al Constitucional, si bien centrado su fundamento en el derecho de petición. A partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Estado se desvanecieron las dudas en torno a su configurado como derecho al libre acceso a los tribunales. (Gimeno, 1988, pág. 76)

La efectividad de la tutela, es operativizar una garantía, no un derecho, de allí que hay que diferenciar los derechos de las garantías, y garantías de derechos (González Álvarez, 2011, pág. 212); la tutela es una garantía, “por eso esta demás calificarla efectiva, sino nunca podrá ser derecho porque su ser se da gracias a la vinculación deóntica que tiene con un derecho (la acción) que es la que la genera” (González Álvarez, 2011, pág. 226)

El derecho a la tutela, no es una conquista del Estado Social o Constitucional, sino que dicho derecho debemos entenderlo como un elemento consustancial al Estado de Derecho, en cualquiera de sus modalidades (González Pérez, 1984, pág. 22), así, de un caos en que prevalecía la ley del más fuerte se pasó a un orden jurídico donde prevalecía el criterio de un sujeto imparcial, sustituyéndose la acción directa frente al adversario por la acción dirigida hacia el Estado, a fin de que órganos especialmente instituidos para ello acogieran y actuaran las pretensiones deducidas por un sujeto frente a otro. La historia de la sustitución de la autodefensa por el proceso ha sido, en definitiva, la historia de la sustitución de la ley de la selva por la civilización. (González Pérez, 1984, pág. 20)

La tutela judicial efectiva, podemos identificarla como tutela jurisdiccional, pues “sólo puede concebirse identificándola con la existencia de la Jurisdicción en general, esto es, identificándola con el conjunto de dispositivos destinados a satisfacer ciertos derechos concretos cuando existan” (De la Oliva Santos, 1980, pág. 12).

La tutela judicial efectiva requiere del acceso a la jurisdicción, dicho concepto se constituye como un derecho fundamental que tiene, ya no el ciudadano como en el caso del acceso a la jurisdicción, sino los sujetos procesales para que un órgano jurisdiccional resuelva de fondo cualquier controversia, con la excepción de que lo impida una razón fundada y determinada en norma legal, que no infrinja el contenido del derecho fundamental comentado (Castilla Juárez, 2012, pág. 8).

Dicho en otras palabras, “el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial” (Castilla Juárez, 2012, pág. 8).

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es desplegado en tres mo-

mentos: a) el acceso a la jurisdicción; b) una vez activada la jurisdicción, debe garantizarse la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y c) una vez haya sentencia, opere la plena efectividad de sus pronunciamientos (González Pérez, 1984, págs. 43-44), en palabras de Castilla Juárez, opera en la tutela judicial efectiva: el acceso a la jurisdicción, el debido proceso y la eficacia de la sentencia. (2012, pág. 13)

Ahora, esa decisión debe ser de fondo, pero ello implica que debe ser fundada en derecho, y por lo tanto puede ser favorable a la pretensión de uno o a la excepción de otro; este derecho “supone la posibilidad de formular cualquier tipo de pretensión, cualquiera que sea su fundamento y el objeto sobre el que verse” (González Pérez, 1984, pág. 56).

De manera que dicho concepto implica el “derecho a obtener una resolución fundada en derecho, que dé respuesta a lo que la acción plantea, por lo que se viola el derecho cuando el órgano jurisdiccional se niega a pronunciarse sobre algunos extremos” (González Pérez, 1984, pág. 43).

Es claro que la tutela efectiva exige que su contenido no se agote en la exigencia de que el ciudadano tenga acceso a la jurisdicción, defienda su pretensión, aporte y pida pruebas, y obtenga una sentencia de fondo; la tutela judicial se configura cuando el fallo judicial se cumple. Ya lo advierte Mitidiero: “la colocación de la tutela de los derechos como finalidad del proceso corresponde, en la dogmática procesal civil a la preeminencia reconocida a la persona humana ante el Estado en el plano constitucional” (La tutela de los derechos como fin del proceso civil en el Estado Constitucional, 2016, pág. 205)

Respecto al debido proceso y la relación con la tutela jurisdiccional, Daniel Mitidiero sostiene que el Estado Constitucional tiene el deber de tutelar de forma efectiva los derechos. Si esa protección depende del proceso, ella solo puede ocurrir mediante proceso justo. En el Estado Constitucional, el proceso solo puede ser comprendido como medio por el cual se tutelan los derechos en la dimensión de la Constitución. (2016, pág. 125)

Y es que el debido proceso es un principio fundamental en el Estado Constitucional, no solo en la configuración de instituciones procesales, sino en determinadas configuraciones de funciones estatales. No obstante, el Estado Constitucional “tiene por misión colaborar en la realización de la tutela efectiva de los derechos mediante la organización de un proceso justo; [sin olvidar que] (...) [e]l derecho al proceso justo busca asegurar la obtención de una decisión justa” (Mitidiero, Derecho fundamental al proceso justo, 2016, pág. 126); incluso para González Álvarez, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva “es un derecho del litigante o justiciable, imprescindible del derecho de acción y de la garantía del debido proceso, los cuales forman un solo derecho” (2011, pág. 215).

El debido proceso o el proceso justo, implica un proceso capaz de prestar tutela jurisdiccional adecuada y efectiva, en donde las partes participan en pie de igualdad y con paridad de armas, en contradictorio, con amplia defensa, con derecho a la prueba, ante un juez natural, en donde todos sus pronunciamientos son previsibles, confiables y motivados,

¹⁶El mismo Marinoni, determina que “si hay derecho de ejercer pretensión a la tutela del derecho a través de la acción, es evidente que el actor tiene derecho a ejercer la acción procesal que sea capaz de permitirle lograr la tutela judicial del derecho. Esto significa que el actor tiene, junto al derecho a la tutela judicial del derecho – que deriva del derecho material –, el derecho a la acción adecuada a la tutela del derecho” (2015, pág. 116).

en procedimiento público, con duración razonable y, siendo el caso, con derecho a asistencia jurídica integral y formación de cosa juzgada. (Mitidiero, Derecho fundamental al proceso justo, 2016, pág. 128).

8. El acceso a la justicia

El acceso a la justicia se entiende, por un lado, como un deber asignado al Estado en la medida que garantice el disfrute al derecho a la jurisdicción, y por el otro, es una “garantía indispensable para el ejercicio libre de los derechos reconocidos por tratados internacionales, constitucionales y leyes, y para el ejercicio mismo de la ciudadanía (...)” (Birgin & Gherardi, 2012, pág. xiii).

El concepto de acceso a la justicia hace alusión de manera directa a la función jurisdiccional del Estado; a través de este concepto, el sistema jurídico cumple una función fundamental, y es que los ciudadanos pueden hacer exigibles sus derechos, operativizar a otros sus obligaciones (deberes) y por lo tanto resolver sus disputas, para ello “[p]rimero, el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos” (Garth & Cappelletti, 1996, pág. 9-10); además de la necesidad de un servicio que brinde un pronunciamiento judicial o administrativo justo en un tiempo prudencial y de igual forma, el conocimiento de los derechos sustanciales y procesales por parte de los ciudadanos (Birgin & Gherardi, 2012, pág. xiv)

Para Castilla Juárez el acceso a la justicia es un concepto mas amplio que el de la jurisdicción, que fue la concepción original del derecho, porque condensa un conjunto de instituciones, principios procesales, y garantías, así como directrices político-sociales, en cuya virtud el Estado debe ofrecer, realizar y garantizar la tutela de los derechos de los justiciables en las mejores condiciones posibles de acceso económico y de inteligibilidad cultural, de modo tal que dicha tutela no resulte teórica sino práctica (2012, pág. 22)

No obstante, no debe perderse de vista que el concepto de acceso a la justicia se ha transformado a partir del aparataje institucional y el sistema jurídico que lo sustenta. De manera que en el Estado Liberal de Derecho, el acceso a la justicia implicaba un derecho formal a litigar o a defender una reclamación, es decir, “existía un acceso a la justicia que era igualitario de derecho, mas no de hecho” (Garth & Cappelletti, 1996, pág. 11); en dicho escenario, los estudiosos del derecho no se preocupaban por las realidades del sistema judicial; por el contrario, en el Estado Constitucional y en el Estado Social de Derecho, el acceso a la justicia es el requisito básico en un sistema jurídico que propugne por la igualdad, es decir, un sistema jurídico que además de proclamar derechos, pueda garantizarlos (Garth & Cappelletti, 1996, págs. 12-13).

En palabras de Castilla Juárez, “[t]odo Estado democrático de derecho que se precie de tal debe ofrecer a sus ciudadanos un sistema capaz de procesar y resolver los conflictos de relevancia jurídica que se susciten entre ellos o entre éstos y el Estado” (2012, pág. 24).

¹⁷La Corte Constitucional entiende el debido proceso como el “(...) conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia” (C-341 de 2014).

9. El acceso a la justicia, una construcción desde la sociología jurídica

A partir de la década de 1920, producto de la tradición crítica del derecho iniciada por el realismo jurídico, la sociología del derecho tuvo un auge inusitado. Esa concepción del derecho defendía una investigación empírica para la explicación de los procesos judiciales, de tal manera que se pudiese examinar cómo el derecho afecta las conductas sociales (García Villegas, 2001, pág. 3).

En el campo del derecho procesal, las teorías sociológicas tratan de fijar en definitiva el concepto del proceso a base de la misión puramente social que a éste se asigna. (...) Para todas ellas, en efecto, con una u otra terminología, el proceso no es sustancialmente, sino la resolución de un conflicto social (social lato sensu, es decir, intersubjetivo) (Guasp, 1985, págs. 20-21)

Si bien hemos advertido la importancia del acceso a la justicia en el Estado y en el sistema jurídico, este concepto se debe al desarrollo del movimiento Derecho y Sociedad (L&S), que se preocupó por el estudio de los procedimientos institucionales del Estado (García Villegas, 2001, pág. 6), y entre esos el de acceso a la justicia, el cual fue producto de numerosas investigaciones que tenían “el objeto de mostrar quiénes eran los verdaderos beneficiados del servicio público de justicia, con un especial interés en la exclusión de los más pobres” (García Villegas, 2001, págs. 6 -7). No obstante, y de manera paradójica, “[e]l origen y la transformación de los conflictos, especialmente antes de llegar a manos de las instituciones formales, es un tema que se ha descuidado en la sociología del derecho” (L. F. Felstiner, L. Abel, & Sarat, 2001, pág. 41).

Al respecto, acceder a la justicia, implica la posibilidad de convertir una circunstancia que puede o no ser percibida inicialmente como un problema, en un cuestionamiento de naturaleza jurídica. Esta posibilidad requiere la construcción creciente de un proceso en el cual cada etapa supone la anterior. En primer lugar, es preciso reconocer la existencia de un problema y luego identificar ese problema como uno de naturaleza jurídica. En tercer lugar, es necesario identificar la persona (pública o privada) responsable de haber causado el problema o que hubiera incumplido su obligación de resolverlo. Luego, es necesario convertir el problema en una demanda o reclamo ya sea judicial o administrativo y sostener el proceso iniciado ante los tribunales de justicia o ante la administración de justicia, con todo lo que ello implica: seguir, instar, monitorear el proceso contando con la asistencia jurídica necesaria, en su caso. Finalmente, una vez lograda la decisión judicial o administrativa, corresponderá hacer efectiva esa decisión de modo de gozar efectivamente del derecho violado o reparar su perturbación. (Birgin & Gherardi, 2012, pág. xiv).

¹⁸Las escuelas, movimientos y tendencias de la sociología jurídica estadounidense, pueden sintetizarse en la escuela de los Estudios Críticos del Derecho a partir de la década de 1920, y los movimientos de Derecho y Sociedad (Law and Society) en 1964, Estudios Críticos de Derecho (Critical Legal Studies) a finales de 1970, y a finales de 1980 el movimiento Estudios de Conciencia Jurídica (Legal Consciousness Studies), determinados por tendencias como Derecho y Economía (Law and Economics), Derecho, Ciencia y Políticas Públicas, Jurisprudencia Procesal (Process Jurisprudence) de Lon Fuller, y Derecho y Desarrollo (Law y Development) en 1960. Para confrontar dicha clasificación, analizar el texto (García Villegas, 2001).

Bajo esta percepción, la sociología jurídica se propuso estudiar el concepto de acceso a la justicia. De manera que “[e]l tema de la ineficacia del derecho era central en este tipo de estudios en la medida en que la sociología jurídica estaba destinada a resolver los problemas técnicos de las normas ineficaces, esto es, de aquellas normas que no lograban los propósitos buscados” (García Villegas, 2001, pág. 8).

Y es que “con la crisis de los principios del positivismo lógico y el surgimiento de la nueva filosofía de la ciencia el análisis epistemológico se nutrió de perspectivas históricas, sociológicas y psicológicas.” (González Álvarez, 2011, pág. 200).

No es gratuito que Garth & Cappelletti, sostengan de manera vehemente que:

Aunque el acceso efectivo a la justicia ha sido cada vez más aceptado como un derecho social básico en las sociedades modernas, el concepto de “eficacia” sigue siendo un tanto vago. La eficacia óptima en el contexto de una ley sustantiva dada podría expresarse como una completa “igualdad de armas”: la garantía de que el resultado, en última instancia, depende solamente de relativos méritos jurídicos de cada una de las partes adversas, sin relación con otras diferencias que sean ajenas a la fuerza legal y que, sin embargo, en el aspecto práctico sí afectan la aplicación y la justificación de los derechos jurídicos. (...) En otras palabras, ¿cuántas de las “barreras” para lograr la igualdad efectiva se deben y se pueden atacar? La identificación de las barreras es, por tanto, la primera tarea para dar significado a la “eficacia”. (1996, pág. 14).

Esa concepción sociológica, que se preocupa por la eficacia del derecho, materializa el concepto de acceso a la justicia, como un género que comprende no sólo categorías procesales y constitucionales, sino otros instrumentos jurídicos de solución de controversias, dentro de los cuales podemos encuadrar el acceso a la jurisdicción como aspecto específico y a otros mecanismo materialmente jurisdiccionales como complementos, lo que permite analizar los factores sociales, económicos, políticos y culturales que son inseparables de los estudios procesales contemporáneos. (Castilla Juárez, 2012, págs. 23-24)

Al respecto Garth & Cappelletti, sostienen que los profesores o investigadores pueden reconocer hoy que las técnicas procesales tienen funciones sociales, que los tribunales no son el único medio que se deben tener en consideración para la resolución de disputas y que cada regla procesal, incluso la creación o promoción de alternativas diferentes del sistema de los tribunales formales, tiene un pronunciado efecto sobre la manera en que opera la ley sustantiva: ¿con qué frecuencia se le aplica, para beneficio de quién y con qué impacto social? (...) En consecuencia, [los investigadores] deben ampliar su visión más allá de los tribunales; deben utilizar la

¹⁹Norberto Bobbio sostiene frente a esta dimensión o enfoque del derecho, que “[e]l problema de la eficacia nos lleva al terreno de la aplicación de las normas jurídicas, o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico. De aquí nace el aspecto de la filosofía del derecho que lleva a la sociología jurídica” (2016, pág. 23).

(...) información proveniente de los análisis sociológicos, políticos, psicológicos, económicos y de otros tipos, y deben aprender de otras culturas. El “acceso”, por tanto, no es solo un derecho social fundamental cada vez más reconocido, sino también necesariamente es un enfoque central en la investigación y a enseñanza procesal moderna. (1996, pág. 13)

No es gratuito que Piero Calamandrei, según Norberto Bobbio, ya, desde 1950 en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Florencia-Italia, advertía que los formalistas, llegan incluso a creer que “nuestras construcciones lógicas, nuestros sistemas, son más verdaderos, más reales, podría decirse, que aquella realidad práctica que se vive en los tribunales” (Calamandrei, 1957, pág. 10; citado por Bobbio, 2007, pág 11).

CONSIDERACIONES FINALES

Así las cosas, a modo de consideraciones finales resumiré algunas hipótesis; lo cierto es que “[e]l derecho de acción no necesita cambiar de nombre para “descubrir” su fundamentalidad y mucho menos es “una manifestación” de un tristemente célebre megaderecho” (González Álvarez, 2011, pág. 221).

Si bien el profesor Prieto Quintero considera que la teoría general del derecho procesal a partir de la característica de la formalidad, presenta “instituciones que aunque conservan su esencia de derecho procesal siempre intacta, se amoldan al derecho sustancial que procesan (como la pretensión) y que en cambio, hay figuras rígidas, que son siempre iguales (como la acción)” (2001, pág. 12); considero que los conceptos de acción, tutela judicial efectiva y acceso a la justicia, responde a ideologías, técnicas, corrientes y enfoques jurídicos diferentes, por ende cada uno de ellos cumple una función en la teoría procesal, no obstante, es tal la relación entre estos conceptos que “si el constituyente español hubiera positivizado el derecho de acción y su garantía del debido proceso, resultaría claro que saldría sobrando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” (González Álvarez, 2011, pág. 218).

El derecho de acción corresponde a una visión formalista y científica que endilga al ciudadano la posibilidad de acceder a la jurisdicción; el derecho a la tutela judicial efectiva por el contrario es la rematerialización, la constitucionalización del derecho de acción, entendido como derecho fundamental; el acceso a la justicia, por el contrario, desde un enfoque propio de la sociología del derecho desentraña las barreras y ensalza los mecanismos para ingresar a la jurisdicción en busca de tutela, de justicia.

Lo cierto es que se inició este escrito con el objetivo de esclarecer el contenido científico, ideológico y filosófico que subyace en estos conceptos a través de una metodología analítica, prometiendo deconstruir dilemas procesales; ahora al llegar al final, sé perfectamente que solo arrojo hipótesis, no conclusiones, sería absurdo decirles a mis lectores otra cosa. Estas reflexiones son solo el inicio de un asunto que semestre a semestre es preocupante en la preparación y en la realización de mis cursos de derecho procesal y teoría del derecho, por ser solo reflexiones iniciales, aparecen aún confusas en mi mente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguiló Regla, J. (2003). Sobre la Constitución del Estado constitucional. En L. Francisco J., Constitución: problemas filosóficos (págs. 135-163). Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Birgin, H., & Gherardi, N. (2012). Introducción. En H. Birgin, & N. Gherardi, La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales (págs. ix-xxxii). México, D.F.: Fontamara.
- Bobbio, N. (2007). El problema del positivismo jurídico. México DF: Fontamara.
- Bobbio, N. (2015). Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Madrid: Trotta.
- Bobbio, N. (2016). Teoría general del derecho. Bogotá: Editorial Temis.
- Calamadre, P. (1957). Studi sul processo civile. Padua: vol VI.
- Cappelletti, M. (1974). Proceso, ideologías, sociedad. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Castilla Juárez, K. (2012). Acceso efectivo a la justicia. México DF: Editorial Porrúa.
- Comanducci, P. (2010). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En M. Carbonell, & L. García Jaramillo, El Canon Neoconstitucional (págs. 173-190). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004 de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-279 de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-314 de 2014.
- Couture, E. (1978). Introducción al estudio del proceso civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Couture, E. (2004). Fundamentos del derecho procesal civil. Montevideo: Editorial B de F Ltda.
- De la Oliva Santos, A. (1980). Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial.
- Espinosa, N. A. (1986). Ciencia del Derecho, Filosofía del Derecho e Ideología Jurídica. IDEARIUM, 8-10(10-12), 329-340.
- García Máynez, E. (2002). Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo (Cuarta edición ed.). México DF: Fontamara.

García Villegas, M. (2001). Estudio preliminar. En M. García Villegas, *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* (págs. 1-34). Bogotá: Editorial Unilibros-Universidad Nacional de Colombia.

Garth, B., & Cappelletti, M. (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Gimeno, S. V. (1988). *Constitución y proceso*. Madrid: Editorial Tecnos.

González Álvarez, R. (2011). El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencias procesal. *ARS BONI ET AEQUI*, 7(2), 199-235.

González Pérez, J. (1984). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Editorial Civitas.

González Zapata, J. (2011). Hans Kelsen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. En N. Montoya Restrepo, & M. Montoya Brand, *Hans Kelsen: el reto contemporáneo de sus ideas políticas*. (págs. 227-237). Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT.

Gozáini, O. (Mayo Agosto XXVIII de 1995). El desplazamiento de la noción de derecho subjetivo por el de acceso a la justicia sin restricciones. (Sobre problemas actuales de la legitimación y el proceso judicial). *Boletín mexicano de derecho comparado*(83), 661-692.

Guasp, D. J. (1985). *La pretensión procesal* (Segunda edición ed.). Madrid: Editorial Civitas.

Kelsen, H. (Junio de 1994). La garantía jurisdiccional de la Constitución. *Ius et Veritas*, 3-46.

Kelsen, H. (2005). *¿Qué es la justicia?* México DF: Fontamara SA.

Kennedy, D. (2012). Political ideology and comparative law. En M. Bussani, & U. Mattei, *The Cambridge Companion to Comparative Law* (págs. 35-56). Cambridge: Cambridge University Press.

Kuhn, T. (1986). *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. (A. Contín, Trad.) México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

L. F. Felstiner, W., L. Abel, R., & Sarat, A. (2001). Origen y transformación de los conflictos: reconocimiento, acusación y reclamación ... En M. García Villegas, *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. (págs. 39-67). Bogotá: Editorial Unibiblos-Universidad Nacional de Colombia.

Lista, C., & Begala, S. (2016). Reflexiones sobre las estrategias metodológicas de la sociología jurídica. En G. Lariguet, *Metodología de la investigación jurídica* (págs. 253-263). Córdoba: Editorial Brujas - Universidad Nacional de Córdoba.

López Medina, D. (2016). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. (Octava reimpresión ed.). Bogotá: Legis Editores.

Marinoni, L. (2015). *El derecho de acción como derecho fundamental*. Bogotá: Editorial Temis.

Mitidiero, D. (2016). Derecho fundamental al proceso justo. En D. Mitidiero, La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico (págs. 121-162). Lima: Palestra Editores.

Mitidiero, D. (2016). La tutela de los derechos como fin del proceso civil en el Estado Constitucional. En D. Mitidiero, La justicia civil en el Estado Constitucional. Diálogos para un diagnóstico (págs. 187-224). Lima : Palestra Editores.

Montero Aroca, J. (1976). Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso.

Madrid: Tecnos.

Morales Luna, F. (2016). Métodos en las teorías del derecho. En G. Lariguet, Metodología de la investigación jurídico. Propuestas contemporáneas (págs. 157-166). Córdoba: Editorial Brujas - Universidad Nacional de Cordoba.

Moreno Ortiz, L. J. (2000). Acceso a la Justicia. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Nieva Fenoll, J. (2009). Jurisdicción y proceso. Estudios de ciencia jurisdiccional. Madrid: Marcial Pons.

Prieto Quintero, E. D. (2001). Derecho sustancial de principios y sus efectos en el derecho procesal. Temas procesales, 9-18.

Tarello, G. (1989). Doctrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: il Mulino.

Taruffo, M. (2009). Cultura y Proceso. En M. Taruffo, Páginas sobre Justicia Civil. (págs. 189-231). Madrid: Marcial Pons.

Uribe Álvarez, R. (2016). ¿Epistemología sin filosofía? Un análisis crítico del discurso de “la” “metodología” de la investigación (socio) jurídica. En G. Lariguet, Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas. (págs. 47-58). Córdoba: Editorial Brujas. Universidad Nacional de Córdoba.

Vergara Blanco, A. (2016). Tareas esenciales e identidad de la dogmática jurídica. En G. Lariguet, Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas (págs. 393-402). Córdoba: Editorial Brujas - Universidad Nacional de Córdoba.

Windscheid, B., & Muther, T. (1974). Polemica sobre la “actio”. (T. A. Banzhaf, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America.