

ctiva y el debido proceso.

Centro de Altos Estudios de Derecho y Desarrollo
www.cade.com.py

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

JOEL D. MELGAREJO ALLEGRETTO

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

INTRODUCCION GENERAL

La intención del presente trabajo que hoy por interés de la Editora MARBEN S.A. presentamos, es una monografía que ha formado la base de mi tesis doctoral defendida, en la cual expongo *“La tutela jurisdiccional efectiva ante el debido proceso y los principios constitucionales”*.

La monografía titulada *“Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso”* pone a consideración de la comunidad jurídica un sistema jurídico de rango constitucional nuevo para el jurista paraguayo, pero ya de larga data para los estudiosos constitucionalistas y procesalistas abocados a la lectura del derecho comparado.

En este trabajo se expone a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental constitucional del cual se desprende un sistema que posibilita el acceso a la justicia y la génesis del derecho procesal como obligación del Estado. Se puede identificar asimismo los elementos o institutos que contempla este sistema como son: la instancia y sus especies, el debido proceso; su significado e institutos procesales que lo componen y la ejecución de las resoluciones judiciales.

Asimismo, el trabajo puntualiza la concepción de debido proceso como adjetivación al proceso y los principios que lo integran, marcando una delimitada diferencia entre estos y las reglas procedimentales.

Es importante destacar que la comprensión de la tutela jurisdiccional efectiva como sistema en carácter de derecho

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

fundamental y este como génesis del proceso, donde se identifica al Estado como responsable de garantizar el acceso a justicia y el derecho a la jurisdicción, concluye con la aceptación del proceso como derecho humano.

La monografía y sus conclusiones, son frutos mi estudio de los Derechos Fundamentales y la Tutela Judicial Efectiva mediante la Universidad de Jaén España y el Consejo del Poder Judicial, como asimismo, luego de culminar las clases de Maestría y Doctorado en la Universidad Nacional de Rosario, en la Escuela Garantista del Maestro Adolfo Alvarado Velloso a quien debo gratitud por la consideración y atención brindada a mis críticas y consultas.-

CAPITULO I

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

1. Los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales.

Para hablar de derechos humanos quisiera recabar algunos conceptos vertidos por el jurista vienés Hans Kelsen¹, quien nos hace notar – en de sus obras – que en el mundo existen dos

¹ Ponencia en Paraguay de Carlos Mesía. Presidente del Tribunal Constitucional del Perú.

elementos; el primero, denominado *cosas*: que, son susceptible de cuantificación económica, tasación o sujeto a transacción. Uno puede vender a un precio estimado las cosas o puede cambiarlas por algo que tenga igual, mayor o menor valor, conforme a la necesidad.

Por otro lado Kelsen explica, que existe un segundo elemento, al que él denomina *dignitas*, la cual a diferencia del primero -cosas-, no puede ser susceptible de cuantificación económica ni tasación; tampoco es sujeto a transacción. Esta *dignitas*, posee todo ser humano y eso lo diferencia como ser viviente ante todo lo que hay en el mundo. La *dignitas* no puede ser remplazada, no puede ser vendida o cuantificado su valor, como en contrapartida, sí son las cosas.

Debemos aclarar que el término *dignitas*, para esta explicación hace referencia a la dignidad del ser humano², y esta dignidad. Siguiendo estos parámetros, es considerada como la

² – Se aclara esto debido a la evolución en la que la palabra originaria tiene varios significados-

capacidad abstracta que poseen solamente los seres humanos, y eso mismo constituye su esencia. Tal es esta consideración -esencia del ser humano- que la mayoría de las Constituciones latinoamericanas invocan a Dios y posteriormente -o mejor dicho- inmediatamente después reconocen la *dignidad humana*, para así asegurar la libertad, la igualdad y la justicia como derecho judicial de toda persona.

El preámbulo de la Constitución de la República del Paraguay -por ejemplo- realiza un análisis filosófico, ubicando al ser humano como el único sujeto de derechos, ya que es el único ser sobre la tierra con dignidad, por lo cual el ser humano es ubicado *jurídicamente* como superior a todo ser.

Ahora bien, si seguimos el análisis de Kelsen y la establecida por el Preámbulo de la mayoría de las Constituciones Latinoamericanas, identificamos que reconocen la dignidad humana, y ello motiva la protección de la libertad, la igualdad y la justicia, por tanto, la dignidad humana es fuente generadora de derechos.

Esta dignidad humana como fuente generadora de derecho y propulsora o creadora del mismo y, de ella nacen la diversa gama de derechos humanos existentes, proclamados -para los ius positivistas- y hasta los no declarados -para los ius naturalistas-. La dignidad humana en el Derecho Internacional es protegida por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la individualizamos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros instrumentos internacionales. Tal es la naturaleza generadora de la dignidad humana que los Derechos Fundamentales existentes en la Constitución se forman en torno a ella, protegiendo a los particulares de toda vulneración o violación de derechos, inclusive ante el Estado.

Así las cosas, los doctrinarios sostienen que los derechos son inherentes a nuestra naturaleza, con lo cual podemos desarrollarnos y saciar en armonía nuestras necesidades, pero estas necesidades son variables y encontradas, debiendo el Estado regular su aplicación, sobre todo en la organización, la prevención y la solución de los conflictos.

Con estas apreciaciones, podemos decir que todo es fácil y pacífico en el mundo, y con esta premisa el derecho sería tan limitado como las ideas que he desarrollado, pero felizmente el derecho y, en especial, los derechos humanos no son de sencilla aplicación, ya que todos los seres humanos poseemos estos derechos, y nuestra naturaleza posee *dignitas*, y al encontrarse en peligro, riesgo o conflicto esta *dignitas, el Esatdo* entra a tallar - dentro de la concepción republicana- quien debe reconocerlos, por ende no puede desconocerlos o vulnerarlos, y es más, es el gran responsable de hacerlos valer, aplicarlos y garantizarlos.

La dignidad es consustancial al hombre, es intrínseca a su existencia, pero para poder reconocerlo así, debemos admitir que ello es una construcción racional permitida en este contexto histórico. Esta formulación de la dignidad como elemento esencial de la humanidad no ha sido una verdad permanente en la historia universal, porque nada más basta con recordar los episodios de la inquisición, la esclavitud, y muchísimos otros capítulos de la historia que muestran evidentemente que la materialización del

respeto por la dignidad humana viene a ser casi un discurso contemporáneo. Entonces, el fundamento de los derechos humanos no viene a ser solo la dignidad innata a la que se ha hecho referencia, sino que esa concepción debe estar acompañada del establecimiento de las condiciones para que ello se dé, y fundamentalmente, de la conciencia generalizada de que ello debe ser así y siempre respetada.

Ahora bien, esta concepción de elevar a la dignidad humana al grado de creadora de los Derechos Humanos no es una posición antojadiza del Kelsen hoy en día, esta posición es sostenida en las Convenciones Internacionales, como la citamos y para convencer a los ius positivistas la enunciamos en:

- El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando se establece en el primer considerando: “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad”; y en el quinto considerando del Preámbulo, cuando establece “Los pueblos de las Naciones Unidas

han reafirmado en la Carta su fe en ...la dignidad y el valor de la persona"; asimismo el artículo establece:

- 11,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos:
Toda persona tiene derecho ...al reconocimiento de su dignidad

-La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma, en el Considerando 1º: Los pueblos americanos han dignificado la persona humana...; en el Considerando 2º de la misma Declaración Americana dice que:...los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...".

-En el 2º Considerando de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en sesión del 9 de diciembre de 1975, se afirma explícitamente que los Derechos

Humanos: emanan de la dignidad inherente de la persona humana

Ahora bien, por su parte los derechos fundamentales³ cumplen la función constitucional de generar una conexión entre los derechos que en ella se garantizan y la simple condición de hombre, en la necesidad de su respeto como exigencia directa de la dignidad humana⁴. Los pueblos, mediante sus Constituciones, establecen las funciones del Estado, y los derechos humanos son considerados como Derechos Fundamentales, ya que protegen la dignidad de todo ser humano, al consagrar el derecho a la libertad, la igualdad, el derechos a peticionar, el acceso a la Justicia, entre otros. Estos derechos fundamentales citados, operan como marco rector para el relacionamiento entre los particulares, y de estos con el Estado, desde una perspectiva de fuente primaria de tales derechos, pues solo ellos originan directamente su contenido mínimo, que nadie puede ignorar.

³ Entiendase esta como los Derechos Humanos introducidos taxativamente en las Constituciones.

⁴ Rubio Llorente. Los Derechos Fundamentales. Ediciones Claves. Pag 1.

Ahora bien, si los derechos humanos son elevados a la categoría de Derechos Fundamentales como fuente originaria en nuestras Constituciones, ¿cómo son aplicados?

Torsten Stein⁵ manifiesta: “ En muchos países del planeta las personas se sentirían muy afortunadas si al menos contaran con *un* catálogo (nacional o internacional) de derechos humanos fundamentales, y traigo a colación sus palabras ya que desde el presente trabajo, el derecho funciona como un sistema y en la Teoría General del Proceso, el sistema nace con un derecho humano elevado al grado de Derecho Fundamental en nuestras Constituciones; ahora bien, desde una posición iusnaturalista los derechos fundamentales trascienden el catálogo de derechos y nos dimensiona a los principios generales. Esta concepción nos revela ya en 1970 en el fallo del -Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea- en el juicio *Internationale Handelsgesellschaft*⁶, al sostener

⁵ Director del Departamento de Derecho de Europa. Institut de la Universidad del Saarland. Obra Protección de los Derechos Fundamentales a través de los tribunales de los Estados Miembros y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: ¿Competencia o cooperación?

⁶ Sentencia del 17 de setiembre de 1970 en el asunto 11/10 (*Internationale Handelsgesellschaft*, col. 1970, p. 11259)

que los derechos fundamentales también debe ser protegidos a nivel comunitario:

“El respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho...”

No debemos dejar de ver que en el campo de los derechos fundamentales, la jurisprudencia alemana logró *constitucionalizar* muchos aspectos del derecho civil...El instrumento más poderoso que se forjó en el Tribunal alemán es la función de derechos fundamentales como valores constitucionales⁷, como lo es el acceso a la justicia, el cual engloba y se aplica transversalmente en todo proceso, como veremos a continuación.

Pues bien, como podemos apreciar la dignidad humana es generadora de derechos, los cuales son denominados derechos humanos, que al ser incorporados a las Constituciones son

⁷ Sobre la irradiación de los derechos fundamentales como valores constitucionales en el derecho civil BVerfGE, 198 (205); sobre la protección a la vida del embrión BVerfGE 39, (41 ss) 88, 203 (251 ss).

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

denominados derechos fundamentales; estos, a su vez, deben ser garantizados en forma obligatoria por el Estado.

2. El acceso a la justicia.

Si históricamente realizaremos un estudio del nacimiento del acceso a la justicia como derecho, podemos remitirnos a los primeros versículos del Deuteronomio; encontramos a Moisés al decir: *“...Al mismo tiempo le di a sus jueces las siguientes instrucciones: Atiendan a todos y háganles justicia, tanto a sus compatriotas como a los extranjeros; y al dictar sentencia, no hagan ninguna distinción de personas: atiendan tanto a los humildes como a los poderosos, sin tenerle miedo a nadie, porque el juicio es de Dios...”*. Esta cita bíblica en nuestros días sería una norma que garantiza el acceso a la justicia.

Asimismo, identificamos el acceso a la justicia en la Carta Magna de 1215, al establecer derechos procesales, así como, en el Congreso Continental, al adoptar en 1776 la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norte América, como también en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha

intentado delimitar la autoridad del Estado ante los particulares en proceso, consagrándose derechos a fin de brindar garantías humanas a las partes en un proceso, con la finalidad de asegurando la *justicia* a las personas en conflicto.

En el año 2002, en Cancún, la Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, dando nacimiento a la 100 Reglas de Brasilia, donde se establecen las formas y los reglamentos que los Estados deben respetar para garantizar el acceso a la Justicia.

Desde los primeros intentos por positivizar los derechos a fin de salvaguardar la dignidad humana, hasta las recientes Reglas de Brasilia, la intención siempre fue la de brindar acceso a la justicia como derecho fundamental vinculado en el ámbito de protección a la dignidad humana.

Para Mauro Capelleti y Bryant Garth el acceso a la Justicia es el más importante de los derechos humanos; *“... Claro esté que el reconocimiento de la importancia del acceso efectivo a la justicia no tendría sentido si no se proporcionasen los medios legales para que los derechos puedan ser ejercidos prácticamente...”*⁸.

Por su parte Héctor Fix Zamudio considera que acceso a la justicia *“...es el género que comprende no solo las categorías procesales constitucionales, sino otros instrumentos jurídicos de solución de controversias... ... el concepto genérico nos proporciona una visión más amplia que nos permite analizar los factores sociales, económicos, políticos y culturales que son inseparables de los estudios procesales contemporáneos...”*⁹.

A su vez Haydée Birgin¹⁰ sostiene *“... El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos de todos por igual. Cuando otros*

⁸ Capelleti, Mauro y Garth, Bryant, El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de la Plata, La Plata, 1983, pp21 y 22.

⁹ Fix Zamudio, Héctor, Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos Porrúa, México D.F., 1988, p. 474.

¹⁰ Birgin, Haydee, El acceso a la justicia, Buenos Aires, 2.009.

derechos son violados, constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley...”.

Pero dentro de estas definiciones el acceso a la justicia entonces, puede ser considerado desde varios aspectos diferentes y complementarios ser identificarse como:

- *El acceso propiamente dicho*, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial contando con la representación de un abogado, hecho que resulta fundamental en el camino de convertir un problema en un reclamo de carácter jurídico;
- *La disponibilidad de un buen servicio de justicia*, es decir, que el sistema brinde la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial;
- *La posibilidad de sostener el proceso completo*, es decir, que las personas involucradas no se vean obligadas a abandonar una acción judicial a lo largo del proceso por razones ajenas a su voluntad. En este sentido, el sistema debería proveer los recursos e instrumentos necesarios para garantizar esta cobertura, en especial para los sectores y grupos en desventaja económica y social (el 40 % de la población que

vive bajo la línea de la pobreza, las mujeres que no puede concurrir a los tribunales porque no tienen con quién dejar a sus niños, las que concurren con ellos a costas, las personas con trabajos precarios que pierden el traslado, sea por discapacidades y/o por razones económicas, etc.). Por lo tanto, cuando planteamos la gratuidad para garantizar el acceso a la justicia, no nos referimos solo al beneficio de litigar sin gastos (como las tasas de justicia o las costas de los peritos) sino también a contemplar los gastos de transporte y las pérdidas de jornales implicadas;

- *El conocimiento de los derechos*, por parte de los ciudadanos y de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y, específicamente, la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo en forma gratuita tanto para casos penales como civiles.

Podemos precisar que el acceso a la justicia tiene un doble significado; en un sentido amplio se entiende como garantía de la igualdad de oportunidades para acceder a las instituciones, los

órganos o los poderes del Estado que generan, aplican o interpretan las leyes y regulan normativas de especial impacto en el bienestar social y económico; por otro lado, es considerado dentro de un sistema que garantiza los derechos fundamentales, los cuales son ejercidos por el ciudadano ante un proceso, que se debe desarrollar dentro de los principios y reglas que componen el debido proceso.

Teniendo presente lo antedicho, el acceso a la justicia es considerado como derecho fundamental, ya que el mismo implica, la posibilidad de una tutela jurisdiccional efectiva, resultando este el instrumento jurídico que vuelve operativo el acceso a la justicia, que solo puede cumplir su finalidad en un gobierno democrático, con la tutela jurisdiccional efectiva que así encuentra estructurado: a) la posibilidad de que todo ciudadano pueda instar ante la autoridad¹¹, al encontrarse ante un conflicto intersubjetivo de intereses¹², b) acceder a un debido proceso con la finalidad de

¹¹ Posteriormente detallaremos las formas de instar de conformidad a la Escuela del Maestro Adolfo Alvarado Velloso.

¹² Terminología y pensamientos extraídos del Maestro Adolfo Alvarado Velloso.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

obtener una solución a su conflicto por medio de una sentencia, que deberá ser y c) ejecutada.

El acceso a la justicia no solo se brinda al posibilitar la instancia¹³ o acceder a tribunales o a una acción procesal gratuita, con defensores gratuitos; el acceso a la justicia implica, además, un proceso normado ante jueces imparciales y con el principio de igualdad como regla, asimismo implica la obtención de una sentencia en un plazo razonable y el cumplimiento de la disposición judicial, lo cual solo se concibe con una aplicación y respeto al sistema de la tutela jurisdiccional efectiva.

3. Tutela jurisdiccional efectiva

La historia nos remonta a la autotutela del derecho, donde el más fuerte hace valer sus razones ante el más débil, dando con el correr del tiempo nacimiento a la función jurisdiccional que ha

¹³ La doctrina y tratadista califican acción a lo que sustento como instancia.

evolucionado encontrándonos hoy con la llamada tutela jurisdiccional efectiva¹⁴. Esta se manifiesta interviniendo el Estado por medio de los Jueces, con la función de ser un tercero imparcial en los conflictos intersubjetivos de intereses, dirigiendo un proceso y eventualmente una sentenciando.

Al buscar sus orígenes encontramos en la obra de Victor Ticona Postigo¹⁵ que la tutela jurisdiccional se ha positivizado en la Constitución Italiana de 1947 en su Artículo 24¹⁶, posteriormente la encontramos en la Ley Fundamental de Bonn (Alemania) en 1949 en su artículo 19.4¹⁷, y en la Constitución

¹⁴ Aclárese que el término efectiva es un calificativo que indica el cumplimiento real, para algunos autores es redundante.

¹⁵ Ticona Postigo, Victor, El derecho al debido proceso en el proceso civil. Editora GRIJLEY, Arequipa, Perú, 2.009, p.17 y 18.

¹⁶ El artículo 24º reconoce: Todos pueden accionar en juicio para tutelar sus propios derechos y sus legítimos intereses. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento.

¹⁷ El artículo 19.4 establece que: Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir por vía judicial. Si no hubiera otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Española de 1978 en su artículo 24¹⁸. Hoy en día también esta tutela se contempla en la Declaración Universal de Derechos Humanos Art. 10, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 14 y la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 inc.1.

Ahora bien, esta tutela jurisdiccional efectiva para este material se aplica al garantizar el acceso a instar ante la jurisdicción, con un debido proceso y garantizando la ejecución de las resoluciones judiciales que de la jurisdicción emanen.

Muchos doctrinarios tienen posturas contrapuestas sobre el momento en que se aplica la tutela jurisdiccional. Para Germán Bidart Campos opera en dos momentos: la primera es una etapa previa al proceso, y la segunda, es una etapa durante el proceso¹⁹, en esta línea, para Víctor Ticona Postigo “... *el derecho a la tutela*

¹⁸ El artículo 24º: “...Todas las personas tienen derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión....”

¹⁹ Bidart Campos, Germán, Régimen legal y jurisdicción del amparo, Editar, Buenos Aires, 1969, p. 17.

jurisdiccional es el derecho público, subjetivo y abstracto que tiene toda persona, sea actor o emplazado, que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento, imparcial y justo, ante un juez competente, independiente y responsable, con el fin de que en un plazo razonable y en forma motivada se pronuncie sobre las pretensiones y medios de defensa propuestos oportunamente y, en su caso, se dé plena eficacia la sentencia...”²⁰

Sostiene también “*el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho genérico que, a su vez comprende tres derechos fundamentales específicos: de acción, de contradicción o defensa en general, y derecho al debido proceso...”²¹*

En esta misma línea Jesús González Pérez consigna: “*...El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone que toda pretensión que se deduce frente a otro debe ser atendida por órganos jurisdiccionales que goce de independencia y decidan con imparcialidad.”²²*

²⁰ Ticona Postigo, Victor, El derecho al debido proceso en el proceso civil. Editora GRIJLEY, Arequipa, Perú, 2009, p. 31.

²¹ Ticona Postigo, Victor, El derecho al debido proceso en el proceso civil. Editora GRIJLEY, Arequipa, Perú, 2.009, p 59.G

²² González Pérez, Jesús, El acceso a la jurisdicción contencioso – Administrativa. Ara Ediciones, U.C.A. Lima, Perú, año2.009 p,261.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Para Giovanni Priori Posada, “...el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derechos de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho, que debe tener vigencia en el ámbito de la realidad...”²³

Para comprender el significado de tutela jurisdiccional debemos puntualizar que para la Escuela de Adolfo Alvarado Velloso la *actividad jurisdiccional* consiste en procesar, - eventualmente sentenciar y, también eventualmente, ejecutar lo sentenciado-²⁴, con la salvaguarda de todas estas funciones, ejercidas por el juzgador, se desarrollan dentro de un debido proceso, con lo cual podemos concluir que “la tutela jurisdiccional efectiva, es la protección que el Estado brinda a los ciudadanos a fin de instar sus derechos y que estos sean atendidos por el Juez,

²³ Priori Posada, Giovanni. El Proceso en el Estado Constitucional, Ara Ediciones, U.C.A. Lima, Perú, año 2009 p, 350 y 351.

²⁴ Alvarado Velloso, Adolfo y Irún Croskey. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro “Sistema Procesal: Garantía de la Libertad” Adaptada a la Legislación Paraguaya. La Ley Paraguay, año 2011, p. 148

en este sentido, también aclaramos que la tutela es jurisdiccional y no judicial ya que la jurisdicción citada se concibe con una persona imparcial que atiende la pretensión, petición o conflicto del pretendiente en el cual la constitución otorga la obligación de atender con imparcialidad la petición de las partes.

Con esta precisión es importante destacar que la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano y a la vez un derecho público y subjetivo, en atención a que son los ciudadanos los sujetos que pueden ejercer este derecho y el Estado el responsable de garantizarlo.

Ya lo decía en su obra “Las Garantías Constitucionales del proceso” Joan Picó Junio, citando la jurisprudencia del TC español:

“... Se trata de un derecho prestacional de configuración legal. El derecho a la tutela judicial efectiva, y en concreto el acceso al proceso, no es un derecho de libertad, esto es, ejercible sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, por lo que solo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece, o dicho de otro modo,

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

es un derecho de configuración legal. Por ello, no cabe deducir la existencia de un derecho incondicionado absoluto a la prestación jurisdiccional; de igual modo, este derecho no podrá ejercitarse (sic) al margen de los cauces del proceso...”²⁵

No obstante, al redondear el concepto, atendiendo a lo antes dicho, y entendiendo la tutela jurisdiccional como un sistema jurídico, *para el presente trabajo la tutela jurisdiccional efectiva es denominada como, el sistema jurídico en un gobierno democrático y republicano, por el cual se garantiza el acceso a la justicia como derecho fundamental, permitiendo la posibilidad a todo ciudadano a instar ante la autoridad, debiendo ser atendida su pretensión con el respeto del debido proceso y garantizando la ejecución de la sentencia eventualmente recaída.*

“La tutela jurisdiccional efectiva no es un derecho meramente procesal y en tal sentido se ha enfatizado el carácter de derecho fundamental al derecho jurisdiccional.

²⁵ Picó i Junioy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, José Maria Bosch Editor, Barcelona, 1997, p 42.

La tutela jurisdiccional es un derecho constitucional, derecho fundamental, derecho humano (y no un mero derecho procesal), que en un proceso le corresponde al que pretende (actor, demandante, etc). Se hace efectivo el otorgamiento de la tutela jurisdiccional cuando el Estado resuelve un conflicto de intereses a través del proceso; esta decisión debe ser el resultado de la concesión de garantías mínimas para las partes. Consideramos que al momento de resolver el conflicto de intereses y dar la oportunidad para la ejecución de la resolución final, es cuando el Estado convierte esta tutela en efectiva...”²⁶.

En este entendimiento el acceso a la justicia como derecho fundamental, se aplica transversalmente por medio de la tutela jurisdiccional efectiva como responsabilidad del Estado, en un sistema compuesto de tres elementos: a) la posibilidad de instar ante la autoridad, b) el debido proceso; c) la ejecución de la sentencia.

Este sistema jurídico, -que concuerda con la concepción de Italo Andollina quien ya se había referido a la tutela jurisdiccional

²⁶ Victor Ticona Postigo. Obra citada pag. 34.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

como sistema²⁷, concordando con la posición de Omar Benaventos²⁸ en un análisis del proceso dinámico de Briseño Sierra-, que garantiza el acceso a la justicia como derecho fundamental, con la denominación de tutela jurisdiccional efectiva compuesta de tres elementos, que desarrollamos a continuación.

3.1. La instancia.

La mayoría de los tratadistas citados anteriormente, denominan al primer elemento de la tutela jurisdiccional efectiva, como el *derecho de acción* que posee el ciudadano ante el conflicto intersubjetivo de intereses.

Para Víctor Ticona Postigo, *“El derecho a la tutela jurisdiccional -obviamente desde la óptica del proceso civil- es un derecho*

²⁷ Andollina, Italo, Cognición y Ejecución Forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional.

²⁸ Benaventos, Omar Sumaria, El Sistema de la Tutela Jurisdiccional en Constitución y Proceso. Ara Ediciones, U.C.A. Lima, Perú, año2.009 p. 373.

género que comprende hasta tres categorías de derechos especiales: a) el derecho de acción, que corresponde al demandante....”²⁹ .

Sostienen que el *derecho de acción* es el primer elemento de la tutela jurisdiccional efectiva, en atención al momento previo del inicio de un proceso. Entonces, para una gran corriente de juristas, el acto que realiza el particular antes de iniciar el proceso se encuadra o carátula como el *derecho de acción*.

En ese sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional Español con su Resolución 37/1993 recuerda que la primera nota esencial del derecho a la tutela, que han de cumplir los tribunales, es posibilitar el libre acceso de las partes al proceso; En este orden de ideas puede afirmarse que para que sea viable la obtención de la tutela efectiva de lo órganos judiciales es menester, como primer requisito que se les permita a todas las personas acceder a los mismos, esto es, que su pretensión – demanda , solicitud: o respuesta- sea escuchada.

²⁹ Ticona Postigo, Victor, El derecho al debido proceso en el proceso civil. Editora GRIJLEY, Arequipa, Perú, 2.009, p 31.

Analizando sin mucho detenimiento el momento antes del inicio formal del proceso, encontramos el conflicto, que en caso de no llegar a un acuerdo o una solución entre las personas involucrados, pasamos a otro escenario que nos presenta el derecho a peticionar, que reitero, es denominado como *derecho de acción*, por la doctrina.

Ahora bien, para el presente esfuerzo por comprender la autotutela jurisdiccional y el debido proceso, no se considera que el derecho de acción sea el momento previo al proceso, sino el derecho a peticionar puramente, materializado por la instancia. Cuando un ciudadano posee un conflicto con otro y no lo pueden dirimir amistosamente, dan intervención al Estado, que Estado por su parte posee la jurisdicción para el efecto; por tanto, el ciudadano peticona al Estado, el actuar del ciudadano a peticionar es denominado instar.

Esta consecuencia lógica se afirma de conformidad a que Adolfo Alvarado Velloso sostiene que “...*la actividad que cumple el gobernado cuando hace uso de ellas – refiriéndose a las normas dinámicas*

- se le da el nombre de instar, lo que le produce instancias (o derechos de instancia si se le juridiza) ... Así que jurídicamente, se define la instancia como el derecho que tiene una persona de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano...”³⁰ .

Estas instancias pueden asumirse por medio de:³¹

- a) la denuncia;
- b) la petición;
- c) el reacercamiento;
- d) la queja, y
- e) la acción procesal³².

Ahora bien, solo esta última forma de instar, denominada *acción procesal*, es la única de las que da inicio a un proceso,

³⁰ Alvarado Velloso, Adolfo y Irún Croskey. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro “Sistema Procesal: Garantía de la Libertad” Adaptada a la Legislación Paraguaya. La Ley Paraguay, año 2011, p. 31.

³¹ Conforme a la línea jurídica asumida.

³² Véase Alvarado Velloso, Adolfo y Irún Croskey. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro “Sistema Procesal: Garantía de la Libertad” Adaptada a la Legislación Paraguaya. La Ley Paraguay, año 2011, p. 31, 32, 33, y 34.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

teniendo en cuenta que proceso es el *método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad*³³.

En este orden de ideas, contraria a la corriente doctrinaria mayoritaria que sostiene que la *acción* es el primer elemento que integra el sistema jurídico de la tutela jurisdicción al efectiva, el presente estudio considera que es el derecho a petitionar por medio de la instancia, y en caso de que el ciudadano *inste una acción procesal*, da inicio a un proceso, que debe llevarse adelante el debido proceso pasa a ser el segundo elemento, que integra el sistema de la tutela jurisdiccional efectiva dentro de un gobierno democrático.

3.2. El debido proceso

³³ Véase Alvarado Velloso, Adolfo y Irún Croskey. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro "Sistema Procesal: Garantía de la Libertad" Adaptada a la Legislación Paraguaya. La Ley Paraguay, año 2011, p. 38.

Como la primera aproximación a la idea de debido proceso en la historia del derecho positivo podemos citar la Carta Magna de Inglaterra de 1215, denominada *The Great Charter of the liberties of England* (El gran documento de la Libertades de Inglaterra)³⁴, en el cual conminaba al Estado entre otras cosas, a no condenar sin ley previa.

Posteriormente, otro avance normativo donde se identifica la existencia del debido proceso, es en la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Ellos realizada en 1791, así también la XIV Enmienda de 1868 son los propulsores constitucionales y normativos más conocidos que han dado un inicio histórico jurídico al debido proceso.

Desde este inicio histórico normativo, hasta nuestros días, lo conocido como debido proceso ha recibido diversos calificativos, algunos los denominan como principios o garantías, otros los llaman reglas. Los tribunales por su parte utilizan el

³⁴ Cita Víctor Ticona Potigio Idem, Cfr. Niebles Osorio, Edgardo, Análisis al debido proceso, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001, pp. 35-37.

término debido proceso para justificar lo que no pueden justiciar en algunas ocasiones, y en otras, califican como debido proceso cuando un derecho se ha vulnerado, o para justificar una sentencia que no saben cómo anularla, argumentando simplemente que se ha violentado el debido proceso.

Para un análisis -o más bien una comprensión-, del tema, debemos precisar qué reza la Quinta y la Decimocuarta Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica; La Quinta Enmienda dispone: *“...Nadie será obligado a responder por un delito castigado con la pena capital u otra de carácter infamante, sino en virtud de presentación o acusación formulada por un gran jurado, excepto en los casos en que se susciten en las fuerzas terrestres o navales, o en las milicias, durante el servicio efectivo en tiempo de guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a nadie dos veces por el mismo delito a la posibilidad de pena capital o de castigo físico; ni será forzado a declarar contra sí mismo en ninguna causa penal; ni se le privará de la vida, la libertad o los bienes, sin debido proceso legal; ni se expropiará la*

propiedad privada para uso público, sin una compensación justa..."³⁵.

Por su parte la Enmienda Decimocuarta de 1868 de la carta Magna Norteamericana establece en su sección 1: *"Toda las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanas de los Estados Unidos y del Estado donde residan. Ningún Estado dictará o aplicara leyes que restrinjan los privilegios o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procesal legal; ni denegará a nadie dentro de su jurisdicción, la protección, la protección igualitaria de las leyes..."*³⁶.

La Corte Suprema de los Estado Unidos en el año 1856, tuvo su primera misión en desentrañar el significado de la Quinta Enmiendas en lo referente al *debido proceso*, estableciendo que se empleará dicho término a fin de asegurar los derechos a la vida, la

³⁵ Las negritas son inclusiones más.

³⁶ Las negritas son inclusiones más

libertad, al patrimonio dentro de un proceso³⁷. Posterior a esta decisión se originaron los infinitos debates en torno al debido proceso. En el presente ensayo solo hacemos hincapié al debido proceso dentro del proceso y no su estudio desde el análisis sustantivo.

Asimismo, la Corte Norteamericana en el caso *Hurtado c. California* (1980) estableció que no todos los derechos procesales del Common Law eran lo suficientemente fundamentales para calificar como requisitos del debido proceso³⁸, para posteriormente calificar que el debido proceso es un procedimiento fundamentalmente justo en el caso *Durcan v. Louisiana* (1968).

El concepto de *debido proceso* quizás sea el mayor logro jurídico obtenido por la civilización moderna. Mucho se ha escrito acerca de qué es el mismo y todos los textos constitucionales modernos lo reconocen, aunque con diferentes nomenclaturas, lo

³⁷ Murray's Lessee v. Hoboker Land Improvement Co, 59 U. S. 272 (1856)

³⁸ Currier, David . Introducción a la Constitución de los Estado Unidos. Editorial Zavalia. Pag. 72. Buenos Aires. 1993.

que no significa que todos entiendan lo mismo por tal reconocido derecho fundamental³⁹.

En este sentido Alfredo Gozaíni sostiene *“El adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el debido proceso”*⁴⁰.

“En resumen, se coincide que el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados: a) El del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la

³⁹ Botto, Hugo. “La congruencia procesal, principio base para una teoría general del procedimiento civil,

⁴⁰ Gozaíni, Alfredo. “El Debido Proceso en la Actualidad”. Versión Digital, p. 4.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

materia procesal; b) La creación del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal-; y c) El desarrollo del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución”⁴¹.

Al referirse al debido proceso como elemento de la tutela jurisdiccional efectiva el Tribunal Constitucional Español, asumiendo que el art 24 de la Constitución Española proclama que la tutela judicial de forma imperativa ha de ser efectiva, ha confeccionado una elaboradísima doctrina sobre la manera en que ha de discurrir el iter del procedimiento para el logro de dicha resolución final y cuáles han de ser los mínimos a los que ha de responder .De lo que en definitiva se trata es de verificar un análisis desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva de las normas que disciplinan los diferentes actos y fases procesales con el propósito de garantizar al justiciable que ha sido tratado de

⁴¹ Gozaíni, Alfredo. Ob. Cit., p. 6.

manera justa o equitativa, para ser destinatario de una respuesta acertada y acorde con el Derecho.

Para recabar el significado del debido proceso debemos preguntarnos ¿Qué es un proceso?.

“(...) La palabra proceso es de uso relativamente moderno, pues antes se usaba la de juicio, que tiene su origen en el Derecho Romano y viene de iudicare, declarar el derecho. El término proceso es más amplio, porque comprende todos los actos que realizan las partes y el juez, cualquiera sea la causa que los origine, en tanto que juicio supone una controversia, es decir, una especie dentro del género. Por otra parte, este segundo concepto excluye la ejecución forzada, que no requiere una declaración y constituye, sin embargo, uno de los modos de ejercicio de la función jurisdiccional”⁴².

“Para aproximarnos a la idea de proceso -concepto puramente lógico-, es fundamental distinguirlo de procedimiento -concepto netamente jurídico-, siendo éste una realidad formal -adjetiva- y aquél

⁴² Alsina, Hugo. Ob. Cit., p.p. 400 y 401.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

una realidad conceptual -sustantiva-, continente de garantías procesales que posibilitan la tutela judicial efectiva a través del debido proceso sustantivo. El proceso no sólo es la especie dentro del género procedimiento, sino también su justificación. De allí que todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso”⁴³.

En otra concepción Lino Enrique Palacios sostiene: *“Ningún habitante del país puede ser condenado sin ser oído; se garantiza la defensa de la persona y de los derechos. La facultad del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes es una garantía del Individuo , pues si de ella careciera, si todas las leyes fueran de estructura constitucional, o si el legislador fuera a la vez constituyente, se encontraría inerme para defender su libertad, su propiedad o su vida misma frente a la actividad del Estado – legislador . Y esta garantía se integra por el “amparo judicial de los derechos” de los habitantes del país, contra los actos arbitrarios y manifiestamente ilegales de las autoridades públicas, sea contra la libertad , sea contra los demás*

⁴³ Calvino, Gustavo. “Debido Proceso y Procedimiento Monitorio”. En Derecho Procesal Contemporáneo. El Debido Proceso, de Alvarado Velloso, Versión Digital, p. 126.

Calvino, Gustavo. Ob, cit. p. 127.

derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional...."⁴⁴.

El maestro Alvarado Velloso establece: *"Si la idea de proceso se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialogal y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia"*⁴⁵.

Continúa el Maestro *"todo proceso supone la existencia de un procedimiento que se cumple mediante la concatenación de muchos actos realizados por las partes y por el juez. Pero la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos: supone la bilateralidad de todas las instancias de las partes"*⁴⁶.

⁴⁴ Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal civil.Nociones Generales, Tomo I página 291, 292 Bs. As

⁴⁵ Alvarado Velloso, Adolfo. "El Debido Proceso de la Garantía Constitucional. Versión Digital, p. 33.

⁴⁶ Alvarado Velloso, Adolfo. Ob. Cit., p.p. 238 y 239.

Calvinho sostiene: *“Para aproximarnos a la idea de proceso - concepto puramente lógico-, es fundamental distinguirlo del procedimiento -concepto netamente jurídico-, siendo este una realidad formal -adjetiva- y aquél una realidad conceptual -sustantiva-, continente de garantías procesales que posibilitan la tutela judicial efectiva a través del debido proceso sustantivo. El proceso no sólo es la especie dentro del género procedimiento, sino también su justificación. De allí que todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso”*⁴⁷.

En consecuencia tenemos que proceso su un método de debate dialéctico, concatenado, mediante la bilateralidad de las instancias las partes, y posee una realidad conceptual, que se compone de las garantías procesales que deben ser respetadas.

Ahora bien, al tener la definición de proceso podemos desentrañar la denominación de *debido proceso* de dos formas o desde dos perspectivas: la primera; desde su denominación

⁴⁷ Calvinho, Gustavo. “Debido Proceso y Procedimiento Monitorio”. En Derecho Procesal Contemporáneo. El Debido Proceso, de Alvarado Velloso, Versión Digital, p. 126.

Calvinho, Gustavo. Ob, cit. p. 127.

textual, y la segunda, desde su conceptualización como elemento de la tutela jurisdiccional efectiva, que garantiza el acceso a la justicia como derecho fundamental.

Al realizar el análisis desde la primera; deberíamos sostener que la doctrina del debido proceso hace alusión al respeto del proceso, ya que el término *debido* es un adverbio que indica cumplimiento irrestricto o respeto del proceso. Con lo cual el *debido proceso* sería el proceso, o cumplimiento del proceso.

Desde el segundo análisis, que es objeto del presente trabajo, el *debido proceso* puede ser considerado de diversas formas, así, por ejemplo, para Iñaki Esparza Léibar al argumentar mediante la Jurisprudencia Española: “en la STC 106/1989 de 8 de junio en cuyo F.J. 2º se define al proceso debido como aquella garantía institucional integrada por los elementos que componen el artículo 24.2 CE (también entre otras, STC 78/1992, del 25 de mayo, F.J. 2º). Según esta primera hipótesis estricta, el proceso debido sería uno de los elementos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, concretamente aquella parte referida al proceso, a su tramitación a las

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

garantías que deben ser observadas a lo largo del periodo comprendido entre la litispendencia y la consecución de una resolución definitiva, no abarcaría ni el acceso a tribunales, derecho de acción, ni alcanzaría la impugnación, así como tampoco la ejecución de las resoluciones recaídas en el proceso....”⁴⁸.

Adolfo Alvarado por su parte sostiene: *“El debido proceso es entonces el derecho a la justicia mediante un procedimiento que no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional. Así lo exige nuestro principio constitucional de "afianzar la justicia" consagrado en el Preámbulo. Por lo que el principio cardinal en todo procedimiento a través del cual se haya de ejercer el poder sobre un individuo, es el del debido proceso o procedimiento legal justo.*

⁴⁸ Cita de Victor Ticona Postigo Cfr. Esparza Léibar, Iñaki, El principio del proceso debido, José María Bosch Editor Barcelona, 1995, p. 231.

*Por su parte, los Tribunales Constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances del debido proceso constitucional como representante del derecho que tiene toda persona a la tutela judicial efectiva*⁴⁹.

*“Es, con adaptaciones, la línea argumental que expone en el trabajo abajo citado, Augusto Mario Morello, posicionando etapas que comienzan en el debido proceso legal arraigado en el cumplimiento estricto de la ley; siguiendo con las exigencias propias del derecho de defensa; continuando en una etapa más avanzada, o debido proceso constitucional, y llegando a este último tramo donde se suma la protección nacional más la supranacional, recortando un paisaje prometedor que exige de los Estados plena acatamiento y respeto, bajo el principio que sin garantías efectivas, no hay derechos”*⁵⁰.

Sin descuidar las posiciones doctrinales citadas debemos resaltar la inexistencia de una definición positiva del Instituto del debido proceso y a este respecto Alfredo Gozaíni afirma: *“el “debido proceso”, como tal, no está ni en las leyes ni se define en las*

⁴⁹ Gozaíni, Alfredo. Ob. Cit., p. 13.

⁵⁰ Gozaíni, Alfredo. Ob. Cit., p. 16.

Constituciones. Y hasta fue lógico que no estuviera, porque si en Europa el denominado sistema de la desconfianza le ha privado a los jueces la posibilidad de interpretar la ley y darle armonía con el contexto donde aplicarla, pensando que solamente los Tribunales Constitucionales pueden llevar a cabo esa tarea; con esa prevención, precisamente, la noción de proceso debido se constituye más como un refuerzo a la mentada desconfianza, evitando que la discreción judicial se torne irrazonable o arbitraria. De este modo, los códigos procesales de la época limitaron absolutamente el rol del Juez en el proceso, elevando por encima de todos los demás principios, al dispositivo según el cual, el proceso es cosa de partes y solo estas tienen interés en el desarrollo y solución del conflicto. Son los litigantes quienes deben respetar las consignas del procedimiento que, para ser debido, debía estar emplazado entre partes, en igualdad de condiciones y trato, reconociendo en el Juez el equilibrio de la balanza en esa lucha entre fuerzas opuestas. Recuérdese que nuestro modelo instrumental fue tomado con estas características, y en consecuencia, debe quedar impresa en la memoria esta conclusión primera: El debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción; ejercicio efectivo del derecho de defensa y

garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto”⁵¹.

Ante esta y otras posiciones que me limito a transcribir, considero que para el presente trabajo, de conformidad a su naturaleza, el debido proceso es uno de los elementos que compone el sistema de la tutela jurisdiccional efectiva; por lo tanto es el conjunto de principios⁵², y reglas⁵³ que rigen todo el proceso⁵⁴, hasta una eventual sentencia con el fin de posibilitar un verdadero acceso a la justicia. Si en algún proceso se vulneran los principios, las reglas, inmediatamente se transforma en un proceso arbitrario, irrumpe su dirección, en consecuencia el final del mismo no será el correcto, la sentencia no tendrá validez por no ser producto o resultado de un proceso.

⁵¹ Gozaíni, Alfredo. Ob. Cit., p.p. 7 y 8.

⁵² Considero que solo existen dos principios del proceso: el de igualdad e independencia, con los cuales se lleva adelante un proceso garantista.

⁵³ Todos aquellos parámetro procesales que no poseen fuerza constitutivas propias, que son pasible de posiciones contrapuestas.

⁵⁴ Entiéndase el proceso desde la definición del Maestro Adolfo Alvarado Velloso.

Para dotar de mayor claridad el esfuerzo por desentrañar el significado de *debido proceso*, debemos establecer cuáles son los principios que taxativamente deben regir a todo proceso, para así determinar su diferencia ante las reglas.

3.2.1. Los principios del proceso

Existen criterios doctrinales de clasificación de las normas, entre los que los más conocidos son los propuestos por Hans Kelsen y por Herbert L. A. Hart.

Así, Kelsen -como es sabido-, distingue entre normas primarias y normas secundarias; las secundarias estipulan la conducta que el orden jurídico trata de provocar bajo la amenaza de la sanción, en tanto que las primarias son las que determinan esta sanción. Ciertamente, se puede afirmar que las normas jurídicas contienen dos expresiones del “deber ser”: una que tiende a lograr que cierto individuo observe la conducta debida, y

otra según la cual un segundo individuo debe ejecutar una sanción, en el caso de que la primera norma sea incumplida⁵⁵.

Para Hart, por su parte, el Derecho puede ser caracterizado como un conjunto de dos tipos de normas: normas primarias que imponen una obligación a sus destinatarios y normas secundarias, que son las que especifican la manera en que las normas primarias pueden ser creadas, eliminadas o modificadas y cómo se puede verificar su cumplimiento, así como la respuesta que hay que dar en caso de incumplimiento (normas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación)⁵⁶.

Ahora bien, junto a estas clasificaciones de las normas, existe otra que las divide en principios y reglas:

⁵⁵ Kelsen, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, U.N.A.M., México, 1983, págs. 71 y 72.

⁵⁶ Hart, H.L.A. *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, págs. 116 a 120.

En la mayoría de los Códigos de Procedimientos vigentes, así como numerosos de libros y posiciones doctrinales, encontramos los derechos a la libertad, a la igualdad, la concentración, economía procesal, eventualidad bilateralidad, libertad probatoria, preclusión entre otros, bajo la denominación de principios del proceso. Para otro grupo mucho de los citados derechos constituyen reglas.

¿Cuál es la diferencia existente entre principios y reglas?

Esta pregunta se ha hecho también Zagrebelsky y respondió. *En primer lugar, solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo" del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Aparte de esto, sin embargo, quizás la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto "tratamiento" que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica*

que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas “de principio” son a menudo expresiones un tanto banales “producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano”, pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que más que “interpretadas” a través del análisis del lenguaje, deben ser entendida en su ethos. En pocas palabras, a las reglas “se obedece” y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión”⁵⁷.

En una apreciación muy difusa y contraria a la posición que adoptamos el Profesor Lino Enrique Palacios sostiene: “...Denominase Principio procesales a las directivas u Orientaciones

⁵⁷ Gozaíni, Alfredo. Ob. Cit., p. 11.

generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal. Aunque muchos otros de estos principios son comunes a la legislación procesal moderna, el principio de uno u otro responde a las circunstancias históricas, políticas y sociales que caracterizan al estado cuyo Estado legal se examine. El tema sin embargo no se presta a generalizaciones ni a encuadramientos rigurosos, por que dentro de estructuras políticas afines el alcance de ciertos principios virtualmente derivados de aquellas acusa variantes, a veces significativas entre los distintos países cuyos ordenamientos se analizan. Es que los principios procesales, en la medida que se extraen de un determinado contexto normativo, expresan valoraciones de la respectiva comunidad y deben interpretarse por lo tanto, en un sentido armónico con las necesidades propias del tiempo y del lugar que han de aplicarse.

En su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Difícilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer

*prevalecer en mayor o menor medida, un principio distinto, y aun opuesto..."*⁵⁸.

Para Dworkin un principio es una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y, de hecho, la existencia de los mismos es una de las vías para la introducción de la moral en el Derecho –constituyendo éste, por tanto, uno de los argumentos utilizados por los críticos del positivismo jurídico para rechazar la separación conceptual entre Derecho y moral⁵⁹.

Alexy, por su parte, señala que la distinción entre reglas y principios es vital para la teoría de los derechos fundamentales, pues sin ella no puede existir una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico⁶⁰.

⁵⁸ Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal civil .Nociones Generales*, Tomo I. Página 250, 251, 252 Bs. As.

⁵⁹ Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, cit., págs. 75 a 78.

⁶⁰ Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid,

Ahora bien, Adolfo Alvarado Velloso al referirse a los principios proclama: *“La doctrina generalizada acepta que se entiende por principios procesales las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado”*⁶¹.

“[el] principio: se trata de un punto de partida. Pero así como nadie puede caminar hacia ninguna parte (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etc.), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama causa eficiente y causa fin). Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigio, formular los principios necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser

1997, págs. 81 a 98.

⁶¹ Alvarado Velloso, Adolfo. “Lecciones de Derecho Procesal Civil”. Compendio del Libro: “Sistema Procesal: Garantía de la Libertad” Adaptado a la Legislación Paraguaya, por Sebastian Irún Croskey. La Ley Paraguaya, As. Py. 2010, p. 211.

imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema”⁶².

Como podemos puntualizar de las citas que anteceden, para que el acceso a la justicia como derecho fundamental sea aplicado en un gobierno democrático y republicano desde el sistema de la tutela jurisdiccional efectiva, por medio del debido proceso; éste debe desarrollarse desde dos principios que son transversales; el de igualdad y el de independencia; todos los demás deben ser considerados reglas.

a) El derecho a la igualdad como principio procesal

Para el maestro Alvarado Velloso: *“En el campo del proceso, igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes (más aún: el juez tiene el deber de adoptar*

⁶² Alvarado Velloso, Adolfo. Ob. Cit., p. 214.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

*todas las medidas que estime conducentes al mantenimiento de la igualdad entre las partes, art. 15, f)*⁶³

*“Principio de igualdad de las partes: Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate se efectúe en pie de perfecta igualdad. Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el derecho a la igualdad ante la ley (CN, 46 y 47), prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etc., y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad; el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etc.”*⁶⁴.

Si analizáramos la igualdad como equiparación y la igualdad como diferenciación obligaría a estudiar, en un primer momento, el concepto de *igualdad* desde el punto de vista de su

⁶³ Alvarado Velloso, Adolfo. Ob. Cit., p.p. 216 y 217.

⁶⁴ Alvarado Velloso, Adolfo. Ob. Cit., p. 216.

capacidad de prescribir -bajo un enfoque ético- una característica común entre los seres humanos; y con base en ello tratar de entender o resolver los problemas que surgen cuando la *igualdad* se convierte en valor vinculado a la existencia del ser humano, y al concepto de ideal social a alcanzar, entendido como las condiciones de orden que permitan al ser humano obtener su bienestar. Para ello debemos tener presente la relación entre *igualdad y justicia* e *igualdad y libertad*.

La *igualdad* en su sentido moral o ético es un hecho fundamental de la condición humana, pues todos los seres humanos poseemos en principio la misma dignidad por el hecho de existir. Según lo consideró Kant, moralidad significa un reconocimiento del otro como igual, como igualmente digno.

Para Bobbio, el valor de la *igualdad* no se distingue del de la *justicia*, al punto que con frecuencia los términos *libertad* y *justicia* se usa como equivalentes. Ambos conceptos tienen en común la noción de orden, equilibrio, armonía de las partes en un todo. Entonces, si cada quien tiene el lugar que le corresponde y se

mantiene en equilibrio a través de normas respetadas para ello, encontramos que hay una manifestación de la *justicia* como legalidad igualitaria. Además, el fin último que pretende la *justicia* debe ser lograr el pleno desarrollo de la individualidad que solo se obtiene en *libertad*, porque los seres humanos como entes racionales son capaces de discernir entre el bien y el mal, pueden elegir su propio destino.

La *libertad* individual como fin fundamental de la *justicia*, socialmente lo será si todos gozan de ella, es decir, estando en plano de *igualdad*.

El Principio de Igualdad garantiza a las partes el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este Código. Esta garantía aplicada al proceso judicial requiere que todas las personas sean iguales ante los tribunales y las cortes de justicia -artículo 14.1, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos-; es decir, independientemente de su condición personal, el tratamiento del imputado no admite diferenciaciones

por razones económicas, sociales, religiosas y/o políticas; por ende habrá que esforzarse en revertir la tendencia selectiva de la persecución penal hacia los grupos socialmente más vulnerables⁶⁵.

Para Daniel Mendonca *“La exigencia de igualdad, desde luego, no puede ser tomada en términos absolutos, en el sentido de imponer exactamente el mismo trato a todos, cualesquiera sean las circunstancias. Tal uniformidad absoluta no es lo que exige esta idea de justicia, pues la falta de reconocimiento de las diferencias relevantes significaría ubicar a todos en idéntica posición, cosa que nadie ha pretendido dentro de esta tradición. Por el contrario, no puede considerarse injusto, desde esta perspectiva, que se hagan distinciones, de manera que los beneficios y las cargas, los derechos y los deberes, sean distribuidos teniendo en cuenta circunstancias condicionantes. La exigencia de igualdad encierra únicamente la pretensión de que nadie, en forma arbitraria, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a otros. Esta exigencia debe ser comprendida, por tanto, en un sentido relativo, es decir, como una exigencia de que los iguales sean tratados de la misma manera. En otras*

⁶⁵ CAFERATA NORES, José I. Garantías y sistema constitucional", p. 123, en Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales. Año 2001

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

palabras, la exigencia de igualdad contenida en esta idea de justicia no está dirigida en forma absoluta a todos y a cada uno, sino a todos los miembros de una clase, determinados por ciertos criterios de relevancia. La justicia, en este sentido señalado, como pura demanda de igualdad, recoge una exigencia de racionalidad, en tanto que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por ciertos criterios establecidos en reglas dadas”⁶⁶.

Según Villalba Bernie *“Referirnos al principio de igualdad es aludir a uno de los principios cardinales del proceso judicial, no solo tiene una expresa consagración en el proyecto de reforma, sino que es objeto de tratamiento en el ámbito constitucional, como capítulo diferenciado de los demás, al establecer la Constitución Nacional la protección genérica de la igualdad desde tres vertientes, en el Art. 46 sobre la igualdad de las personas, en el Art. 47 de las garantías de la igualdad, y en el Art. 48 de la igualdad de los derechos del hombre y la mujer”⁶⁷.*

⁶⁶ Mendonca, Daniel. “Análisis Constitucional. Una Introducción”. *Cómo hacer cosas con la Constitución*. Edit. Intercontinental, As. Py. 2008, p.p. 202 y 203.

⁶⁷ Villalba Bernie, Pablo Dario. *Ob. Cit.*, p.p. 161 y 162.

Este derecho elevado a la calidad de principio en el derecho procesal garantiza, que todas las personas sean iguales ante los tribunales y las cortes de justicia -artículo 14.1, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos-; es decir, independientemente de su condición personal, el tratamiento del imputado, procesado o parte no admite diferenciaciones por razones económicas, sociales, religiosas y/o políticas⁶⁸.

Asimismo, no debemos perder de vista que el artículo 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece que durante el proceso, "*toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad...*"⁶⁹. Sobre esta base, se construyen las reglas procesales de bilateralidad en el trámite procesal, ya que, al decir de CARNELUTTI⁷⁰, "*... la eficacia del contradictorio implica paridad en los contradictorios...*".

⁶⁸ CAFERATA NORES, José I. Garantías y sistema constitucional", p. 123, en Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales. Año 2001

⁶⁹ Dicho concepto se encuentra reiterado textualmente por el Art. 8.1 de la Convención Americana.

⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco "Principios del proceso penal", p. 43, nota 19, Ejea, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires.

FERRAJOLI por su parte expresa⁷¹ *"Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria (...), la perfecta igualdad de las partes: (...) que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; (...) que se admita su papel de contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y de las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos"*.

Dentro de este análisis el derecho a la igualdad elevada a la categoría de principio significa, que todas las personas litigan ante los mismos jueces con iguales formalidades, derechos y obligaciones, sin que importe una excepción el principio de la existencia de tribunales especiales, ya que tienen acceso a ellos todos los que se encuentran en las mismas condiciones. No habrá pues, diferencia por razón de la persona en el modo del ejercicio

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", Editorial Trotta 1997.

de la acción, en la admisión y eficacia de los medios probatorios, en los efectos de la sentencia, etc⁷².

Podemos afirmar en consecuencia que el derecho a la igualdad está elevado al grado de principio procesal, construyendo desde él un conjunto de reglas procesales como ser: la regla de contradicción, oposición probatoria, bilateralidad, demanda, oposición, acusación, cargo y descargo, alegatos, etc.

No obstante debemos resaltar que el principio de igualdad procesal se aplica transversalmente ante todo proceso, en plena coordinación con el principio de imparcialidad. Como podemos observar el principio de igualdad, hace a las funciones, derechos y garantías de las partes, y por otro lado el principio de igualdad opera en todo proceso directamente en la función del Juez.

b) El Juez imparcial como principio procesal

⁷² Alsina, Hugo, Derecho Procesal civil y Comercial. Segunda Edición, I parte general página 249, 250, 251 Ediciones Ediar Soc. Anon. Bs. As. 1953

Como manifestamos anteriormente, los principios son grandes directrices que no poseen punto de oposición, sin ellos, un proceso no sería tal, por lo tanto, se quebraría el debido proceso, no teniendo resultados el sistema de la tutela jurisdiccional efectiva, vulnerándose el acceso a la justicia como derecho fundamental, atentando contra los derechos humanos y hasta podríamos decir que la democracia tendría un quiebre.

Ante esta utopía, o en ciertas ocasiones realidades o desgracias jurídicas, no podríamos imaginarnos la posibilidad de hablar de respeto del primer principio procesal de igualdad, sin un tercero que dirime el conflicto sin la cualidad y deber de imparcialidad. Ya lo sostiene el maestro Alvarado -con fervor- al decir para que exista proceso deben existir dos personas con posiciones antagónicamente contrarias en pie de igualdad ante un tercero, que no es parte, que debe juzgar con total independencia, si no ocurre esto, no es proceso, puede ser cualquier cosa pero no proceso.

La imparcialidad supone la posición en la que el juzgador ha de exhibir ante el conflicto de total ausencia de prejuicios o intereses para poder adoptar una decisión basada solo en Derecho. Sin imparcialidad no puede haber juicio justo, en este sentido, la mayor tacha que puede hacerse a un órgano jurisdiccional es la de su falta de imparcialidad , pues desnaturaliza su función , abdica de la posición de un tercero que resuelve el conflicto con cánones exclusivamente jurídicos , para anteponer intereses propios o ajenos , que en definitiva decantan la resolución en beneficio de uno de los contendientes.

Por esto se sostiene que el *“Principio de imparcialidad del juzgador: es de la mayor importancia, que indica que el tercero actúa en calidad de autoridad para procesar y sentencia el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)”*⁷³.

⁷³ Alvarado Velloso, Adolfo. Ob. Cit., p. 215.

Debemos precisar asimismo: *“Esta independencia está referida al Juez como órgano-persona y tiene como propósito proteger su independencia personal para la toma de decisiones e impedir que pueda ser objeto de influencias provenientes del propio ámbito judicial o fuera de él”*⁷⁴.

Los jueces deben valorar en su decisión tanto las circunstancias favorables como las perjudiciales para el imputado, con absoluta imparcialidad.

Asimismo, con el establecimiento del órgano competente previa a la cuestión, objeto de juzgamiento, es asegurar la independencia de los Juzgadores respecto a influencias externas, la independencia externa del Juez debe asegurarse en el mecanismo de su designación y también en su relación en el ámbito jerárquico, de manera que imposibilite influencias en sus

⁷⁴ Campos Cervera, Rodrigo. "Reestructuración del Poder Judicial un Imperativo aun no Satisfecho"., 1994, disponible en: <http://www.revistajuridica.uca.edu.py/articulos.php?id=430>

decisiones por presiones de otros órganos del mismo Poder Judicial.

MANUEL RAMIREZ por su parte expresa en el mismo sentido: *“El requisito de la imparcialidad responde a la finalidad de la garantía de la independencia, porque el principio de la independencia no es más que un límite jurídico para evitar un riesgo – Juez ad hoc- que levanta una sospecha (parcialidad), pero no se trata de una panacea, es decir, que resulta perfectamente factible que respetando la predeterminación legal, el juez resultante no sea independiente, por lo que el principio de la independencia solo se traduce en la práctica cuando el Juez- Persona ejerce su potestad dentro del marco de la absoluta objetividad...⁷⁵”*.

Pues bien, los principios procesales se encuentran presentes ante todo proceso, y en el presente trabajo establecemos la existencia de solo dos principios: el de igualdad e imparcialidad, en la convicción de que estos son pilares fundamentales de un debido proceso dentro de un Estado democrático a fin de

75 Ramírez Candia, Manuel Dejesús. “Derecho Constitucional Paraguayo”. Edit. Litocolor S.R.L., As. Py. 2005, p 321 y 322

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

garantizar el acceso a la justicia en la estructura de un sistema de tutela jurisdiccional efectiva.

3.2.2. Las reglas

Las reglas procesales dentro del entendimiento de que *debido proceso* es el conjunto de principios⁷⁶, reglas⁷⁷ que rigen a todo el proceso⁷⁸ hasta una eventual sentencia, que consiste en el fin del mismo. Las reglas le dan forma al proceso y se aplican en los distintos procedimientos que en el proceso se desarrolle.

“Estas reglas presentan características...respecto de la actividad de procesar: siempre son binarias y se relacionan con distintos aspectos propios de la tarea de fallar el caso sometido a juzgamiento. Estos son: calidad y número de juzgadores, cantidad de grados de conocimiento, evaluación de los medios de confirmación, correspondencia entre lo

⁷⁶ Considero que solo existen dos principios del proceso el de igualdad e independencia, con los cuales se lleva adelante un proceso garantista.

⁷⁷ Todos aquellos parámetros procesales que no poseen fuerza constitutiva propia, que son pasibles de posiciones contrapuestas.

⁷⁸ Entiéndase al proceso desde la definición del Maestro Adolfo Alvarado Velloso.

pretendido y lo acordado en el juzgamiento y aplicación de la norma jurídica que rige en caso justiciable"⁷⁹.

*"(...) Cada una de las preguntas formuladas al comienzo de esta lección [p.p. 212 - 214] respecto del debate judicial –en rigor, acerca del procedimiento y no del proceso– admite siempre dos respuestas antagónicas (oralidad o escritura; mediación o inmediatez; etc.). Cuando el legislador opta por una de ellas desplaza automáticamente a la otra, en razón de que no pueden coexistir actitudes que se excluyen. Esto no implica que no puedan sucederse en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral). A estas líneas directrices les asignó la denominación de reglas técnicas del debate procesal y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menos que la de los principios: sin estos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia del proceso"*⁸⁰.

⁷⁹ Alvarado Velloso, Adolfo. Ob. Cit., p. 226.

⁸⁰ Alvarado Velloso, Adolfo. Ob. Cit., p.p. 219.

En consecuencia las mismas pueden variar de conformidad al tipo de proceso que adopte el Estado, dentro de los parámetros que establecen los principios. Estas reglas deben ser taxativas y nunca, contrarias a los principios procesales, generalmente nacen los principios y son adoptados por el Legislador de conformidad a la ideología procesal que se desea aplicar. En un Estado democrático que garantiza el acceso a la justicia, nunca un proceso puede ir contra los principios de igualdad e independencia, que sostienen el debido proceso.

Entre las reglas procedimentales podemos citar por ejemplo:

La bilateralidad: La bilateralidad es una regla procedimental derivada del principio de igualdad que debe ser garantizado en todo proceso, aunque no lo afirme Lino Enrique Palacios, quien califica a la bilateralidad como principio que se asoma a la concepción de la regla, al decir; *“La bilateralidad, es el principio de la igualdad de las partes en el juicio, y el principio de igualdad de las partes en el juicio, no es otra cosa que una expresión particular del precepto general de la igualdad de los individuos ante la*

ley..., reposa sobre lo que llamaremos la bilateralidad de la audiencia; nadie puede ser condenado sin ser oído, no hay juicio que se siga a espaldas de la parte con quien eventualmente perjudica, y no hay sentencia válida si no se han dado a las dos partes, por igual, las garantías de defensa necesarias...”⁸¹.

También Clemente Díaz confunde los principios y las reglas elevando al grado de principio a la bilateralidad al decir: *“La garantía constitucional del Individuo sobre la inviolabilidad de la defensa en juicio encuentra su perfeccionamiento en el principio de bilateralidad de la audiencia , en cuanto el mismo presupone una razonable oportunidad de ser oído y asegura en sus términos latos, la posibilidad de ejercitar la defensa de la persona y de los derechos.*

El Derecho Procesal garantiza al justiciable la posibilidad de ejercitar su defensa, no la defensa misma, y de ahí la eventualidad de la contradicción o controversia ..”⁸².

⁸¹ Couture, Eduardo, Estudio de Derecho Procesal Civil. Tomo I, página 311 Ediciones Depalma 1989 Bs.As.

⁸² Díaz, Clemente, Derecho Procesal civil . Parte general Tomo I, **página 213, 214, 215** Abeledo – Perrot Bs As.

La contradicción: El mismo Lino Enrique Palacios utiliza con el denominativo de principio de contradicción, la regla que opera tal cual a la regla de bilateralidad que deriva del principio de igualdad, al sostener:

“En términos generales, implica la prohibición de que los jueces dicten alguna resolución o dispongan la ejecución de alguna diligencia procesal sin que, previamente, hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por tales actos. Es sobre la base de esta idea que las leyes procesales estructuran los denominados actos de transmisión o comunicación, como son los traslados. La vistas y las partes, y eventualmente a los terceros, en condiciones de expedirse acerca de las pretensiones o peticiones que se formulen en el proceso y de controlar el diligenciamiento de los actos procesales dispuestos a pedido de otra parte o de oficio por el juez...”⁸³.

⁸³ Couture, Eduardo, Estudio de Derecho Procesal Civil. Tomo I, página 262,263 Ediciones Depalma 1989 Bs.As.

Formas de expresión del debate oral o escritural: Uno de los ejemplos que demuestra el equívoco al denominar principios a las reglas procedimentales es la elevación al grado de principio a la forma de expresión de las partes en el debate – proceso- sea en forma oral o escrita.

El proceso ya sea oral o escrito no afecta a la naturaleza del mismo, podría afectar a la duración, la infraestructura, la forma en la cual se debatan las pretensiones, pero nunca la naturaleza del proceso, ya que la misma puede llevarse delante de una u otra forma, es más en determinados procedimientos en ambas u opcional.

Para Lino Enrique Palacios el método oral o escrito del debate es un principio *“Los principios ahora analizados se vinculan con la forma de expresión que ha de observarse para aportar la materia de la decisión judicial. De allí que regirá el principio de escritura y oralidad, según que la sentencia deba fundarse tan solo en aquellas alegaciones y pruebas que se hayan producido, respectivamente, por escrito o de palabra ..”*, lo cual jamás dentro de la concepción asumida por nuestra parte condice con la posibilidad de denominarlo principio,

ya que no afecta al proceso como método de debate la forma de expresión con la cual se lleve adelante por lo cual, no queda más que calificarlo como regla de debate que deriva del principio de igualdad, pero nunca catalogarlo como principio⁸⁴.

Pues bien, con estos ejemplos lo que se demuestra es que las reglas procedimentales son variables de conformidad a la política judicial de cada país y derivan directamente de los principios. Recordemos que los principios derivan de la propia naturaleza del proceso, el cual no puede ser modificado u obviado por las legislaciones; por su parte, las reglas son optativas conforme al método de debate que se decide aplicar.

3.3. Ejecución de la sentencia

Como tercer y último elemento que integra el sistema de la tutela jurisdiccional efectiva, con el fin de permitir un acceso a la

⁸⁴ Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal civil Nociones Generales, Tomo I página 267, 268 Bs. As.

justicia en un Estado democrático, identificamos a la ejecución de las sentencias, sentencias estas que fueron fin de un proceso. En este sentido, debemos aclarar que no todo proceso concluye con una sentencia, ya que las partes pueden desistir del proceso o pueden llegar a un acuerdo, con lo cual el fin de una sentencia no siempre es consecuencia general de un proceso.

El Instituto de la tutela jurisdiccional efectiva comprende el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales ; de esta guisa observamos cómo la tutela judicial sancionada por nuestra Carta Magna no es meramente teórica , sino efectiva, de tal suerte que los poderes públicos resultan compelidos a practicar las actuaciones necesarias en el ejercicio de sus facultades para ejecutar lo juzgado , pues no en vano en la correcta ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales queda comprometido un factor esencial del Estado de Derecho . Por ello y sin detrimento de la prudencia siempre deseable el peor de los escenarios es que las sentencias queden sin ejecutarse en la práctica. De ahí que quepa demandar de los jueces y tribunales que pongan en marcha todos los poderes y facultades que la Ley les otorga – que son variados y

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

contundentes -para hacer ejecutar lo juzgado, pues solo de esta manera será viable modificar la sensación de desasosiego y frustración de los justiciables a los que se ha reconocido su pretensión en sede judicial.

Ahora bien, en caso de que un proceso, dentro de los límites de lo que denominamos *debido proceso*, concluye con una sentencia, la misma para ser eficaz debe ser ejecutada, lo cual implica que debe ser acatada o cumplida. Con el cumplimiento de la misma, se culmina la función del sistema de la tutela jurisdiccional efectiva y se habrá brindado un acceso a la justicia real y un respeto a un derecho fundamental, que es elevado a este nivel por constituir un derecho humano que el Estado democrático debe garantizar.

4. La verdad ante la tutela jurisdiccional efectiva

Como apuntan distinguidos y calificados Profesores⁸⁵, la mayor mentira de los Códigos Procesales ha sido que mediante los procesos judiciales se llegaría a conocer la verdad y obtener justicia. Hago referencia a que constituye una mentira ya que los Códigos Procesales sostienen por ejemplo que el otorgar la facultad de solicitar prueba de oficio a los Jueces se sustenta en la necesidad de la búsqueda de la verdad.

Ahora bien, si los Códigos Procesales buscan obtener la verdad en las resoluciones judiciales, por qué estos mismos Códigos limitan la cantidad de testigos, siendo que el testigo numero ochenta puede colaborar en obtener la verdad. ¿Por qué existe caducidad en estos procesos, si buscan la verdad?, ¿Por qué la caducidad de oficio?

Estos Código que supuestamente buscan la verdad no permiten la inclusión de hechos nuevos después de la etapa probatoria, ¿Por qué limitar la presentación de hechos nuevos ya

⁸⁵ Posiciones asumidas por los Doctores Adolfo Alvarado Vellos, Omar Benaventos, Gustavo Calvino en sus ponencias.

que buscamos la verdad? Contradictoriamente se limita la ampliación de puntos de pericias luego de la audiencia de juramento, e igual sostiene que buscan la verdad. La búsqueda de la verdad es un espejo de esperanza que se vende a los pueblos y no es más que un término filosófico que dota a los Códigos Procesales de contradicciones.

Solo con estas simples apreciaciones, que no constituyen ni siquiera un análisis científico, demostramos que nuestros Códigos Procesales no tienen como finalidad la de buscar la verdad ni la justicia, porque siquiera definición uniforme de justicia y verdad existen, recordemos que desde el 500 AC hasta nuestros días los filósofos debaten estos conceptos.

La búsqueda de la verdad en los Códigos Procesales me recuerda al filosofo francés (1713-1714) Denis Diderot quien sostenía“...*Se me debe exigir que busque la verdad, pero no que la encuentre...*”

Pues bien, si los Códigos Procesales no buscan la verdad ni la justicia como fin, ¿que deben buscar o perseguir? Dentro de un Estado Democrático, para garantizar los derechos fundamentales los procesos deben tener como base y eje transversal la tutela jurisdiccional efectiva, que es el sistema encargado de hacer efectivo el respeto de los Derechos Fundamentales por medio de sus tres elementos, a) la instancia o derechos a instar; b) el debido proceso y c) la ejecución de la sentencia.

Para finalizar los análisis en nuestra respectivas legislaciones, es una responsabilidad personal, pero el respeto de los Derechos Humanos internalizados en nuestras Constituciones en grado de Derechos Fundamentales es una responsabilidad regional, en este entendimiento, se desarrolla el presente ensayo con el fin de despertar un análisis de los Códigos Procesales que nos venden como productos que solo ofrecen espejos de esperanza para los Pueblos.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Conclusión

En este esfuerzo por comprender el derecho, muchas veces terminamos confundidos, pero siempre aprendemos algo, si bien es cierto la presente monografía es un esbozo del sistema de la tutela jurisdiccional efectiva, me ha permitido sistematizar de conformidad a los criterios expuestos, la existencia de una secuencia lógica, pero no filosófica, ni epistemológica de los derechos humanos como es el acceso a la justicia y su aplicación directa al proceso.

Asimismo, nos permite conocer cómo funciona el Estado ante el proceso, cuáles son sus límites y el por qué la obligación de la existencia de un Poder Judicial independiente.

El trabajo intenta demostrar que en el esfuerzo de hilar la concepción de la tutela jurisdiccional efectiva ante el debido proceso, fui encontrando un rastro que me demostró que el debido proceso no es la naturaleza del proceso, sino por el contrario un elemento que permite cumplir con el proceso. Asimismo, me ha dirigido a observar como los derechos humanos se introducen a la normativa constitucional, elevándola al grado de derecho fundamental como en el caso del acceso a la justicia.

El identificar el acceso a la justicia, como deber y obligación del Estado democrático, me obligo a verificar los métodos con los cuales el mismo opera ante el proceso, encontrándome con la sorpresa en el Libro de Victor Ticona Postigo que existe un sistema denominado tutela jurisdiccional efectivo encargado de hacer efectivo el acceso a la justicia de los ciudadanos, por medio de sus tres elementos, a) la instancia o derechos a instar, b) el debido proceso y c) la ejecución de la sentencia. Posteriormente, pero sin profundizar en el estudio, -pero con guapeza-, aproximarme a comprender los tres elementos básicos, pero insustituibles para garantizar el acceso a la justicia.

En lo particular los “...esfuerzos por comprender a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso..”, fue redactado solo a modo de apunte pero he sobrepasado mis expectativas, ya que este trabajo lo tiene usted en sus manos.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

BIBLIOGRAFIA

Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997

Alsina, Hugo, Derecho Procesal civil y Comercial. Segunda Edición, I parte general Ediciones Ediar Soc. Anon. Bs. As. 1953

Alvarado Velloso, Adolfo y Irún Croskey. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro "Sistema Procesal: Garantía de la Libertad" Adaptada a la Legislación Paraguaya. La Ley Paraguay, año 2011.

Alvarado Velloso, Adolfo. "El Debido Proceso de la Garantía Constitucional. Versión Digital

Andollina, Italo, Cognición y Ejecución Forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional.

Benaventos, Omar, El Sistema de la Tutela Jurisdiccional en Constitución y Proceso. Ara Ediciones, U.C.A. Lima, Perú, año 2009 p. 373.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Bidart Campos, Germán, Régimen legal y jurisdicción del amparo, Editar, Buenos Aires, 1969,

Birgin, Haydee, El acceso a la justicia, Buenos Aires, 2.009.

Botto, Hugo. "La congruencia procesal, principio base para una teoría general del procedimiento civil

Calvinho, Gustavo. "Debido Proceso y Procedimiento Monitorio". En Derecho Procesal Contemporáneo. El Debido Proceso, de Alvarado Velloso, Versión Digital, p. 126.

Caferata Nores, José I. Garantías y sistema constitucional", en Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales. Año 2001

Campos Cervera, Rodrigo. "Reestructuración del Poder Judicial un Imperativo aun no Satisfecho"., 1994, disponible en: <http://www.revistajuridica.uca.edu.py/articulos.php?id=430>

Carnelutti, Francesco "Principios del proceso penal", p. 43, nota 19, Ejea, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires.

Capelletti, Mauro y Garth, Bryant, El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de la Plata, La Plata, 1983.

Couture, Eduardo, Estudio de Derecho Procesal Civil. Tomo I, Ediciones Depalma 1989 Bs.As.

Díaz, Clemente, Derecho Procesal civil . Parte general Tomo I, Abeledo - Perrot Bs As.

Ferrajoli, Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", Editorial Trotta 1997.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Fix Zamudio, Héctor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos* Porrúa, México D.F., 1988.

González Pérez, Jesús, *El acceso a la jurisdicción contencioso - Administrativa*. Ara Ediciones, U.C.A. Lima, Perú, año 2009 p,261.

Gozaíni, Alfredo. "El Debido Proceso en la Actualidad". Versión Digital, p. 4.

Hart, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990

Kelsen, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, U.N.A.M., México, 1983.

Mendonca, Daniel. "Análisis Constitucional. Una Introducción". *Cómo hacer cosas con la Constitución*. Edit. Intercontinental, As. Py

Priori Posada, Giovanni. El Proceso en el Estado Constitucional, Ara Ediciones, U.C.A. Lima, Perú, año 2009 p, 350 y 351.

Ticona Postigo, Victor, El derecho al debido proceso en el proceso civil. Editora GRIJLEY, Arequipa, Perú, 2009.

Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal civil. Nociones Generales, Tomo I. Bs. As

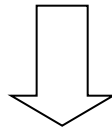
Ramírez Candia, Manuel Dejesús. "Derecho Constitucional Paraguay". Edit. Litocolor S.R.L., As. Py. 2005.

Rubio Llorente. Los Derechos Fundamentales. Ediciones Claves.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

ANEXO

Acceso a la Justicia como Derecho Fundamental



Tutela Jurisdiccional Efectiva



Instar la Sentencia

- a) la denuncia
- b) la petición
- c) el reacercamiento
- d) la queja
- e) la acción procesal



Debido Proceso

- a) Principios Procesales
 - a.a.) Igualdad
 - b.) Imparcialidad
- b) Reglas Procesales



Ejecución de

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Este libro se terminó de imprimir

en setiembre del 2013 en

MARBEN Editora & Gráfica S.A.

Capitán Gwynn 1091 c/ De la Conquista

Teléfonos (021) **421-388 * 481-801**

Asunción - Paraguay

www.marbeneditora.com

info@marbeneditora.com

ventas@marbeneditora.com