

Quinta entrega:

Apuntes sobre el pasado y el otro futuro del proceso en tiempos de Globalización

Juan Monroy Gálvez



“(...) la globalización que embiste al mundo también implica al derecho –es decir, las maneras con las cuales se deben tutelar a las personas, expuestas a las fuerzas de un mecanismo sustraído de toda experiencia directa y sujetas a un poder o a poderes que a menudo resulta difícil no solo controlar, sino incluso particularizar-. Esta abertura planetaria de fronteras exige nuevas formas de tutela y, por lo tanto, nuevas leyes y nuevas modalidades en su creación, en un esfuerzo por adaptar al proceso a situaciones que cambian a velocidad vertiginosa, pero considerando que hay principios fundamentales que deben permanecer intactos. (...). Una sociedad cada vez más compleja crea nuevas relaciones entre los hombres, nuevas formas –lícitas o ilícitas- de confrontación y, por lo tanto, de conflicto; y donde existe un conflicto, así sea solamente potencial, debe existir un derecho que lo regule y lo medie de una manera civil” (MAGRIS, Claudio, *Literatura y derecho. Ante la ley*, p. 59)

SUMARIO: 1. El comienzo del desarreglo. 2. El proceso como narración histórica. 2.1. Etapa precientífica. 2.2. Etapa sistemática. 2.3. Etapa postsistemática. 3. El proceso civil contemporáneo. 4. Globalización y Derecho. 4.1. Iusnaturalismo y globalización. 4.2. Una síntesis de lo ocurrido. 5. Globalización y proceso en el siglo XXI. 5.1. De la incapacidad a la discapacidad como “progreso jurídico”. 5.2. El deudor en un proceso globalizado. 5.3. Derecho, ética y política en tiempos globalizados. 6. Conclusiones.

1. El comienzo del desarreglo

Platón distingue dos formas de aprehender el conocimiento. La primera se obtiene por los sentidos y la segunda por medio de la razón¹. Considera también que la primera no es rigurosa, solo se trata de opiniones expresadas con sustento en aquello que se percibe, lo cual determina que, en considerable medida, consista en un saber inseguro y aparente al que denomina *doxa*. La segunda, en cambio, no está afectada por la imperfección de los sentidos, lo que permite que con su empleo se obtenga un conocimiento riguroso de la realidad, a esta la llama *episteme*. Siendo una elaboración surgida de la razón, por tanto no afectada por la experiencia concreta, el producto de

¹ En estricto fue Parménides –probablemente el más importante, aunque no el más estudiado de los filósofos presocráticos-, quien primero distinguió lo que llamó el “camino de la opinión” del “camino de la verdad”. Ver: RUSSELL, Bertrand. *Historia de la Filosofía Occidental*. Madrid: Espasa-Calpe, 2007, Tomo I, p. 102.

Para una información más detallada sobre Parménides: KINGSLEY, Peter. *En los oscuros lugares del saber*. Girona: Atalanta, 2010.

la *episteme* suele ser descrita como el mundo de las ideas, esto debido a que Platón la llamó *topus uranus*, que en griego helenístico significa “más allá de los cielos”. Esta tesis es la que posteriormente va a desarrollarse y conocerse en filosofía con los nombres de Idealismo trascendental o Esencialismo, vale decir la creencia de que la verdad es una abstracción y que lo que llamamos realidad es una visión distorsionada de aquélla².

A pesar que desde hace mucho se asume como valor entendido que el mecanismo de incorporación del conocimiento no se inicia con un acto racional -dato de la Modernidad³ corroborado por la neurociencia- en pleno siglo XXI y en el ámbito de esa casi ciencia social que llamamos Derecho, todavía seguimos adscritos al mundo de las ideas, es decir, lo que concebimos como realidad jurídica es, en considerable medida, un conjunto de conceptos y clasificaciones, un mapa.

Un repaso por los manuales de introducción al derecho nos muestra que, en pocas ocasiones, estos se inician identificando una experiencia social afectada por un mandato como el núcleo de su estudio (es decir, por la experiencia jurídica). En vez de ello se prefiere elaborar conceptos, principios o reglas, luego se clasifican, subsumen, diferencian y, una vez sistematizados, intentamos persuadir al lector u oyente que la realidad se parece a lo que se ha creado.

Cómo estará difundida esta percepción sobre el mundo jurídico que se presume defectuoso un argumento sustentado solo en hechos, es decir, se actúa evitando o previniendo que lo cotidiano contamine a la ciencia jurídica. Al infravalorar el hecho se reduce el ámbito de lo jurídico a un universo normativo. Apenas a una abstracción, tal como Platón creía que era la realidad⁴.

² “Lo que llamo platonicidad, siguiendo las ideas (y la personalidad) de Platón, es nuestra tendencia a confundir el mapa con el territorio, a centrarnos en ‘formas’ puras y bien definidas, sean objetos, como los triángulos, o ideas sociales, como las utopías (sociedades construidas conforme a algún proyecto de lo que ‘tiene sentido’), y hasta las nacionalidades. Cuando estas ideas y nítidos constructos habitan en nuestra mente, les damos prioridad sobre otros objetos menos elegantes, aquellos que tienen estructuras más confusas y menos tratables.

La platonicidad es lo que nos hace pensar que entendemos más de lo que en realidad entendemos. Pero esto no ocurre en todas partes. No estoy diciendo que las formas platónicas no existen. Los modelos y las construcciones, estos mapas intelectuales de la realidad, no siempre son erróneos; lo son únicamente en algunas aplicaciones específicas. La dificultad reside en que: a) no sabemos de antemano (solo después del hecho) dónde estará equivocado el mapa; y que b) los errores pueden llevarnos a consecuencias graves. Estos modelos son como medicinas potencialmente útiles que tienen unos efectos secundarios aleatorios pero muy graves” (TALEB, Nassim Nicholas. *Cisne Negro. El impacto de lo altamente improbable*. Barcelona: Paidós, 2013, pp. 33-34).

³ “... es imposible para nosotros *pensar* una cosa que antes no hayamos *sentido*, sea por nuestros sentidos externos, sea por los internos” (David Hume. Citado por POPPER, Karl R. *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*. Barcelona: Paidós Básica, 2018, p. 23).

“En el inicio hay una emoción. A continuación, se lleva a cabo un proceso de cálculo racional en el que se va ponderando toda la información disponible. A diferencia de la primera fase, en la que todo ocurre a velocidad de vértigo, la segunda etapa es lenta y tediosa: hay tal proliferación de argumentos a favor y en contra que, a fuerza de ponderar y sopesar datos, la lógica de la razón no acaba de imponerse. Afortunadamente, al final reaparecen, como una tabla de salvación, las emociones. [...]. Por ello, la presencia de las emociones es bipolar: están en el inicio y en el fin de todos los proyectos humanos” (Punset, *El viaje a la felicidad. Las nuevas claves científicas*. Barcelona: Destino, 2012, pp. 82 y 83).

⁴ “Para Platón, la ‘realidad’ que creemos ver son sombras proyectadas sobre la pared de nuestra caverna por la temblorosa luz de un fuego de campamento. Como otros pensadores clásicos griegos, Platón era en el fondo un geómetra. Cada triángulo dibujado en la arena es una sombra imperfecta de la *esencia* verdadera del triángulo. Las líneas del triángulo esencial son líneas euclídeas puras, con longitud pero sin grosor, líneas definidas como infinitamente estrechas y que nunca se cruzan cuando son paralelas. Los ángulos del triángulo esencial suman

Perseverando en esa ruta, el Iluminismo racionalista de fines del siglo XVIII construyó un derecho cuyo núcleo era un conjunto sistemático de reglas de conducta –a los cuales llamó códigos– elaborado siguiendo el modelo matemático, esto es, pretendiendo que, al considerarlas patrones exactos, las controversias sobre su aplicación fuesen resueltas con el rigor que corresponde a una cuestión aritmética⁵. Al concebir así al derecho, tal vez sin pretenderlo, los racionalistas lo transformaron en una ciencia social demostrativa, es decir, una donde el objetivo es la obtención de verdades universalmente válidas que, además, expresan éticamente lo correcto y justo. Se trata de un error que, es bueno precisarlo, no afecta los otros ideales filosóficos de la Ilustración como la ciencia, el humanismo, el progreso además de la compasión, orientados hacia un mundo que nos reivindique como seres solidarios⁶ y nos conduzca a practicar un republicanismo en su esencia más profunda. Siempre, claro está, que no se mistifiquen los fundamentos como ocurre cuando el pensamiento burgués construye un concepto de “libertad” y de “propiedad” traicionando los ideales de la Ilustración⁷.

Al referirnos a ocurrencias de fines del siglo XVIII puede quedar la impresión que lo descrito es solo un dato histórico para el Occidente jurídico. No sería exacto. Para empezar, el derecho es una clave cultural de una sociedad, por tanto, una experiencia histórica en permanente construcción. Lo afirmado, entonces, nos aconseja ser muy cuidadosos con las elaboraciones uniformizadoras en torno a lo ocurrido en otras latitudes durante un mismo tiempo. En consecuencia, no debe extrañar que la concepción racionalizadora del Derecho y, sobre todo, del enunciado normativo y de su interpretación como conformantes de su núcleo, constituyan a la fecha teorías vigentes en algunas sociedades a pesar de en otras se trate de un estadio ya superado. Desconocer esta disfunción de las claves culturales en el tiempo sería un grave error.

exactamente dos ángulos rectos, ni un picosegundo de arco más o menos. Esto no ocurre con los triángulos dibujados en la arena: el triángulo de la arena, para Platón, es una sombra precaria del triángulo esencial ideal. (DAWKINS, Richard. *Evolución*. Bogotá: Espasa, 2010, pp. 31 y 32).

⁵ Esta “metodología” consistió en elevar a la calidad de verdad indiscutible una versión dentro de un abanico de conductas posibles, la cual es recogida en una proposición llamada enunciado normativo o comúnmente ley. Al convertirse en una manifestación de poder, adquirió con el tiempo una autoridad y fuerza casi míticas, convirtiéndose en un método para que la clase social en ejercicio del control político y económico del Estado mantenga el *status quo*.

⁶ “Adoptar el proyecto ilustrado a partir de las evidencias revela que los presupuestos de la Ilustración no eran una esperanza ingenua. La Ilustración ‘ha funcionado’ y tal vez sea la mayor historia jamás contada. Y dado que este triunfo ha sido tan poco reconocido, los ideales subyacentes de la razón, la ciencia y el humanismo también han sido menospreciados. Lejos de constituir un consenso insulso, estos ideales son tratados por los intelectuales actuales con indiferencia, con escepticismo y a veces con desprecio. Por mi parte sugeriré que, cuando se valoran adecuadamente, los ideales de la Ilustración son, de hecho, emocionantes, estimulantes y nobles; son una razón para vivir” PINKER, Steven. *En defensa de la Ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*. Barcelona: Paidós, 2019, p. 26.

⁷ “El concepto liberal de libertad se podría enunciar como el derecho de cada uno a hacer lo que le dé la gana con su propia persona y con todo lo que tenga derecho a reclamar como suyo, es decir, con su propiedad. Ahora bien, ¿cabe efectivamente sostener que, tirando hasta el final el hilo de la libertad (piedra sobre la que descansa el completo edificio del derecho), el resultado no puede ser sino el capitalismo? Es decir, ¿se puede sostener la validez de la ecuación según la cual ‘Libertad’ (esto es, que cada uno tenga derecho a hacer lo que le dé la gana con su propiedad) = ‘Mercado’ (que cada uno pueda intentar obtener, en su trato con los otros, el máximo beneficio posible de la puesta en acción de su propia persona y de su propiedad) = ‘Capitalismo’ (la generación de un modo de producción e intercambio que se orienta de un modo sistemático nada más que a la obtención de beneficios)? ¿Es legítima esta ecuación en alguno de sus pasos?

(...).

La ideología liberal ha hecho siempre los mayores esfuerzos por identificar de un modo indisoluble el capitalismo y los grandes ideales de la Ilustración vertebrados en torno a la noción de ciudadanía. Esto, desde luego, es fácilmente comprensible. No resulta extraño que se intente utilizar siempre en provecho propio esas construcciones teóricas que constituyen, sin duda, grandes conquistas del espíritu humano.” (FERNÁNDEZ LIRIA, Carlos y ALEGRE ZAHONERO, Luis. *Marx desde cero ... para el mundo que viene*. Madrid: Akal, 2018, pp. 17 y 18).

Esto se debe a que los estándares científicos del Derecho son muy precarios. Si lo cotejáramos con la Física o la Química, por ejemplo, nuestro saber no aprobaría un test elemental que permitiera reconocerle nivel científico. No solo padece las limitaciones metodológicas propias de las ciencias sociales –no olvidemos, por citar ejemplos recientes, que el desastre financiero mundial del 2008 no fue advertido por los economistas y que el psicoanálisis tiene, en términos de eficacia terapéutica, un promedio menor al 20%– sino que a ello se debe agregar una profunda diversificación de sus fuentes y de otros factores externos que, indirectamente, lo condicionan de manera distinta en una u otra sociedad. A todo lo cual no constituye un dato menor admitir que otros subsistemas sociales (la religión o la política), afectan directamente la producción jurídica incorporando exigencias que, como es obvio, son más complicadas de integrar en tanto sus intereses son ajenos o por lo menos distintos a las teorías jurídicas.

Hemos descrito un estado de la situación jurídica contemporánea que importa tener presente, a fin de comprender la función que cumple o que debería cumplir el proceso en un ordenamiento jurídico de una sociedad concreta, como sería el caso de un país latinoamericano en el momento actual.

2. El proceso como narración histórica

No hay mejor manera de narrar la evolución de los estudios procesales que no sea anclarlos en un instituto como el derecho de acción, al que lo hacemos actuar como un referente transversal. Desde la antigua definición de Celso (*Actio est ius persequendi iudicio, quod sibi debetur*) hasta aquella que le otorga la calidad de derecho y, además, fundamento constitucional, hay un arco que al describir su evolución permite narrar todo el pensamiento procesal. Atendiendo a esa riqueza informativa, optamos por emplearla como línea conductora de la descripción histórica de la disciplina procesal.

Algunas teorías sobre la naturaleza y funciones del derecho de acción suelen conformar el punto de partida de los cursos introductorios de derecho procesal. Esto puede deberse a la importancia que supuso la prolusión⁸ leída en Bolonia por Chiovenda en febrero de 1903. Con ella empezó a reivindicarse la ubicación de la acción en el ordenamiento jurídico y la determinación de su esencia, aspectos trascendentales para que los estudios procesales adquieran autonomía. En cualquier caso, describir su evolución sigue siendo un idóneo punto de partida para establecer la relación más fecunda que existe entre el proceso y todo lo demás que conforma el derecho. Entonces, dado que la perspectiva histórica nos ayudará a comprender el estado actual de los estudios procesales, hagamos un breve recuento no sin antes dejar establecido que ni siquiera la categoría que hemos elegido como brújula para discernir la materia, pudo eludir permanentes contradicciones y desacuerdos.

2.1. Etapa precientífica

Hay que tener sumo cuidado al citar o hacer nuestros algunos comentarios referidos al derecho romano. Como suele ocurrir con algunas categorías históricas de uso común, al decir derecho romano se distorsiona, a veces, el contenido real de lo que se afirma y, en otros, se incorporan instituciones que son ajenas a su ingenio.

⁸ La acción en el sistema de los derechos. En: CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1949, Vol. I, pp. 3-33.

A este propósito tengamos en cuenta que, avanzado el siglo IV de nuestra era, el Imperio romano había desaparecido o, por lo menos, estaba camino a desaparecer. Establecida la fecha de su fin, podemos ubicar su inicio, apogeo y decadencia en el arco comprendido entre el siglo VII a.C. y el siglo III de nuestra era. Es en ese lapso -primero la Monarquía, luego la República y después el Imperio- cuando se gestó la cultura jurídica romana. Sin embargo, tengamos presente que es el valiosísimo aporte de los pueblos conquistados⁹ el que permitirá que en los siglos siguientes el derecho romano se convierta en la fuente primaria de la cultura jurídica europea¹⁰.

Es evidente que la inexistencia de un sistema judicial organizado desde el centro del poder, limita de manera considerable un desarrollo significativo de los estudios procesales. Sin embargo, la cultura jurídica romana tiene con el proceso una relación muy especial: la importancia de la respuesta procesal –casi siempre la sentencia- en el derecho romano fue superlativa. Esta aparente contradicción se explica en el hecho de que el pensamiento jurídico romano no reconoció la existencia de derechos subjetivos, esta es una categoría ajena a su pensamiento¹¹. Lo que había

⁹ Egipto tuvo un sistema judicial idóneo a sus necesidades. Sobre la base de una conciencia de lo bueno y malo para todos -el *maat* entendido como 'lo que tiene que ser', el 'equilibrio' o la 'justicia'- permitió establecer una suerte de derecho consuetudinario que, cuando era incumplido, pasaba a ser reclamado ante los tribunales. Los tribunales, llamados *kenbet*, eran formados por miembros de la misma comunidad. Las reglas de procedimiento eran conocidas por todos. Se han encontrado algunos textos:

"No descalifiques a un hombre en el tribunal y no apartes al justo. No te dejes obnubilar por un vestido lujoso para despreciarlo cuando se trata de andrajos. No aceptes la gratificación de un poderoso para dictar en su favor en contra de un débil. La justicia es un gran don de dios. Le da a quien quiere. En cuanto a la fuerza del que es como él, esta preserva al desgraciado de sus golpes. No hagas documentos falsos. Se trata de delitos graves, merecedores de la muerte" (Las enseñanzas de Amenemope)

Solo se aceptaban como medios probatorios los testigos y los documentos. Por eso era tan importante que no incurrieran en perjurio:

"No te presentes en el tribunal delante de los magistrados para realizar declaraciones mentirosas. No varíes tus respuestas, cuando los testigos que te conciernen han sido llamados a comparecer. No te obligues a juramentos por tu señor en el curso de una declaración en el lugar del interrogatorio. Di la verdad delante de un magistrado para que este no se apodere de tu persona física. Por la mañana cuando llegues delante de él, dará su asentimiento a toda palabra emanada de ti, y expondrá su deposición en el interior delante del colegio de los Treinta para que este examine otra vez" (Las enseñanzas de Amenemope)

Habían varios tribunales superiores y un tribunal supremo, formado este último por el visir en nombre del soberano. Difícil establecer la eficacia de este sistema judicial con la información que se tiene, sin embargo, lo que se conoce es mucho más de lo que puede mostrar el derecho romano sobre la materia. (Cfr. PARRA, José MIGUEL. *La historia empieza en Egipto. Eso ya existía en tiempos de los faraones*. Barcelona: Crítica, 2017, pp. 305-315).

¹⁰ "Como hemos visto al final de la última sección, mi teoría es que había una tradición académica de estudios legales en el Mediterráneo que no era romana ni griega y que existía mucho antes de que tales estudios comienzasen en Roma. Estos estudios se encontraban organizados de forma regular y su enseñanza se impartía en las escuelas de escribas. A diferencia de esta tradición, la teoría del derecho romano nació fuera de cualquier organización estable como respuesta a defectos importantes del proceso legal romano y se confió a miembros de la nobleza. De esta forma, concluí que el derecho romano no era en absoluto único y también que su tradición jurisprudencial se basó en esquemas totalmente ajenos a la tradición jurídica occidental posterior. La tradición romana original de estudios jurídicos no era única, ni estaba ligada ni era la raíz de lo que todavía llamamos *familia jurídica occidental*. Era un producto romano específico originado por defectos romanos específicos, como las ausencias de una judicatura estable y de escuelas de derecho, ya que los romanos fueron *incapaces* de organizar dichas instituciones" (MONATERI, P.G. y SAMUEL, Geoffrey. *La invención del derecho privado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes-Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006, pp. 205-206).

¹¹ "Por tal motivo, en principio la *actio* no era apenas un derecho, sino el único derecho concedido para la tutela de los intereses. De este modo, el derecho subjetivo procesal no se mezclaba con el derecho subjetivo material, por ser el instrumento para la constitución de este, que no existía antes del proceso" (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*. Lima: Communitas, 2008, p. 42).

eran intereses que se ejercían en la vida diaria con la plenitud que otorga su reconocimiento práctico, de tal suerte que solo su negación era la circunstancia que determinaba que el proceso se convirtiera en el medio para declarar (reconocer) la existencia pero ya no del interés sino del derecho. Esto ocurría al momento de otorgarle tutela¹². Para explicarlo con un ejemplo: era la *actio reivindicatoria* la que permitía a quien había sido afectado que, al sentenciar, se le reconociera su calidad de propietario, en caso el resultado del proceso le fuese exitoso. Lo curioso es que antes de la declaración procesal no era identificable el derecho de propiedad como tal, lo que empezaba a ocurrir con la expedición de la sentencia que ponía fin al proceso.

Esta presencia implícita de la acción al interior de las situaciones reclamadas se gestó en el derecho romano y atravesó toda la Edad Media, es decir, durante la vigencia del derecho común que, como sabemos, es el producto de una mixtura que tuvo como fuentes al derecho romano, al derecho canónico y, sobre todo, al derecho existente en los distintos pueblos germánicos.

Importa describir esta etapa porque, precisamente, la concepción del proceso como elemento natural -aunque emergente y subordinado- dentro de la estructura de los derechos tutelados, significó precisamente asumir que los estudios procesales solo constituían un apéndice dentro del estudio de los derechos antes descritos. Esta situación, con variantes poco significativas, se mantuvo hasta fines del siglo XVIII, y constituye la explicación de por qué los textos comentando los ordenamientos normativos privados suelen contener un apéndice en donde se describe el procedimiento y los aspectos formales que se deben conocer para actuar ante los tribunales¹³.

En síntesis, en esta etapa se concibe el derecho de acción como si fuera parte latente o en potencia del derecho material, por lo que solo emerge a la superficie cuando se produce su afectación¹⁴.

"En la perspectiva del derecho romano, la pretensión privada, para cuya realización la *actio* era otorgada, no aparecía como un derecho subjetivo totalmente constituido. Se veía en ella, pura y simplemente, el reflejo de la tutela jurídica inaugurada con la admisibilidad de la *actio*. Realmente por un largo periodo de evolución del sistema jurídico romano, la tutela jurídica de los intereses en gran parte no era constituida previamente por normas materiales, sino confiada al proceso, por medio de normas instrumentales." (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efectividade e Tutela Jurisdiccional*. En: *Polemica sobre a ação. A tutela jurisdiccional na perspectiva das relações entre direito e proceso*. Organizadores: Fabio Cardoso Machado y Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 85).

Nota: Esta y las demás traducciones que aparezcan en el trabajo han sido realizadas por el autor.

¹² "El proceso desarrolla un rol fundamental en el sistema jurídico romano: para ser titular de un derecho, es necesario que este sea jurídicamente reconocido, es decir que el pretor conceda una acción. Muy diverso a nuestro sistema, en el cual los derechos son tutelados por la ley". (DUCOS, Michele. *Roma e il diritto*. Bolonia: Il Mulino, 1998, p. 101).

¹³ "Esta es la teoría tradicional o clásica que liga la idea de acción a la de lesión de un derecho y la considera, por tanto, como 'el poder inherente al derecho de reaccionar contra la violación o el derecho mismo en su tendencia a la actuación'. La acción no es entonces cosa distinta del derecho material subjetivo violado. Es el *ius persequendi in iudicio*, de la doctrina romana.

(...)

José María Manresa y Navarro, clásico autor español, sostiene esta tesis ya entrado nuestro siglo (la última edición en vida del autor fue en 1929), y define la acción como el medio que nos conceden las leyes para 'ejercitar en juicio el derecho que nos compete', y dice que 'no puede existir la acción sin la existencia previa del derecho que por ella se haya de reclamar. Aquella es el medio, y este, el fin'" (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis, 2009, pp. 184-185).

¹⁴ "Savigny distinguía entre los derechos en sí (*Rechten an sich*), los derechos lesionados (*verletzten Rechten*) y los derechos en estado de defensa (*im Zustand der Vertheidigung*).

2.2. Etapa sistemática

Los estudios en torno a la autonomía del derecho de acción, iniciados hacia fines del siglo XIX por los juristas alemanes y sistematizados por los juristas italianos a comienzo del siglo XX, constituyeron el punto de partida que, en suma, permitió el tránsito hacia la autonomía de la ciencia procesal. Esta etapa, llamada también científica o procesalista, irrumpió con el fin de lograr el reconocimiento de una disciplina jurídica que tenga como objeto de estudio metódico y sistemático de toda la actividad procedural, sus instituciones, criterios clasificatorios y reglas de actuación.

Con la mayor amplitud posible, esta etapa puede ubicarse cronológicamente desde el último cuarto del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, por lo menos para Europa. Se le denomina también sistemática porque consistió en la ardua tarea de construir una ciencia descriptiva: diversidad teórica en torno a conceptos, instituciones y clasificaciones.

Esta creación autónoma de la disciplina procesal no empezó desde cero. Como se explicó líneas arriba, considerando al procedimiento una emanación del derecho material, los estudios procedimentales consistieron en una prolongación de los estudios de derecho privado. Esta es la razón por la que muchas de las instituciones procesales tienen su origen en el derecho privado, pasando al proceso con ciertas peculiaridades.

Esta precisión respecto al origen privado del proceso no es un asunto menor. Explica, en buena medida, las dificultades que muchas veces se presentan para determinar los alcances de una institución procesal, así como otras discusiones generadas en torno a su aplicación. Así, algunos consideran que deben ser interpretadas en función a su origen privado, y otros que deben ser apreciadas en función de la nueva relación jurídica a cuyo servicio han sido incorporadas, es decir, al proceso.

En cualquier caso, lo significativo de esta etapa es la ocurrencia de hechos trascendentales. Uno de ellos fue positivo y consistió en que los estudios procesales pasaron a ser integrados a una específica y autónoma disciplina jurídica. El otro fue negativo y se manifestó en que la inmensa cantidad de desarrollos teóricos descriptivos, referidos a conceptos e institutos de la nueva disciplina, produjeron un desborde que condujo a que, durante la segunda mitad del siglo XX, se presente una saturación de la información teórica, desarrollada presuntamente para darle consistencia a la nueva disciplina.

Este fragmento de la elaboración doctrinal de Savigny retrata bien la confusión que aún existía entre los planos del derecho material y del derecho procesal: 'Cuando consideramos un derecho en la especial relación con su violación aparece aquél en una forma nueva, en estado de defensa. En parte la violación, en parte las instituciones establecidas para combatirla, repercuten sobre el contenido y la existencia del propio derecho, y el conjunto de modificaciones, que de esta manera nacen en él, se concentran bajo el nombre de derecho de acción (*Aktionenrechts*)'" (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*. Ob. cit., p. 44).

Un libro muy difundido en Sudamérica en el siglo pasado fue el de Nicolás Coviello (COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. México DF: Uteha, 1949). Este consta de 5 secciones. La quinta se llama Ejercicio y Defensa de los Derechos. En estricto es una introducción al proceso civil. El autor coloca esta materia al final porque considera, sin necesidad de decirlo, que el proceso es solo la manifestación dinámica de los derechos materiales que desarrolló previamente.

El resultado fue que la información se volvió promiscua¹⁵, al punto que se empezó a cuestionar, seriamente, si ese crecimiento exponencial para explicar los mismos temas desde cada óptica individual constituía un aporte. Una prueba contundente de lo dicho es provista por Tarello¹⁶. Por lo demás, constituye una regla del conocimiento que cuando se exagera la cantidad se deteriora la calidad.

Esta crisis, expresada en un crecimiento bibliográfico desmesurado, a la que contribuyó un momento histórico muy particular -el mundo había soportado en ese periodo dos desastres mundiales que, entre tantas causas, también eran explicados en términos de un fracaso del Derecho, en la medida que habían muchos códigos y constituciones que reconocían situaciones jurídicas pero, desgraciadamente, con nulas o escasas técnicas para lograr que fueran tuteladas- impelió a los procesalistas más esclarecidos de la época a reconocer que era imprescindible corregir la ruta por donde surcaban los estudios procesales.

Esta corrección ocurrió en dos planos, ambos de trascendental importancia. En el plano extraprocesal se consolidó la tesis de que tan importante como contar con una Constitución que enumere los derechos fundamentales de las personas, era incorporar un reconocimiento constitucional a los fundamentos del proceso. Así, una vez ubicados los principios procesales dentro del marco constitucional, se garantizaba no solo la importancia del instrumento de tutela de los derechos, sino también que el proceso pasaba a tener rango constitucional, nivel desde el cual empezó a relacionarse con el resto del ordenamiento jurídico. Es por eso que todas las constituciones democráticas a partir de la segunda mitad del siglo pasado, incorporan garantías, principios y derechos procesales en su letra y también en su espíritu.

El segundo plano trascendente de la corrección histórica en la dirección de los estudios procesales, guarda una profunda enseñanza en torno a lo que no puede volver a suceder con ellos. Como ya se anotó, fue tal el despilfarro teorizante de estos estudios que, muy pronto, las discusiones sobre los institutos procesales adquirieron el enmarañamiento suficiente como para perder de vista que el proceso, al final de todo lo propuesto, sólo es un instrumento para hacer efectiva la tutela de la otra parte del ordenamiento jurídico, es decir, de ese resto al cual nos referimos llamándolo “derecho material”¹⁷. Específicamente nos referimos a todas aquellas

¹⁵ El profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo demostró que, al margen de las cuatro conocidas teorías sobre la esencia jurídica del proceso, existen no menos de quince más. Un crecimiento desmesurado de la doctrina procesal a niveles que ciertamente tornan discutible su utilidad. El artículo se llama *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza jurídica del proceso*. Se publicó en “Revista de Derecho Procesal” bajo la dirección de Hugo Alsina. Buenos Aires: EDIAR, Año X. Cuarto trimestre de 1952, p. 238.

¹⁶ “Quien quisiera –aunque fuese tan inexperto como quisiese- comparar las opiniones de Chiovenda, de Pekelis, de Calamandrei y de Orestano, sobre una cosa llamada ‘acción’, se encontraría naturalmente sin resultado alguno. No se trata, sino en medida irrelevante, del mero decurso del tiempo entre uno y otro escrito; no se trata del cambio en el tiempo de un instituto, o de una disciplina positiva. La ‘acción’, a través de la lectura de los cuatro escritos, desaparece, como un fantasma; y las razones de esta desaparición son más profundas que aquellas que nuestros autores podrían adivinar: no se trata del hecho que ‘la acción’ se comporta de manera distinta según la relación que haya entre Estado y derecho, como sugería Pekelis; no se trata del hecho que el ‘concepto de acción’ es ‘relativo’, como sugería Calamandrei; no se trata del hecho que ‘la acción’ es un problema de la ‘ciencia’ jurídica, y que la historicidad participa de la ciencia, como en 1959 sugería Orestano. Podríamos dar un paso más allá de Orestano, y reconocer que la acción es solo un fantasma, y que los ‘problemas de la acción’ no son lugares tanto de la historicidad de la ‘ciencia’ jurídica, como de la dependencia lexical de algunos juristas individuales” (“Quattro buoni giuristi per una cattiva azione”. En: TARELLO, Giovanni. *Dottrine del proceso civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonia: Il Mulino, 1989, p. 242).

¹⁷ Esta es la manera genérica de referirnos al contenido del conflicto o a aquello que va a ser materia de decisión, lo que incluso puede ser una ‘materia’ procesal.

situaciones de ventaja prescritas por el ordenamiento jurídico, que permiten a un sujeto de derecho gozar pacíficamente de su posición en la relación jurídica. Precisamente cuando es desconocida (no respetada) por alguien -producíéndose un conflicto de intereses con relevancia jurídica- es cuando adquiere relevancia aquello que venimos llamando proceso.

Aunque parezca insólito, los castillos conceptuales construidos por los padres fundadores -y sus desarrollos expresados en múltiples elucubraciones- determinaron que se perdiera de vista la perspectiva de la función social y política del proceso. Es decir, la descripción técnica pero repetitiva de las instituciones procesales descuidó el objetivo de ser un instrumento de paz social. Y no solo eso, hasta se intentó justificar tal prescindencia. Así, considerando que la ciencia procesal es autónoma e instrumental, se dedujo que su relación con los derechos que tutelaba, en realidad con la vida, debía ser neutra. Con ello -tal vez sin advertirlo- los más grandes procesalistas de la primera mitad del siglo XX construyeron un universo de conceptos e instituciones surgido de la más pura construcción lógica, platonicidad pura¹⁸.

El proceso mantuvo la lógica del derecho surgido de la Era de la razón, es decir, omitió el aspecto humanista y comunitario de la Ilustración, apartándose de la realidad y proponiendo instituciones que aseguraban una actividad procedural neutra, garantizando, teóricamente claro está, un tratamiento igualitario a las partes. Por cierto, al asegurar una duración y un empleo de técnicas similares para todos, no se advirtió que esa igualdad afectaba más a quienes en la cotidianidad de sus vidas soportaban desigualdades económicas, políticas, raciales, de género, étnicas, de orientación sexual, etc., sea en el hecho de soportar la dilación de los procesos como en la imposibilidad de contratar abogados con una mayor experticia y, por cierto, con un honorario prohibitivo.

Esta insopportabilidad surgida de un proceso socialmente "higiénico", encapsulado en su desarrollo teórico, esto es, descomprometido de su entorno¹⁹, constituyó el germen de una nueva concepción surgida de la preocupación por su función social²⁰.

¹⁸ “A partir del momento en que se acepta la naturaleza instrumental del derecho procesal, se torna imprescindible revisar sus institutos fundamentales, a fin de adecuarlos a esa nueva visión. Ello es así porque toda la construcción científica se dio en la denominada fase autonomista, en donde debido a la necesidad de afirmación de la independencia del derecho procesal, se valorizó demasiado la técnica. Se pasó a concebir el instrumento por el instrumento, sin la necesaria preocupación por sus objetivos que, obviamente, le son externos. En ningún momento puede el procesalista olvidar que las cuestiones internas del proceso deben ser solucionadas de modo de favorecer los resultados pretendidos, que son exteriores a él” (DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 13).

¹⁹ “De allí que la realidad mostró que la fase científica o procesalística hizo tabla rasa del derecho material y dejó de lado las necesarias tutelas diferenciadas que él exigía para su correcta pretensión” (ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual*. En: *Polemica sobre a ação, a tutela jurisdiccional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 170).

²⁰ “Por un lado, la ideología liberal de la igualdad formal de todos los ciudadanos y el alto grado de abstracción con que fue elaborada y desarrollada la teoría de la acción acarrearon varias consecuencias negativas, en la medida en que concurrieron para determinar la convicción de que el derecho de acción (aunque autónomo en relación al derecho material) sería algo unitario, de manera que el proceso puesto en movimiento por el ejercicio del derecho de acción pueda ser configurado como una categoría unitaria y mostrándose siempre idóneo para ofrecer una tutela jurisdiccional que abarque a todos los derechos previstos por la ley material, de manera independiente a la especificidad de sus contenidos o de los sujetos reales que son sus titulares. En último análisis, contribuyó para formar la convicción de que la tutela jurisdiccional puede realizarse según formas tendencialmente unitarias, neutras e indiferentes a los intereses que constituyen el sustrato de los derechos materiales necesitados de tutela. De tal modo, fue

2.3. Etapa postsistemática

A pesar de la demora en aparecer y eclipsar a la anterior -toda la primera mitad del siglo XX-, la etapa postsistemática tiene como punto de partida una obviedad: el derecho procesal se conecta con el derecho material como producto de un hecho cotidiano y evidente: el segundo está construido para ser cumplido espontáneamente, pero esto no siempre ocurre.

El derecho material está conformado por reglas de conducta social cuyo rasgo singular consiste en estar expresadas de forma prescriptiva, esto es, estructuradas como una exigencia de actuación o de omisión que reserva una sanción ante su eventual incumplimiento. Si un arrendatario conviene contractualmente devolver el inmueble a su arrendador al año de suscrito, que ello no ocurra implica, como dice Proto Pisani en una expresión feliz, una crisis de cooperación. Esa crisis ocurre en la vida cotidiana muchas más veces de las que estamos dispuestos a admitir.

A lo expresado se presenta una nueva complicación. Durante la etapa sistemática anteriormente descrita, todos los esfuerzos científicos en sede procesal estuvieron conducidos a mejorar un modelo procesal de viejo abolengo, el proceso ordinario. Sus orígenes se ubican en el siglo III de nuestra era, durante la transformación del *ordo iudiciarum privatorum* en la *cognitio extraordinem*. Es en esta donde aparece la demanda (*libellus conventionis*) y la contestación (*libellus contradictionis*) escritas, además de la intervención de un solo juez. Obtenida su consolidación en el siglo VI de nuestra era, durante Justiniano, todos los esfuerzos posteriores de la procesalística estuvieron encaminados a mejorarla, incluso hasta mediados del siglo XX, esto es, durante la etapa sistemática. Sin embargo, en ningún caso se propuso alternativas a él. En el caso peruano, esto explica por qué desde que nos constituyimos en república hasta 1993, el proceso por excelencia recibió el nombre de Juicio ordinario.

La clave para entender la anomalía de este exceso de conservadurismo –catorce siglos no es poco para una discreta evolución de un instrumento de tanta importancia social- está en el hecho de que mientras los estudios procesales perseguían perfeccionar el Juicio ordinario, todos los conflictos surgidos de los incumplimientos o incertidumbres respecto a los derechos materiales debían adecuarse al único procedimiento existente²¹. La circunstancia, por ejemplo, de que el incumplimiento de algún derecho material tuviera la urgencia de ser satisfecho en tiempos considerablemente menores a los que consumía el venerable Juicio ordinario era irrelevante. Con lo dicho queda definida la imposibilidad de que el procedimiento ordinario tutelara aquellos derechos cuyo plazo de vigencia era inferior a la duración de aquél. En este extremo era un procedimiento considerablemente ineficaz.

Como resulta evidente, constituye un craso error de percepción considerar que todos los conflictos que se producen en la realidad deben tener una tutela cuya solución los iguale en el

creada una peligrosa fractura entre el derecho material y el proceso, fractura que en mi opinión aún no ha sido superada" (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional*. Ob. cit., pp. 128-129).

²¹ La creación de los procedimientos sumarios (el determinado y el indeterminado) - en la práctica solo una reducción de plazos del ordinario- no fue en interés de la comunidad, esta ni siquiera sabía que tenía derechos, sino fue para satisfacer una necesidad surgida de la intensa actividad comercial realizada en las ciudades-estado. A este objetivo fue determinante el interés de la Iglesia Católica también involucrada en la actividad mercantil. Clemente V decretó una bula papal, la *Clementina Saepe Contingit*, promulgando un sumario indeterminado.

tiempo. Si así fuera, resultará común encontrarse con derechos cuyo perjuicio ha devenido irremediable para la fecha en que el proceso concluyó y adquirió firmeza lo decidido²².

Lo expresado es el presupuesto para el ingreso a una etapa que denominamos post sistemática y que, sustancialmente, se caracteriza por romper con la dogmática procesal tradicional. Una etapa en la que las tutelas no pueden seguir siendo genéricas ni abstractas, sino, más bien, adecuadas a las particularidades del caso, sea del derecho material presuntamente afectado, sea de la situación jurídica de ventaja necesitada de protección. Es la única manera válida y efectiva de resolver la crisis de cooperación a la que se refería Proto Pisani. Lo que es más, resolver un conflicto de manera oportuna, constituye la manera más pedagógica de otorgarle eficacia²³ al ordenamiento jurídico, en la medida que el sistema judicial se convierte en un órgano de consolidación y enseñanza de los valores sociales que, presuntamente, están detrás del ordenamiento jurídico.

A este propósito, la técnica idónea consiste en diversificar los procedimientos, permitiendo así que los justiciables cuenten con la vía procedural más idónea para tutelar su específica situación jurídica de ventaja atendiendo, precisamente, a los rasgos de contenciosidad y de urgencia que esta posea. Veamos cómo se produce este involucramiento.

3. El proceso civil contemporáneo

El presupuesto, entonces, es que los estudios procesales deben estar dirigidos a proporcionar instituciones y técnicas que permitan atender las exigencias que plantean las distintas estructuras y funciones que tienen los derechos materiales en la realidad, diseñando procedimientos que permitan su tutela efectiva, vale decir, que esta sea plena, tempestiva y específica.

Invirtiendo la regla tradicional, no son los derechos materiales los que deben adecuar sus rasgos a las exigencias formales del elefantiásico proceso ordinario, sino es una razonable diversidad de vías procedimentales las que deben permitir que la necesidad de tutela sea satisfecha con instrumentos cada vez más idóneos a la naturaleza del conflicto a ser resuelto y, por cierto, a la trascendencia social contenida en las decisiones que se expidan.

Un punto de partida significativo de esta nueva visión de la función social del proceso, se aprecia en el hecho de que las constituciones contemporáneas califican al derecho de acción y al de defensa como derechos fundamentales, ambos emanados de una garantía constitucional prestada por el Estado: la tutela jurisdiccional de los derechos. En este escenario, el proceso pasa a ser el instrumento por medio del cual el Estado cumple con hacer efectiva la garantía antes descrita. Siendo así, es absolutamente natural que las constituciones acojan también las instituciones y los

²² Durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912 fue común encontrar personas que habían empezado un proceso de divorcio sin tener una nueva relación. Sin embargo, diez o más años después estaban desesperados porque concluya el proceso dado que, durante ese lapso, habían encontrado pareja y procreado, por lo que necesitaban “legitimar” (hacerlo correspondiente con la realidad y el sistema legal) su estado civil y el de su prole.

²³ “En la medida que la actuación de la voluntad concreta del ordenamiento jurídico material y la pacificación de la sociedad dependen, muchas veces, de la actuación jurisdiccional, y de cómo esta desarrolla sus actividades y procura alcanzar tales objetivos por medio del proceso, constituye la preocupación fundamental de aquellos que procuran estudiar este instrumento con que la jurisdicción opera y la dirigen a los resultados que él debe producir. Se busca, pues, la efectividad del proceso” (DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. Ob. cit., pp. 16-17).

principios procesales esenciales, con lo cual el proceso pasa a ser, además del instrumento supremo de garantía de los derechos, una garantía constitucional *per se*.

Ahora bien, en cumplimiento de su función constitucional de tornar eficaz la tutela jurisdiccional de los derechos, el proceso no agota su cometido de convertirse en el medio para que ello se produzca, sino que cumple una función más, una función constitucional de resultados. Lo expresado significa que la actividad procesal no se considera satisfecha con la sola circunstancia de haberse expedido una decisión firme e inamovible sobre el tema litigioso, sino que, además, postula la necesidad de que esa decisión tenga efecto en la realidad, es decir, que produzca la modificación que declara su decisión.

Confirmando lo expresado, podemos aseverar que la función constitucional del proceso consiste en tutelar los valores recogidos en el ordenamiento jurídico, sea declarando su vigencia, prohibiendo su apartamiento y, además, asegurando que esa declaración surta efectos en la realidad.

Para el propósito descrito es necesario que la ciencia del proceso se avoque a desarrollar técnicas que conviertan en eficaces las distintas formas de tutela de los derechos, no solo aquellas que se presentan dentro del procedimiento sino también las otras, aquellas que están en el ámbito de los derechos materiales. Estando estas últimas fuera del ámbito de la tutela jurisdiccional, su descripción requiere una explicación.

En el sistema jurídico privado los códigos no solo regulan los rasgos esenciales de los derechos materiales, sus presupuestos y efectos, allí también suelen prescribirse formas de evitar, restituir o resarcir su eventual lesión. Estas últimas no son otra cosa que formas de tutela directa. Al estar enmarcadas dentro de los ordenamientos privados, sus manifestaciones reciben el nombre genérico de tutelas materiales. En estricto están dirigidas a incitar a los sujetos a cumplir las obligaciones asumidas. Como estas tutelas tienen su ámbito sancionatorio, se conciben como garantías cuyo cumplimiento pueden ser exigidas en sede jurisdiccional.

La tutela material prescribe la manera como se **restituyen** (directamente) o se **resarcen** (por equivalente) los derechos lesionados. La peculiaridad de este tipo de tutela está en que es abstracta y genérica, esto significa que su regulación no necesariamente puede ser actuada autónomamente. Estos rasgos determinan que cuando se produce la lesión del derecho, la tutela material prevista debe ser actuada consensualmente salvo excepciones normativas muy precisas. Si ello no se concretara, el titular recurriría al tipo de tutela jurisdiccional que corresponda al derecho lesionado.

Por esa razón, la forma de tutela judicial se elegirá dependiendo de la situación jurídica a ser protegida. Así, si se busca obtener una decisión meramente declarativa es porque se pretende eliminar una crisis de certeza –para usar la categoría de Proto Pisani–; si se persigue una sentencia constitutiva será porque se trata de crear o extinguir una relación o situación jurídica; si se pretende una condenatoria es porque se busca obtener una prestación de dar, hacer o no hacer o, finalmente, se buscará una decisión ejecutiva, porque se cuenta con un documento en el que la condena está reconocida en el título, por lo que solo se trata de hacerla efectiva.

Los tipos de decisiones que se obtienen no se distinguen ni originan en el acto procesal que las contiene (generalmente sentencia), sino en la tutela normativa –nominada o innominada– que protege a los derechos materiales. Por tanto, no es preciso afirmar que la descripción del párrafo

anterior configura una clasificación de las sentencias. Estas solo son manifestaciones de la tutela normativa material hecha valer en el proceso.

Por otro lado, las clasificaciones no son rígidas como suele creerse, bien puede encontrarse en el plano teórico otros tipos de decisiones, las que por lo demás no tienen un reconocimiento unánime²⁴. Lo que importa destacar es que su incorporación o su descarte no constituyen ninguna minusvalía a la idea matriz: se trata de manifestaciones procesales de lo permitido por las tutelas materiales y no de una taxonomía de las sentencias.

Aun cuando hay una diferencia en torno al plano en el cual se regulan, esto es, dado que las tutelas materiales pueden satisfacerse espontáneamente o, si así no fuera, lograr su eficacia por medio del proceso, no deben confundirse los planos. Hay que distinguir la tutela material de la actividad ejercida directamente desde la tutela jurisdiccional. Nos explicamos.

Los pronunciamientos jurisdiccionales se expresan en verbos con una tendencia prescriptiva (declarar, constituir, condenar, mandar, ejecutar), esto los hace inconfundibles con respecto a los verbos referidos a la tutela material (restituir, deshacer, reivindicar, retener, dar posesión) donde aparece un acento descriptivo y, por ello, menos vinculante que los otros. A este efecto, por ejemplo, cuando un juez resuelve un caso no puede hacerlo transigiendo (si las partes lo hubieran hecho, su función solo sería homologar el acuerdo) o reparando. Asimismo, un individuo que no sea juez no puede constituir o condenar, carece de imperio para uno u otro acto²⁵.

Entonces, desde la perspectiva de la tutela procesal contemporánea, el proceso es un instrumento ético y técnico cuya principal función es, o parece ser, tutelar los valores que están en la Constitución, contenidos en los derechos fundamentales expresa o tácitamente, o en las normas de desarrollo constitucional. Aunque hay que tener cuidado con lo siguiente: el hecho de que el proceso tenga fundamento constitucional es, en principio, solo un aspecto estructural. Que su esencia esté en la carta fundamental es muy importante, sin embargo, lo trascendente y significativo es que su presencia sea, además, funcional, es decir, que constituya una demostración práctica de la importancia que los conflictos sean resueltos respetando los derechos fundamentales de los que es titular cada persona en concreto dentro de una comunidad.

La instrumentalidad del proceso se expresa, a nivel técnico, en la necesidad de conciliar – que es una forma de dar garantía- las diversas situaciones de ventaja surgidas de los derechos

²⁴ En un sector de la doctrina procesal brasileña la clasificación se amplía, reconociéndose también a la sentencia mandamental, la sentencia ejecutiva e incluso una llamada sentencia ejecutiva *lato sensu*. Refiriéndose a la ejecutiva el profesor Barbosa Moreira afirma: "Mucho se ha discutido en doctrina sobre la calificación de la sentencia ahora estudiada. En Alemania, con relación a la figura correspondiente, predomina la opinión que la reputa condenatoria; y esa ha de ser la opción de quien se apegue a la letra de la ley: tanto allá como acá, los textos usan el término 'condenado'. Ya en Italia, muchos autores prefieren incluirla entre las constitutivas; y lo mismo, a despecho de la dicción legal, viene ocurriendo entre nosotros" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, Nona Série, p. 195).

²⁵ "La resolución judicial, aunque ciertamente se apoye en el derecho material, representa otra fuerza, otra eficacia, no se confunde con aquél, porque, además de constituir el resultado de un trabajo de reconstrucción y hasta de creación por parte del órgano judicial, exhibe el sello de la autoridad estatal, proferida la decisión con las garantías del debido proceso legal. Tan es así que declarar, condenar, constituir, ejecutar o mandar son verbos que no constan en el repertorio del derecho material. Este habla de indemnizar, de resolver el contrato, de renuncia del Derecho, etc." (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O problema da eficácia da sentença*. En: GENESIS. Revista de direito processual civil. Curitiba, julio/setiembre de 2003, p. 443).

materiales con tantas formas de tutela como fuese necesario contar. Se trata de tornar eficaz la relación entre el derecho lesionado y la tutela idónea que requiere su titular²⁶.

Sin embargo, a pesar de lo bien que suena lo expresado, no estaríamos tan seguros que ese debe ser el objetivo del proceso para el momento actual y mucho menos en su perspectiva. En cualquier caso, podríamos aceptar que es su función pero no su objetivo actual. Esto último es algo sin duda es más trascendente. Intentemos una explicación.

4. Globalización y Derecho en el siglo XXI

Existe la tendencia a creer que la globalización es un fenómeno reciente. En algunos de sus rasgos es probable que así sea, nos referimos a la mundialización del plano económico u otros más específicos ligados al anterior: la explotación insensata de los recursos naturales no renovables y la precarización de la fuerza de trabajo. Sin embargo, no ha sido así en otros planos como el geográfico por ejemplo, que es de antigua data como lo confirma Séneca²⁷. Por otro lado, si bien los cambios que produce la globalización actual empiezan y toman sentido en el aspecto económico, son tan intensos que incluso afectan el día a día de los que la padecen, es decir, de la mayoría²⁸.

Ahora, lo que hasta puede resultar perverso es creer que la globalización económica es un hecho natural, un estadio evolutivo de la sociedad contemporánea. Eso es falso y no solo porque no es una ley de la naturaleza, sino porque se trata de un acuerdo estudiado, planificado y llevado a la práctica empleando todo el poder (político, económico, comunicacional) del que son capaces los grupos de poder económico coordinados, por cierto, con el apoyo incondicional de los gobiernos de los países ricos e industrializados, hasta el punto de convertirse en los nuevos “señores de la guerra” cuando resuelven que es necesario imponer la obediencia.

El llamado Consenso de Washington, tomando como fundamento las doctrinas neoliberales, estructuró una serie de programas económicos conocidos como “ajustes estructurales”, los que fueron desarrollados básicamente por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Estos ajustes se articularon sobre la base de nueve reformas: la disciplina fiscal, la reducción y orientación del gasto público, la reforma fiscal para ampliar la base tributaria, la liberalización financiera, la libre flotación de las tasas de cambio, la reducción de aranceles, la

²⁶ “La gran diversidad de situaciones sustanciales exige, evidentemente, la adopción de diversas formas de tutela. No se puede perder de vista esa necesaria relación de instrumentalidad, que solo será efectiva en la medida que se presenten resultados concretos” (DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. Ob. cit., p. 37).

²⁷ “Nada ha quedado en el lugar donde antes estaba desde que el orbe se ha hecho transitable” (Séneca. *Medea*. Madrid: Gredos, 2010, 371-374, p. 45).

Nota: De hecho Séneca mismo es una prueba de lo que afirma. Para muchos él es romano aunque contemporáneamente sería andaluz, nació en Córdoba.

²⁸ “La globalización induce a una pérdida de los confines del obrar cotidiano y ello conduce a vivir por encima de las distancias, contribuyendo a modificar ‘alguno de los aspectos más íntimos y personales de nuestra existencia cotidiana’ (GIDDENS, Anthony. *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*. Bolonia: Il Mulino, 1994, p. 18). Lo que cambia sobre todo es la relación de la naturaleza humana con el espacio y con el tiempo. El individuo está deslocalizado y proyectado en un universo siempre más grande, siempre más global, en el cual van progresivamente perdiendo significado las tradiciones, las costumbres, las prácticas locales, las relaciones cara a cara, la proximidad. El concepto mismo de ‘próximo’ está privado de sentido por las relaciones cada vez más ‘virtuales’”. (VIOLA, Francesco. *Diritti umani e globalizzazione del diritto*. Palermo: Editoriale Scientifica, 2009, p. 7).

eliminación de las barreras a la inversión extranjera directa, la privatización de las empresas de propiedad estatal y el desarrollo de la competencia en el mercado interno.

El Consenso de Washington fue concebido para contrarrestar el diseño político y económico acordados por casi todos los Estados luego de concluida la Segunda Guerra Mundial. Ese diseño tenía como objeto forjar un sistema de solidaridad entre y al interior de todos los países, a fin de evitar que la desigualdad, la injusticia y el caos se conviertan en el caldo de cultivo de otra hecatombe mundial. De aquí surgieron modelos económicos que, con distintos nombres, postulaban un Estado del Bienestar cuyo objetivo final era lograr la justicia social²⁹.

Un ejemplo impecable de estos acuerdos es la Declaración de Filadelfia de 1944. Su artículo IIa) contiene una definición sencilla pero impecable de justicia social. Dice: *“Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”*. A esta precisión le sigue otra: *“cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental”* (artículo IIc)³⁰.

Lo patético es que antes de que se cumpla medio siglo, cuando las ideas, los compromisos y las luchas por lograr un mundo con igualdad de oportunidades y un profundo respeto a la dignidad del ser humano seguían persistiendo, aparecieron tesis contrarias que se sustentaban en, por lo menos, dos cuestionamientos. El primero consistió en la imputación a las Declaraciones internacionales de derechos de padecer una carencia del sentido de lo real, esto es, de hacer susyos proyectos con poca posibilidad de ser concretados. El segundo cuestionamiento, mucho más agudo, consideró que los esfuerzos por concretar las propuestas acogidas en esas declaraciones afectaban la libertad individual y lo que ella representa.

El ideólogo más importante de esta revolución ultraliberal económica es Friedrich Hayek³¹. Precisamente una propuesta de él fue asumida como primer objetivo por el Consenso de Washington. Esta consistió en identificar lo que el pensador citado denomina el “orden espontáneo del mercado”, lo que implica considerar a la economía una materia que debe estar absolutamente fuera del ámbito político y, por tanto, de las opciones a ser discutidas y decididas en las elecciones

²⁹ “La propaganda que pretende presentar la orientación adoptada por la globalización económica como un hecho natural que se impone sin discusión posible a la humanidad en su conjunto, parece haber llegado incluso a borrar el recuerdo de las lecciones sociales que se extrajeron de la experiencia de las dos guerras mundiales. La voluntad de hacer reinar un poco de justicia en la producción y en el reparto de las riquezas a escala mundial ha sido sustituida por la fe en la infalibilidad de los mercados financieros, lo que condena a la migración, la exclusión o la violencia a la inmensa multitud de los perdedores del nuevo orden económico mundial” (SUIPIOT, Alain. *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*. Barcelona: Ediciones Península, 2011, p. 12).

³⁰ La Declaración de Filadelfia de 1944 es, a la fecha, la carta de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por lo tanto condensa sus principios, fines y objetivos. El primero de sus cuatro principios fundamentales es: “El trabajo no es una mercancía”. Ver: www.ilo.org.

³¹ Hayek considera que los derechos económicos y sociales acogidos en las declaraciones internacionales surgidas en la mitad del siglo pasado “no podrían traducirse en leyes coercitivas sin destruir al mismo tiempo el orden de libertad al que tienden los derechos civiles tradicionales”. Refiriéndose específicamente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dice: “Todo el documento está escrito en la jerga característica de la mentalidad organizacional, que se suele encontrar en las declaraciones de los dirigentes sindicalistas o de la Organización Internacional del Trabajo [...]; esta jerga no coincide en nada con los principios sobre los cuales reposa el orden de la Gran Sociedad” (HAYEK, Friedrich A. *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Barcelona: Unión Editorial, 2014, p. 123 y 126).

de autoridades nacionales. La tesis es simple: un tema tan susceptible e importante como las leyes de la economía –científicamente puras- no puede depender del juego democrático en tanto las masas, ignorantes sobre la materia, no están aptas para decidir sobre ellas³².

A diferencia de los grandes imperios de la historia, la globalización actual no está diseñada por sus directores para perseguir una forma de gobierno planetario, una gobernanza global ejercida por un superpoder. Y no es que no lo deseen, sino que no lo necesitan, de allí que no les interese. Esto se debe a que el objetivo máximo ha sufrido un desplazamiento, ya no es políticamente correcto establecer relaciones coloniales sobre las tierras y quienes las habitan. La estrategia contó con un primer objetivo ideológico que ha sido conseguido: desacreditar y destruir todos los modelos económicos que postulen o defiendan alguna forma de solidaridad en las relaciones de producción. Así se explica, por ejemplo, la actual situación de los sindicatos.

Al eliminar toda ruta que conduzca a obtener justicia social, se margina esta disfrazándola con un criterio de oportunidad. Para ello surge el canto de sirenas del futuro soñado por la cual la justicia social, entendida como la satisfacción de las necesidades básicas de los sectores sociales desplazados y la posibilidad de que se concrete su ascenso social y económico en igualdad de oportunidades, solo se va a lograr siempre que sepan esperar, respetando escrupulosamente el ritmo de las leyes del mercado, aquéllas que postulan la obtención del máximo beneficio con la menor inversión y, sobre todo, sin asumir ninguna responsabilidad por las consecuencias que una actuación así produzca respecto del “capital humano”, es decir, del trabajador³³.

Con estos presupuestos se explica lo ocurrido en nuestra historia cercana. Nos referimos a la reducción de las funciones del Estado, manifestadas en una intensa privatización de sus bienes y servicios y en una desprotección a los agentes comerciales de los mercados internos. Insólitamente los efectos de la globalización se publicitan como una manifestación del “progreso de una sociedad”. Con este antecedente podemos comprender episodios cotidianos como, por ejemplo, la desaparición de los cines o de los negocios de abarrotes de nuestros barrios, al tiempo que se construyen a nuestro alrededor impresionantes cadenas de mega establecimientos comerciales que venden todo lo que la publicidad ha convertido en “bienes imprescindibles”.

³² “Según Hayek, todas las instituciones fundadas en la solidaridad proceden de esta ‘idea atávica de justicia distributiva’ y solo pueden contribuir a la ruina del ‘orden espontáneo del mercado’, fundado en la verdad de los precios y la persecución del beneficio individual. Desmantelar estas instituciones es, pues, el corolario indispensable de la limitación de la democracia. Y el programa ultraliberal no solo se propuso como objetivo ‘liquidarlas’, sino también impedir que se reconstruyan. De ahí la necesidad de ‘destronar la política’ por medio de disposiciones constitucionales que ‘prohíban a cualquiera fijar la escala de bienestar en los diversos grupos y entre los individuos’.

Esta voluntad de despolitización ha llevado al abandono, por parte de una mayoría de economistas, de la tradición erudita de la ‘economía política’, en provecho de una ‘Ciencia económica’ que remeda a las ciencias exactas y ha conseguido colocar bajo la égida de Alfred Nobel los premios de excelencia que ella se atribuye a sí misma. Contemporánea a la revolución ultraliberal, esta búsqueda de legitimidad científica constituye un elemento fundamental. Las normas científicas y religiosas son las únicas que escapan al debate político en una sociedad democrática, y en consecuencia se precisa creer y hacer creer que la economía es competencia de la ciencia para poder así despolitizarla” (SUIOT, Alain. *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*. Ob. cit., p. 34).

³³ “Lo que preside el actual proceso de globalización es la perspectiva inversa: el objetivo de la justicia social ha sido sustituido por el de la libre circulación de capitales y de mercancías, y la competencia sin trabas. En lugar de amoldar la economía a las necesidades de los hombres, y el mundo financiero a las necesidades de la economía, se amolda la economía a las exigencias del mundo financiero y se trata a los hombres como ‘capital humano’ al servicio de la economía” (SUIOT, Alain. *El espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*. Ibidem, p. 26).

Solo desde hace dos siglos el derecho se constituyó en un instrumento esencial para tomar y ejercer el poder en las organizaciones sociales. Al haber asumido con preferencia tal encargo, este se ha convertido en la razón por la cual la influencia de la globalización sobre él ha sido determinante desde distintas perspectivas. En primer lugar, ha alterado lo que venían siendo sus funciones clásicas. El derecho vigente en cada Estado expresaba, hasta hace muy poco, la manera cómo este ejercía su poder sobre los actos públicos y privados de su comunidad, es decir, era un instrumento de regulación social. Sin duda ya no lo es.

Por otro lado, la globalización económica ha convertido al derecho en un instrumento para construir precisamente un mundo globalizado, con lo cual, al soportar el rol dual de afectado e instrumento de afectación, el derecho ha pasado a tener una función dialéctica. Con lo cual de la desgracia podemos obtener un beneficio. En efecto, con alguna perspicacia y valor cívico podemos convertir el derecho en el instrumento idóneo para reivindicar los valores de una sociedad democrática. En tiempos turbulentos, se trata de encontrar el faro en el reino de la oscuridad.

Antes de soportar la reducción rapaz de su capacidad para decidir y también de su legitimidad por la influencia de la globalización, los Estados se relacionaban a través de un vigoroso reconocimiento de respeto a su ámbito íntimo y propio. A ello se llamaba soberanía. Incluso solía decirse de ella que era un rasgo esencial a un Estado. Como producto de la globalización –con excepción de las naciones que conforman el llamado Grupo de los siete (G-7) y los excluidos de él por razones ideológicas (China y Rusia³⁴)- la mayoría de los Estados-nación carece de la facultad de controlar su actividad económica. Para que el tema quede claro: son Estados que ni siquiera pueden asegurar la estabilidad de sus monedas. Lo expresado nos lleva a constatar que la soberanía antes referida es un concepto que a la fecha tiene un contenido volatilizado, al punto que si no se confirma su extinción es porque su vigencia sigue siendo funcional para el nuevo orden mundial³⁵. Solo un juego de palabras permite sostener que con la globalización los Estados siguen ejerciendo la soberanía pero de otra manera³⁶.

³⁴ Esta forma parte ahora del Grupo de los 20.

³⁵ “Idealmente, entonces, la soberanía estatal y la autonomía individual son absolutas si afectan exclusivamente a los Estados y personas que las ejercen. En caso contrario, en principio, tienen como límite la soberanía y autonomía de sus pares. Ahora bien, este concepto de *soberanía absoluta*, que va ineludiblemente de la mano del *Estado-nación* que surge en la Europa del siglo XIX ha sido puesto en cuestión por la globalización. Este grupo de procesos económicos, culturales, jurídicos, políticos y sociales que han creado una serie de redes, flujos y sistemas mundiales que han interconectado a los Estados nacionales evidencian los problemas que enfrenta el ideal de un Estado absolutamente soberano para materializarse en el mundo contemporáneo. Los Estados del mundo globalizado son cada vez más interdependientes. Su soberanía es cada vez más porosa; incluso para algunos vacía” (TEUBNER, Gunther, SASSEN, Saskia y KRASNER, Stephen. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2010, pp. 13-14).

³⁶ “El escenario resultante contradice la fórmula de Smith de la riqueza de las naciones. También la idea misma de nación cambia de significado. El renaciente nacionalismo actual no tiene, mirándolo bien, el mismo valor que antaño. En el pasado el nacionalismo era el estandarte de los pueblos que querían independizarse de potencias que consideraban extranjeras. Hoy es más bien una opción de mercado. La independencia que se reivindica está en función de una nueva dependencia económica electiva. Se quiere sustraer de un área de influencia, para entrar en un área de influencia diferente. A la soberanía nacional, no asociada más a una riqueza nacional, le queda solo un dato nominalista. La adhesión a entidades supranacionales es para los Estados una renuncia a la propia soberanía solo en sentido formal. En términos sustanciales estas adhesiones nacen del conocimiento que la dimensión nacional no es más la dimensión idónea para un efectivo ejercicio de la soberanía” (GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 37).

Nota: Más allá de alguna discrepancia con el contenido de lo expresado, resulta difícil saber si solo es un tema de deficiencia de traducción en el uso (¿incorrecto?) que se hace en el párrafo transcrita de los conceptos “Estado” (organización política) y “Nación” (una categoría histórica y cultural)

Lo descrito implica, entonces, un tránsito del derecho desde su ámbito local a uno global. Un desplazamiento en donde los problemas de regulación y de control de los bienes y servicios adquieren una importancia significativa. Se trata de pautas que se postulan y “sugieren” desde “afuera”, con lo cual el legislador nativo ve reducida su función a retoques cosméticos. De hecho lo que este tiene que hacer es adecuar las pautas normativas foráneas a su Estado, hacerlas comprensibles para que luego se apliquen, tal cual. La movilidad de los capitales exige que algunas disciplinas jurídicas clásicas como la contractual, la laboral o la financiera, adquieran otra dimensión.

Es evidente que la globalización ha trastornado el ejercicio de la profesión jurídica. La pregunta es: ¿también la actividad forense?³⁷ Lo que ha ocurrido con ella en lo que va del siglo XXI se puede describir a partir de algunos rasgos. El primero es que el Estado, con el ámbito de poder reducido por su dependencia a los avatares de un mercado globalizado, no ha considerado importante reforzar el ejercicio de su función jurisdiccional. Entonces, para un mundo en el que los derechos requieren una tutela oportuna porque son volátiles y necesitan una decisión expeditiva, la supervivencia de un sistema judicial burocrático y vertical, anclado en los postulados de la burguesía -quien se adueñó de los ideales de la Ilustración pervirtiendo su fin- de inicios del siglo XIX (nuestro sistema es una copia del descrito en la Ley de Organización Judicial francesa de 1810) es una desgracia.

Sin perjuicio de lo dicho, el Estado siempre se ha manifestado dispuesto a recibir apoyo externo para la reforma de algunos ámbitos del sistema judicial. Curiosamente esta “ayuda” es prestada por aquellos países que controlan el poder económico globalizado y que, por tanto, tienen interés en hacer expeditivo el sistema judicial en ámbitos muy puntuales. Eso explica por qué los órganos judiciales dedicados a los conflictos comerciales tienen una infraestructura distinta (mejor) a los demás, como ocurre en el caso peruano. Se trata de un comportamiento cínico, en tanto la parte interesada (los bancos, por ejemplo) acicala el escritorio del juez que va a resolver sus casos, sin que tal hecho produzca alguna preocupación ética. La optimización de la ganancia no tiene parámetros axiológicos.

Otro rasgo es que -como ya se ha advertido- en tiempos globalizados los negocios no pueden esperar. En tal escenario se ha extendido el uso del arbitraje. Se trata de un medio de solución de conflictos alternativo al jurisdiccional que tiene, entre sus virtudes, ser expeditivo. No hay datos estadísticos (entre otras razones por la reserva que exige la actividad arbitral) que confirmen el aserto de que tal ventaja sobre el judicial sea real. Como tampoco hay investigaciones que prueben que el otro flagelo del sistema de justicia, la corrupción, sea menor en el arbitraje. La razón es obvia, mientras este mantiene sus estándares ocultos, el otro es materia exquisita para la mayoría de los medios de comunicación los cuales, acosados por el diariismo –la necesidad de publicar cientos de páginas y llenar decenas de horas de noticias cada día sobre lo que ocurre y lo

³⁷ “¿Podemos arriesgarnos a hacer conjeturas sobre lo que será la profesión de abogado de aquí a cincuenta años? Ciertamente no será lo que en gran parte ella es hoy, por lo menos en los países de tradición romano-canónica: una antecámara del Palacio de Justicia donde son modelados, en las formas exigidas por el derecho, los asuntos que allí se ven para fines del contencioso. Permanecerán ciertamente los divorcios y los accidentes de tránsito, pero serán bagatelas en comparación con aquello que va a ser realmente el objeto de trabajo del abogado. Los estudios de abogados se van a transformar –si ya no lo son- en locales en los que los operadores de derecho verán sus acciones sistemáticamente proyectadas antes incluso de emprenderlas, y de solucionar amigablemente los asuntos contenciosos entre las partes, cada vez más dispuestas a transigir, y cada vez menos dispuestas a transitar por las ‘normales’ vías judiciales o administrativas de solución de los conflictos” (ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização. Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Río de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 19-20).

que parece haber ocurrido- difunden todo lo pernicioso del sistema, casi siempre sin confirmar lo que publican.

En cualquier caso, el dato indiscutido es que no constituye una preocupación real para el Estado tener un sistema judicial eficiente, entre otras razones porque ello tampoco le interesa a quienes dirigen la mundialización del mercado. Al contrario, bien podría ser compatible con sus intereses mantener un sistema burocratizado y mediocre, porque así la comunidad carecerá de un poder organizado y especializado que garantice una decisión imparcial cuando sus intereses entran en conflicto con el poder. En otras palabras, es congruente al estado de la situación estar formalmente representados por un Estado debilitado y supeditado a los intereses de los mercados internacionales, regulados por una nueva *lex mercatoria* que reaparece en el escenario siglos después, pero con una más virulenta tendencia totalizadora³⁸.

Atendiendo a la descripción de la evolución de los estudios procesales hasta nuestros días, se advierte que el proceso que se postula no está diseñado ni ha sido adecuado para funcionar en un mundo globalizado. Por eso resultan discutibles aquellos objetivos que han sido descritos y que se considera óptimo lograrlos. En efecto, cuando se hace referencia -en abstracto- a la tutela del ordenamiento jurídico, bien podría tratarse de señaletos lanzados por la ideología que está detrás de la globalización.

Así por ejemplo, desde todos lados se asume una defensa principista y sin fisuras de la democracia, en tanto expresión de la mayoría. Sin embargo, mientras la mayoría sea sumisa todo estará bien, pero si asume una posición contraria a los intereses del poder –por ejemplo, todo un pueblo no desea cambiar su vida rural, plena y feliz, por una invasión minera que alterará su mundo para siempre- esa misma mayoría deja de ser democrática. Popper³⁹ sostendría que el pueblo ha actuado contrariamente a una “tradición democrática”, aunque no haya manera de saber a qué se ha opuesto. Esta “tradición” podría referirse a su origen helénico, lo cual sería un error porque en la antigua Grecia la democracia jamás permitió que voten las mujeres o los esclavos. En fin, como no

³⁸ “Por medio de la regulación del tráfico trasnacional, la actual globalización de los mercados ha superpuesto al derecho de los Estados una nueva *lex mercatoria* y los tribunales le reconocen naturaleza de ordenamiento jurídico originario. La actividad creativa de las nuevas figuras jurídicas es apta para las exigencias variables del tráfico, y se traslada de la ley al contrato, con validez universal, difundiendo más allá de todo confín nacional nuevos modelos de operaciones económicas y nuevos instrumentos financieros” (GALGANO, Francesco. Ob. cit., p. 14).

³⁹ Una idea tan extendida como errada, considera que el fenómeno que denominamos globalización carece de sustento ideológico. Prueba de su inexactitud son los trabajos de Hayek, Nozick y Popper, entre otros. Este último, por ejemplo, considera que la democracia no es un régimen bueno en sí mismo, es solo el menos ruin. Por eso afirma que:

“(4) Somos demócratas, no porque la mayoría tenga siempre razón, sino porque las tradiciones democráticas son las menos malas que conocemos. Si la mayoría (o la ‘opinión pública’) se decide en favor de la tiranía, un demócrata no necesita suponer por ello que se ha revelado alguna inconsistencia fatal en sus opiniones. Debe comprender, más bien, que la tradición democrática no es suficientemente fuerte en su país” (POPPER, Karl R. *Conjeturas y Refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*. Ob. cit., p. 420).

Al margen de confundir el método con el ideal democrático, sorprende el valor que Popper le otorga a aquello que denomina “tradiciones democráticas”. En otro acápite de la obra citada (p. 421), hace depender de una de ellas lo que denomina el “marco moral” de una sociedad. Ahora, no desarrolla la clave sobre cómo constatar cuando estamos ante “tradiciones y costumbres existentes” que podrían sustentar una interpretación distinta de una regla de moral social. Nos parece que comprender ello sería, quizás, cortar el nudo gordiano de su pensamiento. Aunque no es difícil imaginar un ejemplo de afectación a una “tradición existente”. Así, sería para Popper antidemocrático que un sector marginado tome las vías de comunicación para expresar su hartazgo por el olvido y la desidia de las autoridades en resolver sus reclamos.

se especifica en qué consiste la “tradición democrática”, esta acepción deviene en una típica categoría burguesa, mucha prosapia pero también mucho vacío.

4.1. Iusnaturalismo y globalización

Durante el siglo XII se desarrolló en Europa el llamado Derecho común (*ius commune*). Este consistió en una mixtura completa, aunque variable en los pesos, de las costumbres locales, el derecho feudal, el derecho romano y el derecho canónico. Este derecho común se convertirá, con el tiempo, en un factor predominante en los afanes de unificación del derecho desde la baja Edad Media, sobre todo en el interés de los comerciantes que se habían agrupado en las ciudades y también de todos los que actuaban en la actividad comercial de las ciudades-estado.

Es en tal escenario donde los comerciantes empiezan a actuar como si existiera una base unitaria en el derecho, sustentando tal conducta en el hecho de que surgía de un poder político común. Es aquí, también, cuando se empieza a intuir que la diversidad de los derechos que regulan la actuación de cada sujeto debe subordinarse al reconocimiento de un derecho unificado bajo el control del poder político.

La idea del *ius commune* y de su producto más notable, la *lex mercatoria*, es el fundamento histórico donde los neoliberales⁴⁰ pretenden haber encontrado los orígenes de un derecho globalizado. Uno en el cual se reduce o desaparece, paso a paso, la influencia de los derechos regionales, nacionales o locales, cuya vigencia constituye un obstáculo para un mundo que se orienta hacia la conformación de una sociedad planetaria. Sin embargo, hay diferencias que deben destacarse, el “nuevo” *ius commune* de los neoliberales no es una mixtura como lo fue el viejo, de él solo toma el nombre y el objetivo. Sobre todo, ya no se trata de elaborar un derecho unificado para los comerciantes, sino de darle reconocimiento y consistencia a las leyes del mercado.

Entre los siglos XVI y XVIII -en la Edad Moderna- se desarrolló una corriente de pensamiento jurídico que, tomando como base el iusnaturalismo, gestó un derecho que, eligiendo un conjunto de valores constantes y trascendentales, asumió la tarea de volverlos universales.

La técnica consistió en identificar algunos conceptos y principios accesibles al conocimiento de todos y, por esa vía, llegar a la esencia expresada en cierto número de reglas que regulen la vida de todas las comunidades. Como se advierte, el derecho de aquella época se desplaza hacia su plano formal, persiguiendo el descubrimiento de reglas trascendentales que produzcan la seguridad, la paz y, por qué no, la felicidad también de todos. Para su configuración constituyó una influencia determinante la circunstancia de que, para la época, el derecho dejó de ser reconocido como una expresión de la divinidad. Para citar solo un referente histórico, ya había triunfado en Inglaterra la Revolución Gloriosa (1688). Nos estamos refiriendo al derecho natural o iusnaturalismo, que a fines del siglo XVIII va a deslizarse hacia una manifestación positivista.

Se pueden citar algunos antecedentes de esta nueva concepción sobre la función del derecho. Así, encontramos la aparición en Inglaterra de los *Bill of Rights* (1689) los cuales, ya más consolidada la idea, aparecen nítidos en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) y, de forma más precisa aún, en la Declaración francesa de los Derechos Humanos y del Ciudadano (1789). Estas, a su vez, son las premisas para que varios siglos después, las

40

Denominación que suele emplearse, sobre todo en Sudamérica, para referirse a los pensadores que promueven el pensamiento económico liberal.

Declaraciones, Organizaciones y Tribunales internacionales coloquen como “paradigmas” de su quehacer la tutela de los “derechos humanos” y también de la “democracia”.

No debe olvidarse que el punto de partida de esta aproximación es que el concepto “derecho del hombre” está ligado al nacimiento del concepto de derecho subjetivo, categoría de aparición tardía⁴¹ en el pensamiento jurídico occidental. Nos referimos a aquél de los que cada individuo se supone es titular solo por ser tal.

No está de más precisar que el surgimiento de los derechos humanos en cunas tan imponentes (Inglaterra, Francia, Estados Unidos) ha seducido a muchos a sustentar su presunta universalidad. Sin embargo, esa tesis no es histórica ni sociológicamente precisa, en estricto se trata de un discurso artificial no avalado por la realidad. No puede hacerse referencia a su estabilidad apenas se constata la proscripción silenciosa (y en otros casos no tanto) de ellos en los Estados que se encuentran en situación de dependencia económica respecto de las fuentes de creación. Así, lo que es un valor entendido en los países desarrollados, constituye una asfixiante lucha por su reconocimiento en los países de la periferia. Al extremo que su conquista formal se asume como un gran logro civilizador, aunque la realidad solo nos muestre que detrás hay un país que con el empleo de universales jurídicos se pretende volver a colonizar⁴².

4.2. Una síntesis de lo ocurrido

El universalismo⁴³ de la Modernidad implicó enfrentar y reducir la importancia del pluralismo cultural floreciente hasta ese momento. Este proceso no es comparable con el de la globalización, el cual no existe sin el reconocimiento de los derechos locales, aun cuando su tendencia sea, no hay que olvidarlo, a reducir la importancia de estos, a fin de concretar la formación de una sociedad global, “Abierta” como la llama Popper o “Gran Sociedad” como la denomina Hayek.

⁴¹ Nos referimos al Segundo escolasticismo de fines del siglo XVI con Francisco Suárez y su influencia sobre el pensamiento de Hugo Grocio (el iusnaturalismo inmanentista).

⁴² “Es fácil advertir que también los derechos humanos, nacidos en América y en Francia y, a fin de cuentas, producidos por la cultura occidental, a veces son considerados como uno de los aspectos de esta colonización de la sociedad global. Son –como ya lo advertía Burke– los derechos de los americanos, de los franceses, de los occidentales, pero no de los asiáticos y de los africanos. Este rechazo del falso universalismo de los derechos está bien justificado si es visto desde la óptica de la globalización. Si los derechos humanos fuesen en sustancia los derechos que los vencedores, las naciones ricas y desarrolladas, conceden e imponen a los vencidos, es decir a los Estados del Tercer y Cuarto mundo, sería un potente vehículo de dominio y de control mundial. Sin embargo la lógica de la universalidad de los derechos no es y no debe ser aquella de la globalización. Si es verdad que los derechos nacen en occidente, no es verdad que por ello su valor sea localista. No hay que confundir los orígenes con el valor. Los derechos no son la coca cola” (VIOLA, Francesco. *Diritti umani e globalizzazione del diritto*. Ob. cit., p. 9).

⁴³ Una definición operativa de universalismo es que consiste en la idea etnocentrista de que los productos de la filosofía occidental son válidos para todas las culturas y grupos sociales (*urbi et orbi*). Se trata de una vieja idea forjada en Grecia, interpretada diversamente tanto en la Edad Media como en el Renacimiento y finalmente recuperada por los ideólogos del Siglo de las Luces.

Su esencia es el subjetivismo, esto es, la fundamentación teórica de que el sujeto está en el centro del mundo y, por extensión, en el centro del Derecho. Este es el presupuesto para declarar, como rasgo inherente e inmutable al ser humano, el hecho de que en él habitan los principios que rigen la vida en sociedad y las reglas que dirigen las relaciones jurídicas. De allí se concluye que son reglas de aplicación universal, por tanto, donde sea que esté, un ser humano estará investido de los principios fundamentales del derecho.

En donde sí hay semejanzas es en la estructura y función del pluralismo premoderno y el pluralismo preglobalización. Así, en ambas existe un considerable número de lugares de producción del derecho (multiculturalismo) y también una nueva concepción de aquello que se reconoce como soberanía (policentrismo)⁴⁴. Se trata de una situación de tensión que se puede explicar, entre otras razones, en el hecho de que cuando nos referimos al Estado de Derecho (en adelante, ED) lo hacemos como si fuera una categoría de contenido uniforme y estabilizado sin advertir que, con el mismo término, nos referimos a, por lo menos, dos grupos de conceptos distintos que, a su vez, sustentan dos proyectos políticos al interior de los cuales pueden encontrarse otras variantes de la acepción empleada.

En torno al ED hay varias clasificaciones, sin embargo, la más conocida es aquella que con sustento en los dos proyectos políticos antes citados, los distingue en ligeros y densos.

El primero privilegia la función estabilizadora del ED, es decir, privilegia sus manifestaciones tendientes a consolidar el orden y la seguridad jurídicas. Se suele decir que corresponde al ED que postulaba Weber, uno en el que su esencia está configurada como fuente de reglas de derecho predecibles.

Su formulación actualizada corresponde a Hayek, para quien la expresión ED, “Despojada de todo su tecnicismo, significa que el Estado está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano; normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes coercitivos, y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento”⁴⁵.

Entre las variantes de ED ligeros hay algunos que son indiferentes a las leyes que proporcionan seguridad jurídica. Esto significa que en su práctica son compatibles con regímenes no democráticos, en tanto privilegian la seguridad jurídica *tout court*. También existen otras formas de ED ligero que se caracterizan porque le otorgan una considerable importancia al orden público y a la libertad económica, defendiendo los derechos civiles y políticos como límites a la actuación del Estado.

Por otro lado, los ED densos privilegian el otorgamiento al ciudadano de una mayor capacidad de decisión, a fin de que este pueda concretar la vida que desea. Privilegian concederles a todos los ciudadanos las mismas oportunidades para concretar su proyecto de vida.

Esta opción está descrita, con claridad y precisión, en la Declaración de Delhi de 1959, según la cual, “el Estado de derecho... debería utilizarse no solo para garantizar y promover los derechos civiles y políticos del individuo en una sociedad libre, sino también para establecer las condiciones sociales, económicas, educativas y culturales en las que sus aspiraciones legítimas y su dignidad pueden llegar a hacerse realidad”.

Al margen de la clasificación de ED en ligeros y densos, hay otras taxonomías. Así, hay algunas que los clasifican en procedimentales y sustantivos. En esa tipología los primeros solo se refieren a la necesidad de contar con reglas de juego claras y eficientes; y los segundos, en cambio,

⁴⁴ En el Perú las constituciones que hemos tenido han transitado desde desconocer la existencia de sociedades con culturas paralelas a la occidental-cristiana asumida en ellas, hasta la más reciente que reconoce su existencia y también su autonomía. Lo paradójico es que la Constitución vigente reconoce el pluralismo cultural y, al mismo tiempo, en las antípodas, acoge una economía de libre mercado, el dinamo de la globalización económica.

⁴⁵ HAYEK, Friedrich A. *Camino de servidumbre*. Madrid: Alianza Editorial, 2017, p. 132.

son aquellos que, además, agregan como tema esencial la protección de los derechos civiles y políticos.

La descripción de los distintos ED tiene considerable importancia para nuestro tema. En los llamados países emergentes, esto es, aquellos que padecen los costos humanos y materiales de la globalización económica, resulta imprescindible vincularlos a un ED denso, a fin de que este constituya el punto de partida de una concepción alternativa para acabar con las relaciones humanas que se soportan.

En esa misma medida, los Estados que alguna vez fueron la matriz de los derechos humanos y ahora cobijan a los grupos empresariales que dirigen la mundialización de la economía, prefieren promover un ED ligero. Lo cual es natural si advertimos la contradicción que significaría que los Estados de este tipo reconocieran declaraciones precisas en torno a las garantías sociales y económicas que suelen violar sistemáticamente en los países sirvientes. Por las razones expresadas, no es extraño que la versión de un ED ligero es la que se ha afincado y convertido en una suerte de Estado Global de Derecho (EGD). Este, entonces, es el difundido por los Estados dirigentes de la globalización, confirmando la tesis de un proyecto neoliberal global.

Importa destacar que, a pesar de su poderosa influencia mediática la globalización no ha impedido que al margen del derecho que emana de los órganos internacionales del poder, los Estados emergentes mantengan autonomía en algunas áreas de su propio derecho interno. Así, en Europa subsisten los derechos nacionales, el derecho internacional, el emanado del Consejo de Europa, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, los derechos comunitarios y sus propias cortes, etc. En América –con prescindencia de Estados Unidos de Norteamérica que la financia pero no se somete- tenemos la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José que, en ocasiones, reivindica nuestra propia versión (la densa) de los derechos humanos.

Aunque el universalismo y la globalización comparten rasgos, tienen distintos fundamentos. Aquél se constituyó para una economía de comerciantes cuyo ejercicio se complicaba como producto de un pluralismo cultural variable y disperso por naturaleza. En cambio la globalización se sustenta en las leyes del mercado que, en opinión de los neoliberales, son tan irrefutables e ineluctables que contienen pretensiones universales.

En este escenario corresponde que los juristas asumamos como valor entendido que el derecho que actualmente tenemos fue forjado para un mundo de comerciantes, el cual fue progresivamente adaptado recibiendo la influencia de las revoluciones burguesas y también de las conquistas sociales surgidas de la revolución industrial. Asimismo, ser conscientes que la irrupción de la globalización constituye un fenómeno intenso, vehemente, inesperado y múltiple, sobre el cual es necesario tener claro qué aspectos de él debemos asumir y cuáles enfrentar.

En cualquier caso, está pendiente una aventura espiritual desde el derecho. Esta empieza por replantear la esencia de nuestros derechos y, para el caso del procesalista, reflexionar sobre cuáles son los sujetos merecedores de tutelas urgentes y específicas, considerando su ubicación en un elenco de relaciones sociales desiguales, así como determinar los derechos materiales, colectivos y difusos que deben ser prioritariamente tutelados. Como se advierte, el porvenir del proceso no puede diseñarse a partir de la concepción de una tutela de derechos con pretensión de

universalidad, en tanto esta solo satisface el nuevo *status quo* provocado por la globalización⁴⁶. Veamos, con algún detalle, cuál debe ser la nueva tarea desde el proceso.

5. Globalización y proceso en el siglo XXI

Como ya se expresó, uno de los rasgos de la etapa sistemática de los estudios procesales consistió en conseguir, a partir de la teoría abstracta de la acción, darle autonomía a la ciencia del proceso. Esa separación entre el derecho de acción y los derechos materiales produjo una consecuencia tal vez no prevista pero real e importante: determinó que la tutela jurisdiccional brindada por el Estado pasara a tener, como rasgos principales, ser unitaria, neutra e indiferente respecto de sus efectos en la realidad.

Como suele ocurrir, los contenidos ideológicos surcan por las aguas subterráneas de las propuestas técnicas, al punto que o son invisibles o, una vez avistadas, se “convierten” calladamente en valores entendidos. Así, afirmar que la neutralidad de la tutela jurisdiccional prestada por el Estado garantiza que el juez, quien concreta la actuación del Estado en el proceso, les otorga a todos un tratamiento igualitario tiene la apariencia de un rasgo impecable y auspicioso.

Sin embargo, para quienes la sustentan, la zona invisible consiste en que resulta irrelevante que esta “igualdad” exista si se desentiende de la condición social, económica, racial o de género de los sujetos reales que piden tutela. Cuando se obvia este aspecto, los beneficios sociales de la igualdad de trato se convierten, más bien, en una impactante violación de los derechos de aquellas personas que, al momento de participar en un proceso, no se encuentran en igualdad respecto de las condiciones antes descritas o las de otro tipo.

La tesis liberal de la igualdad ante la ley fue eficaz para combatir las marcadas diferencias de estatus, por razón de sangre u origen, propias de los sistemas monárquicos. Sin embargo, resultan incompatibles con el actual escenario donde sociedades fracturadas están sometidas al poder económico y político ejercido por una clase intencionalmente despreocupada del bienestar general y, más bien, dispuesta a mantener y perfeccionar el estado de iniquidad siempre que le represente mayores utilidades.

Nótese que tanto el constituyente como el legislador (sobre todo el de derecho privado) suelen responder a una ideología activamente conservadora, dedicada a mantener el estado de la situación, aquella que genera y aumenta la desigualdad antes descrita⁴⁷. Lo expresado significa que debemos tener mucho cuidado con defender la vigencia de un ordenamiento jurídico que en su elaboración se prescinde de las relaciones sociales -sobre todo las económicas- que atraviesan el tejido social y lo alteran sustancialmente. Estaríamos ejerciendo un derecho que muestra una sociedad de individuos iguales que contratan sin menoscabo de su voluntad, es decir una burda

⁴⁶ “Desde el descubrimiento del concepto de derecho subjetivo, el concepto de ‘derechos del hombre’ desempeñó un papel primordial, el que aparece, repitiendo una categoría de Pierre Bourdieu, como un verdadero ‘capital simbólico’, a disposición de los juristas occidentales. Se puede, ciertamente, interrogarse sobre la cuestión de saber en qué medida este ‘capital simbólico’, que todavía se refiere a la ideología de la certeza, de la simplicidad, de la claridad, del universalismo, en fin, no constituye, en realidad, un instrumento de ilusionismo social” (ARNAUD, Andre-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização. Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Ob. cit., p. 208).

⁴⁷ “El derecho material representa la primera influencia ideológica en el ámbito de la legislación procesal” (CAPPELLETTI, Mauro. *A ideología no processo civil*. Porto Alegre: Revista da AJURIS, Año VIII, 1981, n. 23, p. 17).

mistificación de la realidad. En ese estado de la situación, una tutela jurisdiccional cándidamente neutra es la llanura donde pastan los lobos junto a las ovejas. En definitiva, en un mundo preñado de desigualdad y discriminación, un sistema procesal que trata a todos por igual, solo busca asegurar la regla de juego de la paz burguesa⁴⁸. Lo expresado se extiende sin excepción a los sistemas judiciales.

Una concepción del sistema judicial como la descrita estuvo vigente, aunque con distinta intensidad, en el proceso formativo de prácticamente todas las repúblicas sudamericanas desde el siglo XIX. Por eso no debe impresionar que, ingresados a la segunda década del siglo XXI, todavía mantengamos un sistema de impartición de justicia burocratizado y al servicio del individualismo liberal, lo que es fácilmente demostrable apenas apreciemos sus costos y su duración, ambos prohibitivos para la gran mayoría, sobre todo en lo referente a la asesoría técnica. Sobre esta se podría argüir que es libre, lo cual es cierto, sin perjuicio de que en los hechos solo puede ser disfrutada por quien puede pagarla.

Desde la perspectiva del empleo de sus técnicas, se aprecia un mejoramiento en el proceso contemporáneo al privilegiar la eficacia de las decisiones. La diferencia más importante entre lo material y lo procesal, desde una visión práctica, es que el primero se desarrolla en un plano **estático**. Esto significa que el enunciado normativo material está diseñado para cumplirse o, en su defecto, para que opere su consecuencia normativa o sanción. El segundo, por su lado, se desempeña en un plano **dinámico**. Ello se manifiesta en el hecho de que durante su desarrollo no suelen haber certezas, los actos procesales se suceden conectándose uno a otro en un ámbito donde incluso hasta el final (nos referimos a la actuación de una decisión firme) solo existen expectativas.

El proceso, entonces, se construye teniendo como materiales los hechos jurídicos que las partes incorporan y alegan (plano de la realidad). Por eso el proceso no es, como a veces se afirma mirando el árbol y perdiendo la perspectiva del bosque, solo un instrumento para tutelar los derechos materiales. *Strictu sensu*, aunque lo afirmemos como si fuera un axioma, solo es una afirmación discutible.

También es discutible sustituir su finalidad por una visión -más actualizada y panorámica- según la cual su objetivo es tutelar el ordenamiento jurídico a través de los valores que están (expresos o implícitos) en el fundamento de los enunciados normativos que describen los derechos

⁴⁸ “Aunque originado en una corriente de liberación individual, el Código de Napoleón es, en definitiva, un instrumento de represión en manos de los burgueses. La idea no es nueva, pero ¿por qué callar una verdad? Solo a ellos beneficiará el individualismo jurídico, y el interés público encubrirá sus propios intereses. El orden será garantizado por la seguridad de las transacciones, respecto de las cuales se sabrá siempre bajo el imperio de qué regla (art. 1 y 2 del C. Civil) y dentro de qué territorio (art. 3) pueden efectuarse. En materia judicial, el orden no será perturbado por un cuerpo al cual no se puede evitar entregar una parcela de autoridad pública (art. 4 y 5). En fin, en nombre del orden público y de las buenas costumbres, el sistema establecido podrá ser garantizado contra cualquier peligro interno (art. 6).

Tronchet tenía razón: El Título Preliminar del Código Civil es en efecto un ‘peristilo’. Sus columnas son regulares y armoniosas. ¿No es esto, además, lo que hace un ‘orden’ en arquitectura? Todas sostienen un edificio del cual se esperaba que fuera un templo dedicado al Hombre, y no es más que una cárcel. Los seis artículos de ese Título, más que columnas son rejas. El legislador del año XII ha encerrado, por temor a que se le escapen, los derechos subjetivos individuales y absolutos. Como toda legislación, el Código Civil es un monumento al MIEDO. Porque es verdad que se puede aplicar al Derecho esa afirmación de que: ‘la cultura, la religión, el mito, el delirio, los sueños no son sino proyecciones de la angustia a niveles diferentes. No son sino creaciones del miedo’. Pero es el Código de un miedo muy particular, el del pequeño burgués que ha visto sus aspiraciones individualistas colmadas, y quiere precaverse contra el riesgo que corre, de perder las ventajas adquiridas” (ARNAUD, André-Jean. *La regla de juego en la paz burguesa. Ensayo de análisis estructural del Código Civil francés*. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1978, pp. 110-111).

materiales. Lo descrito es lo que un sector mayoritario de la doctrina procesal contemporánea suele considerar como el ideal a ser alcanzado. Se trata, se dice, de sustituir una tutela jurisdiccional abstracta y neutra por una que se involucre en la tutela de los valores acogidos en los derechos fundamentales y en el ordenamiento jurídico en general.

Sin embargo, aquello que suena tan bien muestra sus limitaciones en el escenario de un mundo globalizado, a poco que se profundice en su contenido. Cuando se propone una variación que implique un tránsito desde una tutela neutra a una dirigida a tutelar categorías como los derechos fundamentales o el ordenamiento jurídico, en estricto no hay una transformación esencial, solo se está intercambiando una abstracción por otra. De hecho, más allá de su impresión inicial, estas últimas son categorías universales, unitarias, autónomas y, al final, vacías. Para mejor precisión, su generalidad es tal que son pasibles de ser cubiertas con lo que un jurista orgánico, siguiendo la descripción de Gramsci⁴⁹, considere más atendible. Cuando defendemos la categoría y nos olvidamos de determinar las circunstancias concretas y particulares que soportan los sujetos que la conforman, lo que estamos haciendo es tutelar construcciones ideales, imágenes y no sujetos reales afectados.

Los géneros son especialmente útiles para disfrazar la realidad, una técnica muy difundida por el poder económico -y que la asumimos como propia y original- consiste en convertir en nuestros los consensos forjados en sus centros de creación intelectual. Esto ha conducido a una serie de reformas en algunos ordenamientos específicos. En el caso peruano, se trata de los Códigos Civil y Procesal Civil. El resultado es previsible, va a generar polémicas y discusiones enrevesadas pero intrascendentes en materias que, al final, no traerán ninguna transformación significativa. La técnica del entretenimiento distractivo llevada al derecho. Veamos dos ejemplos.

5.1. De la incapacidad a la discapacidad como “progreso jurídico”

Por alguna razón se considera una conquista del derecho contemporáneo que a una persona con limitaciones físicas o mentales ya no se le llame incapacitada -como siempre ocurrió- sino discapacitada. Gracias a esa reforma, aparentemente exquisita, se afirma que se ha producido un notable desarrollo y perfeccionamiento de su tutela. La verdad es otra. Una vez más el poder se organiza⁵⁰ para que nuestras preocupaciones se agoten en temas inocuos.

⁴⁹ “Los intelectuales (orgánicos) son los ‘empleados’ del grupo dominante para el ejercicio de las funciones subalternas de la hegemonía social y del gobierno político, a saber: 1) del ‘consenso’ espontáneo que las grandes masas de la población dan a la dirección impuesta a la vida social por el grupo fundamental dominante, consenso que históricamente nace del prestigio (y por lo tanto de la confianza) que el grupo dominante deriva de su posición y de su función en el mundo de la producción; 2) del aparato de coerción estatal que asegura ‘legalmente’ la disciplina de aquellos grupos que no ‘consienten’ ni activa ni pasivamente, pero que está preparado para toda la sociedad en previsión de los momentos de crisis en el comando y en la dirección, casos en que no se da el consenso espontáneo” (GRAMSCI, Antonio. *Los intelectuales y la organización de la cultura*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1984, p. 16).

⁵⁰ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de octubre de 2006 y ratificada por el Perú el 31 de diciembre de 2007. Según el artículo 12 de esta, vinculante en sede nacional, las personas con discapacidad tienen derecho al pleno reconocimiento de su capacidad jurídica, tanto la de goce como la de ejercicio. Imaginemos a una persona con limitaciones físicas, aunque apta para manifestar su voluntad. Sin duda es discapacitada pero tiene ambas capacidades jurídicas. Esto no es así porque lo acordó la Convención, lo es porque siempre estuvo prevista en el derecho nacional.

Sin embargo, si una persona no puede manifestar su voluntad de manera indubitable, es evidente que no puede tener capacidad de ejercicio. Como es obvio, aquí no se trata de reducirle sus derechos, sino de implementar fórmulas para que estos sean tutelados. Y si siempre fue así, ¿cuál es el cambio? La Convención y las normas nacionales que la han incorporado en sede nacional, cometan el error de tratar a la ‘discapacidad’ como un bloque. Por eso han eliminado la

Las consecuencias en el ordenamiento nacional son y van a continuar siendo un verdadero desastre. La defensa de los derechos de los ahora discapacitados –sobre los cuales no está en discusión la necesidad de tutelar diligentemente su dignidad y su patrimonio, así como contar con técnicas de aceleración que permitan abreviar los conflictos e incertidumbres alrededor de sus derechos- no puede consistir en regular un galimatías ininteligible. Así, se ha descartado la existencia de distintos grados de incapacidad (o discapacidad según la gran conquista) con lo cual, en la pretensión de concederle a todos lo que algunos no tienen (presupuesto de su calidad de sujeto especial) se termina regulando enunciados normativos contradictorios⁵¹.

Si un sujeto de derechos no está apto para manifestar su voluntad, no lo está y se acabó. En tal calidad necesita que alguien lo haga por él, necesita un curador. Si una persona padece de limitaciones pero puede manifestar su voluntad, es esta la que debe predominar, sin perjuicio del soporte jurídico que se considere oportuno darle para que la exprese. Eso es todo.

Sin embargo, si se emplea una categoría universal (discapacidad) para integrar todas sus modalidades en una sola acepción jurídica, el resultado va a ser peor que las limitaciones que, sin duda, existían en la normativa anterior. La causa de este desvarío es muy sencilla: no se está tutelando al discapacitado en concreto, sino a la discapacidad en abstracto. En atención a lo desarrollado, este error no es casual, es producto deliberado del derecho postmoderno. Nos están seduciendo con la trampa de luchar por un ideal, pero cuidado, siempre que la lucha por él no se materialice en una disputa real por el sujeto mismo necesitado de tutela.

5.2. El deudor en un proceso globalizado

En la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, realizada en Washington en el 2002, se aprobó un modelo de Ley Interamericana de Garantías Mobiliarias. Como ya se describió, la globalización económica ha desplazado el centro de poder de

figura del interdicto y han creado una fórmula que, desesperadamente, intenta darle plenitud a quien necesita, imprescindiblemente, ayuda para expresar su voluntad.

Se afirma que llamarlas “personas con discapacidad” es un avance en el reconocimiento de la dignidad de las personas con limitaciones físicas o mentales. Inclusive se dice que el término ‘incapacidad’ es anacrónico, como si lo nuevo fuese intrínsecamente sinónimo de algo mejor.

⁵¹ Código Civil peruano:

“Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. (...”).

Nota: Como resulta muy complicado describir lo indescriptible, se afirma que todos los discapaces tienen plena capacidad de ejercicio, “independientemente” de si requieren “ajustes” o “apoyos”. Es decir, pueden todo como todos pero con ayuda. ¿No fue siempre así? Y si siempre fue así, ¿con qué fin se incurre en el contrasentido de decir que todos los discapaces tienen plena capacidad de ejercicio y al final se termina prescribiéndoles “ajustes” o “apoyos”, palabras de uso común que terminan siendo más agresivas a la dignidad de un sujeto que aquellas que ahora reemplazan?

Se dice, también, que el término “incapaz” es ofensivo en comparación con “discapaz”. No lo advertimos, pero sí percibimos que decirle a alguien que requiere “ajustes” en su actuación personal, sin perjuicio de lo que ello signifique exactamente, nos parece ofensivo además de agravante.

Esta es la contradicción que surge de englobar en un género (discapacidad) lo que en la realidad existe pero como especies diferentes. Si una persona no puede manifestar su voluntad es un discapaz respecto del cual no puede decirse que tiene capacidad de ejercicio, sea lo que sea que se “invente” para darle sentido a lo que no tiene.

la explotación de la tierra a la explotación de los servicios y del “capital humano”⁵². Por esa razón se preocupa por regular formas expeditivas de recuperación del crédito en tanto, como se sabe, la fluidez del dinero propicia que el consumo, núcleo básico de la economía de mercado, se multiplique.

Aunque nadie está obligado a seguir ese modelo, el sistema “aconseja” que se debería incorporarlo. Por eso casi no hay país sudamericano donde la ejecución mobiliaria no haya sido reformulada sobre la base del modelo antes citado⁵³.

El caso peruano es ejemplar. En el 2006, por medio de la Ley N° 28677, se incorporó el modelo y ya para el 2018, el Decreto Legislativo 1400 derogó la ley anterior, por lo que desde setiembre de ese año tenemos una ley que aplaudiría el tío Ladas, el viejo y miserable usurero de *Cristo de nuevo crucificado*, la novela de Nikos Kazantzakis.

En el Perú hemos tenido tres códigos civiles en nuestra vida republicana. En ellos, siguiendo la ruta del derecho romano, el derecho común y la edad de la codificación, se reguló la prohibición (nulidad) del pacto comisorio, esto es, que un acreedor prendario pueda convertirse en propietario de la prenda con solo el vencimiento del plazo del mutuo sin que se produzca el pago.

Aunque ya se insinuaba en la ley derogada, con el nuevo Decreto Legislativo 1400 ha desaparecido dicha prohibición. Esto significa que el acreedor puede apropiarse del bien entregado en garantía sin necesidad de recurrir a la vía judicial y, por cierto, negándole al deudor su derecho a la tutela jurisdiccional. Esto significa, también, que en la práctica se puede ordenar la incautación policial del bien si estuviera en poder del deudor, para que luego opere la apropiación del bien a favor del acreedor.

Resulta curioso que esta situación no se encuentre expresada con claridad en los enunciados normativos. Por razones de conveniencia o de falso pudor se emplea un lenguaje ladino, aunque es evidente que solo se trata del revestimiento de fórmulas para proceder a la apropiación directa e inmediata del bien dado en garantía⁵⁴.

⁵² Marx distingue entre capital constante (máquinas, combustible, materias primas, etc.) y variable (el que se usa para pagar salarios). Siendo este el que produce plusvalor, que es la diferencia entre el valor producido por el obrero durante su jornada de trabajo y el valor que se le paga por su fuerza de trabajo (el valor de lo que necesita para poder subsistir), el concepto “capital humano” va entre comillas porque es peyorativo reducir el trabajo a la simple condición de mercancía.

⁵³ “En general se debe buscar acelerar los procedimientos jurídicos para el desarrollo de negocios, mayor número de empresas con acceso al crédito, seguridad en la recuperación de inversiones y para todo ello, es de vital importancia que se le dé a lo dispuesto en la Ley de Garantías Mobiliarias una revisión a detalle, para así lograr los fines establecidos una completa comprensión de la norma, una constitución real y en mayor medida una ejecución óptima” (GÓMEZ GUTIÉRREZ, Hernán. *Garantías mobiliarias: Marco normativo, constitución y ejecución*. En: *Libro de Ponencias del XXXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Coordinadores: Universidad Libre e Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre, 2018, pp. 759-760).

Nota: Es destacable la ingenuidad y buena disposición con la que se reciben estas reformas. Se conciben como herramientas para el progreso colectivo de la sociedad. Como ya se expresó, a nadie parece importarle las violaciones que traen consigo estas regulaciones motivadas en el exclusivo propósito de incentivar el consumo.

⁵⁴ Decreto Legislativo 1400

“Artículo 49.1. En caso de ejecución extrajudicial, el acreedor garantizado o el representante puede proceder a la toma de posesión del bien dado en garantía mobiliaria. Al cobro directo o adquisición de créditos y a la posterior venta directa de los bienes en garantía, a fin de hacerse pago con el producto de dicha venta, de acuerdo con los procedimientos pactados y lo previsto en el presente Decreto Legislativo. [...]. En caso de incumplimiento, el deudor garante se considera poseedor ilegítimo del bien y es responsable de este, incluso si se pierde o deteriora sin culpa, debiendo responder por los daños y perjuicios que correspondan”.

La transferencia como acto de pago puede ocurrir en el ámbito privado, esto es, sin participación judicial. Ante tal situación no tiene sentido preguntarse por los derechos que puede tener un deudor en la venta privada del bien que entregó en garantía. Si no tiene tutela es porque no tiene ningún derecho. La técnica se perfecciona cuando se regula que apenas sea exigible la deuda, la relación jurídica entre el bien dado en garantía y el deudor se convierte *de iure* (automáticamente) en una relación antijurídica, es decir, el deudor se vuelve un poseedor ilegítimo con toda la carga negativa que ello significa.

Vale decir, si la garantía mobiliaria se pacta permitiendo el mantenimiento de la posesión por el deudor, apenas este incumpla le va a ser incautado el bien en base a un procedimiento judicial célebre en el cual el juez, sin oír a la otra parte (*in audita pars*), ordena la entrega inmediata del bien con auxilio de la fuerza pública. Aunque ocurre como si se ejecutara una medida cautelar, la diferencia es sustancial: la desposesión va a significar la transferencia del bien. Se trata, entonces, de un proceso satisfactivo sin emplazamiento en un conflicto con contenido y función patrimonial. Tal como se lee⁵⁵.

Resulta increíble cómo se viene ensalzando, hasta la saciedad, el elevado nivel jurídico que ha alcanzado la tutela de los derechos fundamentales procesales. Inclusive se dice que vivimos la era de la constitucionalización de los derechos. Sin embargo, la realidad nos muestra un proceso donde impunemente se elimina el contradictorio⁵⁶ en pleno siglo XXI. Estamos ante un verdadero acto de rapiña sobre el deudor, con el “sustento” paternal del modelo de Washington.

Para que no haya dudas en torno a la vigencia del pacto comisorio, se admite expresamente que el acreedor puede quedarse con la propiedad del bien garantizado, pero debe seguir un trámite. Este “procedimiento” es una mezcla de ironía y cinismo que haría sonreír a una calavera si no fuera la situación tan patética. La única “exigencia” que se le impone al acreedor es que nombre un apoderado pero que no sea él mismo (ique no se dé poder a sí mismo!), como si tal imposibilidad jurídica fuera necesaria regularla; lo que es peor, como si tal exigencia colocara al deudor en una mejor situación, aunque fuera leve⁵⁷.

⁵⁵ “Artículo 56. Responsabilidad del poseedor del bien y orden de incautación judicial.

(...)

56.3. Basta la acreditación por el acreedor garantizado de la existencia de garantía mobiliaria, el requerimiento del pago cursado al deudor garante y la exigibilidad de la obligación de entrega, para que el Juez, sin mayor trámite, ordene la toma de posesión del bien en garantía mediante su entrega inmediata con auxilio de la fuerza pública”.

Nota: En la misma lógica de un proceso urgente, ese que está previsto para tutelar valores supremos que soportan un agravio inminente. El caso clásico del Director de un hospital que demanda se le autorice a realizar una transfusión de sangre en las próximas horas a un niño mordido por una serpiente que se encuentra al borde de la muerte, ante la negativa de sus padres a autorizar la técnica por ser miembros de un credo religioso (Testigos de Jehová) que repugna tal acto desde hace mucho, parece que desde miles de años antes que esa técnica se hubiera inventado (¿?).

⁵⁶ Solo la inminente afectación de bienes o valores supremos como la vida o la libertad permiten la suspensión del contradictorio. La ley comentada no lo suspende, lo elimina. Pensar que el contradictorio es un valor del pensamiento jurídico occidental y, por tanto, una vieja conquista del pensamiento humano desde hace más de dos mil años (“El que ha dictado una sentencia sin haber escuchado a la parte contraria, aunque aquélla haya sido justa, no ha sido justo él” Séneca. “Medea”. Ob. cit., 200, p. 36).

⁵⁷ “Artículo 58. Adjudicación del bien por el acreedor garantizado

58.1. Las partes pueden acordar que el acreedor garantizado se adjudique la propiedad del bien afectado en garantía mobiliaria. Para tal efecto, se sigue el procedimiento y se otorga el poder a que se refiere el párrafo 58.8.

(...)

58.8. Al momento de pactarse la posibilidad de adjudicación del bien en garantía, las partes deben otorgar poder específico e irrevocable a un representante común para que en caso de incumplimiento proceda a suscribir la

La ironía se perfecciona cuando en lugar de eliminar el enunciado normativo que regulaba la nulidad del pacto comisorio, se prefiere mantenerlo agregándole una excepción que convierte la regla en otra broma macabra e inútil⁵⁸.

Como resulta evidente esta modificación sería ininteligible sin haber descrito la influencia de la globalización económica en la actividad jurídica, específicamente en aquella referida a la relación acreedor-deudor. No deja de ser destacable que este brusco cambio en la escena de las relaciones jurídicas privadas no haya merecido comentarios de los especialistas y tampoco actuaciones judiciales que, subvirtiendo la regulación antijurídica e inmoral, declaren la prevalencia de los derechos fundamentales del proceso sobre lo que imponen las normas globalizadoras.

5.3. Derecho, ética y política en tiempos globalizados

Apreciamos un área cercana al derecho, la ética. Esta es, palabras más, palabras menos, la búsqueda íntima de una manera de ser y de relacionarnos en función de una representación mental de lo que consideramos es el bien. Para los estoicos la Ética era la esencia del saber filosófico. Ellos comparaban la filosofía con un huevo, donde la cáscara era la Lógica, la clara era la Física y la yema era la Ética⁵⁹. Aunque Kant empezó a identificar la ética con la moral, lo cierto es que existe una distinción entre ambas. La ética (*Sittlichkeit*) está referida a un aspecto concreto e inmediato, una apreciación o calificación de la actividad o conducta que se realiza o está por realizarse; en cambio la moralidad (*Moralität*) corresponde a una reflexión razonada sobre determinada actividad o conducta. Por eso Hegel afirma que “el orden ético consiste esencialmente en la decisión inmediata”.

Precisamente en momentos de incertidumbre como la vorágine en la que actualmente vivimos, se ha producido un regreso a la apreciación ética de las actuaciones, la cual ha pasado a convertirse en un estándar para juzgar las prácticas sociales de un sujeto o de un grupo⁶⁰. Esto es perfectamente explicable en un orden mundial que premia lo inmediato, lo efímero.

El engaño de la postmodernidad –formato cultural con el que se manifiesta la globalización– consiste en afirmar que existe una ética general y con ella un sujeto universal que es titular de derechos también universales. Se trata de una falsificación del análisis que consiste en trasladar el

documentación necesaria para la transferencia del bien afectado en garantía mobiliaria. En ningún caso el representante puede ser el propio acreedor garantizado”.

⁵⁸ Código Civil peruano

“Artículo 1130.- Nulidad de pacto comisorio

Aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido. Es nulo el pacto en contrario, **con excepción de los casos de adjudicación del bien al acreedor pactados bajo el Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria”.**

La parte resaltada es el agregado del Decreto Legislativo 1400.

⁵⁹ “Sin duda son los estoicos los que con más constancia han hecho de la ética no solamente una parte sino el corazón mismo de la sabiduría filosófica. Sabio es aquel que, sabiendo discernir las cosas que dependen de él, organiza su voluntad alrededor de ellas y sobrelleva impasiblemente las otras” (BADIOU, Alain. *La Ética*. México D.F.: Herder, 2004, pp. 23-24).

⁶⁰ “En verdad, ética designa hoy un principio de relación con ‘lo que pasa’, una vaga regulación de nuestro comentario sobre las situaciones históricas (ética de los derechos del hombre), las situaciones técnico-científicas (ética de lo viviente, bioética), las situaciones sociales (ética del ser-en-conjunto), las situaciones referidas a los medios (ética de la comunicación), etcétera” (BADIOU, Alain. *La Ética*. Ibídem, p. 25).

objeto de examen, desde la experiencia concreta hasta el concepto universal que lo integra; de lo concreto a lo abstracto.

Apreciemos un ejemplo dentro de la profesión jurídica: una de las funciones más elevadas que debe cumplir un abogado comprometido con su comunidad es defender la vigencia de los derechos consustanciales al sujeto concreto, los cuales son conocidos como “derechos humanos”. Ahora bien, desde una percepción filosófica estos se encuentran sustentados en un individualismo humanitario, lo que implica que se debe realizar una defensa liberal de ellos (derechos humanos) contra cualquier coacción de una persona, un grupo o un colectivo organizado. Miles de libros, cursos universitarios, congresos, instituciones y aún tribunales internacionales, demuestran que el discurso ha calado, que la lucha por los derechos humanos es la manifestación por excelencia de la concepción más progresista del derecho contemporáneo. Hasta parece que este es el único escenario natural por el que debe transitar un abogado comprometido con el cambio⁶¹.

Sin embargo, resulta patético advertir que ni siquiera somos conscientes de que hemos asumido como naturales los postulados dictados por el orden “occidental” establecido. Nuestra buena fe se confunde con nuestra ingenuidad cuando asumimos que la más elevada expresión de nuestra concepción “progresista”⁶², consiste en defender los derechos humanos.

Todo esto no es casual y por cierto tampoco se reduce al ámbito jurídico. La diferencia radica en que, en otros ámbitos, empieza a descubrirse la diferencia abismal que existe entre defender un principio y una persona o a grupos específicos que viven soportando la violación de ese principio. Desde la óptica de la filosofía política, por ejemplo, Althusser se refiere a esta situación afirmando que el humanismo de los derechos y la ética abstracta son construcciones imaginarias. La historia, afirma, no es el devenir absoluto del Espíritu, como acreditaba Hegel, sino un proceso sin sujeto. Lo de Hegel –y esto no es Althusser– es parte de una ideología en el sentido marxista, es decir, de categorías empleadas para encubrir la realidad⁶³.

⁶¹ “Por lo tanto, nos encontramos con la paradoja de que, bajo condiciones capitalistas de producción, resulta que la forma más eficaz de conseguir que el derecho no tenga absolutamente ningún efecto sobre lo real es, precisamente, exigir que se imponga en toda su pureza, sin permitir ninguna anomalía ni autorizar ninguna pauta extraña. Así pues, *bajo condiciones capitalistas, la defensa del derecho puro implica una apuesta por la barbarie*” (FERNÁNDEZ LIRIA, Carlos y ALEGRE ZAHONERO, Luis. Ob. cit., p. 294).

⁶² Sorel tenía completa razón al decir que la filosofía del progreso era precisamente la que convenía a una sociedad ávida de gozar de la prosperidad material debida a los progresos técnicos. Cuando se está seguro de que el mañana, dentro del orden mismo del mundo, será mejor que el hoy, es posible divertirse en paz. El progreso, paradójicamente, puede servir para justificar el conservadurismo. Como una letra de confianza sobre el porvenir, autoriza así la buena conciencia del amo. Al esclavo, a aquellos cuyo presente es miserable y no hallan consuelo en el cielo, se les asegura que el futuro, por lo menos, les pertenece. El porvenir es la única clase de propiedad que los amos conceden de buen grado a los esclavos.” (CAMUS, Albert. *El hombre rebelde*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1986, p. 220)

Una explicación de lo ocurrido puede estar en el error conceptual de creer que las categorías “progresista” y “conservador” son equivalentes a ser de “izquierda” y de “derecha”, respectivamente. Marx, cuyas ideas hasta hace muy poco se consideraban superadas –casi siempre sin leerlo-, concibió la ley de crecimiento de la composición orgánica del capital constante. Partió de la idea que la burguesía industrial era esencialmente dinámica y no conservadora. Así, un invento en los medios de producción determinará una alteración en las relaciones de producción, con ella los capitalistas aumentarán sus ganancias en la misma medida que se precariza la fuerza de trabajo. Y es, precisamente, la manera como se van a presentar las condiciones para el crecimiento exponencial de la ganancia (plusvalor) producida por el trabajador. Satisfechas todas sus necesidades humanas, el capitalista, como el tiburón que solo vive para devorar, no tiene otro objetivo en su existencia que no sea seguir acumulando riqueza.

⁶³ “Pues bien, a esa mentalidad o estilo de pensar denomina Marx ‘ideología’. El término parece haber sido acuñado para referirse específicamente a la filosofía de Hegel y de los jóvenes hegelianos. De ahí el adjetivo

Foucault, desarrollando la idea de Althusser, considera que el concepto “Hombre” fue históricamente construido para una época en la cual este encajaba para justificar un discurso (se refiere al Iluminismo y sus secuelas el liberalismo político, el nacionalismo, el fascismo, el nazismo, el comunismo, etc.) pero que posteriormente devino en formas totalitarias⁶⁴.

Lacan, desde el Psicoanálisis, enseña que debemos distinguir el Yo del Sujeto. Este no tiene ninguna sustancia ni naturaleza, apenas depende de las leyes contingentes del lenguaje y de la historia. Se trata solo de una circunstancia. Por esa razón, el tratamiento psicoanalítico que tiene como punto de partida el reconocimiento de un estado del paciente calificado como “normal” es una impostura, en tanto se trata de una ficción. No existe el sujeto normal. *Mutatis mutando*, debe entenderse la categoría “normal” como un universal tan integrador como vacío.

Por las razones expuestas, resulta evidente el absurdo de construir una doctrina ética sustentada en una construcción consensual, me refiero a la existencia de un “Hombre como objeto de investigación o de tutela”. No postulamos una visión relativista o cínica de la ética, pero sí nos interesa hacerla radicar en circunstancias concretas. Interesa recordar ahora que debe ser difícil encontrar un pensador más preocupado por temas de patología social -como la cuestión de la locura o las prisiones- que Foucault⁶⁵; o más interesado en concebir una filosofía política de emancipación que Althusser, o un hombre más preocupado por los casos clínicos concretos que Lacan, casi vivió ejerciendo su profesión, es decir, escuchando.

Hace unas décadas, durante el gobierno del Presidente Kennedy, Estados Unidos promocionó para América Latina la Alianza para el Progreso. Era una manera de contrarrestar la influencia de una concepción del mundo alternativa que estaba difundiéndose en los países sudamericanos. Para ello se empleó la misma lógica con la que hoy se “vende” la defensa de los derechos humanos. Nos sentimos realizados luchando arduamente por su vigencia. Estamos tan ocupados en protegerlos que no advertimos algo grosero: quien promociona la defensa de los derechos humanos los viene violando sistemáticamente sin que tengamos manera de impedirlo. Las prisiones de Guantánamo o de Abu Ghraib o la Ley Patriota son testimonios del desprecio por la protección del hombre concreto. Si hubiera duda, encontremos una respuesta razonable a lo siguiente: ¿cómo entender que quien promociona la tutela de los derechos humanos, no reconoce la competencia del Tribunal Penal Internacional de Roma; o que nuestro guardián democrático sea

‘alemana’ para distinguirla de la ideología francesa de Destutt de Tracy. Pero, al destacar los caracteres esenciales de la filosofía idealista, el término se aplica a lo que tienen en común con otras expresiones intelectuales. La crítica a la ideología consiste fundamentalmente en mostrar que esas concepciones religiosas, filosóficas, jurídicas, económicas, etc., se levantan sobre una creencia básica de la que depende su validez, pero que no está, ella misma, justificada; esa creencia, base de todas las demás, es un modo o estilo de pensar que no puede aducir ningún fundamento racional de su verdad. La ideología es, pues, el supuesto básico no demostrado de esas concepciones teóricas. La crítica a la ideología no es, en Marx, refutación de una concepción articular, sino mostración de una creencia no justificada, supuesta en varias concepciones teóricas” (VILLORO, Luis. *El concepto de ideología*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 46-47).

⁶⁴ “Cada vez que los teóricos invocan al hombre con H mayúscula hay que ponerse a temblar: o guillotinan a miles de hombres con minúscula o los torturan en campos de concentración” (BORGES, Jorge Luis y SABATO, Ernesto. *Diálogos*. Buenos Aires: Emecé Editores; 1982, p. 32).

⁶⁵ “El trabajo foucaultiano fue, en cierto modo, el de un *etnólogo de nuestra cultura*, de la que hizo varias calas sobre aspectos cruciales que terminaban por definirla, calas que tenían por foco una experiencia determinada, la que se había hecho de la locura a partir de un período que va del siglo XVI a los inicios del siglo XIX, la experiencia de la prisión o de la delincuencia, de la enfermedad, de la sexualidad” (*Introducción* por Jorge Álvarez Yagüez. En: FOUCAULT, Michel. *La Parresía*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2017, p. 26).

sponsor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José pero desconozca su competencia?

Parecería haber un acuerdo para tornar clandestino el hecho evidente de que estamos luchando por los derechos fundamentales de un **ser humano universal**, es decir, de **nadie**. El Hombre, el Derecho o el Otro son abstracciones sobre las cuales se vienen manifestando las defensas más emotivas, sentidas y contundentes. Sin embargo, al hacerlo estamos cayendo en una trampa: luchamos hipnotizados por distracciones que -envueltas en paquetes con la etiqueta de "Muy Urgente"- nos entrega el poder para nuestro entretenimiento, mientras a la vuelta de la esquina se producen expoliaciones masivas en contra de los trabajadores, la naturaleza o la cosa pública. El sistema nos mantiene ocupados para que no advirtamos lo que viene ocurriendo con quienes, al no tener capacidad de consumo, han sido lanzados fuera del *shopping center* en que han convertido a la comunidad.

Al tutelar esas "vibrantes" y "majestuosas" categorías totalizadoras, estamos practicando el iusnaturalismo del siglo XVII. No es exagerado pensar que, actualmente, podría ser que, sin quererlo, se pretenda un retorno a la tesis de Kant. Cuando este afirma que la función del derecho debe ser lograr un estado de paz universal⁶⁶, está convirtiendo a la filosofía en un dechado de ingenuidad. Y ya lo que se convierte en una exageración es asumir la creencia que esta se puede lograr perfeccionando la regulación y el control del mercado.

En los seis mil años sobre los cuales se tiene información confirmada en torno a la organización cultural de los grupos humanos, no ha existido comunidad que haya comprometido su futuro sometiéndolo a los avatares de las leyes del mercado. Ninguna sociedad ha sido tan estúpida como para confiar en que un aspecto tan aleatorio como la oferta y la demanda sea la base que sustente su porvenir como grupo. Ni el sátrapa más salvaje consideró esa posibilidad, prefirió conquistar, esclavizar, saquear y matar, pero jamás hacer depender la existencia de su grupo a la "armonía" que se alcance en el mercado, sobre todo respecto de los bienes indispensables para su subsistencia.

Lo expresado no significa que el mercado, como tal, es nefasto. El mercado ha existido y continuará existiendo siempre que concurran a él individuos libres y propietarios de su mercancía, dispuestos a negociar en función de los factores que actualizan la ley de la oferta y la demanda. Hasta hace poco más de dos siglos fue así. Este es el fundamento del liberalismo económico. Por eso hay que tener cuidado, la existencia de un mercado libre no tiene conexión con el sistema capitalista, este es el primer mito a superar. El capitalismo y sus teóricos lo han repetido tanto que se admite, como un valor entendido, que las relaciones mercantiles siguen siendo –a la fecha– individuales y establecidas en condiciones de igualdad, presupuesto de un auténtico mercado libre.

La realidad es distinta, las relaciones económicas -que son relaciones de producción y sociales a la vez- se presentan entre sectores o grupos que se comportan como clases. Esto debido

⁶⁶ "No se trata de que la paz eterna sea posible o sea una quimera, sino que debemos de *actuar* de tal modo que inevitablemente vayamos en esa dirección; en definitiva, la fundación de una paz universal y duradera es el auténtico fin último de la teoría del derecho. Así, por encima del ámbito del derecho internacional se eleva, como parte tercera del derecho público, el *derecho cosmopolita*.

El pensamiento de una Liga de las naciones y de la paz perpetua obsesionaba tanto a Kant que lo desarrolló con más detalle en el esbozo filosófico *Sobre la paz perpetua* (STÖRIG, Hans Joachim. *Historia Universal de la Filosofía*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 474).

a que algunos solo llevan al mercado su fuerza de trabajo y otros son propietarios históricos del capital constante (medios de producción, entre otros). Como es evidente, allí las relaciones económicas solo pueden establecerse en términos de desigualdad y explotación. En este escenario la política, el derecho y el proceso tienen una función relevante que cumplir: desvelar el mito del mercado con relaciones individuales y en condiciones de igualdad⁶⁷.

Con este estado de la situación encima de la mesa, la referencia a una ética universal, citando a Lichtenberg, es un cuchillo sin mango al que le falta la hoja. Lo que existe es una ética de verdades singulares, es decir, una ética relativa a situaciones concretas. Lo que existe y nos exige atención son las experiencias vitales de sujetos puestos a prueba en su empleo, profesión, género, credo político, orientación sexual o en su vida diaria.

Sin embargo, todos los esfuerzos destinados a ubicar en el centro de la preocupación histórica al hombre concreto, plenamente vigente en la década del setenta del siglo XX, han quedado desvirtuados por el proyecto totalizador que actualmente soportamos, el cual, identificando como centro de su interés la internacionalización de los mercados, ha penetrado en todas las escenas de la realidad contemporánea para asegurar su predominio y lograr el provecho desmedido y criminal de quienes la dirigen.

Lo que hemos dicho sobre la ética se replica tal cual al derecho. Cuando nos referimos a su tutela no podemos cometer el error de agotar nuestro esfuerzo defendiendo “el derecho”, cuando lo indispensable es que defendamos “los derechos”. Por ejemplo, existe el derecho fundamental a una vivienda digna para todos. Contra lo que los constitucionalistas afirman sobre la vigencia plena de la Constitución, la práctica nos enseña que es irrelevante que ese derecho esté previsto en ella. Los constitucionalistas orgánicos ya desarrollaron la tesis de que se trata de un derecho programático y de futura eficacia. Sin embargo, al margen de esa floja fundamentación, lo que nos debe interesar es luchar para tornar eficaz (actual y necesario) el derecho de Pedro a una vivienda digna.

La crisis de una orientación política alternativa a la democracia liberal –esta vez liberal en el plano político- causada por la desaparición de la Unión Soviética y de los partidos que asumieron el sendero del comunismo o el llamado socialismo real, ha dejado, aparentemente, a los intelectuales de izquierda sin un “sentido de la Historia” para expresarlo en términos hegelianos. En su incertidumbre han “descubierto” la filosofía de los adversarios de los setentas: el fundamentalismo humanitario y la defensa liberal de los derechos contra las coacciones del poder organizado. Lo que es insólito es que la han hecho suya sin advertir que están realizando exactamente lo que la ideología contraria desea que hagan. Todavía no descubren que se trata de un entretenimiento; o tal vez ya lo advirtieron, pero no saben cómo escapar de la trampa⁶⁸.

⁶⁷ “... el capitalismo es incompatible con cualquier filosofía política racional, es decir, con cualquier doctrina que haga derivar el orden político de la voluntad o las necesidades del hombre. En efecto, el capitalismo solo logra *parecer* compatible con alguna teoría política (en concreto, con el liberalismo económico) a fuerza de presentarse disfrazado de algo completamente distinto de sí mismo, a saber: el libre mercado. Ciertamente, aquí no se trata de realizar ningún intento de defensa del libre mercado ni de la filosofía política que le corresponde. Por el contrario, se trata tan solo de defender que, *a diferencia del capitalismo*, el libre mercado sí sería al menos compatible con alguna filosofía política racional posible” (FERNÁNDEZ LIRIA, Carlos y ALEGRE ZAHONERO, Luis. Ob. cit., p. 295).

⁶⁸ “Quien presume de poder amar a la humanidad entera y, apelando al amor del hombre, critica el amor a una comunidad limitada, es un impostor: “Ama a los tártaros con el fin de quedar excusado de amar a su prójimo”, explica con agudeza Rüdiger Safranski en *El mal o el drama de la libertad*. Amparado bajo la coartada de ese panteísmo amoroso, bajo una universalidad que es el camuflaje de la indiferencia, ama a todos para no tener que amar a

En lugar de buscar rutas para una nueva política de emancipación colectiva, han preferido lo fácil, adoptar las máximas del orden occidental establecido. Así es como vienen claudicando en casi todos los ámbitos, por cierto, el derecho no es la excepción⁶⁹. Por ello, la defensa de los derechos universales como objetivo no es una manifestación aislada, sino una confirmación de la falta de originalidad y sensatez en la que estamos insertos. Desprogramados como producto de una rígida concepción del mundo, debemos soportar en el plano jurídico una formación académica reduccionista que considera suficiente conocer el enunciado normativo y su interpretación, exactamente como hace más de un siglo, con la única diferencia, tal vez, que ahora las referencias normativas están dirigidas a perfeccionar las diversas técnicas que asume la globalización para apropiarse de los bienes, de los servicios, del esfuerzo del trabajador o de parte de su salario, todo con el mínimo costo.

Desde el Iluminismo, fines del siglo XVIII, empezamos a sufrir el fetichismo del enunciado normativo como instrumento de la razón suprema, la creencia de que los mandatos contienen la esencia de lo que era mejor para el ser humano, sus relaciones y para la obtención del bienestar general de la sociedad. Los horrores que soportó el hombre en el siglo XX son la mejor demostración que esa creencia en la ley como expresión de la razón era defectuosa.

Ahora hemos cambiado de abstracción. De pronto, la Constitución y las instituciones que ella acoge se han convertido en el *leit motiv* de todas las construcciones jurídicas. De paso se hace referencia al Hombre –no al de carne y hueso, claro- como el principal receptor de lo mejor de esas instituciones. Nos mentimos con mucha sinceridad, en tanto somos conscientes de que en el plano real la importancia que las ideas se conviertan en práctica de vida es minúscula. Nos hemos quedado en la defensa de las instituciones y de las categorías que la conforman.

Conclusiones

1. Durante buena parte de su agitada historia, la disciplina social que llamamos Derecho ha sido considerada una ciencia social, a despecho de padecer serias limitaciones metodológicas en la incorporación de sus datos, tanto que convierte sus conclusiones en relativas y permanentemente discutidas. A todo ello debe agregarse que su esencia social (cultural) transforma en una opción muy complicada aquella de expresar afirmaciones categóricas, precisamente atendiendo a la diversidad de ámbitos de aplicación.

nadie y es solidario con todos para no ser solidario con ninguno" (FUENTES, Eugenio, *La hoguera de los inocentes. Linchamientos, cañas de brujas y ordalías*. Barcelona: Tusquets, 2018, pp. 78 y 79).

⁶⁹ "Por ejemplo, algunos han sugerido que en esta época moderna la izquierda debería concentrarse en los 'derechos': derechos civiles, de las minorías, de las mujeres, de los homosexuales, de los inmigrantes, de los animales, de los trabajadores precarios, de los detenidos, etcétera. En cambio, otros consideran que el eje del futuro debe ser la solidaridad (destacando la vocación intrínsecamente sacrificial del movimiento, sobre lo que volveré más adelante): ayuda a los pobres y a los necesitados, dondequiera que estén, en la patria o en el mundo, y, en las formas radicales de izquierda, puertas abiertas de par en par a los inmigrantes, gratuidad completa de los servicios y de las asistencias, limitación de los aparatos represivos, apoyo económico y político para todos.

Todos estos enfoques son endebles, y sobre todo genéricos, por un motivo fundamental e ineludible: no tienen nada que sea específicamente de izquierdas, dado que cualquiera (o casi) podría asumirlos como propios. La propuesta de concentrarse en los derechos -una categoría muy heterogénea- tiene pinta de ser el corolario de un cuerpo doctrinal que no se ve, y no el núcleo de una postura orgánica. Además, tiene algo de filantrópico y de condescendiente hacia los 'demás', lo que no concuerda con la tradición de izquierdas: esta debería saber perfectamente que 'los demás somos nosotros', cada uno de nosotros, no menos que los 'diferentes', los marginados y los 'discriminados'" (SIMONE, Raffaele. *El monstruo amable*. Madrid: Taurus, 2012, pp. 61 y 62).

2. La historia del proceso puede comprimirse. Así, hubo una época en la que se afirmó y se creyó que a todo derecho correspondía una acción que lo tutelara, la cual, además, pernoctaba dentro de él. De allí se evolucionó hacia una idea más generosa, según la cual para defender los derechos e intereses jurídicamente protegidos era necesario realizar una sucesión de actividades –reguladas por instituciones- dispuestas así para obtener al final una respuesta definitiva. Finalmente, hoy se afirma que los derechos materiales y los intereses jurídicamente protegidos aún innominados se tutelan con un instrumento llamado proceso, cuya importancia reside en que todo tiene un derecho fundamental a su uso, atendiendo a que sus rasgos esenciales están en la Constitución por lo que recibe de esta su jerarquía, asegurando así el uso de una tutela jurisdiccional idónea además de eficaz.

3. Lo expresado en la conclusión anterior debe complementarse con el hecho de que el origen romano del derecho occidental es un mito. Más por conveniencia que por ignorancia se encubren los aportes esenciales recibidos de las culturas orientales. Este dato se ve confirmado con otro registro histórico relevante para la materia estudiada: la cultura jurídica romana no tuvo un sistema de solución de conflictos autónomo y tampoco escuelas en el sentido académico del término.

4. La investigación y la difusión de los estudios procesales en los países emergentes está marcada, en considerable medida, por dos sesgos, ambos originados en un fenómeno de alcance imprecisable a la fecha, la globalización.

El primero es una tendencia a consolidar la vigencia de ordenamientos que garanticen que las leyes económicas que regulan el mercado internacional no sean afectadas en cada sede nacional, y no solo eso, sino que aporten su cuota de celeridad y de “normalidad” para la circulación eficaz de los bienes y servicios. Esta es la influencia directa de la globalización económica sobre el derecho.

El segundo sesgo está dado por el hecho de que, alrededor de la difusión de los estudios procesales se ha creado, acorde con los tiempos, un mercado donde la investigación se manifiesta en ferias periódicas (congresos, seminarios) donde se difunde la “industria” (cursos de post grado, venta de libros, ofrecimiento de consultas) del saber procesal. En la lógica de una sociedad ganada por el consumismo es hasta cierto punto natural que el mercado haya llegado al procesalismo. Lo patético es que en esos eventos se proponen temas que cumplen escrupulosamente la antigua y taimada prédica del Gatopardo (“que todo cambie para que nada cambie”).

Finalmente, no se trata de ninguna ruptura histórica, se ha reproducido en sede procesal la siempre oportuna presencia de los intelectuales orgánicos en su relación con el mantenimiento del orden social y su defensa del poder estatuido.

5. La consecuencia más nefasta de la globalización, desde la perspectiva del proceso, es que los Estados han perdido interés en contar con un sistema de justicia eficiente y mucho menos con ordenamientos procesales idóneos, con excepción del penal. Este curiosamente se renueva constantemente, en tanto la represión de los actos que alteren la normalidad del mercado debe ser controlada rápida y eficientemente.

A veces las evidencias, tal vez por ser tales, terminan ocultas y, en otras, intencionalmente silenciadas. Las democracias liberales, elegidas para coadyuvar a la eficiencia de las leyes del mercado y diseñadas desde afuera para provecho de sus gestores, configuran gobiernos frágiles. Su

legitimidad débil determina que vivamos déficits democráticos surgidos de la alternativa de tener que privilegiar las regulaciones del mercado sobre los derechos y garantías de los ciudadanos.

6. Ni la importancia ni la función social y política del proceso pueden ser únicamente desarrolladas si las investigaciones están despojadas de un conocimiento previo y real de la función que está cumpliendo el sistema judicial en el medio social sobre el cual se van a concretar las reformas. El drama doméstico y cotidiano de injusticias “oficiales” acumuladas contra los marginados debe marcar el orden del día de un procesalista.

La etapa sistemática cumplió el rol de otorgarle autonomía a los estudios procesales. Sin embargo, el costo de ese objetivo (apartarnos del drama social que significa pedir justicia y otorgarla tan tardíamente que deviene en inútil) no podemos volver a pagarla. Si siguiera ocurriendo, ni siquiera podremos alegar ignorancia, solo será una forma de traición.

7. No está en discusión que la investigación en materia procesal, destinada a obtener técnicas procesales más eficientes, es una actividad que exige la adopción de un método científico. Sin embargo, es imprescindible partir del hecho que aquello que se obtenga no puede ser solo una expresión de platonicidad. Esto significa que lo que se obtenga debe estar dirigido a tutelar los derechos de las extensas franjas de marginados, aquellos a quienes el actual sistema económico, además de reducirles constantemente su cuota de derechos, les muestra un procedimiento oscuro, siniestro, impredecible, oneroso y regularmente con resultados contrarios e incomprensibles. A diferencia de Josef K, se trata de mayorías que no tienen siquiera noticia de que existen tutelas de sus derechos, es decir, carecen hasta de la información básica para emprender su uso.

8. Las constituciones contemporáneas poseen un poder y un encanto que subyuga, por cierto, más allá de su importancia real. Casi todas, como el caso de la peruana, por ejemplo, proclaman que el derecho a la salud es inviolable en tanto es fundamental. Sin embargo, si ese derecho no tiene una tutela sólida y tampoco una técnica procesal que impida su violación, la declaración sobre su contenido esencial es (y será) una farsa. El estado de postración criminal de nuestro servicio de salud -evidenciada por la pandemia producida por el COVID-19- es una condena que padecerán por siempre los que condujeron al país en todo el siglo XX y parte de este. Tan como los del siglo XIX deben asumir el descuido de nuestra Defensa ante la guerra de rapiña de 1879.

9. La pérdida de perspectiva histórica del derecho contemporáneo ha determinado que se instale en los juristas de ocasión una tendencia a conducir reformas que, aparentemente, mejoran la calidad del derecho y que, además, están dirigidas a los sectores discriminados. Sin embargo, apreciadas con esmero estas “mejoras”, se advierte que tal progreso es una falsificación, entre otras razones porque la sustitución de los términos no altera la sustancia, como el caso de los ahora “discapacitados”.

10. Hay algunos sectores del derecho sobre los cuales el poder económico hegemónico mantiene un interés directo, por ejemplo el referido a la tutela del acreedor. Como es obvio, los detentadores del poder son acreedores naturales. Para ámbitos como ese, los juristas instalados en el centro del poder diseñan modelos legales que son entusiastamente acogidos por los intelectuales “orgánicos” de los países satélites. Estos adecuan prestamente el modelo y con ello convierten la relación de crédito –alguna vez manifestación de integración comunitaria- en una salvaje captura de los bienes del deudor a fin de asegurar que el dinero circule raudamente en un mercado que tiene la

inconciencia del tiburón, consume todo lo que está a su alcance porque esa es la razón de su existencia.

11. La ética es un antívalor para la globalización económica. Sin embargo, tal afirmación no suele ser advertida y menos reconocida en la práctica. Si ocurriera, desnudaría la situación real de quienes ejercen el poder y, además, porque su función actual es esencial para acreditar la existencia formal de una cultura occidental cada vez más irreconocible.

Por eso la ética mantiene su “importancia”, por cierto siempre que siga siendo apreciada como lo que no es: una categoría universal, una construcción genérica, abstracta e indispensable que, en la práctica social, se manifiesta en categorías impactantes como “humanidad”, “derechos humanos”, “Estado de derecho” o “democracia representativa”, aunque vacías.

12. Aunque cueste reconocerlo, la justicia no es una abstracción. Es cierto que es un valor, pero ello no reduce su trascendente importancia práctica, se trata de un acontecimiento cotidiano que juega su destino en cada caso concreto de desigualdad o discriminación que un ser humano soporta en cualquier lugar o momento.

Una percepción así de la justicia nos impone una exigencia: no perder más tiempo defendiendo los derechos del **HOMBRE**. Expresado así y reducido a ello, solo es un comportamiento reaccionario. Mientras asistimos a un enjundioso congreso sobre derechos humanos, a Juan Pueblo se le niega un puesto de trabajo digno o en el que está se le trata como esclavo, a pesar que el Artículo 2.15 de nuestra Constitución le otorga un derecho fundamental: “*A trabajar libremente, con sujeción a ley*”.

13. Siempre es un riesgo compartir por escrito lo políticamente incorrecto. Sin embargo, en el presente caso no denunciar que en materia procesal nos estamos conduciendo por la ruta de la inconciencia y de la falta de compromiso con los que necesitan nuestra solidaridad, sería una traición que no solo alcanza a los fines de nuestra pasión y objeto de estudio, sino a aquellos que nos mostraron el camino por donde el proceso se puede convertir en un instrumento de transformación de un sistema judicial que, a la fecha, solo perfecciona un sistema de expliación de nuestros recursos, de nuestro futuro y también de nuestra dignidad.

Si pudiera alcanzar la altura que ellos se merecen, este trabajo ha pretendido ser un homenaje a Mauro Cappelletti, Augusto M. Morello, José Carlos Barbosa Moreira y Ovidio Baptista da Silva, por alumbrar el camino.