

# LO JUSTO Y LO LEGAL: LA OPCIÓN DEL DERECHO PROCESAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

Omar Sumaria Benavente<sup>∞</sup>

INTRODUCCIÓN: La crisis actual del proceso. El reclamo de Carnelutti

Julia Barragán<sup>1</sup> citando a Jerome Frank, señalaba “si yo fuera un litigante, le temería más a un pleito más que a todas las cosas, excepto a la enfermedad o la muerte”<sup>2</sup> Esta afirmación, sólo expresa tal vez el sentimiento común a todo el que ha padecido en alguna oportunidad el tener que dirimir sus conflictos ante un tribunal.

Y este temor no sólo tiene origen en aspectos individuales psicológicos atribuibles a cierta animadversión e irreverencia hacia los órganos del Estado por los excesivos formalismos rituales y a veces incomprensibles para la mayoría de los sujetos, sino que se fundan en hechos que tienen que ver con la misma estructura del proceso, que produce retardos, altos costos, inseguridad jurídica e incertidumbre que lo aleja como mecanismo ideal para la búsqueda real de la justicia.

Esta crisis del derecho y en consecuencia del proceso, ya había sido observada años atrás por Francesco Carnelutti<sup>3</sup> quien se refería que el derecho había venido perdiendo poco a poco su doble función de certeza y de justicia, que se convertía en una contradicción en lugar de una síntesis pues “la más pequeña ganancia en dirección de la justicia se pagaba en moneda de certeza y viceversa”<sup>4</sup>, pero lo más dramático señalaba es que “al riesgo de la dirección de la justicia, no corresponde a una garantía de justicia, o al riesgo en una dirección de certeza, una garantía de certeza”, afirmando que en esa situación “se sale de la fisiología para entrar en la patología del derecho. Entonces la crisis”<sup>5</sup>

---

<sup>∞</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín, Colombia. Miembro de la Interamerican Bar Association, International Association of Procedural Law. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Instituto Colombo – Venezolano de Derecho Procesal. Profesor en Derecho Procesal Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Academia de la Magistratura. Arbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio “Cabrejos, Vassallo & Sumaria” Abogados [osumaria@pucp.edu.pe](mailto:osumaria@pucp.edu.pe).

<sup>1</sup> BARRAGAN, Julia. Estrategias y derecho. Editorial Miguel Ángel Porrúa. México, 2009, p. 128

<sup>2</sup> L. HAND, “The deficiencies of trial ti reach the heart the matter. En: Lectures on Legal Topics, 1926, p. 89

<sup>3</sup> CARNELUTTI, Francesco. “La muerte del derecho”. En: AA.VV. La crisis del derecho. Trad. Marcelo Cheret. EJEA, Buenos Aires, 1953. P. 355

<sup>4</sup> CARNELUTTI. Op. Cit. Pág. 356

<sup>5</sup> CARNELUTTI. Ibid

El reclamo de Carnelutti, se asienta entre la confusión de “ley” y “juicio”, en tanto, que entiende que son categorías distintas. Al juicio, como unidad, como vivencia práctica, se llega a través del proceso, y es través del proceso que se vive el derecho, pero no necesariamente es la aplicación de la ley como sinónimo de certeza, entendiendo por “ley” al derecho positivo. En ese sentido, advierte de una hiper inflación legislativa, paralela a la inflación económica, que hace perder el sentido de la búsqueda de la certeza a través de la aplicación de la ley, es decir, de un derecho positivo, en una sociedad cada vez más compleja e intensa. Asimismo, indica el incremento de leyes tiene como consecuencia el incremento de numerosos procesos judiciales civiles, penales, contenciosos y “la cantidad de procesos, como la cantidad de leyes, no puede dejar de influir sobre su calidad”<sup>6</sup>

Sin embargo, ante la perspectiva de un derecho positivo, histórico, envejecido surge la renovación del derecho natural, fuente del posterior desarrollo de los derechos humanos, pero cuestiona su eficiencia en tanto, “o se demuestra que el derecho natural posee la clave para resolver los problemas de pobres y ricos, y con ello para la establecer la igualdad entre sí, o se demuestra en cambio, su insuficiencia. Pero aquella clave no pudiendo ser otra que la del *quod superest date pauperibus* (lo que sobra, dadlo a los pobres), si la poseyese, el derecho natural ya no sería derecho, es decir sería la misma cosa que la moral. En suma, *para ser suficiente, el derecho, positivo o natural, debería ya no ser derecho*”<sup>7</sup>

En este aspecto, América Latina es una región con un desarrollo complejo y singular en lo económico, social y político, en el cual se dan simultáneamente la construcción de las ciudadanía de los siglos XVIII, XIX y XX, y no terminada esta construcción ya se está entrando en la sociedad globalizada del siglo XXI, en un ámbito marcado de un alto grado de desigualdad y pobreza, y con la confusión de la jerarquía de derechos civiles, políticos y económicos, y ahora incluyen los denominados derechos supraindividuales, y en ese marco, la tutela jurisdiccional que debe brindar el Estado frente a la gran cantidad y clase de derechos que se ofrecen en un sistema político basado en la ideología de los derechos humanos al presente colisiona con la contradicción para su efectiva protección jurisdiccional en una sociedad que siente una “frustración” lo que lleva en términos de Lipovetski a una “espiral de la decepción”<sup>8</sup> que es la paradoja en la sociedades modernas por la abundancia de expectativas y frustración en alcanzarlas que conlleva a una situación de “inflación decepcionante”

Si bien, el concepto de derechos humanos ha servido como base para la construcción de un nuevo orden mundial, el problema es que lo que debió haber servido como mecanismo o medio, se ha convertido en el “telos” o “fin” de un sistema. La contradicción se encuentra que en el mercado del derecho

---

<sup>6</sup> CARNELUTTI. Ibid, p. 346

<sup>7</sup> CARNELUTTI. Ibid, p. 355

<sup>8</sup> LIPOVETSKY, Gilles. La sociedad de la decepción. Trad. Antonio Prometeo Noya. Editorial Anagrama. Barcelona, 2008. Pág. 21

nunca antes se había visto una oferta tan amplia de los mismos, y que por el contrario al momento de solicitar su reconocimiento, el sistema de protección jurisdiccional es ineficiente,

En esta coyuntura, para el caso de América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha creado o desarrollado distintos principios o mecanismos que se incorporan o tienen relación directa con el sistema de tutela jurisdiccional, de estos algunos tienen un notable desarrollo como el concepto de “debido proceso”, “protección de comunidades indígenas”, “activismo judicial”, “control de convencionalidad”, “imprescriptibilidad de delitos”, “medidas provisionales” entre muchos otros, sin embargo, dichos desarrollos, reiteradamente se sustentan en un discurso monolítico, monocorde y apologético sobre la base de la “universalidad” y un “triumfo” de los Derechos Humanos bajo una lógica de un “derecho internacional - moderno” en contraposición a un “derecho procesal doméstico - rústico”.

En consecuencia, en este nuevo panorama, el derecho procesal contemporáneo no se debe limitar a la práctica del proceso dentro de una determinada jurisdicción, sino que se convierte en la principal herramienta de protección de estos derechos fundamentales que es la ideología base de este sistema de derechos y que justifica la presencia de la autoridad política<sup>9</sup>, y para ello es necesario nutrirse y amalgamarse de los conceptos desarrollados por los sistemas internacionales de protección de derechos humanos quienes son los que finalmente determinan, el contenido, alcance, interpretación y mecanismos de protección de estos derechos, cambiando la visión del derecho procesal de ver hacia el exterior e integrarse con las nuevas realidades en lugar de una visión introspectiva hacia sus propios términos y reglas.

#### 1. Un nuevo escenario para el derecho procesal: constitución y globalización

En el momento actual el Derecho se trata de una ciencia trans-disciplinaria más que interdisciplinaria, porque aborda su objeto de estudio con el pluralismo epistemológico y acude a la lógica jurídica, toma datos de la historia, de la sociología, la filosofía, la economía, la lingüística y la política.

El derecho también es un fenómeno bidimensional, porque su área de comprensión tiene un doble ámbito, uno normativo y otro valorativo o teleológico. Y es justamente en el aspecto valorativo en el cual se encuentra la aspiración del Derecho, que en su conjunto se centra en la búsqueda de la justicia. Pero no una justicia alojado en terrenos metafísicos, sino una justicia con los pies en la tierra dirigida hacia el cumplimiento de la Constitución en todo aspecto.<sup>10</sup> Es este sentido que “la lucha por el Derecho, de las que nos hablaba Ihering, es hoy en día la Lucha por la plena vigencia de la Constitución”<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> MARTIN, Rex. Un Sistema de Derecho. Gedisa. Barcelona, 2001. Pág. 34

<sup>10</sup> RIVERA ORÉ, Jesús. Introducción al Derecho. ¡Instituciones Básicas! Librería y Ediciones Jurídicas. Lima, 2011. Introducción

<sup>11</sup> RIVERA ORE. Op. Cit.

En este doble aspecto del derecho como ciencia trans-disciplinaria y de carácter bidimensional, crea nuevas expectativas de cara a su rol frente a la posmodernidad y el mundo globalizado. Este derecho posmoderno ha de impulsar el desarrollo tecnológico antes de frenarlo, y servir de herramienta coherente y pragmática para la aplicación de todas las ciencias, pero ser al mismo tiempo comprensivo de las diversidades culturales existentes en el mundo de hoy.

En el mundo globalizado, “el Derecho debe ser herramienta de ecumenismo normativo”<sup>12</sup>, en la búsqueda de la justicia supranacional. Porque la globalización hace al derecho global, el cual sale del espacio territorial hacia un contexto internacional, enfrentando nuevos conflictos de orden económico o político. Por este motivo, la concepción bidimensional del derecho aparece como apropiada para que el jurista comprenda en su estudio y aplicación esa aspiración constante que es la búsqueda de la justicia.

La globalización del mundo en lo social, económico y jurídico implica el desarrollo de la justicia, y esta a su vez se asienta y materializa en la práctica de un correcto debido proceso supranacional, ya que es inminente la unión o interacción de Estados. También es vital determinar el correcto funcionamiento de las Cortes Supranacionales, los procedimientos unificadores que permitirán ejercer con coerción la justicia a nivel mundial y reevaluar el protagonismo de los mecanismos alternativos de administración de justicia en el plano internacional.

Asimismo, la preocupación por los derechos humanos y el afianzamiento de la democracia, como también los nuevos medios de información y comunicación, y el incremento de los conflictos colectivos tienen especial repercusión e influencia en esta disciplina. Así mencionaba Mauro CAPPELLETTI en el VIII Congreso Internacional de Utrecht (Holanda) en 1987, que “El primer desafío está representado por la evolución más penetrante y profunda de nuestro mundo contemporáneo. Este es un desafío que exige, y que en alguna medida ha provocado una transformación arrebatadora en el derecho procesal y en el enfoque del conocimiento del derecho procesal”<sup>13</sup>

Estos factores determinan entre otras consecuencias la vigorización de los tribunales internacionales o supranacionales y de la cooperación jurídica internacional, el desarrollo de nuevas figuras procesales como la mediación, el arbitraje, las “class action” o los mecanismos de protección de intereses supra individuales, la integración y armonización de principios hacia normas procesales de vigencia de “global” como el caso del proyecto UNIDROIT, que en palabras de Michele TARUFFO, lo describe como una “globalización del

---

<sup>12</sup> RIVERA ORE. *Ibíd.*

<sup>13</sup> CAPPELLETTI. Mauro. “Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad”. VIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 1987, Utrecht

derecho procesal”<sup>14</sup> proponiendo la formación de operadores jurídicos transnacionales que comprendan y puedan resolver los fenómenos procesales, no sólo de su país sino de la región.

De esta forma, conjuntamente con el fenómeno de la constitucionalización de las garantías del proceso, estos factores que a pesar de ser de carácter exógeno con relación al proceso hacen mutar o tienen influencia directa en el desarrollo o evolución del derecho procesal, como son el desarrollo de los procesos de integración regional y el aumento de las relaciones privadas internacionales, el desarrollo del comercio internacional, el emprendimiento de proyectos multinacionales, la acentuada migración de personas y capitales, que tienen como efecto la internacionalización de la profesión jurídica.

## 2. El fenómeno de la “constitucionalización” del derecho procesal

En la actualidad hay una clara tendencia en la estructura fundamental del derecho procesal, que son los principios que componen el debido proceso que se encuentran constitucionalizados en los países del *civil law* y del *common law*, y que atraviesa y corta la división tradicional entre sistema legal Angloamericano y los sistemas jurídicos Europeos Continentales. Esto ha ampliado el lenguaje jurídico procesal por fuera de las fronteras del Estado Nación. *“En consecuencia, un mercado globalizado requiere un grado elevado de uniformidad de los mecanismos jurídicos que son usados para revestir de formas legales los hechos económicos... La globalización obra como un potente factor de unificación y de normalización...”*<sup>15</sup>

En otro aspecto, a partir de la entrada en vigencia del Estado social de derecho en los diversos sistemas políticos, contrariamente a lo que se pensaba, el Derecho Procesal supera el paradigma del procedimentalismo y se inserta como cláusula constitucional en el derecho fundamental del debido proceso y a la tutela jurisdiccional<sup>16</sup> que con la inclusión de las referidas normas en las

---

<sup>14</sup> TARUFFO, Michele. “Una propuesta para la armonización del procedimiento civil”. En: La jurisdicción y la protección internacional de los derechos. Universidad de Medellín. Coordinadora: Mónica Bustamante. Medellín, 2011. Pág. 34

<sup>15</sup> TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil. Trad. Beatriz Quinteros. Bogotá. Temis, 2006. Pág. 19.

<sup>16</sup> PARRA CHAVEZ, Roger. “La libertad del juez a la luz de las nuevas garantías procesales consagradas en los artículos 26º y 257º de la Constitución Venezolana”. En: VII Congreso Venezolano de Derecho Procesal “Constitucionalismo y Proceso”. Editorial Rincón, Táchira, 2008, p. 368: “Este fenómeno se ha verificado especialmente en algunos países de Europa Occidental, una vez finalizada la segunda Guerra Mundial, así en el artículo 24º de la Constitución Italiana de 1947, las normas 19.4, 101.1 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn, Alemania de 1949; el artículo 6º del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos Fundamentales de 1950; la norma 20.1 de la Constitución Portuguesa, entre otros. En América Latina encontramos a parte de los artículos citados, al artículo 34º de la Constitución Nicaragüense de 1987, reformada en 1995, la norma 29º de la Constitución Colombiana de 1991; y el artículo 18º de la Constitución Federal de la República Argentina; y

respectivas Constituciones se incorpora al moderno fenómeno de “*constitucionalización de las garantías procesales*” cuyo fin último es la realización de la justicia que le otorga el reconocimiento de ser uno de los mayores logros para la humanidad, pues permite a cualquier persona el reclamo de sus derechos bajo un esquema de principios como el juez imparcial, la contradicción, la justicia y la legalidad.

Es en este escenario que el derecho procesal es una de las ramas que mayor evolución y cambio ha tenido en los últimos tiempos, de acuerdo a las nuevas coyunturas políticas, económicas y sociales de las últimas décadas, que en nuestro caso, en escasos 20 años ha pasado de un sistema procedimental al denominado derecho procesal contenido en las reformas de los códigos procesales civil, constitucional, penal, laboral, ley del procedimiento contencioso administrativo entre otros, enfocados ahora hacia el cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 139°, 3) de la Constitución que sanciona el principio de la observancia del debido proceso y el cumplimiento del derecho a la tutela jurisdiccional que es el derecho por el cual toda persona natural o jurídica tiene la facultad de dirigirse al Estado a través de sus órganos jurisdiccionales correspondientes y exigirle tutela jurídica para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses<sup>17</sup>, a través de un proceso que la ofrezca las garantías mínimas para su efectiva realización<sup>18</sup>. Que finalmente en palabras de Jesús González Pérez “es el derecho a que se haga justicia”<sup>19</sup>

De esta manera, tal como expone el profesor Antonio María LORCA NAVARRETE el derecho procesal se ha transformado en un sistema de garantías que tiende a lograr la tutela judicial efectiva que establece de esta manera un compromiso constitucional y una naturaleza dinámica de esta disciplina<sup>20</sup> que en cierta manera es producto del denominado fenómeno de la constitucionalización de las garantías procesales en los textos fundamentales, fenómeno del que habla Joan PICÓ i JUNOY<sup>21</sup>, como efecto de la constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de

---

en la actual Europa en el artículo 10º de la Constitución de Andorra de 1993, el artículo 139º de la Constitución alemana de 1993; la norma 47º de la Constitución de la Federación Rusa de 1993” Igualmente se observa en el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, el artículo 139º, inciso 2 de la Constitución del Perú, que señala la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. Así también como en el art. 5º, XXXV de la Constitución Federal Brasileña, y el artículo 26 de la Constitución Política de Venezuela de 1999.

<sup>17</sup> DIAZ VALLEJO, José. “Acceso a la Justicia y la tutela jurisdiccional efectiva”. En: AGORA, Revista de Derecho, Años IV-IV, N° 5 y 6, 2004-2006. Pág. 118

<sup>18</sup> MARTEL CHAG, Rolando. Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil. Palestra, Lima, 2003. Pág. 40. Citado por: DIAZ VALLEJO, OP. Cit. Pág. 118

<sup>19</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. 3ª Edición. Civitas. Madrid, 2001. Pág. 33

<sup>20</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María. Estudios sobre garantismo procesal. El derecho procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado “Derecho de la garantía de la función jurisdiccional”. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián. 2009. Pág. 3

<sup>21</sup> PICÓ i JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. J.B.BOSCH Editor, 2ª Edición. Barcelona 2012. Pág. 29

ellos, de una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial.

Esta nueva visión analítica de las relaciones entre “proceso” y “Constitución”, en términos de Cándido Rangel DINAMARCO revela dos sentidos que se relacionan de manera sinalagmática en el sentido “Constitución – proceso”, en el cual está la tutela constitucional de éste y de los principios que deben regirlo, elevados al plano constitucional, y en el sentido “proceso-Constitución”, que es la llamada jurisdicción constitucional, destinada al control de la leyes y de los actos administrativos, y a la preservación de las garantías ofrecidas por la Constitución, en donde el concepto de “tutela constitucional del proceso” tiene el significado y propósito de asegurar la conformidad de los institutos del derecho procesal y su funcionamiento con los principios que descienden del propio ordenamiento constitucional<sup>22</sup>

Este nuevo enfoque va a marcar una nueva dimensión del derecho procesal con relación la doble relación proceso - Constitución, y a esta evolución supranacional de los mecanismos procesales, que a su vez determinará modificaciones o replanteamientos respecto de la enseñanza de esta disciplina abarcada generalmente al aspecto interno del proceso como mecanismo de solución de conflictos, propia de los estudios de pregrado, hacia un nuevo campo de estudio que es el derecho procesal como sistema de garantías dentro de un determinado contexto actual viendo ahora además su íntima relación con el aspecto externo, es decir, con el sistema político, económico, social de un determinado Estado.

De acuerdo a lo expuesto un nuevo enfoque del derecho procesal actual es el fuerte componente de internacionalización producto de este mundo cambiante y volátil, y la exigencia de una justicia concreta, real, material a través del órgano jurisdiccional para el ciudadano, que exige las siguientes pautas:

- i. La presencia del Derecho Procesal debe quedar afirmada en el medio social en que se desarrolla proponiendo el mejoramiento de los operadores de la justicia con los que se vincula directamente,
- ii. El soporte contextual sobre la teoría sociológica, teoría del Estado, teoría económica es una orientación de gran interés para el desarrollo de la disciplina del derecho procesal y tiene un valor significativo que debe reflejarse en la actividad cotidiana del abogado, juez o litigante
- iii. El desarrollo profundo y especializado de la prueba que es el tema de mayor trascendencia en al área procesal, en tanto, que la actividad probatoria se convierte en el sustento de la decisión racional jurisdiccional.

### 3. La función del juez: Entre Hércules y Zeus. La clasificación de F. Ost

---

<sup>22</sup> DINAMARCO, Cándido Rangel. La instrumentalidad del proceso. Trad. Juan José Monroy Palacios Communitas. Lima, 2009. Pág. 33-34

Y en este proceso de cambio de paradigma del Derecho, en un nuevo escenario que da el neo constitucionalismo, la función del juez se convierte en eje central de discusión, resaltando la pregunta ¿Cuál es la función del juez?, ¿se deben aplicar normas o principios?, ¿es el juez un creador de derecho o sólo debe aplicar el derecho creado por el legislador?

François Ost, mencionaba dos tipos de racionalidades en cuanto a la función del juez. En principio, el modelo del Código o la Pirámide, llamado derecho jupiterino. “El cual siempre es proferido desde arriba, de algún Sinaí, este Derecho adopta la forma de la ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De ese foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares”<sup>23</sup> este derecho está marcado por lo sagrado y lo trascendente.

Y en el otro extremo se encuentra el modelo herculeano, “que nos trae sobre la tierra, toma la figura de la revolución –gesto iconoclasta que hace del hombre, más concretamente del juez, la fuente de único Derecho válido”<sup>24</sup> Es así, que en este modelo no hay más Derecho que el de la jurisprudencia; es la decisión y no la ley la crea la autoridad. Al código lo sustituye el proceso, la singularidad y lo concreto del caso que se oponen a la generalidad y abstracción de la ley. Llevando este cambio de perspectiva de la trascendencia de la ley hacia la immanencia de nuestros intereses.

Luego de ello sería sencillo enmarcar dichos modelos como resultados de las necesidades de los distintos estados, el primero enraizado en el modelo de Estado Liberal del siglo XIX, y el segundo propio de los Estados de Bienestar del siglo XX, concluyendo que el Derecho se caracteriza por las combinaciones de dos variables en estas racionalidades jurídicas en donde “De la primera habríamos heredado, junto a los códigos y las constituciones, los principios y los conceptos que estructura nuestra disciplina; mientras que la segunda nos proporcionaría esos jueces que, desde la justicia constitucional hasta la justicia de los procedimientos de urgencia, parecen ejercer ahora el monopolio de la *jurisdictio*”<sup>25</sup>

Sin embargo, el proceso implica una concepción dinámica del mismo, mucho más allá de la superposición de estos dos modelos, en donde la realidad actual es mucho más compleja. Un nuevo proceso, que se enmarca en esta coyuntura actual que se da por la globalización, internacionalización, multiculturalismo, internet, trashumancia colectiva y masiva, en el que la actividad jurisdiccional se da justamente en este vacío creado por estos modelos y más bien trata de unirlos, de asegurar el tránsito y sobre todo la comunicación de uno hacia otro, es decir del Dios hacia la tierra y de la tierra hacia Dios, que en términos de

---

<sup>23</sup> OST, François. “Júpiter, Hércules y Hermes: Tres modelos de Jueces”. DOXA,-14, 1993, p. 170

<sup>24</sup> OST. Op. Cit.

<sup>25</sup> OST. Op. Cit. p. 171.



François Ost, se puede proponer este modelo bajo los rasgos de Hermes, quien está a su vez en cielo, sobre la tierra y en los infiernos.

El proceso se convierte así en un proceso de producción, distribución, intercambio y empleo de significados (semiótico)<sup>26</sup>, y no como un sistema de dos polos opuestos, ni la superposición de ellos, sino adoptando la forma de una red con una multitud de puntos de interrelación, con una circulación y flujo de intercambio de mensajes e informaciones que se traduce en un banco de datos de infinitas informaciones posibles, dado que el derecho material es logos, discurso, significado en suspenso, mientras que el proceso es como el líquido que tiende a ocupar suavemente todo el espacio, soportando a veces fuertes compresiones, que determina más que unas reglas, un espacio de juego.<sup>27</sup> *“Se ha llegado al fin de las concepciones rígidas del derecho. Ahora se tiene nuevos retos: construir un proceso dialógico, fortalecer una función jurisdiccional activa que interactúe con las partes y dirija el proceso”*<sup>28</sup>, luego *“la complejidad del derecho contemporáneo no la asume un juez súper hombre, sino un juez dinámico, capaz de interactuar con las partes, con los órganos control, con los superiores jerárquicos, con la ley y, al mismo tiempo con la Constitución”*<sup>29</sup>

#### 4. La racionalidad de los sistemas de administración de Justicia. La teoría de J. Habermas

Por ello, en palabras de Jürgen Habermas una teoría de la justicia, y por ende del proceso, que empiece hablando directamente de las normas, y que en su tentativa de justificar los principios de una sociedad bien ordenada, tendrá que plantearse el problema de cómo poner en contacto la idea y la realidad<sup>30</sup>, y en el plano de la práctica de las decisiones jurisdiccionales se deben desempeñar en simultaneo las garantías de la seguridad jurídica y la legitimidad de las decisiones. En dicho aspecto, “no basta que con que pretensiones en conflicto se transformen en pretensiones jurídicas y por vía de una demanda ante los tribunales se decidan de forma jurídicamente vinculante”<sup>31</sup>

Así, los fallos emitidos para cumplir con su función socio integradora del orden jurídico y satisfacer la pretensión de legitimidad del derecho han de cumplir a la vez los requisitos de representar *decisiones consistentes* y de ser

---

<sup>26</sup> SAMAJA, Juan. Proceso, Diseño y Proyecto. JVE Ediciones. En Biblioteca Virtual Academia Virtual de Altos Estudios Jurídicos.

<sup>27</sup> OST. *Ibíd.*.

<sup>28</sup> RAMIREZ CARVAJAL, Diana. La polarización entre el derecho sustancial y el derecho procesal. En: Derecho Procesal Contemporáneo. AA.VV. Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín, 2010, p. 39

<sup>29</sup> RAMIREZ CARVAJAL. *OP. Cit.* Pág. 43

<sup>30</sup> HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 6ª edición. Editorial Trotta, Madrid, 2010. Pág. 267

<sup>31</sup> HABERMAS. *Op. Cit.* Pág. 267

*racionalmente aceptable*<sup>32</sup>s. Y en la labor de la jurisprudencia deben poner en concordancia ambos criterios que muchas veces no coinciden entre sí.

Por ello el problema de la racionalidad de la administración de justicia, señala Habermas, consiste en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente pueda hacerse de forma interna consistente y fundamentarse externamente de forma racional para poder asegurar simultáneamente la seguridad jurídica y la rectitud o corrección normativa.

Si bien es una situación compleja, se muestra la necesidad de comprender a la equidad en una dimensión mayor, más enfocada a necesidades generales y no hacia situaciones individuales, porque la justicia es un medio de buscar el bienestar general. En este aspecto, las concepciones de micro justicia nos conducen a un bienestar aislado, desvinculado del bienestar de todos<sup>33</sup>. En tanto, que al igual que las leyes las decisiones jurisdiccionales son “criaturas tanto de la historia como de la moral: lo que un individuo está legitimado a tener en la sociedad civil, depende, tanto de la práctica, como de la justicia de sus instituciones básicas”<sup>34</sup>

Dicho de otro modo, el hombre cuando juzga, y no es una excepción el magistrado, no puede desprenderse de su contenido subjetivo así se afirme que operan sobre la base de la imparcialidad y neutralidad en la adjudicación de derechos, sin embargo, esta noción de imparcialidad no niega el evidente contenido político, subjetivo y condicionamientos sociales que pueden tener sus fallos, y esta nueva dimensión se puede contradecir entre lo “justo” y lo “legal”.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> HABERMAS. *Ibíd.*.

<sup>33</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “Viendo más allá del expediente. Los efectos económicos y sociales de los fallos judiciales”. En: Revista ADVOCATUS, Lima, 1998.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, 1995. Pág. 154

<sup>35</sup> SUMARIA BENAVENTE, Omar. “Entre Antígona y Salomón. La crisis de la justicia y el derecho”. Revista Derecho y Cambio, N° 07, Agosto 2012