

**UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA**

ÍNDICE

	Página
ABREVIATURAS	I
PRÓLOGO:	
CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA Y DERECHO PROCESAL	XV
PALABRAS PREVIAS.....	XVII

CAPÍTULO PRIMERO

LA JURISDICCION EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

§ 1. LA INFLUENCIA DE LOS VALORES DEL ESTADO LIBERAL DE BASES DECIMONÓNICAS Y DEL POSITIVISMO JURÍDICO SOBRE LOS CONCEPTOS CLÁSICOS DE JURISDICCION	3
I. La concepción de derecho en el Estado Liberal.....	3
II. El positivismo jurídico	9
III. La jurisdicción como función dirigida a tutelar los derechos subjetivos privados violados	11
IV. De la teoría de la protección de los derechos subjetivos privados a la teoría de la actuación de la voluntad de la ley.....	12
V. La teoría de Chiovenda: la jurisdicción como actuación de la voluntad concreta de la ley	13
VI. La doctrina de Carnelutti: la justa composición de la litis.....	15
§ 2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO	19
I. La disolución de la ley genérica, abstracta, coherente y fruto de la voluntad homogénea del parlamento.....	19
II. La nueva concepción de derecho y la transformación del principio de legalidad (juridicidad).....	22

III.	Comprensión crítica de conformación a la ley: necesidades, intereses, derechos (radicales-conservadores-liberales).....	24
1.	Poderes, funciones, decisiones judiciales populistas, conservadores o liberales.....	26
2.	Los conflictos del judicial con otros poderes institucionalizados	27
3.	La legitimidad por el proceso y frente a los poderes mayoritarios	29
§ 3.	LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	30
I.	Normas jurídicas: principios y reglas	30
II.	El problema de la comprensión del derecho por medio de principios.....	32
III.	Principios constitucionales, naturalismo y post-positivismo.....	34
IV.	Principios constitucionales y pluralismo	36
V.	Crítica a la visión y aplicación de la teoría de los principios y reglas	37
VI.	La jurisdicción como una manifestación del discurso de aplicación o adecuación (Habermas y Günther)	40
§ 4.	EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL PROCESO CIVIL	43
I.	Cualquier tribunal puede controlar (no necesariamente decidir) la constitucionalidad de la ley	43
II.	Los tribunales y los procedimientos de control de constitucionalidad: ¿adjudicación constitucional?	46
III.	Otras formas de control de la constitucionalidad de la ley	50
IV.	El juez y el control de constitucionalidad por falta de ley: la supremacía omnicomprendensiva y plena de la Constitución	52
1.	La utopía de la regulación plena de la codificación y paralelo con la plenitud constitucional	54
2.	El deber de juzgar y la imposibilidad de excluir el control judicial (necesidad del proceso)	57
3.	La omisión del legislador y el marco de ejercicio de la jurisdicción	58
§ 5.	LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA JURISDICCIÓN	60
I.	Introducción	60
II.	Pinceladas sobre los derechos fundamentales (o constitucionales)	61

	Página
III. La teoría de los derechos fundamentales como teoría de los principios.....	63
IV. Las perspectivas objetivas y subjetivas de los derechos fundamentales	66
V. La multifuncionalidad de los derechos fundamentales.....	70
VI. La eficacia horizontal y vertical de los derechos fundamentales	73
VII. Eficacias vertical, horizontal y vertical con repercusión lateral.....	80
VIII. Derechos fundamentales y democracia. El problema del control del juez sobre la decisión de la mayoría	85
§ 6. LA JURISDICCIÓN EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO.....	90
I. Crítica a la teoría que afirma que el juez tutela la voluntad concreta de la ley	90
II. Crítica a la teoría de Carnelutti y a la teoría que sustenta que el juez crea la norma individual que da solución al caso concreto.....	91
III. El pluralismo y la necesidad de comprensión de los casos concretos	93
IV. La jurisdicción: delinea el caso concreto y conforma la ley.....	94
V. Conformación de la ley y sentido de la creación de la norma jurídica por el juez	96
VI. El significado de la norma jurídica que tutela un derecho fundamental delante de otro derecho fundamental	100
VII. La creación de la norma jurídica en relación a las teorías clásicas de la jurisdicción.....	101
VIII. La teoría de que la jurisdicción puede crear derecho ante el constitucionalismo contemporáneo	103
IX. Aunque el juez creara la norma general, ella no tendría la misma eficacia de una norma general creada por el legislador	105
X. La gran peculiaridad de la norma creada por el juez: la necesidad de su fundamentación de legitimidad frente a diferentes auditorios	105
XI. La idea de que la jurisdicción tiene por objetivo la pacificación social	109

	Página
XII. La función jurisdiccional y su dependencia del derecho material	110
XIII. La tutela de los derechos transindividuales	111
XIV. Dar tutela a los derechos no es simplemente aplicar la norma jurídica al caso concreto	113
XV. La jurisdicción a partir del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva	114
XVI. Las reglas procesales abiertas como derivadas del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional	115
XVII. La ausencia de regla procesal capaz de viabilizar la realización del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional	119
XVIII. La subjetividad del juez y la necesidad de explicitación de la corrección de la tutela jurisdiccional mediante la argumentación jurídica.....	120
XIX. El equilibrio y razonabilidad en los derechos fundamentales, la interpretación de acuerdo y las técnicas de control de la constitucionalidad ante la argumentación jurídica	123
XX. La argumentación jurídica en pro de la técnica procesal adecuada al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional.....	126
XXI. Algunas propuestas para una concepción (contemporánea) de la jurisdicción	133
§ 7. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, DISTRIBUCIÓN DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL (COMPETENCIA) Y ARBITRAJE	136
I. Jurisdicción voluntaria en el proceso civil brasileño	136
II. Distribución de la actividad jurisdiccional (competencia).....	139
III. El arbitraje.....	140
a. Modelos brasileño y chileno de arbitraje.....	140
b. Las simetrías, prejuicios e importancia internacional del arbitraje.....	144

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ACCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

§ 8. LAS TEORÍAS DE LA ACCIÓN Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO BRASILEÑO Y CHILENO	151
I. La época en que la acción se confundía con el derecho material	151

	Página
II. La polémica entre Windscheid y Muther y las bases para la distinción (y separación) sustantiva-procesal	153
1. El derecho de acción "abstracto"	157
2. La acción como derecho abstracto. La teoría de Mortara	158
3. El derecho a la tutela jurídica. La teoría de Wach	159
III. La acción como poder sobre el adversario. La teoría de Chiovenda	159
IV. La acción como derecho de petición. La teoría de Couture y el esbozo de una base constitucional para el derecho de acción	161
V. Las condiciones de la acción. La teoría de Liebman	162
VI. La posición adoptada por algunos sistemas procesales contemporáneos	165
1. Primera apreciación crítica: la confusión entre términos y conceptos	167
2. Separación de planos sustantivo y procesal	169
3. Las primeras incorporaciones de argumentos constitucionales	171
§ 9. <i>ACTIO, WRIT</i> Y LAS HISTORIAS PARALELAS EN EL SISTEMA SAJÓN	174
I. Antecedentes históricos	176
II. La curiosidad histórica de las coincidencias de desarrollos paralelos	178
III. Conclusiones	183
§ 10. LA INFLUENCIA DE LOS VALORES DEL ESTADO SOCIAL SOBRE EL DERECHO DE ACCIÓN	184
I. El derecho de acción como derecho de acceso a la justicia	184
II. Los problemas que condujeron a la cuestión del acceso a la justicia	186
1. El costo del proceso	186
2. La demora procesal	186
§ 11. EL DERECHO DE ACCIÓN EN EL CUADRO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	188
I. El derecho de acción ante la evolución de la funcionalidad de los derechos fundamentales	188
II. El derecho de acción como derecho fundamental	195

	Página
1. El derecho fundamental de acción y sus efectos.....	196
2. Los deberes negativos y positivos del Estado como destinatario del derecho de acción.....	199
§ 12. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE ACCIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN.....	201
I. El derecho a una tutela jurisdiccional efectiva	201
II. El derecho a la duración razonable del proceso y a los medios que garanticen la celeridad de su prestación	206
§ 13. DE LA ACCIÓN ABSTRACTA Y UNIFORME (ACCIÓN ÚNICA) A LA ACCIÓN ADECUADA A LA TUTELA DEL DERECHO MATERIAL Y AL CASO CONCRETO.....	210
I. La repercusión de la dicotomía tutelar por el equivalente-tutela específica sobre la efectividad de la acción	210
II. Tutela específica	214
III. La acción única como manifestación del principio de tipicidad de las formas procesales.....	217
IV. El ámbito de tutela de los derechos.....	222
V. Técnica procesal y tutela de los derechos	223
VI. Las tutelas jurisdiccionales de los derechos.....	230
VII. La influencia de la tutela del derecho sobre la acción	239
VIII. Tutela jurisdiccional y tutela jurisdiccional del derecho	242
1. El ejercicio de la acción para la obtención de la tutela del derecho	243
2. El derecho de acción como derecho al procedimiento propio para la participación y el plano del derecho material	245
3. El derecho a la técnica procesal adecuada, a la tutela del derecho y al caso concreto	249
4. Acción y derecho no controvertido.....	255
IX. El derecho a la construcción de la acción adecuada al caso concreto.....	259
1. Algunas manifestaciones de los postulados de Liebman	262
2. Repensando la acción adecuada al derecho material.....	265
X. Legitimidad de la construcción de la acción según la tutela jurisdiccional del derecho	267
XI. Acción de derecho material, formas de tutela de los derechos y acción adecuada.....	269
XII. Clasificaciones de las acciones, de las sentencias y de las tutelas jurisdiccionales de los derechos	271

	Página
1. Incoherencias (inutilidad) de la clasificación desde la perspectiva de la efectiva y debida tutela de los derechos	271
2. Necesidad de revisión de la clasificación a partir del derecho material tutelado.....	273
XIII. Conclusiones y nociones hermanadas de tutela-acción-derecho	276

CAPÍTULO TERCERO

LA DEFENSA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

§ 14. EN TORNO AL DERECHO DE DEFENSA	280
§ 15. DERECHO DE DEFENSA Y ACCESO A LA JUSTICIA	281
§ 16. EL DERECHO DE DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN.....	282
I. Limitaciones y equilibrio entre la acción y la defensa.....	283
II. Las limitaciones al derecho a recurrir.....	285
§ 17. LA DEFENSA EN EL PROCESO CIVIL.....	286
I. La citación para el ejercicio del derecho de defensa (emplazamiento) y las alternativas del demandado	286
II. Respuesta y defensa	288
III. Defensas de mérito directa e indirecta	289
IV. Restricciones al derecho de defensa, a la prueba y la defensa de mérito indirecta	291
V. Los hechos litigiosos y la carga de la prueba. Distinción entre contraprueba y la carga de la prueba de los hechos articulados en la defensa indirecta	292
VI. Derecho de defensa e inversión de la carga de la prueba	296
§ 18. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA FRENTE AL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN	298
I. Primeras consideraciones.....	298
II. Las relaciones entre los derechos fundamentales de defensa y de acción en la perspectiva del legislador	300
III. Las relaciones entre los derechos fundamentales de defensa y de acción en la perspectiva del juez	301
§ 19. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA FRENTE A CIERTAS HIPÓTESIS COMPLEJAS	310
I. Juicio anticipado de mérito y defensa.....	310

	Página
II. Urgencia de la tutela y defensa	313
III. Abuso del derecho de defensa, parte incontrovertida de la demanda y distribución de la carga del tiempo del proceso a través de la técnica anticipatoria	315
IV. Amparo o recurso de protección (mandato de seguridad): acciones para la tutela de derechos fundamentales	320
V. Procedimiento monitorio y defensa	324
VI. Procedimiento de cognición sumaria y defensa	326
VII. Mitigación a la regla de la restricción de la sentencia a la acción y defensa	329
VIII. Principio de la concentración de los poderes ejecutivos y defensa	332
IX. La legitimidad del procedimiento de cognición parcial y de la restricción a la defensa en su objeto	333

CAPÍTULO CUARTO

EL PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

§ 20. PROCEDIMIENTO Y PROCESO EN LA DOCTRINA CLÁSICA	338
I. El proceso en las concepciones privatistas	338
II. El proceso como procedimiento en la época anterior a la teorización de la autonomía del derecho procesal civil	340
III. La distinción entre proceso y procedimiento frente al descubrimiento del carácter público del proceso	340
IV. El delineamiento de la relación jurídica procesal	342
V. El ambiente de la concepción de la teoría de la relación jurídica procesal. El conceptualismo	344
VI. El trasfondo histórico de las alternativas al procedimiento ordinario: la vía extraordinaria sumaria	346
1. La sumariedad de la cognición judicial y la <i>summatim cognoscere</i>	348
2. Derecho romano: ¿procedimientos simplificados y <i>summatim cognoscere</i> ?	349
3. El rol del pretor y las tutelas provisionales de derechos	350
4. Procesos sumarios y <i>summatim cognoscere</i> : de la mera reducción de plazos hacia el acotamiento de la cognición judicial	352
5. Los antecedentes de la <i>summatim cognoscere</i>	355

	Página
a. La terminología	356
b. La discusión en la bibliografía germana del Derecho Común en los siglos XVIII y XIX.....	356
6. Algunas luces sobre las tutelas sumarias desde la historia	357
§ 21. BASES PARA UN NUEVO CONCEPTO DE PROCESO	359
I. La crisis del concepto de relación jurídica procesal	359
II. El realineamiento de las nociones de proceso y procedimiento	364
III. Jurisdicción y proceso.....	368
IV. La participación como factor de legitimación de la jurisdicción.....	369
V. Significado de contradictorio en el Estado constitucional.....	373
VI. La intensificación de la actuación del juez en pos de la legitimidad del proceso	377
VII. El proceso capaz de permitir el acceso a la justicia de los sectores vulnerables económicamente	379
VIII. El procedimiento adecuado a las necesidades del derecho material	380
IX. Procedimiento y técnica procesal.....	382
X. Tutela de los derechos y procedimiento.....	383
XI. La ilegitimidad del procedimiento único	384
XII. La utopía de los procedimientos diferenciados.....	386
XIII. La creación del procedimiento adecuado al caso concreto.....	387
XIV. La participación a través del proceso. El deber estatal de viabilizar la participación mediante el proceso judicial.....	390
XV. El proceso y la legitimidad de la decisión judicial	391
1. El proceso como sustento de legitimidad de la decisión judicial	392
2. Textualismo, exégesis y procedimentalismo	398
XVI. La legitimidad de la definición legislativa. Del procedimiento judicial a partir de los derechos fundamentales (proceso)	403
XVII. La argumentación como factor de legitimidad	404
§ 22. EL PROCESO EN LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	406
I. Primeras consideraciones.....	406
II. La legitimación por la participación en el procedimiento	408

III.	La legitimidad de la decisión a partir de los derechos fundamentales, la optimización de la participación popular en el procedimiento y la argumentación judicial	411
IV.	La legitimidad del procedimiento	413
V.	La universalidad del acceso a la jurisdicción. La importancia del procedimiento	414
VI.	La participación mediante el procedimiento	415
VII.	El proceso como procedimiento adecuado a los fines del Estado constitucional	416
§ 23.	EL PROCESO CIVIL CONTEMPORÁNEO Y LOS LLAMADOS PRESUPUESTOS (REQUISITOS) PROCESALES	416
I.	La aplicación posterior de las teorías	418
II.	El rol del juicio de admisibilidad	420
III.	La relación procesal y su construcción	424
IV.	Los presupuestos procesales en las normas procesales	425
V.	La crisis de la preeminencia de los presupuestos procesales para la decisión del caso	431
VI.	La superación de las dos fases y la institución del proceso único frente a los presupuestos procesales	434
VII.	La influencia del conceptualismo sobre la idea de presupuesto procesal	434
VIII.	Revisionismo contemporáneo	436
XIX.	Nociones: los claroscuros de los "presupuestos procesales" y terminología propuesta	438
X.	El (debido y justo) Proceso Civil y sus bases constitucionales: requisitos procesales	439
XI.	Rol e importancia de los requisitos procesales en retrospectiva	442
XII.	Los presupuestos procesales no se refieren al proceso y no son requisitos para el juicio del mérito	445
XIII.	La necesidad de descubrimiento de los valores y de las funciones de los dichos presupuestos procesales	447
XIV.	Los presupuestos procesales frente a los derechos fundamentales: tutela jurisdiccional efectiva	448
	BIBLIOGRAFÍA	451