



EDITORIAL
CUSCATLECA

LUIZ GUILHERME MARINONI
Profesor titular de Derecho procesal civil
Universidad Federal de Paraná, Brasil

**TEORÍA GENERAL
DEL
PROCESO.
UNA APLICACIÓN
NEOCONSTITUCIONAL**

Traducción de
Héctor Tulio BAIRES FLORES
Colaborador jurídico,
Sala de lo Contencioso Administrativo
Corte Suprema de Justicia



EDITORIAL
CUSCATLECA

San Salvador, 2016

Directores editoriales

Henry Alexander MEJÍA y Héctor Tulio BAIRES FLORES

Consejo científico de editorial Cuscatleca

Luis MOISSET DE ESPANÉS

Profesor emérito de la
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Luiz Guilherme MARINONI

Profesor titular de Derecho procesal civil
Universidad Federal de Paraná, Brasil

Jaime Rodríguez ARANA-MUÑOZ

Profesor titular de Derecho Administrativo,
Universidad de La Coruña, España

Sergio CRUZ ARENHART

Profesor titular de Derecho procesal
Civil, Universidad Federal
de Paraná, Brasil

Jorge FERNÁNDEZ RUIZ

Profesor emérito de la Universidad
Autónoma de Guadalajara, Instituto de
Investigaciones Jurídicas, México

Daniel MITIDIERO

Profesor titular de Derecho procesal civil,
Universidad Federal do Rio Grande do
Sul, Brasil

Karlos NAVARRO MEDAL

Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Nacional Autónoma de
Nicaragua-Managua

Valerio de OLIVEIRA MAZZUOLI

Profesor de Derecho Internacional Público,
Universidad Federal de Mato Grosso, Brasil

El presente libro es la traducción de la obra brasileña titulada *Teoria geral do processo*, 8ª edición, publicada por la editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

Teoría General del Proceso. Una aplicación neoconstitucional. 1ª edición. 2016.

Luiz Guilherme MARINONI

Traductor: Héctor Tulio BAIRES FLORES

ISBN: 978-99961-931-1-8. Copyright © 2016. San Salvador, El Salvador, Centroamérica.

Objetivos de la colección:

La colección ciencias jurídicas de editorial cuscatleca publicará obras científicas que tengan relevancia para desarrollar y fortalecer los sistemas jurídicos iberoamericanos a través de la divulgación de doctrina nacional y extranjera.

Aviso para el amable lector

Estimado lector o lectora: el libro que tienes en tus manos es un esfuerzo del autor y de la editorial por llevar cultura e instrucción a un *precio razonable*. En consecuencia, más que apelar a los derechos de autor, apelamos a tu *solidaridad* y *capacidad de pago*, para evitar que de éste libro se saquen fotocopias ilegales.

Obras del autor

A: En portugués:

1. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
2. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, Editorial Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1995.
3. *Novas linhas do processo civil*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000.
4. *Antecipação da tutela*, 12ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
5. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
6. *Tutela inibitória*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
7. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*, Juruá, Curitiba, 1999.
8. *Comentários ao Código de Processo Civil - vol. 5, tomo I*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
9. *Comentários ao Código de Processo Civil - vol. 5, tomo II*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
10. *Tutela específica*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
11. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
12. *Teoria geral do processo*, 7ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
13. *Processo de conhecimento*, 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
14. *Execução*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
15. *Processo cautelar*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
16. *Procedimentos especiais*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
17. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
18. *Repercussão geral no recurso extraordinário*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
19. *Código de Processo Civil Comentado*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
20. *Cosa julgada inconstitucional*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
21. *Prova*, São Paulo, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
22. *Soluções práticas de direito - Direito processual civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
23. *O Projeto do CPC - Crítica e Propostas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
24. *Precedentes Obrigatórios*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
25. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016.
26. *O STJ enquanto Corte de precedentes*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
27. *A ética dos precedentes*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
28. *Julgamento nas Cortes Supremas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
29. *Tutela contra o ilícito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
30. *Prova e Convicção*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
31. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

B: En Español:

1. *Tutela anticipada*, Ara Editores, Lima, 2006.
2. *Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*, Ed. Palestra, Lima, 2007.
3. *Tutela Específica de los Derechos*, Ed. Palestra, Lima, 2007.
4. *Abuso de defensa y parte incontrovertida de la demanda*, Ara Editores, Lima, 2007.
5. *Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada*, Lima, Communitas, 2008.
6. *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, Communitas, Lima, 2010.

7. *Fundamentos del Proceso Civil*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011.
8. *Precedentes obligatorios*, Palestra, Lima, 2013.
9. *Bases para un sistema de precedentes judiciales*, Cuscatleca, San Salvador, 2013.
10. *Derecho procesal constitucional brasileiro*, Porrúa, México, 2013.
11. *Control de constitucionalidad*, Cuscatleca, San Salvador, 2014.
12. *Tutela Inhibitoria*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
13. *Introducción al derecho procesal civil*, Palestra, Lima, 2015.
14. *El derecho de acción como derecho fundamental*, Bogotá Temis, 2015.
15. *Prueba*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2015.
16. *Tutela anticipatoria y tutela inhibitoria*, Palestra, Lima, 2016.

PRESENTACIÓN.....	13
INTRODUCCIÓN.....	15
PRIMERA PARTE.....	17
LA JURISDICCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	17
CAPÍTULO 1.....	19
LA INFLUENCIA DE LOS VALORES DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO Y DEL POSITIVISMO JURÍDICO SOBRE LOS CONCEPTOS CLÁSICOS DE JURISDICCIÓN.....	19
1.1. La concepción del Derecho en el Estado liberal.....	19
1.2. El positivismo jurídico.....	25
1.3. La jurisdicción como función dirigida a tutelar los derechos subjetivos privados violados.....	26
1.4. De la teoría de protección de los derechos subjetivos privados a la teoría de la actuación de la voluntad de la ley.....	28
1.5. La teoría de Chiovenda: la jurisdicción, actuación de la voluntad concreta de la ley.....	29
1.6. La doctrina de Carnelutti: la justa composición de la litis.....	31
CAPÍTULO 2.....	37
EL NEOCONSTITUCIONALISMO.....	37
2.1. La disolución de la ley genérica, abstracta, coherente y fruto de la voluntad homogénea del parlamento.....	37
2.2. La nueva concepción del Derecho y la transformación del principio de legalidad.....	39
2.3. Comprensión, crítica y conformación de la ley. El pos-positivismo.....	42
CAPÍTULO 3.....	45
LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	45
3.1. Normas jurídicas: principios y reglas.....	45
3.2. El problema de la comprensión del Derecho por medio de los principios.....	47
3.3. Principios constitucionales, iusnaturalismo y pospositivismo.....	48
3.4. Principios constitucionales y pluralismo.....	49
CAPÍTULO 4.....	53
LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	53
4.1 Introducción.....	53
4.2. Concepto de derechos fundamentales.....	54
4.3. La teoría de los derechos fundamentales como teoría de los principios.....	55
4.4. Las perspectivas objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales.....	60
4.5. La multifuncionalidad de los derechos fundamentales.....	61
4.6. Las eficacias horizontal y vertical de los derechos fundamentales.....	64
4.7. Eficacias vertical, horizontal y vertical con repercusión lateral.....	72
4.8. Eficacia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.....	74
4.9. Derechos fundamentales y democracia. El problema del control del juez sobre la decisión de la mayoría.....	78

CAPÍTULO 5	83
LA JURISDICCIÓN EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO	83
5.1. Crítica a la teoría que afirma que el juez actúa la voluntad concreta de la ley	83
5.2. 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	84
5.3. El pluralismo y la necesidad de comprensión de los casos concretos	86
5.4. La conformación de la ley exige la previa atribución de sentido al caso concreto, pero la definición del caso concreto requerirá la consideración de la ley	87
5.5. La jurisdicción, después de delinear el caso concreto, debe conformar la ley.....	87
5.6. La decisión a partir de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales	88
5.7. Interpretación conforme e interpretación de acuerdo. Diferencia básica	89
5.8. Declaración parcial de nulidad sin reducción del texto.....	89
5.9. Interpretación conforme y declaración parcial de nulidad sin deducción del texto. Diferencia básica.....	90
5.10. Control de la inconstitucionalidad por omisión en el caso concreto	90
5.11. Conformación de la ley y sentido de creación de la norma jurídica por el juez	92
5.12. El significado de la norma jurídica que tutela un derecho fundamental frente a otro derecho fundamental	93
5.13. La creación de la norma jurídica frente a las teorías clásicas de la jurisdicción	94
5.14. La teoría de que la jurisdicción puede crear la norma general.....	95
5.15. La teoría de que la jurisdicción puede crear el derecho frente al constitucionalismo contemporáneo	96
5.16. Poder judicial de crear el Derecho y fuerza obligatoria de los precedentes	98
5.17. La gran particularidad de la norma creada por el juez: la necesidad de su fundamentación.....	99
5.18. La teoría de que la jurisdicción se define por su deber de concretizar los valores públicos	101
5.19. La idea de que la jurisdicción tiene por objetivo la pacificación social.....	105
5.20. La jurisdicción debe responder a las necesidades del derecho material.....	105
5.21. La tutela de los derechos transindividuales	106
5.22. Dar tutela a los derechos no es simplemente crear la norma jurídica del caso concreto	109
5.23. La jurisdicción a partir del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva	111
5.24. Las reglas procesales abiertas como consecuencia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional	114
5.25. La ausencia de regla procesal capaz de viabilizar la realización del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional	117
5.26. La subjetividad del juez y la necesidad de expresar la corrección de la tutela jurisdiccional mediante la argumentación jurídica.....	119
5.27. El método de la ponderación de los derechos fundamentales, la interpretación de acuerdo y las técnicas de control de la constitucionalidad frente a la argumentación jurídica.....	122

5.28. La argumentación jurídica a favor de la técnica procesal adecuada al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional	125
5.29. La inevitable reacción del sistema: la autoridad de los precedentes judiciales	127
5.30. La definitividad	133
5.31. Conclusiones acerca de la concepción contemporánea de la jurisdicción	136
SEGUNDA PARTE	145
LA ACCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	145
CAPÍTULO 6	147
LAS TEORÍAS DE LA ACCIÓN	147
6.1. La época en que la acción se confundía con el derecho material	147
6.2. La polémica entre Windscheid y Muther	149
6.3. El derecho de acción “abstracto”	153
6.4. Todavía la acción como derecho abstracto, la teoría de Mortara	154
6.5. La pretensión a la tutela jurídica. La teoría de Wach	154
6.6. La acción como poder frente al adversario. La teoría de Chiovenda	155
6.7. La acción como derecho de petición. La teoría de Couture	157
6.8. Las condiciones de la acción. La teoría de Liebman	158
6.9. Primera apreciación crítica	161
CAPÍTULO 7	171
LA INFLUENCIA DE LOS VALORES DEL ESTADO SOCIAL	171
SOBRE EL DERECHO DE ACCIÓN	171
7.1. El derecho de acción como derecho de acceso a la justicia	171
7.2. Los problemas que conducirán a la cuestión del acceso la justicia	173
7.2.1. El costo del proceso	173
7.2.2. La demora procesal	174
CAPÍTULO 8	179
EL DERECHO DE ACCIÓN EN EL CUADRO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	179
8.1. El derecho de acción frente a la evolución de la funcionalidad de los derechos fundamentales	179
8.2. El derecho de acción como derecho fundamental	191
8.3. El derecho fundamental de acción y sus efectos	192
CAPÍTULO 9	199
EL CONTENIDO DEL DERECHO DE ACCIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN	199
9.1 El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	199
9.2. El derecho a la duración razonable del proceso y a los medios que garantizan la celeridad de su prestación	204
CAPÍTULO 10	211
DE LA ACCIÓN ABSTRACTA Y UNIFORME (ACCIÓN ÚNICA) A LA ACCIÓN ADECUADA A LA TUTELA DEL DERECHO MATERIAL Y AL CASO CONCRETO	211

10.1. La repercusión de la dicotomía tutela por el equivalente-tutela específica sobre la efectividad de la acción.....	211
10.2. La acción única como consecuencia del principio de tipicidad de las formas procesales	221
10.3. El objetivo de la tutela de los derechos	226
10.4. Técnica procesal y tutela de los derechos.....	227
10.5. Las tutelas jurisdiccionales de los derechos	234
10.6. La influencia de la tutela del derecho sobre la acción.....	245
10.7. Tutela jurisdiccional del derecho y tutela jurisdiccional	248
10.8. El ejercicio de la acción para la obtención de la tutela del derecho	249
10.9. El derecho de acción como derecho al procedimiento idóneo a la participación y al plano del derecho material.....	253
10.10. El derecho a la técnica procesal adecuada a la tutela del derecho y el caso concreto	257
10.11. El derecho a la construcción de la acción adecuada al caso concreto.....	268
10.12. Legitimidad de la construcción de la acción según la tutela jurisdiccional del derecho.....	278
10.13. La acción de derecho material, formas de tutela de los derechos y acción adecuada.....	279
TERCERA PARTE	283
LA DEFENSA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	283
CAPÍTULO 11	285
EL DERECHO DE DEFENSA.....	285
11.1. Concepto de derecho de defensa.....	285
11.2. La cuestión de la defensa y acceso a la justicia	287
11.3. El derecho de defensa como derecho constitucional.....	288
CAPÍTULO 12	293
LA DEFENSA EN LOS CÓDIGOS PROCESALES CIVILES.....	293
12.1. La citación o emplazamiento para la defensa y las actitudes del demandado.....	293
12.2. Respuesta y defensa.....	297
12.3. Defensas de mérito directa e indirecta	300
12.4. Restricciones al derecho de defensa y a la prueba frente a la defensa de mérito indirecta	302
12.5. Los hechos litigiosos y la carga de la prueba. Distinción entre contraprueba y carga de la prueba de los hechos articulados en la defensa indirecta.....	305
12.6. Derecho de defensa e inversión de la carga de la prueba.....	309
CAPÍTULO 13	313
EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA FRENTE AL DERECHO.....	313
FUNDAMENTAL DE ACCIÓN	313
13.1. Primeras consideraciones.....	313
13.2. Las relaciones entre los derechos fundamentales de defensa y de acción en la perspectiva del legislador.....	315
13.3. Las relaciones entre los derechos fundamentales de defensa y de acción en la perspectiva del juez.....	318

CAPÍTULO 14.....	329
PROBLEMATIZACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.....	329
14.1. El proceso de mero Derecho como juzgamiento anticipado del mérito y defensa.....	329
14.2. Juzgamiento liminar de “acción repetitiva” y defensa	333
14.3. Urgencia de la tutela y defensa.....	335
14.4. Abuso de derecho de defensa, parte incontrovertida de la demanda y distribución de la carga del tiempo del proceso a través de la técnica anticipada.....	337
14.5. Procedimiento monitorio y defensa.....	342
14.6. Procedimiento de cognición sumaria y defensa	346
14.7. Mitigación del principio de congruencia.....	348
14.8. Principio de concentración de los poderes ejecutivos y defensa	353
14.9. La legitimidad del procedimiento de cognición parcial y de la restricción a la materia de defensa.....	355
CUARTA PARTE.....	359
EL PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	359
CAPÍTULO 15	361
EL PROCEDIMIENTO Y EL PROCESO EN LA DOCTRINA CLÁSICA.....	361
15.1. El proceso en las concepciones privatistas	361
15.2. El proceso como procedimiento en la época anterior a la teoría de la autonomía del Derecho procesal civil	362
15.3. La distinción entre proceso y procedimiento frente al “descubrimiento del carácter público del proceso	363
15.4. El delineamiento de la relación procesal.....	364
15.5. El ambiente de la concepción de la teoría de la relación jurídica procesal. El conceptualismo.....	367
CAPÍTULO 16.....	371
BASES PARA UN NUEVO CONCEPTO DE PROCESO.....	371
16.1. La crisis del concepto de relación jurídica procesal	371
16.2. La redefinición de las nociones de proceso y de procedimiento.....	376
16.3. Jurisdicción y proceso	380
16.4. La participación como factor de legitimidad de la jurisdicción.....	381
16.5. Significado del contradictorio en el Estado constitucional	384
16.6. La intensificación de la actuación del juez en pro de la legitimidad del proceso	389
16.7. El proceso capaz de permitir el acceso a las capas más pobres de la población	392
16.8. El procedimiento adecuado a las necesidades del derecho material	393
16.9. Procedimiento y técnica procesal.....	396
16.10. Tutela de los derechos y procedimiento	397
16.11. La ilegitimidad del procedimiento único	398
16.12. La utopía de los procedimientos diferenciados	401
16.13. La creación del procedimiento adecuado al caso concreto	403

16.14. La participación a través del proceso. El deber estatal de viabilizar la participación mediante el proceso judicial	405
16.15. El proceso y la legitimidad de la decisión	406
16.16. La legitimidad de la definición legislativa del procedimiento judicial a partir de los derechos fundamentales.....	421
16.17. La argumentación como factor de legitimación.....	423
CAPÍTULO 17	427
EL PROCESO EN LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	427
17.1. Primeras consideraciones.....	427
17.2. La legitimación por la participación en el procedimiento	430
17.3. La legitimidad de la decisión a partir de los derechos fundamentales, la optimización de la participación popular en el procedimiento y la argumentación judicial.....	433
17.4. La legitimidad del procedimiento	436
17.5. La universalidad del acceso a la jurisdicción. La importancia del procedimiento.....	437
17.6. La participación a través del procedimiento	438
17.7. El proceso como procedimiento adecuado a los fines del Estado Constitucional.....	440
CAPÍTULO 18	443
EL PROCESO CIVIL CONTEMPORÁNEO Y LOS LLAMADOS	443
PRESUPUESTOS PROCESALES	443
18.1. Los presupuestos procesales en los CPC	443
18.2. Los presupuestos procesales de existencia y de validez en la doctrina.....	443
18.3. Los presupuestos procesales en la teoría de Bülow.....	444
18.4. La superación de las dos fases y la creación del proceso único frente a los presupuestos procesales.....	445
18.5. La influencia del conceptualismo sobre la idea de presupuesto procesal.....	446
18.6. Los llamados presupuestos procesales no se relacionan al proceso y no son requisitos para el juzgamiento del mérito	449
18.7. La necesidad del descubrimiento de los valores y de las funciones de los llamados presupuestos procesales.....	451
18.8. Los referidos presupuestos frente a los derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva y a la duración razonable del proceso	453
18.9. La comprensión de los presupuestos procesales a partir de sus funciones y de los derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva y a la duración razonable del proceso demuestran la incapacidad de la teoría de la relación procesal y de la categoría de los presupuestos procesales para expresar el significado del proceso jurisdiccional en el Estado constitucional.....	454
BIBLIOHEMEROGRAFÍA	457

PRESENTACIÓN

Hace algunos años recibí fuerte estímulo del público interesado en el Derecho procesal civil para escribir una obra de Teoría general del proceso civil, la cual fue potencializada con el éxito del *Manual del Proceso Declarativo*, escrito en coautoría con el profesor Sergio ARENHART.

Las particularidades del *Manual del Proceso Declarativo*, especialmente la preocupación con el tema de la tutela de los derechos, además de evidenciar una comprensión del proceso íntimamente ligada a las necesidades del derecho material, dejan explícito el impacto de la Constitución y los derechos fundamentales sobre la técnica del proceso y sobre su utilización por la jurisdicción.

En verdad, fue especialmente después de la publicación del *Manual del Proceso Declarativo* que percibí la necesidad de escribir un libro de Teoría del proceso civil. El “nuevo proceso civil” —caracterizado por la tutela anticipada*, por la tutela específica, por la tutela inhibitoria o preventiva y por la tutela de los derechos transindividuales— *naturalmente reclama una nueva teoría general del proceso*. Es que, si el proceso civil cambió, se volvió urgente elaborar una teoría capaz de explicar los motivos de ese cambio y de fundamentar los discursos teóricos tratantes sobre la realidad normativa delineadas por las reformas procesales.

No se quiere decir, obviamente, que la necesidad de una nueva teoría del proceso provenga de las alteraciones que fueron realizadas al tejido normativo procesal. La necesidad de una nueva teoría del proceso deriva, antes de todo, de la transformación del Estado, esto es, del surgimiento del Estado constitucional, y de la consecuente remodelación de los propios conceptos del Derecho y de jurisdicción.

* La tutela anticipada se utiliza, como su nombre lo indica, para anticipar parte o todo el pedido de la demanda. Aunque poco conocida en algunos países de Mesoamérica, la tutela anticipada es común en el moderno Derecho procesal civil. Así, se suele confundir los *alimentos provisionales con tutela cautelar*, dado que los alimentos provisionales, coinciden con la pretensión, ellos no son tutela cautelar —no hay instrumentalidad— sino tutela anticipada. Por otra parte, la tutela anticipada forma parte del género *procesos o tutelas de urgencias* junto a la tutela cautelar. Ha sido el moderno Derecho procesal el que ha distinguido ambas figuras y las ha elevado a categorías aplicables a cualquier clase de proceso. Prueba de lo antiguo pero no sistematizado de tal medida es que hasta el Derecho romano conocía este tipo de técnica procesal, así nos informa el profesor Humberto Cuenca que: “El carácter provisorio de ciertas decisiones, en contraste con la inmutabilidad de la cosa juzgada, alcanzada normalmente por la sentencia definitiva, estaba expresada por los romanos en la diferencia que ellos hacían ostensible entre sentencia (*sententia*) y el decreto (*decretum*), como la que hoy existe entre la firmeza del fallo ordinario y ciertos decretos sobre interdicción, inhabilitación, adopción, beneficio de pobreza, interdictos, etc.”. CUENCA, H., *Proceso Civil Romano*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1957, pág. XXX. En el Derecho procesal iberoamericano fue el profesor MARINONI quien *sistematizó* la tutela anticipada distinguiéndola de la tutela cautelar en todos sus perfiles. Vid. MARINONI, L. G., *Tutela cautelar e tutela anticipatória*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992. No hay donde perderse, tutela cautelar y tutela anticipada, no son la misma cosa. Nota del traductor.

La necesidad de éste libro, asimismo, resulta de la relatividad histórica de la propia Teoría del proceso. Los conceptos de jurisdicción, acción, defensa y proceso, por su incuestionable relación a una “forma” de Estado, no pueden ser comprendidos fuera de un contexto histórico, *lo que vuelve imposible pretender válidos, frente al Estado constitucional contemporáneo, los conceptos clásicos de la teoría del proceso, sin cuestionarlos a partir del Derecho constitucional y la Teoría del Derecho.*

El Estado constitucional dio un nuevo contenido al principio de legalidad y a los conceptos de Derecho y de jurisdicción, representando un quiebre de paradigma. Frente a eso, *no hay cómo pretender enseñar Derecho procesal civil sin antes tratar una Teoría del proceso elaborada a la luz del Estado constitucional y de las teorías de los derechos fundamentales.*

Éste libro, aunque teóricamente profundo, fue escrito de manera didáctica, buscando facilitar la comprensión de los estudiantes y de los operadores del Derecho. *Su objetivo es dar soporte teórico capaz de permitir al estudioso comprender y trabajar con el Derecho procesal de forma crítica y creativa, evidenciando que el trabajo del juez, del fiscal, del procurador, del abogado, del profesor, del doctrinante y del estudiante no puede quedar limitado a una aplicación mecánica y fría de las reglas procesales, como deseó el “dogmatismo”.*

Curitiba, julio de 2006.

Luiz Guilherme MARINONI