

ANÍBAL QUIROGA LEÓN

Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima,
Ex Editor General de la Revista DERECHO PUC
Ex Co-Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional
Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del
Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la
Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del
Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional
Investigador Becario del UNIDROIT, Roma
Secretario Ejecutivo del Centro de Investigación de Derecho Procesal y
Comparado del Perú-CEDEPRO
Abogado en ejercicio

ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL



Lima - Perú
2008

ESTUDIOS DE
DERECHO PROCESAL

Derechos reservados conforme a ley
Junio 2008

- Copyright:** © IDEMSA
Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.
- e-mail:** editorialmoreno@yahoo.es
jml_idemsa@hotmail.com
- Lima:** Jr. Contumazá N° 975 Of. 102
Tel (01) 427-2128
Tel/fax: (01) 427-9760
- Arequipa:** Calle San José N° 311 Of. 106
Tel/fax: (054) 28-3366
- Cusco:** Maruri N° 228 Of. 201
Tel/fax: (084) 24-7575

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-06618
ISBN: 978-603-45039-9-1

*Queda terminantemente prohibida la
reproducción total o parcial de esta obra por
cualquier método o forma electrónica,
incluyendo el sistema de fotocopia, sin
autorización escrita de los editores y el autor.*

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU

CAPÍTULO I

CONCEPTOS BÁSICOS EN EL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL: A PROPÓSITO DE LA CIENCIA DEL PROCESO

« Voilà le firmament, le reste est procédure »
PEGUY

«Cada vez mais pergunta-se como, a preco e em beneficio de quem estes sistema de fato funcionam. Essa indagacao fundamental que já produz inquietacao en muitos advogados, juizes e juristas torna-se tanto mais perturbadora en razao de una invasao sem precedentes dos tradicionais dominios do Dereito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros. Nao devemos, no tanto, resistir a nossos invasores ; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelacao do actual modo de funcionamiento de nossos sistemas juridicos , os críticos oriundos das outras ciencias sociais podem, na realidade, ser nossos aliados na actual fase de uma longa batalha histórica —a luta pelo 'acesso a justicia'-. A expressao 'acesso a justicia' e reconhecidamente de dificil definicao, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema juridico (...): 1º O sistema debe ser acessivel a todos ; 2º Ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos»

MAURO CAPPELLETTI
BRYANT GARTH
Acesso à Justicia

SUMARIO: I. Introducción.- II. Concepto del derecho procesal.- II.1. Concepto tradicional.- II.2. Concepto moderno.- II.3. Concepto post-publicista.- III. Características del derecho procesal.- IV. Ideologías en el derecho procesal.- V. Sistemas de derecho procesal.- VI. Estructura del derecho procesal.- VII. Concepto de acción.- VII.1. Escuela civilista.- VII.2. Escuela publicista.- VII.3. Escuela post-publicista; VIII. Concepto de excepción.- IX.- Concepto de jurisdicción.- X. Concepto de competencia.- XI. Órgano jurisdiccional.- XII. Principios procesales.- XIII. Presupuestos procesales.- XIV. Tutela judicial efectiva.-

I. INTRODUCCIÓN

Ya ha pasado tiempo desde cuando decíamos que cualquier trabajo sobre el Derecho Procesal que se pretendiese realizar en nuestro medio fuera del lineamiento tradicionalmente exegetico, y que aspirase a un mínimo de rigor dogmático, por la naturaleza misma de su temática, debía iniciarse con una apreciación crítica: nuestro medio jurídico nacional jurídico no fue sido especialmente fecundo hasta la década de los '90 del Siglo pasado en el desarrollo de una tradición procesal -a diferencia de otras disciplinas jurídicas-¹; de manera que hasta entonces fue difícil encontrar la estela de alguna particular *Escuela de Derecho Procesal Civil Peruano* como sí ha sucedido en otros países latinoamericanos².

Esta realidad, superada paulatinamente en las dos últimas décadas, aparentemente sólo tuvo implicancias en el medio forense y judicial -a los cuales, también aparentemente, en principio está dirigida en estricto toda la regulación procesal- implicaba necesariamente de manera negativa en otros aspectos como el universitario, el académico, el normativo, el social y hasta el político.

¹ QUIROGA, ANÍBAL y OTRO.- *Las Excepciones en el Proceso Civil Peruano. Análisis y Alternativa -Proyecto Modificador-*; Tesis PUC del Perú, Lima, 1982; p. 11. El presente capítulo es una reformulación de lo que en dicho trabajo correspondió al autor en un trabajo conjunto de mayor envergadura en aquel entonces, como se da cuenta en: *Temas del Proceso Civil*, Librería Studium Eds., Lima, 1987, cit. en pág. 87, y es al mismo tiempo una extensión de lo que en su día Publiqué originalmente como *Conceptos Básicos en el Estudio del Derecho Procesal: a propósito de la Ciencia del Proceso*; DERECHO PUC No. 40; Lima, Dic. 1986; p. 243 y ss.

² Ob. Cit. pp. 14 y ss.

No sólo es que desde siempre se ha dispensado al Derecho Procesal una valoración secundaria dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, sino que a diferencia de otras disciplinas jurídicas, muchas veces ni siquiera se han seguido las modernas corrientes doctrinarias ni se han conocido los avances científicos en material del proceso. Así, es muy poco lo que se admite -y menos aún lo que se conoce- sobre la dogmática jurídica del proceso y su Teoría General, sus instituciones y la científicidad de sus postulantes, tal como se reconoce en la actualidad y, sobre todo, la capital importancia que ello tiene dentro del Ordenamiento Jurídico, tanto así que trasciende su propio límite institucional para alcanzar terrenos más alejados llegando, incluso, a los constitucionales.

IBÁÑEZ DE ALDECOA³ afirma que: *“le cabe al Derecho Procesal el privilegio de haber motivado en los últimos tiempos la inquietud de la investigación, a cuyo impulso los procesalistas se han movilizado hacia el cumplimiento de una tarea trascendente, (...) han asumido la responsabilidad de construir científicamente sus cuestiones, de tematizar y problematizar puntos vitales que permanecían ocultos en los sistemas, de presentar el proceso como institución cualificada de una investigación que otorga sustantividad y autonomía, y sobre el cual han construido una especialización jurídica de firmes y propios contornos”*.

Si partimos de reconocer que el Derecho no es un simple sistema de reglas estáticas y aprehendibles que regulan la vida societal a través de la vigencia de sus normas, ya sea voluntaria o coercitivamente, con la mediación del Órgano Jurisdiccional, sino que, como lo sostiene LATORRE⁴, es una ciencia de vigencia social cuyas reglas jurídicas deben su complejidad a la naturaleza misma de la sociedad; comprenderemos que el atrofiado desarrollo de uno de sus pilares resultará clamoroso para impedir la consecución de la justicia como fin mediato y la paz social en la solución de los conflictos intersubjetivos como fin inmediato.

Y es que la justicia, al decir de DEVIS ECHEANDIA⁵, como noción abstracta es inmutable; pero la manera de lograrla en la práctica, difícil y es-

³ IBÁÑEZ DE ALDECOA, Alfonso.- *Meditaciones sobre la Cientificidad – Dogmática del Derecho Procesal*; Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954; contraportada.

⁴ LATORRE, ANGEL.- *Introducción del Derecho*; Ed. Ariel, Barcelona, 1969; pp. 80-82.

⁵ DEVIS ECHEANDIA, HERNANDO.- *IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*;

quiva, es necesariamente cambiabile porque debe ajustarse a la permanente evolución del medio social y de la persona humana misma. En cada periodo histórico ha existido un diferente concepto de justicia y un especial procedimiento para adoptarla; sin que antes, ni ahora se haya alcanzado perfección, ni tal vez se la logre nunca, ni siquiera esa relativa e incompleta que suele satisfacer al hombre y que es la única que está a su alcance.

Esa es la razón de ser del Derecho Procesal y el fundamento del proceso. Por eso, sólo a través de su adecuado desarrollo se han de perfilar las adecuadas relaciones de justicia, y sólo a través de ello se puede pretender un coherente desarrollo social y humano. Por esto, partiendo desde el principio, se debe reconocer que corresponde al ordenamiento jurídico una adecuada regulación procesal, y que esta regulación compete, a su vez, a todos los estamentos del derecho. Es ilusorio pretender el desarrollo de una ciencia jurídica nacional sin el avance coordinado y recíprocante de todas las instituciones que constituyen sus pilares. El Derecho Procesal es un importante sostén para la realidad, vigente y efectividad de las relaciones subjetivas que norman la convivencia social y la relación entre el Estado y los justiciables.

Y la importancia del proceso aparece graficada en su principal fundamento: la sustracción al hombre la posibilidad de dar solución privativa a sus conflictos particulares. Por ello, ARAGONESES⁶ sostiene que, en su ausencia, el hombre involucraría a sus orígenes en que la *autotutela* o *autodefensa* definía el primer impulso del sentimiento del derecho contra la injusticia: la acción violenta, la imposición de la fuerza antes que las razones, el origen de la defensa privada y de la venganza, esa justicia salvaje que se ha superado, precisamente, con la vigencia del Estado de Derecho.

Ya en los preliminares estudios del Derecho Procesal como ciencia esto era advertido así, tal como lo expresara el CONDE DE LA CAÑADA⁷, cuan-

en: *Revista de Derecho Español y Americano* N° 17; Año XII, II Epoca, Jul-Sept., Inst. de Cultura Hispánica, 196, p. 177.

⁶ ARAGONESES ALONSO, Pedro.- *Proceso y Derecho Procesal*; Aguilar; Madrid, 1960; p. 27.

⁷ Cit. por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús.- *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*; Ed. Civitas, S.A.; Madrid, 1984, p. 19.

do expresaba que: “Los hombres, que en su estado primitivo natural no reconocían superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban por consiguiente autorizados para haberlo por sí propios: la experiencia les hizo entender los graves daños a que conducían estos medios, pues o no podían defenderse por sí mismos, o excediendo los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones, a que eran consiguientes mayores desavenencias, injurias y muertes; y consultando otros medios que mejorasen la seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordaron unirse en sociedades y confiar su defensa y la de todos sus derechos a una persona que mirándolos con imparcialidad les distribuyese sus derechos y los conservase en justicia y paz”. Por eso, acota el propio GONZÁLEZ PÉREZ⁸, sólo impidiendo el ejercicio de la fuerza privada como modo de satisfacer las pretensiones y el reconocimiento de los derechos, podrá asegurarse el imperio de la justicia. De un caos en que prevalecía la ley del más fuerte se pasó a un orden jurídico en el que prevalece el criterio de un sujeto imparcial, sustituyéndose la acción directa frente al adversario por la acción dirigida hacia el Estado, a fin que los órganos especialmente instituidos para ello acogieran y actuaran las pretensiones deducidas por un sujeto frente a otro. La historia de la sustitución de la *autotutela o autodefensa* por el *proceso* ha sido, en definitiva, la historia del desarrollo social del hombre.

Pero resulta necesario también tener en cuenta —para evitar un lineal desarrollo conceptual— que como la historia de la humanidad no ha sido en modo alguno un progresivo y constante aumento de las virtudes morales de hombre, tampoco ha sido el de una progresiva reducción de la *auto defensa* en beneficio del *proceso*; sino que a períodos en que esto ha sucedido así, han sucedido otros en que han aparecido notorias manifestaciones de *auto-defensa* que parecían definitivamente abandonadas. Esto toca directamente a los avatares de nuestro mundo contemporáneo y, más cercanamente, a nuestra sociedad nacional severamente amenazada por la violencia. En nuestro mundo de hoy, la violencia se presenta en términos más virulentos y generalizados que nunca, llegándose a hablar inclusive de la *actualidad de la venganza*⁹ para reflejar el resurgimiento de la *autodefensa* en sus formas

⁸ Ob. Cit., p. 20

⁹ Título del Libro de RUIZ FUNEZ; Bs. As., 1944; Cit. por ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO,

más rencorosas y arbitrarias. ¿Cuáles son, acaso, las causas de este resurgimiento defensivo? Muchas y de diversas índole dice GONZÁLEZ PÉREZ¹⁰, pero quizás –y sin quizás tal vez– el primer lugar la desconfianza, y hasta el desprecio, del ciudadano hacia la justicia que ofrece el Estado. Los derechos ciudadanos, sobre todo los fundamentales, se ven severamente conculcados cuando el respeto hacia la autoridad del Estado como dirimente de los conflictos sociales e intersubjetivos es desconocida; por más fuertes y aún brutales que puedan ser los elementos coercitivos que el Estado pueda emplear, estos se verán desbordados por la desesperada búsqueda de justicia. De aquí se concluye la importancia del proceso como instrumento del *Debido Proceso* o una *Efectiva Tutela Judicial*, -definidos como la posibilidad de que todo aquél que tenga un derecho en disputa pueda acudir ante el Órgano Jurisdiccional para que su controversia sea dirimida con certeza, esto es, haciendo efectivo el derecho material del caso concreto y haciendo a su vez realidad el ideal de justicia inherente a ese derecho aplicable a dicho caso concreto.

A partir de esto, se puede inferir que una defectuosa regulación procesal incidirá más allá del aspecto meramente jurídico hasta llegar a las propias relaciones sociales, como lo señala el tratadista italiano PIERO CALAMANDREI¹¹, al determinar que la norma jurídica procesal es la regla técnica tutelada por el Estado e investida de autoridad con la que se accede a la vida pacífica de la sociedad y que constituye la realización de la función más solemne y más elevada del Estado: la justicia, que es el *fundamentum reipublicae*. Y es esto lo que explica otro de los grandes tratadistas italianos, MAURO CAPPELLETTI¹², al señalar que el Derecho Procesal es contemplado como un fenómeno ligado a las extraordinarias conmociones que se han sufrido en la historia del hombre, especialmente en la contemporánea: la

NICETO.- *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*; Imp. Universitaria, 2da. Ed., México, 1972; p. 64; Ob. Cit., p. 21 y Cit. 4.

¹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS.- Ob. Cit., p. 21

¹¹ CALAMANDREI, PIERO.- *Proceso y Democracia*; Eds. Jcas. Europa América; Buenos Aires, 1960; p. 32.

¹² CAPPELLETTI, MAURO.- *Proceso, Ideologías y Sociedad*; Eds. Jcas. Europa-América; Buenos Aires, 1974; p. X

economía y, por consiguiente en las estructuras políticas, económicas y sociales, como también en las concepciones éticas y gnoseológicas. Así, el fenómeno procesal es contemplado hoy en su inserción en un mundo que, como el de hoy, está abriéndose necesaria y penosamente paso a nuevas formas de convivencia en el abandono —de particularismo anacrónicos y en el intento —tal vez el intento extremo de la humanidad— de crear instrumentos jurídicos idóneos para superar el riesgo de la catástrofe inmanente en nuestra época termonuclear, a un tiempo fascinante y terrífica. Por último, la perspectiva constitucional es la de una ansiosa búsqueda de valores sociales e individuales de justicia y libertad¹³, valores nuevos pero superiores, búsqueda en suma de un punto de arribada —al menos provisional— en la tempestuosa corriente de las transformaciones que se están operando.

II. CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL

II.1. CONCEPTO TRADICIONAL

Dentro de nuestro medio jurídico, como producto del deficiente desarrollo doctrinario que ya se ha anotado, se mantiene aún el tradicional concepto de considerar y entender que el Derecho Procesal tiene una valoración secundaria dentro del Ordenamiento Jurídico, a diferencia de lo que acontece con otras disciplinas jurídicas consideradas como más importantes o relevantes.

Tradicionalmente se ha entendido que el Derecho Procesal es sólo el conjunto adjetivo de reglas de procedimiento que regulan la tramitación de los juicios¹⁴, relievándose así su carácter adjetivo y formal en oposición al derecho sustantivo o material. El Derecho Procesal termina siendo, así, una disciplina auxiliar del Ordenamiento Jurídico donde si bien cumple una

¹³ Por ello Proceso y justicia son conceptos íntimamente ligados, como lo son justicia y libertad. Uno no existe sino es función del otro, y ésta no podría realizarse sino es a través de aquél: "*Miglior giustizia attraverso maggior libertà*". CALAMANDREI, PIERO.- *Processo e Democrazia. Prefazione*; CEDAM, Padova, 1954.

¹⁴ "*Processus est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis*"; tradicional definición de BULGARO; ver en SATTI, SALVATORE.- *El Misterio del Proceso*; en: *Soliloquios y Coloquios de un Jurista*; Eds. Jcas. Europa-América, Buenos Aires, 1971; p. 15.

función básicamente ordenadora, depende en todo de la materialidad que se le quiera dar como contenido.

Hoy, sin embargo, esta es una aproximación básicamente lineal al concepto del Derecho Procesal, pues con ella se pretendía su determinación sólo a partir de su rol externo olvidando o desconociendo su intrínseca realidad y la sustantividad de su naturaleza interna. Por lo demás, no existe, en estricto sentido, una frontera perfectamente delimitada entre el Derecho Material y el Derecho Procesal, pues ni aún los diferentes códigos que condensan estas materias pueden lograr esto con una distinción absoluta, ya que no resulta difícil hallar, por ejemplo, en el Código Civil normas de procedimiento que no están referidas a derecho subjetivo alguno, como tampoco será ardua la tarea de encontrar en el Código de procedimientos Civiles normas de específico carácter sustantivo¹⁵. Es, pues, muy compleja tal distinción concluyéndose que ambos conceptos responden a naturalezas de una singular racionalidad, que dentro del Ordenamiento Jurídico cumplen un rol dialéctico, necesariamente complementario. La Finalidad, será, pues, el rasgo de distinción entre el Derecho Material y el Procesal, que, al decir de CHIOVENDA¹⁶, pueden equiparse entre sí como en anverso y el reverso de una misma moneda.

Dentro de la tradicional conceptualización del Derecho Procesal, este terminaría siendo una disciplina auxiliar del Derecho Material. Pero como ya se ha apuntado, hoy en día esto ya no es así, o en todo caso, no debiera entenderse así como ya ha sucedido en diversas Escuelas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Tras de la concepción tradicional hay una explicación histórica: como lo apunta el Maestro uruguayo EDUARDO J. COUTURE¹⁷, esta

¹⁵ ZOLEZZI IBARCENA, LORENZO.- *Disposiciones de Contenido Procesal; en: Para leer el Código Civil II*; 1ra. Ed., Fondo Editorial de la PUC del Perú, Lima, 1984; pp. 147 y ss. También se puede apreciar esto en un ejemplo típico, el que trae el Art. VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984, que recoge el principio procesal *iura novit curiae* formulado también como *da mihi factum, dabo tibi ius*.

¹⁶ CHIOVENDA, GIUSEPPE.- *Sistemas de Derecho Procesal Civil*; Cit. por PEÑA DUEÑAS HERNÁN.- *Distinción de los Conceptos Fundamentales del Derecho Procesal*; Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1969; p. 21.

¹⁷ COUTURE, EDUARDO J.- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; 3era. Ed. -Póstuma-, reimpresión inalterada; Eds. DePalma, Bs. As., 1978; p. 5.

rama del derecho no sólo ha ido mutando de contenido conforme al desarrollo histórico del derecho, sino también de significación y aún de denominación. Hasta el Siglo XVII su contenido, en los países de cultura jurídica latina o de *civil law*, era el de una simple práctica. Los libros de la época, por ejemplo, se denominaban Práctica Judicial (MAXIA DE CABRERA, 1655; VILLADIEGO, 1788), Práctica Civil (MONTERROSO Y ALVARADO, 1563), *Praxis Iudicium* (CARDOSO DO AMARAL, 1610). Todavía hoy se siguen escribiendo libros de estilo formulístico o meramente exegéticos.

En el Siglo XIX la voz *procedimiento* sustituye a la de *práctica* y el método, ya frecuentemente exegético al mejor estilo de los comentaristas napoleónicas, describe el proceso civil y examina el alcance de sus disposiciones. No se puede hablar todavía de ciencia, pero comienza a advertirse una concepción plenaria de esta rama del derecho. Sus nuevos cultores serán denominados *procedimentalistas*.

II.2. CONCEPTO MODERNO

No será sino hasta mediados del Siglo XIX en que en los países de formación jurídica latina se gestará la formación de una concepción sistemática y plenaria de esta rama del derecho. A este nuevo estilo corresponderá una nueva denominación, y en una nota al pie de página de un famoso documento, luego de examinarse este aspecto de léxico, se concluye afanosa y categóricamente: “*Dígase, entonces, de una buena vez: Derecho Procesal*”¹⁸.

Esto también se ha producido dentro de las propias escuelas doctrinales. Así, la doctrina española usa habitualmente el vocablo *enjuiciamiento*; la doctrina alemana prefiere *Prozeß* a *Procedur*. Algunas escuelas, como la italiana, actuaron tradicionalmente sobre el vocablo *iudicio* en toda su literatura desde el Siglo XII hasta el Siglo XVIII, para abandonarlo luego en el Siglo XIX por, a influencia francesa, *procedura*; y luego, por influencia alemana, durante el Siglo XX, por el de *Diritto Processuale*¹⁹.

¹⁸ CHIOVENDA, GIUSEPPE.- *L'azione nei sistema dei diritti*, en: *Saggi*, T.I, p. 31, nota 2; cit. por COUTURE EDUARDO J.- Ob. Cit. Ver también en español: *La acción en el sistema de los derechos*; en: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, T.I. Eds. EJE A –Bosch & Cía. Editores, Buenos aires, 1949; p. 41

¹⁹ COUTURE, EDUARDO J.- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Ob. Cit. p. 7

Así, los orígenes de la dogmática del proceso, y de su Teoría General, y la nueva conceptualización que ahora se le otorga —o debiera otorgársele— responde a una concepción científica cuyos orígenes, todos concuerdan, pueden establecerse con claridad en la segunda mitad del Siglo XIX, concretamente a partir de 1968 en que OSKAR VON BÜLOW publica su célebre obra *Teoría de las Excepciones y de los Presupuestos Procesales*²⁰. Como lo precisan tratadistas de la talla de LORETO Y SENTIS MELENDO²¹, hace tiempo que tal disciplina jurídica y sus particularidades han dado inicio a un movimiento renovador en su interior que ha propiciado *escuelas*, doctrinas, construcciones fecundas y originales. Habiéndose iniciado en Alemania con la obra de VON BÜLOW y sus seguidores, fue asumida y relanzada, especialmente a partir de WACH, HELLWIG y MUTHER, por el renovador procesalismo italiano que liderara GIUSEPPE CHIOVENDA, titular de la *Nueva Escuela*, nacida aquel 3 de febrero de 1903 con la célebre *Prolusión de Bolonia*, prontamente continuada por eminentes discípulos cuyas enseñanzas se ha prodigado por toda la cultura jurídica romano-latina llegando con nitidez hasta nuestro continente americano²².

El moderno concepto del Derecho Procesal tiene un preeminente lugar dentro del Ordenamiento Jurídico de una nación, debido a su eficacia como medio de realización de los intereses subjetivos de los ciudadanos amparados por el Derecho Material y la conveniencia del Estado de que la justicia de las relaciones jurídicas tenga vigencia real. De ahí que el Derecho Procesal responda a una realidad dialéctica con el Derecho Material, donde la vigencia

²⁰ “*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*” publicada por Giessen.

²¹ Conceptos enunciados en los Prólogos a la 2da. Y 3ra. Ediciones, respectivamente, de la obra de FERRERO, AUGUSTO.- *Derecho Procesal Civil – Excepciones*; Ed. Ausencia, Lima, 1980.

²² Sin duda que el discípulo más destacado de CHIOVENDA fue otro gran maestro florentino PIERO CALAMANDREI. A propósito de esto, y refiriéndose a éste último, dice ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO: “*Discípulo de un Maestro y Maestro de discípulos (...) que en época de iconoclastía suicida y de engreimientos insoportables, hasta en los principiantes, la actitud de CALAMANDREI, que en el cénit de su figura siguió rindiendo culto a su Maestro, representa (...) una de las más admirables lecciones*”. En: *Derecho Procesal en Serio y en Broma*; Ed. JUS S.A., México, 1978. Ed. de la Escuela Libre de Derecho. p. 48.

de éste presupone y la existencia de aquél dentro de una interacción alejada de fórmulas meramente empíricas sin espíritu ni técnica científica.

CHIOVENDA²³ señala que el concepto del Derecho Procesal puede establecerse a partir de un triple aspecto en que resume su significación: exteriormente, el proceso civil se presenta como una serie de actos de las partes, de terceras personas o del Órgano Jurisdiccional que llevan a cabo dentro de determinado orden, término y modo preestablecido (procedimiento). Interiormente, como una relación jurídica que tiene lugar entre el Estado – a través del juez- y los ciudadanos –las partes- para que esa función bajo determinados presupuestos, pueda dar lugar a providencias sobre las pretensiones alegadas, que pueden ser amparadas o denegadas. Más íntimamente, será el medio por el cual, en aplicación de la ley, se acuerda la *tutela jurídica* a una de las dos partes en litigio y bajo determinadas condiciones: sea al actor mediando su interés en la declaración de certeza que reconozca la vigencia de una determinada relación jurídica, sea al demandado con el reconocimiento de la inexistencia de tal relación jurídica.

Para CALAMANDREI²⁴ el Derecho Procesal será un método (donde la Ciencia del Proceso sería una metodología) investido de autoridad para acceder a la justicia. Un método de razonamiento, predeterminado por la ley, que las partes y el juez debe seguir, para obtener al final del camino una sentencia justa.

COUTURE²⁵ acotará que el Derecho Procesal es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, el desenvolvimiento y la eficacia del conjunto de las relaciones jurídicas del denominado proceso civil; cumpliendo una doble finalidad: *INMEDIATA*, en tanto asegura entre las partes de un litigio la vigencia del derecho subjetivo y concreto en disputa; y, *MEDIATA*, en tanto otorga a las relaciones sociales –de por sí conflictivas- la necesaria paz y seguridad de convivencia y desarrollo, haciendo realidad la justicia inherente en la normatividad del Derecho Material.

Desde otra óptica, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO²⁶ señalará que el proceso satisface, esencialmente, una doble finalidad: *represiva* en tanto res-

²³ CHIOVENDA, GIUSEPPE.- *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Ob. Cit. p. 39.

²⁴ CALAMANDREI, PIERO.- *Proceso y Democracia*; Ob. Cit. p. 29

²⁵ COUTURE, EDUARDO J.- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ob. Cit. p.3.

²⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO.- *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*; Imprenta Universitaria, México, 1947; pp. 188-189.

taura el orden jurídico alterado por el litigio; y, *preventiva* en cuanto evita que se perturbe el orden público por obra de la *autodefensa*. En otros términos, el proceso sirve a la vez a un interés individual, circunscrito al litigio que compone, y a un interés social que se extiende a cuantos litigios puedan, eventualmente, someterse a la jurisdicción del Estado.

II.3. CONCEPTO POST-PUBLICICISTA

Finalmente, a continuación de este concepto moderno del Derecho Procesal, surge una reciente visión que pretende avanzar aún más en su conceptualización. Es el caso de la Escuela Alemana post-publicicista que lidera GOLDSCHMIDT²⁷ que ubica al Derecho Procesal como una rama *Derecho Justiciero* o *Justicial* (*Justizrecht*), cuyo fin es el de dar efectividad al Derecho material que será actuado cuando su titular cuente con el derecho a la Tutela Jurídica. Y puesto que el *Derecho Justiciero* participa de los caracteres del derecho público, de aquí se determina que el proceso es una *relación-jurídico-pública* (relación jurídica procesal) que puede ser apreciada como una relación de cada uno de los litigantes con el Órgano Jurisdiccional, como una relación jurídica trilateral. Pero GOLDSCHMIDT introduce también una distancia entre la doctrina dominante de la relación jurídica por considerarla finalmente insuficiente para los fines de la ciencia del proceso, fundamentando en su sustitución lo que da a conocer como la *Teoría de la Situación Jurídica*, donde por situación jurídica se ha designar la ubicación de la parte en el Derecho Procesal según se encuentre en el Derecho Material cuando es opuesto procesalmente. De esta manera, concluye, el Derecho Procesal es en realidad una expectativa, que no será estado jurídico más que en el caso que el beneficio que se espera esté seguro en su efectividad futura, es decir, cuando el arbitrio judicial quede obligado a su materialidad por haberse llegado a tal estadio en el proceso. Por eso califica los derechos procesales como *expectativas aseguradas por el Derecho Procesal*.

ARAGONESES²⁸, por su parte, desarrolla la noción de proceso —en tanto proceso judicial- a través del *reparto* como ejercicio de la justicia²⁹; es de-

²⁷ GOLDSCHMIDT, JAMES.- *Derecho Procesal Civil*; Ed. Labor, S.A., Barcelona, 1936; pp. 7-9.

²⁸ ARAGONESES ALONSO, PEDRO.- *Proceso y Derecho Procesal*; Ob. Cit. pp. 3-73.

²⁹ GOLDSCHMIDT, WERNER.- *La ciencia de la Justicia (Dikelogía)*; Aguilar, Madrid, 1958; p. 107; Cit. por ARAGONESES ALONSO PEDRO; Ob. Cit. pp. 3-4.

cir, en el reparto de todos los objetos susceptibles del mismo por personas autorizadas entre todos, entre todos y cada uno de los receptores, en determinada forma y según ciertos criterios; concluyendo que el proceso es aquella estructura de obtención de un reparto justo por medio del Órgano Jurisdiccional, imparcial y autónomo, que específicamente decide sobre las pretensiones actuadas en forma controvertida.

Para finalizar, en la doctrina francesa, señala COUTURE³⁰, se preconiza el cambio de la denominación del Derecho Procesal por el de *Droit Judiciaire Privé*³¹, en tanto que en la española se preconiza la de *Derecho Jurisdiccional*³². Debe advertirse, aclara, que no existe coincidencia entre ambas denominaciones a pesar de sus apariencias. La primera constituye una subsistencia de la concepción Tradicional que denominaba el procedimiento civil *Derecho Judicial*³³. La segunda, en cambio, destaca el propósito moderno de superarla³⁴. La denominación genérica de *Derecho Jurisdiccional* tiene sobre la precedente la ventaja de abarcar no sólo el Derecho Procesal, señala el propiamente dicho, sino también la organización de los tribunales y el estudio de la condición jurídica de sus agentes.

En este orden de ideas que MONTERO AROCA³⁵ destaca en el concepto que pueda denotar el Derecho Procesal es insuficiente, por lo que es su

³⁰ COUTURE, EDUARDO J.- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Ob. Cit. p. 6

³¹ Así denomina al curso de Prof. SOLUS en la Facultad de Derecho de París. Su contenido se recoge en los volúmenes *Droit Judiciaire Privé*, Ed. por *Les Cours de Droit* anualmente. Cit. por COUTURE, EDUARDO J.- Ob. Cit.

³² En ese sentido, FENECH, *Note Introduttiva allo studio del Diritto Giudiziario*; en: *Scritti in Onore di Carnelutti*; Milano, 1950, p. 297; Cit. por COUTURE, Eduardo J. Ob. Cit.

³³ Es ese el sentido, que le daba MATTIROLLO, *Istituzioni di Diritto Giudiziario Civile*, Torino, 1988; y *Trattato di Diritto Giudiziario Civile*, 6 Vol., Torino, 1902-1906; enteramente distinto del *Derecho Justicial Material* de GOLDSCHMIDT. Cit. por COUTURE, Eduardo J.- Ob. Cit.

³⁴ FENECH, MIGUEL.- Cit. por COUTURE, EDUARDO J.- Ob., p. 313 en nota. Pero cabe llamar la atención acerca de las circunstancias de que para la doctrina francesa el procedimiento es sólo un aparte del Derecho Judicial, según lo consigna MOREL, *Traité*, 2da. Ed., p. 3

³⁵ MONTERO AROCA, JUAN.- *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, Acción y Proceso*; Ed. Tecnos, Madrid, 1979; p. 23.

propuesta el que se produzca su sustitución por el de *Derecho Jurisdiccional*. Y es que, según apunta, el Derecho Procesal ha evolucionado necesariamente hacia el *Derecho Jurisdiccional*, sin que ello signifique un deteni- miento en su proceso evolutivo. Si el proceso no es más que un medio para poner en funcionamiento la tutela judicial-jurisdiccional es evidente, en- tonces, que la denominación de Derecho Procesal resulta incompleta. El proceso es, señala en sus conclusiones, el medio o instrumento jurídico a través del cual los órganos investidos de jurisdicción satisfacen pretensio- nes y vencen resistencias. Para BALLBE³⁶ el proceso es un medio o instru- mento de la función jurisdiccional, por lo que la denominación misma de Derecho Procesal con que se viene titulado a la disciplina es, sostiene, desacertada, correspondiéndole la de Derecho Jurisdiccional, puesto que la jurisdicción es el ente principal y el proceso el ente subordinado. Por su parte, FENECH³⁷ apunta que si el proceso jurisdiccional no es sino el instru- mento de que se vale el objeto fundamental de esta rama del derecho, es decir, de la actividad jurisdiccional, no es correcto llamar a una ciencia con un apelativo del instrumento de que se vale la función cuya actividad cons- tituye el objeto principal de la misma, por lo que resulta adecuada la deno- minación de *Derecho de la Actividad Jurisdiccional*, o, en definitiva, *Dere- cho Jurisdiccional*.

MORON³⁸ reconoce que el Derecho Procesal resultará notoriamente in- suficiente, respondiendo mejor a las exigencias de la ciencia hablar de *De- recho Jurisdiccional*, aunque mientras la doctrina no acepte el Cambio de denominación habrá que seguir hablando de Derecho Procesal: y G. de CABIEDES³⁹ definirá el Derecho Procesal como el *Derecho de la actividad*

³⁶ BALLBE, M.- *La Esencia del Proceso (el proceso y la Función Administrativa)*. En: RGLJ, 1947, Ed. Dep., p. 48, nota 75. Cit. por MONTERO AROCA, JUAN. Ob. Cit. nota 2.

³⁷ FENECH, MIGUEL.- Notas previas al Estudio del Derecho Procesal; en: *Derecho Pro- cesal Penal*; T.I., Barcelona, 1960, pp. 20-34; Cit. por MONTERO AROCA, JUAN.- Ob. Cit. nota 5.

³⁸ MORÓN.- *Sobre el Concepto de Derecho Procesal*; en: RDPRO, 1962, 3, pp. 123- 124. Cit. por MONTERO AROCA, JUAN.- Ob. Cit. nota 4.

³⁹ G. DE CABIESES.- *Una reflexión acerca del concepto del Derecho Procesal*; Pamplona, 1974, pp. 34-35. Cit. por MONTERO AROCA, JUAN.- Ob. Cit. nota 5.

jurisdiccional del Estado, no reduciéndose al planteamiento de cuestiones bizantinas. El que sea una u otra la denominación más apropiada para designar a la ciencia y la disciplina procesal planteará siempre graves problemas de contenido. En todo caso, de lo expuesto queda evidenciada las principales posturas respecto de los diversos alcances -muchos aún por terminar de desarrollarse- de su conceptualización dogmática.

Es a partir de todo lo señalado que ya podemos conceptualizar el Derecho Procesal como una ciencia, la Ciencia del Proceso, que se verá materializada en la formulación de la *Teoría General del Proceso*, que no es otra cosa que la sistematicidad o conjunto de principios, conceptos e instituciones que informan todas las relaciones procesales del Ordenamiento Jurídico, muy por encima de cada especialidad del derecho como lo señala FLORES GARCÍA parafraseando a NICETO ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO⁴⁰.

En el desarrollo de esto se ha llegado a determinar, hoy por hoy, que el Derecho Procesal otorga la llamada *Tutela Judicial Efectiva o Tutela Jurisdiccional* a través, precisamente del Órgano Jurisdiccional; lo que ahora no sólo se conceptualiza -dentro de la Escuela Publicista y Post-Publicista de Derecho Procesal como un derecho público subjetivo con rango constitucional, sino como un Derecho Fundamental, como un atributo de la personalidad; es decir, como un *derecho humano*, tal y como subyace en los Arts. 232º y 138º de nuestra Constitución⁴¹, en el Art. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴² y en los numerales 8º y 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, tratado internacional incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en 1978 por el Decreto Ley 22231 -ratificado ese mismo año-, y que por tratarse de un tratado internacional sobre Derechos Humanos tiene la jerarquía que le confieren los Arts. 55º y 56º, inc. 1º de la Carta Política de 1993⁴³.

⁴⁰ FLORES GARCÍA, FERNANDO.- *La Teoría General del Proceso y el Amparo Mexicano*; Rev. De la Fac. de Derecho de México, UNAM, México, 1982, T. XXXI, N° 118, Ene-Abr., 1981, pp. 85-123.

⁴¹ Constitución de 1993.

⁴² Art. 1 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S. 017-93-JUS)

⁴³ Y con el rango prevalente que la interpretación del Art. 3º de la Constitución, la que surge del Código Procesal Constitucional y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DD. HH.

La importancia de la adecuada conceptualización de la Ciencia Procesal aparece, pues, así, con evidencia; y sólo su desarrollo dogmático nos ha de llevar a relaciones de justicia acordes con el desarrollo nacional de nuestra moderna sociedad.

III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PROCESAL

Como señala COUTURE⁴⁴ el problema de la estructura del proceso consiste en saber qué es el proceso; en tanto que el problema de la función del proceso consiste en saber para qué sirve el proceso.

En ese sentido, se pueden sistematizar las principales notas que dan especificidad característica al Derecho Procesal son:

- a) Incluye en su interior al Derecho Probatorio ya que, aún cuando las normas que lo regulan no se deben confundir con las privativas del Derecho Procesal, pues no disciplinan solemnidades, tienen influencia decisiva sobre *meritum causae*, esto es, sobre la resolución del fondo de una controversia, de modo tal que si bien no señalan normas *in procedendo* si contienen importantes regulaciones sobre la normatividad *in indicando*. Además, también contiene el Derecho Judicial⁴⁵, pues tanto las regulaciones procesales como el Organo Jurisdiccional son protagonistas del proceso, de tal suerte que es imposible la realidad de éste con la ausencia de cualesquiera de aquéllos.
- b) Dentro de la rígida y antigua clasificación romana del derecho –cuya realidad ha sido conmovida por el derecho social, sin que, por su incipiente desarrollo, le hubiese enervado vigencia aún– pertenece a la órbita del derecho público, ya que sistematiza y regula una función del Estado a través de uno de sus órganos. La realización de la justicia –

⁴⁴ COUTURE, EDUARDO J. *Estructura y función del Proceso*; en: *Introducción al Estudio del Proceso Civil*; Op. Cit., p. 47.

⁴⁵ Concepto referido a la organización, características y funcionamiento del Organo Jurisdiccional que, si bien en nuestro país se define independiente a la legislación sobre proceso (civil y penal) es entendido como un todo general de imbricancia, al punto que la propia legislación sobre la organización judicial contiene normas procesales, y las normas procesales contienen normas dirigidas al funcionario judicial. Globalmente está reconocido como una unidad.

función estatal- requiere no solo de la existencia de las adecuadas relaciones jurídicas –derecho material- sino de las garantías preestablecidas y de rigurosa observancia para su cautelación y eficacia real –derecho procesal-. Ahora bien, como toda categorización jurídica, la distinción entre el derecho público y derecho privado no es absoluta, de tal manera que se debe abandonar la rigidez de pensamiento que pretende señalar que dentro del derecho público no existen normas excepcionales cuya característica es mucho más cercana a las privadas; y, del mismo modo, no es difícil encontrar en las normas del derecho privado algunas taxativas cuyo carácter es esencialmente público. Esta acotación permitirá más adelante corroborar el carácter sustantivo al interior del Derecho Procesal, lo que no debe confundirse con el rol externo que la Ciencia del Derecho le ha reservado dentro de la especificidad de la Teoría del Proceso.

- c) Dar contenido, vigencia y eficacia, al derecho material a través de una determinada forma expeditiva, de tal suerte que en su rol externo se halla determinado en su contenido de valor por las regulaciones privativas de las relaciones jurídicas existentes.
- d) Resolver *meritum causae*, y con arreglo a sus propia regulaciones, las articulaciones, incidencias, cuestiones prejudiciales y excepciones que se configuren dentro de un proceso, a manera de pequeños procesos concatenados, asumiendo en ello un doble rol: procesal y sustantivo.
- e) Por su propio carácter público contiene mayoritariamente normas imperativas (*Ius Imperium*) sin que por ello se desconozcan (en forma excepcional y taxativa) normas de naturaleza dispositiva.
- f) Ser esencialmente *ad-solemnitatem*, esto es, de formalidades irrenunciables, sin que se permita la observancia de una forma procesal facultativa a las partes o no estatuida taxativamente como tal; y, por ende, sancionando severamente la conducta omisiva respecto de la verdadera forma procesal. Por ello mismo la norma procesal suele estar inmersa en el principio de legalidad (*nullum procesum sine legge*), como garantía de esta formalidad esencial en la estructuración del proceso, lo que se hace en aras de la garantía misma del proceso para sus partes y para el juzgador.
- g) Ser eminentemente coercitivo (*coertio*) dentro de la consecución de su

- propia finalidad y la particular del Organismo Jurisdiccional, pues de otro modo, no se garantizaría la vigencia y eficacia del derecho material.
- h) Ser dinámico, requiriendo de la voluntad de quien acciona y quien se defiende de la acción, así como de quien recibe jurisdiccionalmente tales voluntades contradictorias en aras de una solución justa.
 - i) Tener sistemática, técnica y contenido práctico, de tal suerte que al recurrir a sus normas emplazando al Organismo Jurisdiccional se tenga un medio expeditivo y asequible, en lugar de un trámite engorroso que enerve o haga ilusoria *per se*, la relación jurídica objeto de su pretensión.

IV. IDEOLOGIAS EN EL DERECHO PROCESAL

El Derecho Procesal soporta en su formulación conceptual determinados condicionamientos acordes con el tipo de sociedad en que se desenvuelve. No es del caso el análisis de las causas de ello, pero sí es menester empezar por reconocer su existencia y luego determinar sus rasgos generales más saltantes para comprender sus imbricancias, alcances y los márgenes de su incidencia, máxime si de lo que se trata es de la aprehensión y formulación de determinados conceptos fundamentales.

En efecto, CAPPELLETTI⁴⁶ señala que llama la atención sobre lo que son los fundamentos pre-jurídicos o meta-jurídicos de las normas y de los institutos, sobre los significados y valores y fines humanos, sociales, económicos, ideológicos ocultos (pero no tan ocultos) tras los *verba* de las leyes que, conciente o inconscientemente inspiran toda interpretación doctrinal y judicial, y constituyen a fin de cuentas, el verdadero “*espíritu*” de todo sistema jurídico.

Por su parte, BERTRAND RUSSELL⁴⁷ afirmaba que “ninguno de los procesos mentales más altos está implicado en la conservación. Quien patrocina el cambio, por el contrario, debe estar dotado de cierto grado de imaginación para poder concebir algo diverso a lo que ya existe”.

⁴⁶ CAPPELLETTI, MAURO.- *Proceso, Ideologías y Sociedad*; Op. Cit. p. IX.

⁴⁷ RUSSELL, BERTRAND.- *Education and the Social Order*; London, Allen & , 7th. Imp. P. 13; cit. por CAPPELLETTI, MAURO.- Op. Cit.

El concepto de ideología posee un contenido necesariamente impreciso y abierto. Su empleo ha de ser en su acepción más lata, esto es, como aquellas coordinadas mentales que, a manera de puntos de referencia, dotan de sentido a un conjunto de hechos sociales en un momento histórico. Asimismo, desde una perspectiva ortegiana⁴⁸, se utiliza el concepto de ideología para designar proposiciones que no son rigurosamente verdades y a las cuales se presta una adhesión existencial, que se concreta en guías de orientación social del hombre o de un grupo social.

Al respecto, CAPPELLETTI⁴⁹ sostuvo que ideologías, entiéndase bien, no tanto en el sentido particular y exterior de enmascaramiento y contrafacción de situaciones e intereses reales, como en el sentido marxista de dogmas y pensamientos falsos, como en el sentido de razones y condicionamientos sociales y culturales que en un determinado contexto histórico están y operan en la norma y en el instituto, en la ley y en el ordenamiento, como también en la interpretación y en general, en la actividad de los jueces, de las autoridades y de los juristas.

En el derecho la participación ideológica es innegable, y hasta imprescindible, por la íntima relación entre la finalidad de aquel y la fuente de ésta. CAPPELLETTI⁵⁰ precisa que más allá de la crítica, que puede traducirse en los términos de superación del legalismo (*el derecho es la ley*), del estatismo (*la única fuente del derecho es el Estado*) y del dogmatismo (*como método formalístico del pensamiento jurídico y de sus aplicaciones prácticas*), emergen de esta colección, si no hay engaño, también los nuevos rumbos del pensamiento: *realismo sociológico y pluralista*, como concepción sociológica-valorativa y pluralista del derecho y de sus fuentes, y por consiguiente, de la ciencia jurídica; *constitucionalismo* con aquél tanto como de *iusnaturalismo* que ello puede implicar; y, *universalismo*, como búsqueda de núcleos comunes supranacionales y tendencialmente universales, búsqueda que, sin embargo, no ha realizado con el método abstracto deductivo del *iusnaturalismo* universal, sino con el método *realístico* inductivo y, en cierto sentido, con el *positivismo* del análisis comparativo.

⁴⁸ ORTEGA Y GASSET; cit. por DIEZ PICAZO, LUIS.- *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*; p. 318.

⁴⁹ CAPPELLETTI, MAURO.- Op. Cit.; p. X.

⁵⁰ Op. Cit.; pp. X-XI.

En el caso del Derecho Procesal, elemento de la función jurisdiccional, la aprehensión del concepto de ideología como elemento interactuante e indispensable a su interior es tanto más importante y necesario cuando se trata de una conceptualización genérica de su estructura y principios. Ello cobra aún mayor importancia cuando se procura el enunciado de ciertas bases fundamentales intentándose la formulación de una normatividad sustitutoria. Al respecto CAPPELLETTI⁵¹ apunta que : “ *el Derecho Procesal es contemplado como un fenómeno ligado a extraordinarias connotaciones que se han sufrido en el historia del hombre, y, por consiguiente, las estructuras económicas, políticas y sociales, como también en las concepciones éticas y gnoseológicas*”.

En el Derecho Procesal los elementos ideológicos interactuantes a su interior resultan siendo condicionamientos previos respecto de determinadas instituciones jurídicas. Estos ni son amorfos, ni gozan de objetividad, ni se compadecen con la ausencia de connotación socio-político-económica. Así, la regulación del derecho de acción, la praxis de la función jurisdiccional (su rol dentro del esquema organizativo del Estado), el acceso público a la función, el acceso a la finalidad jurisdiccional, el acceso real a la tutela jurisdiccional, la consecución de una determinada paz social (*status quo*), la vigencia de la *coertio* de las normas jurídicas, la efectiva igualdad de las partes, la incidencia social del proceso, el acceso a los medios de prueba y su real valoración jurisdiccional, el eficaz acceso a la defensa e igualdad de condiciones, etc.; refieren necesariamente una determinada conceptualización filosófica, histórica, jurídica, política y social inmanente en el proceso y en donde la efectividad resulta siendo un enunciado ignoto. Cualquier tarea investigadora, doctrinaria o jurisdiccional, debe ubicar su existencia, determinar su valoración y formular –cuando se estime conveniente- las bases alternativas necesarias. CAPPELLETTI⁵² señala, respecto de la ideología en el proceso, que “*sino propiamente la psique humana en todas sus expresiones, multiformes e imprevisibles y por eso nunca completamente esquematizables, recogidas en la dinámica concreta del juicio, por lo menos algunas de esas expresiones (...) bajo apariencia de ideolo-*

⁵¹ Op. Cit.; p. X.

⁵² Op. Cit.; pp. 4-5.

gía, la consideraremos en el cuadro de su relación con el derecho procesal, o sea en el perfil de las influencias o de algunas influencias ejercidas o sufridas respecto a la reglamentación del fenómeno judicial”.

Aparece claro que el Derecho Procesal no constituye excepción al imperio de la ideología –en todas sus manifestaciones- vigente históricamente al momento de su formulación, concepción y evolución. Por ello, tal ideología necesariamente se reflejará en el sistema, la estructura, principios, elementos, etc., del proceso de que se trate, y donde la actuación instrumental de este ha de recíprocar a aquella, propiciando su vigencia, consolidación y desarrollo. Menester es ubicar tal condicionamiento e instrumentarlo operativamente, instrumentando con ello deliberadamente al proceso en la mejor consecución de su finalidad hacia los justiciables. No es punto la realidad de la instrumentalización interesada, ya que la asepsia intelectual “*objetivamente científica*” es imposible de conseguir. Sí lo es el interés que esta esconda.

V. SISTEMAS DE DERECHO PROCESAL

El rasgo más distintivo del Derecho Procesal es su sustantividad intrínseca y la instrumentalidad de su función. Siendo así, la comprensión de los sistemas procesales se relaciona necesariamente con la existencia de grandes sistemas jurídicos que aparecieron en el curso de la historia y en el desarrollo de las civilizaciones. Sin pretender agotar el desarrollo de un esquema completo de los grandes sistemas jurídicos, se podría describir los aspectos pertinentes de ellos en cuanto tienen relación con el Derecho Procesal, incluyendo los sistemas contemporáneos. Por ello, de manera genérica y en relación directa con el Derecho Procesal, es posible –a efectos académicos- hacer una división de los sistemas jurídico-procesales en tres grandes grupos.

a) *El sistema oriental*

El rasgo distintivo del sistema oriental de derecho procesal es su estatismo; donde las instituciones jurídicas orientales parecen, con frecuencia, detenidas en sus fórmulas ancestrales. Aún cuando alguno de sus ordenamientos jurídicos conformantes del sistema tienen normatividad procesal relativamente moderna, su vigencia se halla mediatizada por la tradición, las costumbres inmemoriales y, fundamentalmente, por el rol determinante que en algunas etnias tienen el orden teocrático sobre el orden político-civil.

Del sistema oriental de derecho procesal se derivan tres grandes sub-sistemas, a saber:

a.1.) *El sub-sistema chino.* - Cuya normatividad positiva se materializó en la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1935, que respondía a una inspiración occidental y con técnica próxima al derecho francés. Aún cuando el mismo se haya modernizado, las peculiares características del pueblo chino y su ordenamiento político han hecho que dicho texto legal vea mediatizada, en mucho, su vigencia práctica.

a.2.) *El sub-sistema hindú.* - Que se rige normativamente por un código, cuya última versión data de 1908, de muy escasa aplicación práctica y grandemente influenciado por el sistema anglosajón, al considerársele un sistema jurídico de jurisdicción mixta.

a.3.) *El sub-sistema mulsumán.* - Que carece de norma positiva que lo denote, resultando su constante más nítida el aspecto religioso que interfiere y determina las relaciones jurídicas sustantivas, condicionando las del procedimiento que le son correlativas. Sin embargo, por el marco geográfico tan amplio de su vigencia, resulta siendo aplicado por jueces españoles, franceses, italianos, ingleses, turcos, árabes, cristianos y aún hindúes.

b) *El ex sistema soviético*

El derecho en la exUnión Soviética se desarrolló recogiendo instituciones del sistema oriental y del romano occidental. Del primero recogió su carácter tradicional y aún religioso. Del segundo su normatividad codificada. Si buscáramos una frase sintética del rasgo predominante de lo que fue este sistema, tendríamos que recordar a Lenin que señaló que el tribunal de justicia es uno de los instrumentos del poder del proletariado y de la clase trabajadora en general. Teniendo en cuenta que la Constitución de la exUnión Soviética estatuyó en su Art. 126º la existencia del Partido Unico, se concluía que los postulados del mismo constituyeron la norma o criterio de aplicación del derecho al cual quedan sujetos los tribunales de justicia, tanto civiles como criminales.

Por otro lado, las instituciones procesales del exderecho soviético fueron análogas –hasta idénticas- a las del derecho romano occidental, luego del natural proceso de desarrollo y evolución histórica, por lo que resultaba paradójico la persistencia de ciertas formas occidentales que han hecho crisis. A pesar de ello, fue notoria la distinción con el sistema occidental

dentro de un balance general; en materia del proceso, por ejemplo, la diferencia más saltante fue el principio intuitivo que recogía⁵³.

c) *El sistema romano occidental*

En lo que se conoce como civilización occidental, se aprecia claramente distinguibles dos grandes manifestaciones históricas del derecho procesal: *el romano-civilista* y *el germánico-publicista*.

En el desarrollo de la civilización occidental se ha producido, en determinado momento histórico, la fusión de estas dos grandes corrientes jurídicas, conceptualizándose diversas instituciones jurídico-procesales a partir de esta fusión aún cuando en algunos tópicos la distinción permanece.

El desarrollo del derecho romano cubre desde el origen de la cultura romana hasta el Siglo VI D.C., manteniendo su primacía en todo el *Imperium* romano. Por el contrario, el derecho germánico satisfizo las necesidades espirituales y materiales de los pueblos nórdicos, no alcanzados por la conquista romana.

El primer contacto que materializó la fusión se produjo hacia el Siglo VI D.C., cuando los pueblos germánicos inician un significativo avance hacia el sur, implantando sus instituciones en regiones originalmente abarcadas por el derecho romano. En determinado momento los germanos ocupan desde Danzig hasta Sicilia, y desde Londres hasta Viena. Así y todo, el derecho romano dio lucha por subsistir, más culminó en la mixtura ya referida, lo que tuvo gran importancia futura.

Mientras se produce tal confrontación de sistemas —en lo cual, necesariamente, también confluyeron los sistemas del proceso— los pueblos sometidos por los romanos, primero, y por los germanos, después, fueron creando su propio derecho local y popular. Este, surgido de las necesidades de orden y control social, se expresaron en formulaciones normativas que adquirieron su propia denominación local. Así, fueron llamadas *Chartess* en Inglaterra, *Coutumes* en Francia, *Cartas o Fueros* en España. En cualquier

⁵³

El Art. 5° del exCódigo de Procedimiento Civil soviético normaba: "*El Tribunal está obligado a tratar por todos los medios de dilucidar los derechos verdaderos y relaciones mutuas entre los litigantes a cuyo fin, no limitándose a las explicaciones y datos presentados, coadyuvará al esclarecimiento de las circunstancias relacionadas con la resolución del asunto...*".

caso, constituyeron una etapa que se dio en llamar *Edad Diplomática* debido a que la producción de derecho se manifestó en *Diplomas* o textos locales e individuales de reconocimiento de derecho de carácter particular.

El segundo choque entre estas dos grandes corrientes de derecho –en lo que a materia procesal se refiere– se produjo durante la Edad Media-. Los países de formación originariamente romana, especialmente Galia (Francia), España e Italia, iniciaron un proceso involutivo a sus fuentes, fuertemente influenciados por la Iglesia a través del derecho canónico. Este retorno determinó el alejamiento del sistema germánico y, con ello, el de los sistemas autóctonos o locales.

Este *recorsi* determinó que el derecho procesal de occidente tuviera la influencia directa del derecho canónico. De allí que en países como España y Portugal, las instituciones posteriores a la Edad Media tuvieran simultáneamente rezagos del tradicional derecho romano, del derecho germánico, del derecho árabe y del derecho canónico. Esta mixtura de diferente origen legislativo recibe la denominación de *derecho común* (*Ius Civile*) o derecho intermedio, caracterizándose también por terminar en una fórmula común en todos los países que se nutrieron posteriormente de tal civilización occidental, especialmente los de origen latino. Estos sistemas comunes o intermedios van a dar lugar a la formación de sistemas jurídicos nacionales, que pueden ser divididos académicamente en cinco grandes grupos.

c.1.) *El sistema hispano-americano.* - Que comprende a España y a los países surgidos de sus colonias de los Siglos XV y XVI. Allí mantienen fuera las fórmulas del derecho hispánico, cuyo primer gran texto fue el *Fuero Juzgo* obra cumbre del Estado Visigodo. En el Siglo XIII –y en prueba del retorno al derecho romano– la *Ley de las VII Partidas* de Alfonso el Sabio, expresa en la III está referida al procedimiento civil. Posteriormente, se sancionó el *Ordenamiento de Alcalá* (1348), el *Ordenamiento Real* (1485), las *Ordenanzas de Medina* (1498), las *Ordenanzas de Madrid* (1502), y las *Leyes de Toro* (1503). Producido el descubriendo y conquista de América hispana, el derecho indiano fue constituido por las recopilaciones y las *Leyes de Indias*.

c.2.) *El sistema luso-brasileño.* - Que abarca tanto a Portugal como al Brasil, de más posesiones portuguesas, debiendo afirmarse la especial consideración que ha alcanzado el Brasil en el plano procesal, legislativo y doctrinario.

c.3.) *El sistema francés e italiano.*- Instituidos sobre la base de la *Ordenanza de Moulins* del derecho francés, adquiriendo consolidación con el derecho napoleónico. Precisamente el texto del *Code de Procédure* inspiró directamente muchas normativas, entre ellas, la belga de 1865 y la italiana de 1876. Dicho *Code* se encuentra en vigencia hasta la fecha, por ejemplo, en Haití.

c.4.) *El sistema anglo-americano.*- Tal como era aplicado por los tribunales ingleses, tuvo su origen en el derecho romano clásico. En los Estados Unidos adquiere diversas características con matices y peculiaridades, manteniendo siempre una unidad intrínseca que forma parte del llamado *Common Law*.

c.5.) *El sistema austro-alemán.*- Que tuvo su origen en el derecho germánico primitivo, recibiendo en el Siglo XIV la adopción del derecho romano dando inicio a un sistema híbrido de considerable solidez. Así, la legislación austríaca de fines del Siglo XIX fue de gran importancia influyendo poderosamente en la formulación positiva del derecho alemán posterior. Aún cuando se mantuvieron los contactos con los sistemas galos y sajón, se debe incorporar al sistema austro-alemán, el derecho los países escandinavos de ancestros germánicos.

VI. ESTRUCTURA DEL DERECHO PROCESAL

El proceso responde a una organización de elementos y principios que conforman un sistema jurídico-procesal que, a su vez, responde a su determinada ideología. La comprensión de todo ello es tarea de la Teoría General del Proceso.

Ahora bien, tal organización de elementos y principios constituye la estructura del proceso que estudia la ciencia procesal, puesto que científicamente todo sistema teórico está conformado por estructuras que le dan sustento y forma.

COUTURE⁵⁴ señala que la estructura que forma el proceso es, en verdad, un método de debate, con elementos y orden lógico-dialéctico. El proceso

⁵⁴ COUTURE, EDUARDO J.- *Introducción al Estudio del Proceso Civil*; pp. 53-54; cit. por SALAZAR CANO, EDGAR.- *Cibernética y Derecho Procesal Civil*; pp. 6-7.

judicial y el proceso dialéctico aparezcan así ante nosotros unidos por un vínculo profundo. A la verdad (a través del proceso) se llega por oposiciones y por refutaciones, y por tesis, por antítesis y síntesis. El proceso, si tiene una estructura dialéctica, es porque merced a ella se procura la obtención de un bien. Toda idea de proceso es esencialmente teleológica, en cuanto apunta a una finalidad.

Por su propia definición, *processum* indica una secuencia de actos y formas llevados positivamente al interior de una estructura encaminada hacia la composición de una realidad jurídica invocada, por lo que tal estructuración bajo el método de debate, es de orden dialéctico en sentido aristoteliano⁵⁵.

Processum proviene del latín "*Pro-Caedere*", es decir, ir hacia adelante. Refiere una estructura secuencias de actos concatenados entre sí bajo un destino lógico, que tienen un inicio (reclamo de una pretensión) y tienen una finalidad (composición del conflicto).

VII. CONCEPTO DE ACCIÓN

Dentro de la Ciencia del Proceso definir el concepto de acción es, quizás, la tarea más difícil, no sólo por la evidente complejidad que esto conlleva, sino también por la existencia de tantas teorías como autores o tratadistas se revisen. Además encontraremos grandes dificultades por las múltiples acepciones que el vocablo representa.

De inicio anotaremos que *la acción procesal* parte conceptualmente de una proyección romanística como declaraciones solemnes, en fórmulas sacramentales acompañadas de gestos rituales, que el particular pronunciaba, por lo general, ante el Magistrado, con la finalidad de proclamar un derecho que se le discute o de realizar un derecho previamente reconocido. En esto va la longeva definición de CELSO y su complementación con los post-glosadores.

Posteriormente surgirá la polémica entre los romanistas y los publicistas, determinando el concepto de acción dentro del derecho público subjetivo de todo ciudadano para acceder a la *Tutela Judicial Efectiva* del derecho a través del Órgano Jurisdiccional⁵⁶.

⁵⁵ SALAZAR CANO, EDGAR.- Op. Cit.

⁵⁶ Ob. Cit. pp. 92-93.

Esto da, históricamente, margen a la determinación con relativa nitidez a tres Escuelas de Derecho Procesal que condensan una definición:

VII.1. ESCUELA CIVILISTA

Compuesta por quienes con CELSO definían la acción como el derecho de perseguir en juicio lo que no es debido: *Nihil aliud est actio quam ius perseguendi iudicio quod sibi debetur*⁵⁷. Concepto íntimamente ligado al de “lesión” del derecho como requisito de la acción, de manera tal que no existe acción sin derecho sustantivo que defender. El carácter de la acción dependerá, entonces, del carácter del derecho material protegido, condicionado este a aquella; de manera que donde no hay “lesión” del derecho no hay acción existente.

VII.2. ESCUELA ALEMANA O PUBLICISTA

Cuyos precursores más notables fueron MUTHER, HELLWIG y WACH⁵⁸ que sistematizaron el concepto de acción como ese derecho público subjetivo dirigido hacia los órganos del Estado a los que corresponde la atribución de proteger los intereses jurídicos violados. Así se desliga el derecho de acción del derecho material que será su contenido, generándose una autonomía.

La acción proporciona tutela jurídica efectiva del Estado independientemente que derecho material que se invoque sea cierto o no. Ya no se formula aquí distinción (y abstracción) entre el derecho de acción y la pretensión, donde ésta última estará constituida por el derecho material que en la acción se invoque. Así acción y pretensión no serán lo mismo. Toda pretensión dará lugar a una acción, pero no toda acción contiene una pretensión válidamente deducida. De aquí surge una primera conclusión: *acción es el mecanismo tutelador que el Estado ofrece a los ciudadanos para hacer efectiva la norma sustantiva cuando no encuentra cumplimiento espontáneo y voluntario*. De aquí también se puede resumir que la acción es

⁵⁷ MARGADANT, GUILLERMO F.- *El Derecho Privado Romano*; Ed. Esfinge, S. A., México, 1960, p. 140. Cit. por FLORES GARCÍA, FERNANDO; Ob. Cit.

⁵⁸ PEÑA DUEÑAS, HERNÁN.- *Distinción de los Conceptos Fundamentales del Derecho Procesal*: Ob. Cit. p. 49.

aquel poder jurídico dirigido hacia el Estado para exigirle la Tutela Jurisdiccional a una situación jurídica relevante; poder, que por otro lado, por regla general, compete a su titular, o a quienes estén directamente afectados por esa relación jurídica relevante, y, excepcionalmente, al Estado en la defensa pública de los intereses ciudadanos.

VII.3. ESCUELA POST-PUBLICICISTA

Compuesta por quienes, como MONTERO AROCA⁵⁹, propenden una sustitución del concepto del Derecho Procesal por el de *Derecho Jurisdiccional*; o, como ARAGONESES⁶⁰, que nos hablará del *Derecho Procesal Jurisdiccional*. Aquí, por el contrario, se pugna por la sustitución del concepto de acción por el de pretensión, identificando lo uno con lo otro, acusando de artificial la diferenciación y reclamando para el concepto de pretensión el calificativo de acto y no de derecho, recusando a quienes ven en el derecho de pretensión un límite meramente sustantivo. Adalid de esta posición es el tratadista alemán JAMES GOLDSCHMIDT⁶¹, quien con su *Derecho Justicial* pretende demostrar que el derecho no es aquello que aparece en la norma positiva, sino aquello que es determinado como tal por los tribunales, donde la interpretación normativa (hermenéutica) y la variación social e histórica del valor justicia delimitación los contornos de aquello que denominamos derecho. Concepción hasta cierto punto pesimista como rezago de las Segunda Guerra Mundial y la situación de las Alemanias en la post-guerra. El juzgador artesano de derecho antes que juzgador *boca por donde habla la ley* como lo enseñara MONTESQUIEU en su célebre obra *Esprit des Lois*⁶², que fuera reformulada y relanzada por ROUSSEAU⁶³.

⁵⁹ Ver supra II.3. y Cit. 35.

⁶⁰ ARAGONESES ALONSO, PEDRO.- Proceso y Derecho Procesal; Ob. Cit., p. 73.

⁶¹ GOLDSCHMIDT, JAMES.- Derecho Procesal Civil; Ob. Cit. p. 3.

⁶² "Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparé de la puissance législative et de l'executive. (...) Les juges sont la bouche qui prononce les paroles de la loi: des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur". CARLOS MARÍA DE SECONDAT, BARÓN DE MONTESQUIEU; *Esprit des Lois*; I. Cap. VI. Libro XI; Ginebra, 1748.

⁶³ El enunciado de MONTESQUIEU fue reformulado por ROUSSEAU durante la Revolución Francesa con expresión: "Le juge n'est plus que la bouche de la loi..."

VIII. CONCEPTO DE EXCEPCIÓN

Tarea tan difícil es definir el concepto de excepción como lo es el de acción ya referido⁶⁴. COUTURE⁶⁵ grafica la diferencia entre ambas al afirmar que *la acción es el sustituto civilizado de la venganza, la excepción es el sustituto civilizado de la defensa*.

Es de común aceptación la existencia de dos concepciones respecto de la excepción: una lata o genérica y otra estricta o restringida. REDENTI⁶⁶ explica que en su acepción más vaga o genérica, se puede llamar excepción a cualquier motivación o razón que pueda adoptarse ante el juez para que no emita las providencias que se le ha solicitado por un accionante. Dentro de este concepto lato, excepción es el ejercicio del derecho de defensa en juicio, de oposición a la pretensión jurídica accionada, la materialidad del principio contradictorio que se grafica en el aforismo *Audiatur et Altera Pars*. También, dentro de este mismo sentido, puede definirse como el derecho de acción que el demandado tiene frente al demandante, que era el alcance del texto clásico *reus in exceptione actor est*⁶⁷.

En su sentido estricto o procesal, como lo indica una vez más COUTURE⁶⁸, excepción es el poder jurídico del demandado para oponerse a la pretensión que el actor ha deducido ante los órganos de la jurisdicción. Dentro de esto último, cabe distinguir dos manifestaciones de la excepción:

- La que ataca directamente a la pretensión, a la relación jurídico-sustantiva; y,
- La que ataca directamente a la carga procesal, a la relación jurídico-procesal que contiene la pretensión, sin tocar a esta, la que podrá ser nuevamente intentada en una nueva construcción procesal sin defectos.

⁶⁴ Ver supra III.

⁶⁵ COUTURE, EDUARDO J.- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Ob. Cit. pp. 90-91.

⁶⁶ REDENTI, ENRICO.- *Derecho Procesal Civil*, T.I., Eds. Jcas. Europa-América; Buenos Aires, 1957; p. 52.

⁶⁷ ULPIANO.- *Digesto*; 44, I, 1; cit. por COUTURE, EDUARDO J.- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Ob. Cit.

⁶⁸ Ob. Cit. pp. 96-97.

Esta es la tradicional diferencia entre las excepciones *dilatorias* y las *perentorias* que, en puridad, no existen más, sustituyéndose tal concepción por la moderna denominación de excepciones *sustantivas* y *procesales*. FLORES GARCÍA⁶⁹ es quien señala que sobre la excepción subsiste aún la oscurantista imagen que las escinde en *perentorias* y *dilatorias*. El conceptualizará a la excepción como una *fuerza antagónica, antitética* (no como una bifurcación de la acción procesal) a la que puede denominarse *resistencia, reacción o contra-acción* y que permite al demandado también provocar la reacción del Órgano Jurisdiccional (contra-instancia) y pretender contra el actor (contra-pretensión).

Quedan pues las concepciones de *dilatorias* y de *perentorias* como una diferencia nominal sólo para la tramitación procesal de las mismas en juicio, como había sucedido con el epígrafe del Art. 312º del Código de Procedimientos Civiles(D)⁷⁰ de 1912 que no fue modificado por la importante reforma del Decreto Ley 21773, que sí modificó la tramitación de las excepciones en juicio ordinario en el Art. 318º del ya citado texto normativo procesal.

ALSINA⁷¹ explicará que, en su forma genérica, excepción es toda defensa que el demandado opondrá a la pretensión del actor, sea que con eso niegue el derecho en que se funda, sea que con eso se limite a impugnar la regularidad del procedimiento. En su sentido restringido, añadirá, es la defensa dirigida a paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia jurídica, fundada en una omisión procesal o en una norma sustancial. FERRERO⁷² resumirá que excepción es un derecho correlativo que el demandado puede oponer a la acción. La acción constituye el ataque, la excepción, la defensa. La excepción no tiene por finalidad consagrar derecho alguno, sólo pretende hacer perecer o diferir la acción que hace valor el demandante par que se consagre su derecho.

⁶⁹ FLORES GARCIA, FERNANDO.- *La Teoría General del Proceso y el Amparo Mexicano*; Ob. Cit.

⁷⁰ Las excepciones y defensas previas han sido tratadas en la Sección Cuarta, Título III Arts. 446 al 457 del TUO del Código Procesal Civil.

⁷¹ ALSINA, HUGO.- *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*; T. II; EDIAR Editores, Buenos Aires, 1961; p. 78.

⁷² FERRERO, AUGUSTO.- *Derecho Procesal Civil – Excepciones*; Ob. Cit. pp. 63-64.

Finalmente, podremos añadir que en su real y constreñido carácter procesal, excepción es aquella forma procesal que puede adquirir el derecho de defensa. La defensa es el género y la excepción de una de sus especies: *la procesal*. De allí que se pueda inferir válidamente que toda excepción comporta una defensa, más no toda defensa constituye una excepción⁷³.

IX. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

Es aparentemente sencillo definir in-extenso lo que constituye la *Juris-Dictio*. Sin embargo, ello provocaría no solo enunciados inevitablemente genéricos, sino, a la vez, disímiles y equívocos.

El concepto inicial de lo que debe entenderse por jurisdicción no parte, precisamente, de un procesalista sino de un reputado constitucionalista y tratadista del Derecho Político como lo es GEORGE JELLINECK⁷⁴, quien ha señalado que el avance más notable de finales del Siglo XIX, es el haber incorporado al ámbito del Derecho Público, del ámbito del Derecho Privado, el concepto de jurisdicción; lo que acontece a la par con el cualitativo cambio político-ideológico-social ocurrido con la Revolución Francesa. Y esto se da por la aplicación de la obra de MONTESQUIEU que sostenían, como ya se ha anotado, que los jueces son la boca por donde hablan las palabras de la ley, unos seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor⁷⁵.

De aquí aparece con evidencia la complejidad de la definición del término de jurisdicción. Se han de presentar innumerables definiciones, muchas de ellas equívocas, y la mejor manera de clarificar esto es recurriendo a la Teoría General del Proceso.

Para empezar, etimológicamente jurisdicción proviene de *Jurisdictio*, conjunción de dos vocablos latinos: *Ius=derecho* y *dicere=acción* de decir. Entonces se define así, en una primera instancia, como la acción de decir derecho.

⁷³ QUIROGA, ANÍBAL y otro.- *Las Excepciones en el Proceso Civil Peruano. Análisis y Alternativa -Proyecto Modificador-*; Ob. Cit. p. 106.

⁷⁴ JELLINECK, GEORGE.- *Teoría General del Estado*; de la Universidad de Heidelberg; cit. por el Prof. GONZÁLEZ-DELEITO Y DOMINGO en el Curso Justicia Constitucional del Ciclo Doctoral 1984/1985 de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España.

⁷⁵ Ver supra VII.3 y citas 62 y 63.

UGO ROCCO⁷⁶ la definirá como “*la actividad con que el Estado, interviniendo la instancia de los particulares, procura la realización de los intereses protegidos por el derecho que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma jurídica que la ampara*”. CHIOVENDA⁷⁷ dirá que “*es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares, sea para afirmar la existencia de la ley, sea para hacerla prácticamente efectiva*”. CALAMANDREI⁷⁸ señalará que “*es la posición de la Administración de Justicia en la moderno Estado de Derecho, que reivindica para sí el monopolio del ejercicio de la función jurisdiccional*”. MONTERO AROCA⁷⁹, junto con otros autores de su línea de pensamiento, acotará que es “*la función creadora de derecho para el caso concreto, mediante juicio por órganos imparciales; donde derecho será aquello que aprueben los jueces con la autoridad que socialmente les es reconocida como poder*”.

Dentro de esta gama de conceptos y definiciones, de las que sólo hemos señalado una mínima parte, se comprende la dificultad en la definición con exactitud la naturaleza y el concepto de la *Jurisdictio*. Sin embargo, resulta necesario a efectos académicos intentar una aprehensión unívoca, más que para definir exactamente la institución, para descartar lo que es lejano a ella.

En efecto, debe entenderse que existen claramente denotadas dos acepciones comúnmente marcadas en torno a la jurisdicción. Por una parte, aquella lata que la entiende como toda declaración válida de derecho que se efectúa con arreglo a una atribución pre-establecida y que en primer orden

⁷⁶ ROCCO, UGO.- *Teoría General del Proceso*; Ed. Porrúa Hnos., México D.F., 1944; cit. por PEÑA DUEÑAS, HERNÁN.- *Distinción de los Conceptos Fundamentales del Derecho Procesal*; Ob. Cit. p. 43.

⁷⁷ CHIOVENDA, GIUSEPPE.- *Instituciones de Derecho Procesal Civil*; Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1940; cit. por PEÑA DUEÑAS, HERNÁN.- *Distinción de los conceptos Fundamentales del Derecho Procesal*; Ob. Cit. pp. 40-41.

⁷⁸ CALAMANDREI, PIERO.- *Estudios Sobre el Proceso Civil*; Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961; pp. 269-271.

⁷⁹ MONTERO AROCA, JUAN.- *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, Acción y Proceso*; Ob. Cit. pp. 20-25.

corresponde al Estado en uso de su inherente atribución de *Ius Imperium*, que consiste tanto en la formulación de relaciones jurídicas de derecho material a través de la normatividad legal en su sentido formal expedidas por el Órgano Legislativo, como por las disposiciones legales en su amplio sentido material expedidas por el Órgano Ejecutivo y que también constituyen relaciones jurídicas de carácter material, hasta llegar al Órgano Jurisdiccional en donde primordialmente cobra vigencia mediante el establecimiento o restablecimiento de las relaciones jurídicas esencialmente subjetivas mediante la composición de *la litis en la declaración de certeza*⁸⁰.

Por otro lado, tenemos la aceptación particularizada que limita su conceptualización únicamente a la "*Potestad de ejercer la administración de justicia determinándose el derecho material aplicable a un caso concreto de manera definitiva*"⁸¹.

El adecuado concepto de la jurisdicción dentro de la Ciencia del Proceso se contrae a lo segundo, donde al Estado le corresponderá la potestad de cautelar la vigencia y eficacia de las relaciones jurídicas establecidas defendiendo su presunción de justeza, correspondiéndole tal función del modo privativo al Órgano Jurisdiccional.

El concepto enunciado condensa la vastedad del término: Derecho Público, división de poderes, imparcialidad, autonomía, composición de la litis en un caso concreto y Cosa Juzgada. Al Estado constitucionalmente se le reserva de modo singular la potestad jurisdiccional, de modo que cabe afirmar que todo juez, por hecho de serlo, está investido de *autoritas jurisdictional*. No es correcto, pues, hablar de falta de jurisdicción, ausencia de jurisdicción o pérdida de jurisdicción salvo en los casos en que se carezca del respectivo nombramiento, renuncia o cese, como es el caso del supuesto de hecho contenido en el Inc. 1º del Art. 1085 del *Código de Procedimientos Civiles* de 1912⁸². En cambio, un ejemplo de una defectuosa deno-

⁸⁰ QUIROGA, ANÍBAL y otro.- *Las Excepciones en el Proceso Civil Peruano. Análisis y Alternativa –Proyecto Modificador–*; Ob. Cit. p. 55.

⁸¹ Ob. Cit.

⁸² El Art. 1 del TUO del Código Procesal Civil señala: "la potestad jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el Poder Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la República". No creemos que esta definición sea la más acertada y fiel al concepto "*jurisdicción*".

minación aparece en el Inc. 2º de ese mismo numeral donde se denomina jurisdicción, lo que en puridad es competencia, ejemplo que lamentablemente no es casual ni excepcional⁸³.

X. CONCEPTO DE COMPETENCIA

Definida la jurisdicción, es relativamente más sencillo definir el concepto de competencia. Pero aún cuando dichos conceptos están muy relacionados, hay que insistir en diferenciar el uno del otro, pues ni son equivalentes ni son sinónimos como mucha veces se sostiene e, incluso, se legisla como en el caso del Art. 1085 del *Código de Procedimientos Civiles* de 1912 ya señalado⁸⁴.

Podremos decir, pues, que a todo juez, por el hecho de serlo, le corresponde *in-génere* el atributo jurisdiccional, más no todo juez es competente para el caso concreto, de donde se infiere que la potestad jurisdiccional sólo puede tener eficacia jurídica cuando es ejercitada competentermente⁸⁵.

Sustentan la competencia básicamente, a diferencia del aspecto teórico de la jurisdicción, razones de orden práctico y funcional que son propias del Derecho Procesal, como por ejemplo la territorialidad, la jerarquía, la temporalidad, la especialización, la distribución del trabajo, etc.

Se dice así que la competencia es la porción, medida o límite natural de la facultad jurisdiccional que a cada órgano corresponde por mandato de la ley -la competencia se sustenta siempre en el principio de legalidad- en la tarea compartida de administrar justicia⁸⁶. También se dirá que es la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado, o que la competencia como capacidad objetiva es el círculo de negocios de la autoridad judicial a través de la selectividad que proporcionan los diversos criterios para determinar la capacidad objetiva del juzgador⁸⁷.

⁸³ La Sección Primera, Título II, Capítulo 1 (Arts. 8 al 34 del TUO del Código Procesal Civil) desarrollan el concepto de *competencia* dentro del ámbito civil.

⁸⁴ Ver nota a pie de página N° 82.

⁸⁵ Ob. Cit. p. 59

⁸⁶ HELLWIG, citado por FLOREZ GARCÍA, FERNANDO.- *Teoría General del Proceso y el Amparo Mexicano*; Ob. Cit. p. 91.

⁸⁷ Ob. Cit.

CHIOVENDA⁸⁸ define la competencia como el conjunto de las causas en que, con arreglo a ley, puede un juez ejercer su jurisdicción y la facultad de ejercerla dentro de los límites en que está atribuido. GUASP⁸⁹ señala que la competencia será la atribución de un determinado Órgano Jurisdiccional de determinadas pretensiones, con preferencia a los demás órganos de la jurisdicción, y por extensión, la regla o conjunto de reglas que deciden sobre dicha atribución. CARNELLUTTI⁹⁰ establecerá que se llama competencia a la extensión de poder que pertenece a cada oficio o a cada componente de oficio en comparación con los demás; por consiguiente, es el poder perteneciente al oficio o al oficial considerados en singular. MATTIROLO⁹¹ la define como la medida como se atribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales. Finalmente, MICHELLI⁹² dirá que la medida de poder jurisdiccional conferida por la ley a cada juez ordinario se indica con la palabra –también de uso tradicional- competencia, con la cual quedan indicados los límites internos que cada juez ordinario encuentra en el desarrollo de sus funciones por el concurrente por poder jurisdiccional.

Hemos señalado anteriormente que la jurisdicción es la potestad que ejerce privativamente la Administración de Justicia determinando el derecho material en un caso concreto y de manera definitiva. Entonces podemos afirmar que la competencia no será otra cosa que *la jurisdicción válidamente ejercitada*; de modo que reformulando la inicial definición, podremos decir también que la competencia es la *capacidad de declarar derecho, del ejercicio jurisdiccional en el caso concreto, de manera válida, pre-determinada por la ley y en forma definitiva*.

⁸⁸ CHIOVENDA, GIUSEPPE.- *Instituciones de Derecho Procesal Civil*; Ob. Cit. por PEÑA DUEÑAS, HERNÁN.- *Distribución de los Conceptos Fundamentales del Derecho Procesal*; Ob. Cit. p. 44.

⁸⁹ Ob. Cit.

⁹⁰ CARNELLUTTI, FRANCESCO.- *Sistema de Derecho Procesal Civil*; T. I; Ed. UTEMA, Buenos Aires, 1944; pp. 286-287.

⁹¹ MATTIROLO, LUIS.- *Instituciones del Derecho Procesal Civil*; Ed. La España Moderna, Madrid, s/f.

⁹² MICHELLI, GIAN ANTONIO.- *Curso de Derecho Procesal Civil*; T. I, Eds. Jcas. Europa-América; Buenos Aires, 1971; p. 131.

XI. ORGANO JURISDICCIONAL

De acuerdo a nuestra organización constitucional, sustentada en las teorías liberales del Estado propiciadas tanto por LOCKE como por MONTESQUIEU, el poder público republicano descansa sobre la división e los poderes o de las funciones de los órganos constitucionales, como se entiende ahora. A este efecto, existen los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial o Jurisdiccional, cuyas funciones están concisamente definidas por DUGUIT⁹³, quien que *“Mediante la función legislativa el estado formula el derecho subjetivo e indica la forma como ha de realizarse; mediante la función administrativa, el Estado crea una situación de derecho subjetivo condiciona por un acto individual, el nacimiento de una situación legal; mediante la función judicial, el Estado hace constar la existencia de una regla o de una situación de derecho, en caso de violación o de contienda y dispone las medidas necesarias para asegurar el debido respeto a su decisión”*.

Después de todo, será KELSEN quien estableció que la doctrina de los tres poderes del Estado es —desde el punto de vista jurídico— la doctrina de las diferentes etapas de creación y aplicación del ordenamiento jurídico nacional⁹⁴.

Por ello, en el cumplimiento de sus funciones cada órgano del Estado expide declaraciones de derecho: el órgano legislativo bajo la forma de leyes de alcance general; el órgano ejecutivo bajo la forma de actos administrativos generales y particulares y actos de la administración, y el órgano jurisdiccional mediante los actos jurisdiccionales de declaración de certeza frente al conflicto o a la violación del derecho. En su caso, la ley se distingue del acto jurisdiccional por el carácter esencialmente genérico de la primera, estableciéndose relaciones jurídicas abstractas, en tanto que el acto jurisdiccional es esencialmente declarativo de relaciones jurídicas particulares y referidas a cada caso concreto y entre partes concretas.

Las atribuciones del órgano jurisdiccional (por su propia naturaleza de parte integrante del Estado) se encuentran contenidas, en lo básico, en la

⁹³ Cit. por PAREJA PAZ SOLDAN, JOSÉ.- *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*; T. I, pág. 296.

⁹⁴ KELSEN, HANS.- *Teoría General del Derecho y del Estado*; Fac. de Derecho, UNAM, México, 1979.

Constitución y, en lo particular, en la Ley Orgánica que lo desarrolla, así como en los Tratados Internacionales que se vinculen imperativamente con el quehacer jurisdiccional sobre todo en la defensa de derechos fundamentales, en las demás leyes y normas legales que lo desarrollan, siendo por tanto su naturaleza de carácter profunda y esencialmente constitucional, de la misma importancia que la vigencia y función de los otros órganos del Estado, donde la condición más importante para el eficaz cumplimiento de sus privativas funciones está constituida por la independencia política y autonomía administrativa.

XII. PRINCIPIOS PROCESALES

Los principios procesales son aquellos que hacen de la estructura del proceso una unidad dinámica de actos concatenados según una secuencia lógica, y realizados por sus protagonistas: las partes y el Órgano Jurisdiccional. En efecto, el proceso se haya sometido a principios lógico-jurídicos que reciben la denominación de *principios formativos del proceso*⁹⁵, que son diferentes y deben ser diferenciados de las garantías procesales y de la propia normatividad procesal. No son, pues, reglas de conveniencia derivadas de la praxis, sino enunciados teóricos que fluyen de una estructura procesal determinada otorgándose base sólida.

Como quiera que el proceso no es una construcción estática sino dinámica, viviente, de actos lógicos realizados por sus protagonistas, estos se hallan sometidos a los principios lógico-jurídicos que ya se ha citado como *formativos*, y que son conceptos de orden general que definen el modo de ser del proceso en toda extensión, distinguiéndose de las garantías y de la normatividad procesal en donde las primeras provienen de la esfera constitucional como medio de defensa de los derechos constitucionales, en tanto que las segundas son las disposiciones señaladas taxativamente en la normatividad procesal a efectos del perfeccionamiento y ejecución de los actos jurídico-procesales. Los principios procesales son, pues, categorías abstractas cuya finalidad es otorgar racionalidad al proceso.

La reunión al interior de una estructura procesal de un conjunto determinado de principios procesales da origen al procedimiento otorgándole

⁹⁵ MILLAR, ROBERT.- *Los principios formativos del procedimiento civil*.

tipicidad. Así, el proceso es el género y el procedimiento su especie determinada y determinable. Estos caracteres típicos se encuentran enunciados doctrinariamente en forma antitética, así:

- *Escritura y oralidad.*
- *Mediación e inmediatez.*
- *Concentración y fraccionamiento.*
- *Publicidad y reserva.*
- *Preclusión y permanencia.*
- *Formalidad y economía Procesal.*

A esta clasificación se le ha agregado la que resulta de las especialidades de la ciencia del derecho, y así resulta la cognición civil, cognición penal, cognición laboral, cognición agraria, cognición de familia, jurisdicción voluntaria, ejecución forzosa, providencias cautelares, etc.

Principios básicos del proceso

- a) ***Bilateralidad.***- Acaso el de mayor importancia, puesto que sin ella no podría conceptualizarse el proceso en sí mismo. Se le entiende como la actividad que se ejerce dirigida a estimular al Órgano Jurisdiccional propiciando el pronunciamiento jurisdiccional *meritum causae* con la necesaria participación del destinatario de la pretensión hecha valer. Por ello, CALAMANDREI⁹⁶ señala que el principio bilateral del proceso no es, en sustancia, más que una consecuencia de la bilateralidad de la acción.

En el antiguo derecho romano no cabía la posibilidad de proceso sin la comparecencia del demandado. En el derecho germano el incurrente era forzado a comparecer a través de la aplicación de drásticas medidas como el embargo y la prescripción. La misma orientación siguieron el proceso francés y el canónico, que sancionaban al rebelde al extremo que el actor podía ser puesto en la posesión de los bienes del emplazado (*posesio tediatis*). Fue la *Bula Clementina Saete* de 1306 la que recogió las prácticas italianas, originadas en el derecho romano de la última etapa, según la cual podría admitirse proceso sin la intervención del demandado, con la figura

⁹⁶

CALAMANDREI, PIERO.- *Instituciones del Derecho Procesal Civil* .

de la *actuación ficta* que se mantienen hasta la fecha. Se generalizaron tales disposiciones y prontamente fueron admitidas en el Siglo XVIII, dándose forma jurídica a la *rebeldía* o *contumacia*. ROBERT MILLAR señala que el más destacado entre los principios acaso sea el concepto de que necesariamente han de ser oídas ambas partes: *el principio de la audiencia bilateral*. Inseparable absoluto de la administración de justicia organizada que encuentra igualmente expresión en el precepto romano: *Contradictio Audiatur et Altera Pars*⁹⁷.

- b) **Contradicción.**- Derivado del principio de la bilateralidad, se le entiende por el derecho de cada parte para pronunciarse por sobre los actos de su contraria o por sobre los del Organo Jurisdiccional, sean estos alegatos, peticiones, objeciones, declaraciones, etc. En algunos casos la contradicción ha de ser requisitos de validez de los actos jurídico-procesales, en otros casos no, pero como garantía esencial del proceso siempre las partes han de tener por lo menos el plazo legal para ejercitarla.
- c) **Adquisición.**- Los actos jurídico-procesales, perfeccionados como tales, que son objeto de la ejecución procesal, deben beneficiar a las partes por igual, permaneciendo inmutables una vez que se han constituido válidamente. UGO ROCCO⁹⁸ expone que allí donde las partes han desarrollado cierta actividad, haciendo que el proceso adquiera determinados elementos del mismo, tales actos o elementos permanecen firmes e inmutables, de suerte que de ellos puede valerse no solo la parte que ha promovido su adquisición, sino también las otras. Para ALSINA⁹⁹, básicamente, el principio de la adquisición procesal evita la duplicidad de la prueba contribuyendo a la celeridad del juzgamiento.
- d) **Preclusión.**- La división del proceso en fases o etapas del procedimiento, a modo de compartimientos estancos, se denomina *preclusión procesal*, que significa no solo la amenaza de caducidad, pérdida o consumación de una determinada facultad de proceder, sino que la organización misma del proceso en estadios se va cerrando o

⁹⁷ MILLAR, ROBERT.- Op. Cit.

⁹⁸ ROCCO, UGO.- Op Cit.

⁹⁹ ALSINA, HUGO.- *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*; T. I.

clausurando en su continuidad dando paso, a los siguientes sin lugar a retracción. Es objeto de este principio dar al proceso un carácter lineal en el tiempo, de secuencia progresiva propiciando su necesario avance en el menor tiempo hacia la resolución de la controversia o conflicto *Meritum causae*.

- e) **Impulsión.** - El órgano jurisdiccional debe ser siempre requerido a impulso de parte, esto es, por el titular de la relación jurídica afectada, a fin de obtener que aquel que se pronuncie sobre esta, excepto en los casos que la ley autoriza u ordena expresamente una actuación de oficio, lo que constituye una cada vez menos frecuente una excepción en materia civil. Es, diríamos, la manifestación de la voluntad de los protagonistas del proceso en asumir su rol protagónico en este, lo que concordado con la preclusión, determina el desarrollo secuencial (ordenado y lógico) del proceso.
- f) **Eventualidad.** - Denominado también de la acumulación eventual y confundida por muchos con la preclusión, se caracteriza por la oportunidad y pertinencia de la participación en el proceso. En efecto, como quiera que el proceso está dividido en compartimiento o estadios formando en conjunto un procedimiento determinado, los protagonistas del mismo deben actuar in-extenso en cada etapa con arreglo a la pertinencia de la misma. La eventualidad de estadio procesal origina la preclusión, de donde se concluye que ésta es consecuencia de aquélla, lo que no es otra cosa que la ausencia de la impertinencia procesal.
- g) **Concentración.** - Referida a la unidad del proceso y a la del criterio del juzgador, propende a que el procedimiento de que se trate culmine en pocas actuaciones y en el menor tiempo posible, acumulando los actos jurídico-procesales para la pronta solución de la controversia. Principio más propio del proceso oral, impone que el procedimiento se desenvuelva sin interrupciones indebidas ni dilaciones impropias, que no proliferen cuestiones incidentales o accesorias, que la oportunidad probatoria única en lo posible, y que la decisión final incluya todo lo que ha sido objeto del debate a fin de que comprometa, en aras de la eficiencia jurisdiccional, el menor número de actuaciones jurisdiccionales posibles buscando una ventajosa relación de costo-beneficio.
- h) **Inmediación.** - Propende el mayor contacto entre el juzgador en su condición de funcionario del Organo Jurisdiccional con las partes en su

calidad de protagonistas del proceso, a fin de lograr una mayor y mejor comprensión por parte del primero de lo que es el objeto de la controversia de que se trate, y que los segundos puedan, igualmente, ejercitar su correspondiente derecho de defensa en los términos más fieles posibles. El conocimiento de las partes, su directa participación en el proceso, la apreciación personal de los medios probatorios y su examen, aseguran al juzgador un mayor margen de certeza jurisdiccional.

- i) **Oralidad.**- Entendida como el predominio de la palabra hablada antes que la escrita, se relaciona con los demás principios propiciando su realidad. Así, el predominio de la verbalización atenúa la formalidad representada por el uso de los escritos, facilita la mediación, permite la adecuada identificación de los protagonistas del proceso, propicia la concentración y, establece la resolución conjunta de las cuestiones interlocutorias. FLORES GARCIA¹⁰⁰ subraya que, en la exposición de CHIOVENDA, sobre el principio de la oralidad, la enumeración magistral de sus caracteres: *“La identidad física del juez, la concentración de las audiencias, la inapelabilidad de los interlocutorios (cuando la decisión del incidente no sea impugnada separadamente del fondo); a lo que podemos sumar la inmediatividad o inmediación que según ROSENBERG consiste en que las alegaciones de las partes y su ofrecimiento de prueba deben producirse directamente frente y ante el tribunal de conocimiento (...); así, sin la interposición de intermediarios judiciales. También cabe agregar la publicidad de las audiencias y la autoridad del juez como director del proceso”*.
- j) **Escritura.**- Principio opuesto dialécticamente al precedente, se establece a partir del carácter técnico del derecho y de las formas de comunicación y del conocimiento humano, que requiere de los escritos para una mejor aprehensión de los puntos en controversia dentro del conflicto judicial, y que con la oralidad es difícil de establecer toda vez que allí los discursos pueden resultar muy dispersos o complejos, o influenciar al juzgador con una determinada retórica sin posibilidad de

¹⁰⁰ FLORES GARCIA, FERNANDO.- *La Teoría General del Proceso y el Amparo Mexicano*; Ponencia al Coloquio Italo-Latino-Americano de Derecho Constitucional en Roma, Perugia, Italia, Revista de la Fac. de Der. de México; Tomo XXXI, Enero-Abril 1981, No. 118; UNAM, 1era. Ed., 1982, México; pp. 100-101.

reflexión mesurada y detenida. Representa el carácter formalista del proceso. Sin embargo estos principios de contenido excluyentes son adaptables conjuntamente en un procedimiento, en donde se pueden estadios orales y escritos (mixtos) aprovechando las mejores características de cada uno.

- k) **Publicidad.**- Principio que debe ser distinguido de la garantía constitucional de publicidad de los procedimientos con las excepciones de ley. En efecto, la publicidad del proceso supone la participación de la comunidad en el ejercicio de la administración de justicia a través del funcionamiento del Organo Jurisdiccional, lo que por lo demás pertenece a la esfera del derecho público. La publicidad como garantía está referida al control externo de la juridicidad del funcionamiento del Organo Jurisdiccional y el aseguramiento para las partes de un proceso imparcial, concepto que no ingresa en la categoría de principio procesal, sino que es casi una categoría axiológica integrante del concepto de justicia.

La publicidad como principio procesal se relaciona más estrechamente con la oralidad y puede ser general o parcial, esto es, público *erga omnes*, o inter-partes, situación que a su vez admite que determinados actos procesales sean públicos en general y otros solo públicos pero para las partes, sin llegar a la reserva o secreto excepto cuando la ley o la Constitución así lo declaren o prevean.

- l) **Disposición.**- Por este principio se fijan los límites de la actuación válida del Organo Jurisdiccional en mérito de la *impulsión*, sujetándola a las *Juris Petitio* de las partes, de tal manera que no asiste validez al acto jurídico-procesal que no haya sido impulsado por las partes. Para algunos autores este principio es diferente del *de presentación de las partes* que estaría condicionado por aquél. Otros en cambio, como GOLDSCHMIDT, SCHÖNKE y STEIN identifican ambos principios como uno solo.

La regla de presentación de las partes precisa la actividad de estas en cuanto tienden a aportar el material necesario para el pronunciamiento jurisdiccional, dejando limitada la función jurisdiccional al control de que tal actividad se desenvuelva dentro de los límites de la legalidad, sin que el juzgador pueda válidamente propiciar o, menos aún, suplir el aporte de material alguno. Al ser las partes los titulares del aporte del material de

conocimiento procesal, disponen de sus derechos limitando sus pretensiones jurídicas y defensa dentro del proceso. De otro lado, la actividad del juzgador se circunscribe a la recepción de dicho material aportado y preparar, en su base, el pronunciamiento jurisdiccional. Siendo tales los alcances del principio de presentación de las partes, este no es otro que el *principio dispositivo*.

El principio dispositivo o de controversia (concepto acuñado por N.T. GONNER) ha constituido siempre el marco del proceso en materia civil a diferencia del proceso en materia penal en que por su propia naturaleza social está enmarcado por el principio inquisitivo que le es opuesto. Así tenemos que en el proceso romano –en sus tres estadios–, en el proceso germano y en el que resultó de la fusión de ambos, se reconocieron a las partes el más amplio derecho para aportar el material de conocimiento que limitaba al mismo tiempo el pronunciamiento jurisdiccional. El curso histórico del proceso civil ha recogido fuertemente la *dispositio* como principio incontestable, máxime luego del liberalismo moderno que impregnó al proceso civil occidental de las tres grandes libertades que condensan esta disposición:

- *La libertad de la demanda.*
- *La libertad de la prueba.*
- *La libertad de la impugnación.*

Sin embargo, en los últimos tiempos, conjuntamente con el deterioro del liberalismo, el principio dispositivo ha ido cediendo paso en el proceso civil, sobre todo a partir del cuestionamiento de las ideologías en el proceso, de tal suerte que el principio inquisitivo ha ido tomando vigencia aún sin cuajar ni ser aceptado totalmente, y que se condensa en la máxima: *el juez es el director del proceso*, tal como fuera acuñado en el Art. 2º del Código Modelo del Proceso Civil para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y de allí tomado en diversos ordenamientos procesales posteriores¹⁰¹. Por lo demás, un ordenamiento procesal civil

¹⁰¹

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL.- *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*; Fund. de Cultura Universitaria; 3era. Ed. supervisada y actualizada por Enrique VESCOVI; Montevide, abril de 1999; p. 51.

no resulta –ni podría serlo- absolutamente dispositivo o plenamente inquisitivo, pues nada obsta, y por el contrario se favorece, el uso conjunto de ambos en una sistemática apropiada, reconociéndose una mayor preeminencia de uno sobre el otro según la ideología procesal que se adopte o se defienda, conciente o inconscientemente, debiendo poder identificar las instituciones en las cuales se presenta uno y otro. El propio carácter de orden público de la función jurisdiccional y del rol del Estado en la consecución de la justicia entre sus miembros, exige el control por parte del Organo Jurisdiccional de la legalidad de instituciones jurídicas pilares, haciendo imperioso el dotar al juzgador de los medios necesarios para una actuación protagónica por encima de la voluntad de las partes.

- II) **Inquisición.** - Permite la actuación protagónica y válida del juzgador a través de actos jurídico-procesales no peticionados directamente por las partes, con un mayor protagonismo e iniciativa *exofficio* del propio juzgador a quien se dota de poderes para ello, donde éste decide perfeccionar bajo su singular criterio en nombre del Estado y en búsqueda de la legalidad y de la verdad judicial para una mejor resolución de la controversia de que se trate. Es un principio que emerge de un concepto particularmente publicista de la administración de justicia de que se trate, y de la ideología que al efecto se siga.

Conceptualizado como de máxima investigación o de oficialidad, donde el proceso no es considerado como un instrumento de las partes de una controversia, alrededor de una determinada relación jurídica, sino como un medio de servicio al interés general de la sociedad que exigen de la más amplia actividad, actuación y criterio del juzgador en defensa del referido interés colectivo, desplegando su propia iniciativa dinamizada por el impulso oficial en el proceso. Como se puede inferir con facilidad, ha sido el proceso penal el que comúnmente se sirva del principio inquisitivo (habiendo sido asumido totalmente sólo en el proceso civil de Prusia bajo el Gobierno de Federico el Grande) y que en la actualidad participa parcialmente –en menor o mayor grado- dentro del moderno proceso civil en conjunto con el principio dispositivo. El desarrollo del proceso ha hecho que también tenga una actuación preeminente en los procesos laborales, agrarios, constitucionales y de protección de derechos humanos, donde el rol del Estado en la solución de ese tipo de controversias está mucho más presente.

XIII. PRESUPUESTOS PROCESALES

Conjuntamente con los *Principios del Proceso*, la realidad de los Presupuestos Procesales también se halla condicionada a la existencia de ciertas generalidades. La teoría de la relación jurídico-procesal y de sus presupuestos forma la base de todos los sistemas el proceso, siendo incontestable que a partir de VON BÜLOW, y no antes, en que comienza a formarse una ciencia propia del Derecho Procesal que luego ha devenido en la Teoría General del Proceso¹⁰².

Para COUTURE¹⁰³, los Presupuestos Procesales son aquellos antecedentes necesarios para que le juicio tenga existencia jurídica y formal, considerando que son los supuestos previos al juicio sin los cuales no puede pensarse en el. ALSINA¹⁰⁴ sostuvo que son las condiciones necesarias para el nacimiento de la relación procesal válida. SCHÖNKE¹⁰⁵, KISCH¹⁰⁶, y CHIOVENDA¹⁰⁷ coincidieron en que son los requisitos del desenvolvimiento de la relación procesal. Sin embargo, más adelante se presenta la discusión entre el proceso mismo y la resolución de fondo de la controversia (*Meritum Causae*) estableciendo que los Presupuestos Procesales no obstan la existencia misma del proceso, sino del pronunciamiento válido sobre el meollo sustantivo de la controversia.

Tomando los conceptos de BÜLOW y de CHIOVENDA, FERRERO¹⁰⁸ concluye que los presupuestos procesales son los requisitos para que se constituya una relación procesal válida, sin que ello afecte a la acción la cual aparecería así como no juzgada. Lo que niega la inexistencia del Presupuesto Procesal es la viabilidad procesal para que la acción propuesta en la *Iuris Petitio*, sin llegar a determinar si la pretensión jurídica existe o no en la realidad del mundo del derecho.

¹⁰² GOLDSCHMIDT, JAMES.- Cit. por FERRERO, AGUSTO.- *Derecho Procesal Civil-Excepciones*; Lima, 1980.

¹⁰³ COUTURE, EDUARDO. J.- Op Cit. p. 102.

¹⁰⁴ ALSINA, HUGO.- Op. Cit. T. I, p. 430.

¹⁰⁵ SCÖNKE, ADOLFO.- *Derecho Procesal Civil*; p. 159.

¹⁰⁶ KISCH, W.- *Elementos del Proceso Civil*; p. 161.

¹⁰⁷ CHIOVENDA, GIUSEPPE.- *Instituciones ...*; Op. Cit., p. 71; cit. por FERRERO, AGUSTO.- Op. Cit. p. 72.

¹⁰⁸ FERRERO, AGUSTO.- Op. Cit. p. 73

Se puede afirmar que los Presupuestos Procesales son aquellos requisitos, precedentes necesarios para el ejercicio de la acción, para el perfeccionamiento de la relación jurídico-procesal válida dentro de un proceso, y cuya ausencia deja a este sin la eficacia del caso, careciendo de objeto, por tanto, la acción de su contenido.

Los Presupuestos Procesales unánimemente reconocidos como tales en la doctrina son:

- La ***Jurisdictio*** competente, esto es, la pre-existencia de un Órgano Jurisdiccional con posibilidad de perfeccionar actos jurídico-procesales válidos.
- La adecuada ***Capacidad de las Partes***, esto es, la pre-existencia de un elemento subjetivo necesario para el perfeccionamiento y validez del acto jurídico-procesal.
- La ***formalidad de la Demanda***; esto es, el ejercicio *ad-solemnitate* de la acción.

XIV. PROCESO

Aún cuando resulte común identificar como sinónimos *acción, proceso, procedimiento, juicio y forma procesal*, cada uno de estos términos son diferentes y deben ser diferenciados entre sí, no obstante su íntima relación, por lo que es menester identificar cada uno de dichos conceptos en el margen de la sutileza que ello suponga.

El proceso judicial supuso ser aquella elaboración socio-jurídica que permitió desde antiguo la superación del mecanismo de la autodefensa, de la acción directa, de la justicia por mano propia, de *manu militari* y de la ley del Talión (autotutela) como medio de solución de los conflictos, haciéndose necesaria la intervención del Estado en la solución de los conflictos de intereses de los particulares con el propósito de lograr un desarrollo social en justicia y paz a través de la cautelación de las relaciones jurídicas y la sanción de sus contraventores. Ello corre a cargo del Órgano Jurisdiccional, y éste a su vez funciona validamente bajo una concatenación de actos jurídico-procesales cuya culminación es la solución de la controversia bajo presupuestos, unánimemente acatados, de equidad y justicia. Esto segundo es el proceso.

CARNELUTTI¹⁰⁹ dice que según la acepción común, proceso, como procedimiento (de *procedere-Pro-Caedere*), indica una serie o cadena de actos coordinados para el logro de una finalidad. Es, pues, el conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de un litigio. Ugo Rocco¹¹⁰ lo define como el conjunto de las actividades del estado y de los particulares con las que se realizan los derechos de éstos y de las entidades públicas, que han quedado insatisfechas por falta de actuación de la norma de que derivan. CALAMANDREI¹¹¹ indica que el proceso judicial, civil o penal, consiste en una serie de actividades realizadas por el hombre, que colaboran para la consecución del pronunciamiento de la sentencia o en pone en práctica una medida ejecutiva. COUTURE¹¹² lo define a su vez como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión. MICHELI¹¹³ nos dice que por proceso se entiende una serie de actos, realizados por varios sujetos, unificados estructural y funcionalmente por la unicidad del fin que la ley atribuye al conjunto de los actos mismos y, precisamente, la actuación en concreto de una cierta forma de tutela jurisdiccional. El proceso por antonomasia es, en efecto, el proceso jurisdiccional en el cual intervienen un órgano del Estado (el juez) en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Los seguidores de GOLDSCHMIDT¹¹⁴ lo conceptúan como el método que siguen los jueces para definir la existencia del derecho de la persona que demanda, frente al Estado, a ser tutelada jurídicamente y para otorgar amparo en el caso que tal derecho exista. Finalmente, los adscritos a la escuela de CHIOVENDA¹¹⁵ precisan que es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan mediante los funcionarios judiciales del Estado para lograr la acción de la ley en un caso concreto, con el fin de declarar o satisfacer coactivamente los derechos consagrados en ella.

¹⁰⁹ CARNELUTTI, FRANCESCO.- Op. Cit. T. I, p.48, T. II p.396.

¹¹⁰ ROCCO, UGO.- Op. Cit. p.67

¹¹¹ CALAMANDREI, PIERO.- Op. Cit. p.67

¹¹² COUTURE, EDUARDO.- *Curso de Derecho Procesal Civil*. p.115

¹¹³ MICHELI, GIAN ANTONIO.- Op. Cit. T.I, p.6

¹¹⁴ Citados por PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit. p.79

¹¹⁵ Op. Cit.

Etimológicamente Proceso proviene de los términos *pro-caedo, pro-caedere* que significa marchar hacia adelante.

El proceso, es una concatenación lógica de actos jurídico-procesales organizados racionalmente, y orientados hacia la finalidad de la decisión *meritum causae*. El Proceso conlleva la idea de una realidad dinámica extendida en el tiempo opuesta a lo inmediato o instantáneo y que, además, requiere de la conexidad de tales actos, pues en caso contrario, tampoco se podría hablar de proceso.

Ahora bien, de la misma manera se ha visto anteriormente que el concepto jurisdicción tenía dos acepciones, una genérica y otra específica¹¹⁶, igualmente el concepto del proceso puede estar referido a cualquiera de las dos acepciones comúnmente referidas como proceso jurisdiccional, en sentido lato, y proceso judicial en sentido estricto. Si embargo, es adecuado dentro del derecho procesal referirse en sentido estricto al proceso como el proceso jurisdiccional-judicial o proceso jurisdiccional a secas.

XIV.1.- ELEMENTOS DEL PROCESO

Dentro del proceso existen ciertos elementos que resulta conveniente informar a fin de ampliar el marco conceptual. Así, por ejemplo, son reconocidos como elementos de todo proceso:

- a) El Estado a través del Órgano Jurisdiccional;
- b) Las partes o el elemento subjetivo;
- c) La *Iuris Petitio* o pretensión jurídica, elemento objetivo;
- d) Los bienes objeto de la pretensión jurídica o materialidad de la relación jurídica.

XIV.2.- FINES DEL PROCESO

El proceso tiene una dirección *teleológica*, tan amplia como divergentemente señalada en la doctrina. De sus fines cabe citar los siguientes que fueron expresados magistralmente por COUTURE:

- a) ***Fin mediato.***- La conservación de la paz social a través del derecho y la justicia.

¹¹⁶ Ver concepto Jurisdicción.

b) *Fin immediato.*-

- b.1.) Los clásicos nos dicen que es la obtención de la efectividad de los derechos subjetivos que han sido desconocidos o violados;
- b.2.) CHIOVENDA defiende la teoría del derecho objetivo, según la cual es la acción de la voluntad concreta de la ley para lograr un bien de vida;
- b.3.) CARNELUTTI precisa que es la composición del litigio como la única manera de lograr la paz social, coincidiendo con el fin mediato;
- b.4.) DE LA PLAZA señala que es la traducción de una voluntad concreta, la voluntad abstracta de la ley, distinguiendo una doble finalidad: examinar la *quaestio iuris* o norma aplicable, y los hechos a los que ha de aplicarse o *quaestio facti*;
- b.5.) GUASP Y ESTEVEZ han formulado su teoría a partir de la cual el proceso tiene por esencia construir una actuación de pretensiones ante el estado, el cual las conoce a través de la función jurisdiccional. Las pretensiones son tan solo actos, manifestaciones, no poderes ni derechos, que informan el contenido del derecho de acción;
- b.6.) Para COUTURE el proceso tiene una doble finalidad: privada y pública. Privada, porque va a satisfacer el interés individual dirimiendo los conflictos de intereses por medio de los órganos jurisdiccionales, y pública porque satisface a la vez el interés social de asegurar la efectividad del derecho; y
- b.7.) GOLDSCHMIDT señala que la finalidad del proceso consiste en terminar un conflicto jurídico constituyendo la cosa juzgada.

XIV. 3.- CLASIFICACIÓN DEL PROCESO

La clasificación del proceso surge a partir de los diferentes principios que en uno u otro caso tienen preeminencia en el mismo y por los particulares fines que persigan. Sólo para efectos didácticos se pueden reducir a cinco grandes clasificaciones del proceso:

- a) Procesos para los fines inmediatos que persiguen;
- b) Procesos por la clase de sentencia en la que concluyen;
- c) Procesos según la materia o *causae*;

- d) Procesos según la cuantía de la relación jurídica invocada o *iuris petitio*; y
- e) Procesos según la jerarquía del miembro del Órgano Jurisdiccional a quien le compete conocer.

XV. FORMA

Este concepto tiene sus orígenes en los arcaicos sistemas jurídicos, particularmente en el derecho romano en donde se proclamó majestad aun rígido formalismo que se extendió a todos los campos de las relaciones civiles con las personas. La solemnidad, desde antiguo, condicionaba las relaciones jurídicas que podíanse establecer por la voluntad privada que se resume en el aforismo *nuda pactio obligationes non parit*, entendiéndose que el derecho en las instituciones jurídicas era considerado como un *procedimiento*, y lo que contaba, entonces, era la forma propugnada por el principio *forma dat esse rei*. Desde entonces y hasta la fecha dos clases de forma se han manejado: *ad-solemnitatem* y *ad-probationem*.

En su sentido mas lato, la Forma procesal es el modo cierto de expresión válida de una voluntad, o la disposición exterior en que han de presentar los actos volitivos para constituir relaciones jurídicas legítima y válidas.

CARNELUTTI¹¹⁷ señala que la forma es parte del acto que se manifiesta exteriormente, o sea, la realización de la causa o de la voluntad. Como el acto implica un movimiento, la forma del acto se reduce a ese movimiento y al cambio consecencial que se opera en el mundo exterior. Clasifica, por otro lado, las formas en vinculadas, autorizadas y libres en razón de su obligatoriedad, definiendo que la forma es vinculada respecto de los caracteres que se exigen bajo pena de nulidad, es autorizada respecto de aquellos otros que si bien se consignan en la ley, donde su ausencia no determina nulidad; y, por último es libre respecto de aquellos que no han sido prefijadas.

En el curso histórico del derecho procesal se ha relevado la importancia de la forma de los actos procesales, compuesta por condiciones de lugar, tiempo y modos de expresión. Se ha dicho que prescindir de la forma procesal es tanto como suprimir el derecho procesal encomendando la jus-

¹¹⁷ CARNELUTTI, FRANCESCO.- Op. Cit. T. III, p.213

ticia a la libre, falible e imperfecta voluntad de los hombres¹¹⁸ Sin embargo, dentro de este mismo criterio, se debe distinguir entre la necesaria presencia de la forma para la realidad de las relaciones jurídico-procesales, del formalismo que no es otra cosa que la degeneración del proceso, tan peligros y esterilizante como la ausencia de la forma.

Siendo el proceso una vía al servicio del órgano Jurisdiccional y de las partes para la consecución de determinados fines, es imprescindible que en vía de garantía exista la solemnidad del procedimiento, más ello no debe ser de rigurosidad tal que haga difícil –o quizás imposible- el tránsito por la misma. El equilibrio entre uno y otro concepto debe ser el adecuado derrotero, cualquiera sea la característica del proceso de que se trate.

XVI. PROCEDIMIENTO

Se entiende por procedimiento la sistematicidad de las formas que se aportan en un proceso en una secuencia lógica, temporaria, coherente y organizada, determinando a quien compete el cumplimiento tal o cual acto jurídico-procesal, los medios para ello, las condiciones de tiempo y lugar, el orden de precedencia, su determinada y particular solemnidad y el cumplimiento de los requisitos previos cuando lo hubiera.

Esta sistemática y técnica organización de las formas a observar impone un orden y un modo de expresión, haciendo que el procedimiento presente una serie de diversas figuras específicas, es decir, que se reconozcan diversos modos de sistematicidad de formas y secuencia lógica y organizada (procedimientos) los que se distinguirán de acuerdo a las notas más destacadas de los resultados que deriven.

Si el proceso es el género, el universo jurídico de actos concatenados hacia un fin mediato¹¹⁹ el procedimiento es la especie, la particularidad dirigida a un fin inmediato. Esto quiere decir que no todas las relaciones jurídicas requieren del movimiento de todos los actos que el proceso permite, sino que los fines del proceso, mediatos e inmediatos, son perfectamente logrados a través de un conjunto menor, organizado y sistemático,

¹¹⁸ PEÑA DUEÑAS, Op. Cit. p.27.

¹¹⁹ Ver definición de proceso.

de formas, y actos jurídicos procesales. Eso es el procedimiento. En definitiva, el proceso civil es el conjunto de todos los procedimientos establecidos a partir de él, así como de aquellos no establecidos pero que pueden serlo a partir de una determinada organicidad, y el procedimiento debe responder íntegramente al proceso del cual deriva, recurriendo a su fuente en busca de perfeccionamiento y retroalimentación permanente.

CARNELUTTI¹²⁰ señala sobre este particular que proceso es el conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de un litigio. Procedimiento es la combinación de los diversos actos que se deben realizar para la solución de un litigio. Proceso sirve para denotar un máximo; procedimiento, un mínimo. A formar el primero contribuye la idea de conjunto, en tanto que a formar el segundo la idea de combinación. Para CHIOVENDA¹²¹ el procedimiento es la forma exterior como se desarrolla el proceso. MIGUEL FENECH¹²² establece, en comparación metafórica, una sugerente idea al decir que el procedimiento es al proceso lo que las instalaciones fijas son al ferrocarril por lo que podríamos decir que el tren, el convoy, es el proceso y la vía el procedimiento.

El procedimiento se reduce a ser, sostiene ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO¹²³ a una coordinación de actos en marcha, relacionados entre sí por la sola unidad del efecto final que puede ser el proceso. Para nosotros el procedimiento es la parte formal, ritual del proceso jurisdiccional que es el todo unitario. El procedimiento supone la ruta, el derrotero fijado de antemano por la ley adjetiva, y que debe guardar los requerimientos de la forma (elemento de validez de un acto jurídico) del actuar de las partes y del titular del oficio judicial. Mientras el procedimiento es el cómo llegar a la solución, y por ello es variable, multiforme, el proceso jurisdiccional es la solución misma al litigio, y su concepto por ello es invariable, único y sig-

¹²⁰ CARNELUTTI, FRANCESCO.- Op. Cit. T. IV, p.396

¹²¹ CHIOVENDA, GIUSEPPE.- Citado por PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit. p. 84

¹²² FENECH, MIGUEL.- *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. p.61

¹²³ FLORES GARCIA, FERNANDO. "La Teoría General del Proceso y el Amparo Mexicano" Ponencia del autor al Coloquio Italo-Latino-Americano de Derecho Constitucional en Roma-Italia. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XXXI, Ene-Abril 198. No. 18.UNAM. 1º Edic. 1982 – México. p.99

nifica la finalidad de nuestra disciplina, la teleología de la Teoría General del Proceso. La justa composición del conflicto de intereses que proclama el genial CARNELUTTI.

XVII. JUICIO

En la práctica por *juicio* se denota indistintamente tanto al proceso como al procedimiento e, inclusive, a cualquier actuación del Órgano Jurisdiccional, sea jurisdiccional o administrativa.

Etimológicamente proviene del vocablo latino *iuditio* (*iuditium, iudicare, iudicare, indicando*) que se divide en *ius* =derecho y *dictio* = decir, esto es, la acción de decir derecho. Se diferencia de la *iurisdictio* en que por esta segunda se denomina a la potestad de decir derecho, es decir, la calidad de juzgar en vía de administración de justicia. Por el primero se denota a la acción de decir derecho, esto es, la potestad de *iurisdictio* funcionando en la realidad a través de una actividad gnoseológica del Órgano Jurisdiccional.

Juicio es, pues, aquella actividad intelectual de conocimiento en donde, con arreglo a un procedimiento, se reciben y analizan las *iuris petitio* del derecho de acción (pretensión) y la *iuris petitio* del derecho de defensa (contrapretensión) expidiéndose una decisión lógico-jurídica (declaración de certeza) que tiene calidad jurisdiccional.

Existen dos categorías de juicio: el juicio en sentido lógico y el juicio en sentido formal. Por el primero se entiende el silogismo formado por premisas mayor y menor que anteceden un análisis y cotejo, descartando las enervadas y dando validez a las verdaderas en una conclusión. Por el segundo, se entiende la integración de una premisa mayor que serán las razones de hecho (*quaestio facti*), una premisa menor (*quaestio juris*) que son las razones de derecho y una providencia de mérito que es la conclusión del silogismo¹²⁴.

Por lo anterior, se puede concluir que los elementos más importantes del juicio son: la demanda, la confrontación de los hechos, el derecho apli-

¹²⁴ PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit. p.86

cable y la sentencia o declaración de certeza en donde se resume toda la actividad procesal.

Dentro de este orden de ideas, son objeto del juicio: las razones de hecho y de derecho alegadas por las partes y la norma legal de aplicación pertinente. Su finalidad se determina por la declaración de certeza frente a la relación jurídica en controversia, dentro de los hechos y el derecho que son de su objeto, siendo por tanto, un fin de orden práctico, actual y concreto.

SATTA¹²⁵ concluye que:

“Y entonces se me ocurre temer que el juicio no sea verdaderamente algo demasiado grande para la pobre condición humana; entonces siento que acaso no sin razón la ciencia del derecho procesal se ha puesto desde hace algún tiempo bajo el signo de tristeza”.

XVIII. ACTO JURIDICO PROCESAL

La moderna doctrina procesal, que propugna la Teoría General del Proceso, ha estudiado el acto jurídico-procesal como la base de la relación jurídico-procesal.

Es conveniente, sin embargo, precisar al inicio que el acto jurídico-procesal constituye una especie dentro de ese gran género que es el acto jurídico. Es acto jurídico en cuanto es hecho humano —o provocado por éste— dominado por la voluntad y destinado a crear, modificar o extinguir efectos jurídicos, que se caracteriza por cuanto sus efectos inciden directamente en proceso (a través de las relaciones jurídico-procesales) otorgándole sustento. Por ello, una primera aproximación nos diría que el acto jurídico-procesal es aquel acto jurídico inherente a la relación jurídico-procesal que emana de los protagonistas del proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos jurídico-procesales¹²⁶.

Ahora bien, es igualmente importante distinguir entre hechos, negocios y actos jurídico-procesales como lo sistematiza GIAN ANTONIO

¹²⁵ SATTA, SALVATORE.- *“La Tutela del Derecho en el Proceso; en soliloquios y Coloquios de un Jurista”*; Ed. EJE, Buenos Aires, p.48.

¹²⁶ COUTURE, EDUARDO.- Op. Cit. p.214

MICHELI¹²⁷. Así, por hechos procesales deben entenderse los acaecimientos concretos, idóneos para producir efectos en el proceso y cuya relevancia en éste último es absolutamente independiente de la voluntad del sujeto a que el acaecimiento se refiere. El negocio jurídico-procesal se conceptúa como aquel mediante el cual las partes no se limitan a dar vida a las condiciones para la producción de un efecto jurídico por parte del juez, sino a determinar directamente la producción del mismo con igual efecto jurídico que los actos jurídico-procesales. En otras palabras, son los actos que además de conllevar la voluntad que determina la acción (voluntad de acción) sostienen una voluntad específica de alcanzar por sí sola el mismo efecto (voluntad de efecto)¹²⁸. El concepto de acto jurídico-procesal incluye a aquellos actos vinculados con un comportamiento voluntario del sujeto del proceso, idóneo para producir determinados efectos en el proceso, creando situaciones jurídicas eficaces para que dicho proceso realice sus fines (actos procesales), como a aquellos actos que representa el ejercicio de un poder-carga o de un poder-deber (deber procesal) de los protagonistas del proceso, idóneos para producir efectos jurídicos en el proceso y para determinar la exigencia del cumplimiento de los otros actos jurídico-procesales.

XVIII.1.- CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICO-PROCESALES

Los actos jurídico-procesales son, también, objeto de clasificación. Así, los tenemos divididos en:

XVIII.1.1 POR SU NATURALEZA

- a) **Actos facultativos.**- Aquellos de entera decisión volitiva (autonomía de la voluntad) del protagonista del proceso para llevar a cabo su perfeccionamiento, donde su ausencia no obsta el desarrollo del proceso;
- b) **Actos necesarios.**- Son aquellos en donde se realiza una función-carga, donde el interés interno del obligado a su cumplimiento no constituye impulso determinante en el obrar; y

¹²⁷ MICHELI, GIAN ANTONIO.- Op. Cit. T.I, pp. 289-319

¹²⁸ Un ejemplo de lo señalado se grafica en la *conciliación* o *transacción judicial*. Se discute si el allanamiento o el desistimiento pueden ser asumidos como negocios jurídico-procesales (unilaterales o bilaterales según sea necesaria la intervención de la contraparte) por requerir de la aprobación judicial lo que importaría, en definitiva, el perfeccionamiento de tal acto jurídico-procesal.

- c) **Actos debidos.**- Aquellos que se realizan en el ejercicio de un poder-deber o un deber-procesal, donde la voluntad interna del protagonista y obligado es totalmente reemplazada por la ley.

XVIII.1.2 POR SU ELEMENTO SUBJETIVO

Si tomamos en cuenta la calidad del titular de su perfeccionamiento, los actos jurídico-procesales se pueden clasificar en:

- a) **Actos jurídico-procesales del tribunal.**- Que son aquellos emanados de agentes de la función jurisdiccional, concepto que no sólo se agota en los jueces, sino en todos los funcionarios del Órgano Jurisdiccional. La importancia de estos actos radica en que constituyen, normalmente, en una expresión de la función pública jurisdiccional y, por tanto, se encuentran sujetos a los principios que regulan la emisión de los actos jurídicos de Derecho Público. La finalidad de la función jurisdiccional requiere de una actividad jurisdiccional que se vehiculiza a través de la expresión de los actos procesales, los que a su vez se pueden sub-dividir en:
- a.1.) **Actos de decisión:** o las resoluciones judiciales que determinan el proceso, sea en su tramitación, fondo, incidencias o asegurando el decurso (impulso) procesal;
 - a.2.) **Actos de comunicación:** o los dirigidos a las partes o terceros a fin de hacer de su conocimiento los actos de decisión; y,
 - a.3.) **Actos de documentación:** o los dirigidos a representar mediante documentos los actos procesales de las partes, del tribunal o de terceros.
- b) **Actos Jurídico-Procesales de las Partes.**- Que son aquellos que los protagonistas subjetivos del proceso perfeccionan válidamente en el decurso de éste. Persiguen, en principio, la obtención de la satisfacción de las pretensiones de quien las emite (interés en el obrar). Estos actos, a su vez se dividen en *actos de obtención* y en *actos dispositivos*. Los primeros tienen por objeto que el Tribunal dé satisfacción a la pretensión materia de la relación jurídico-sustantiva en controversia, los segundos tienen por objeto el crear, modificar o extinguir las relaciones jurídico-procesales que nutren el proceso.

Los actos de obtención, a su vez, pueden ser divididos en:

- b.1.) **Actos de petición:** que tiene por objeto la precisión del contenido de una pretensión determinada, la misma que puede estar referida a la relación jurídico-sustantiva materia del fondo del asunto (*meritum causae*), o a las relaciones jurídico-procesales que conforman el proceso;
- b.2.) **Actos de afirmación:** que son aquellas formulaciones destinadas a que el tribunal conozca lo que se considera pertinente para fundamentar una determinada pretensión, referidas tanto a los hechos como al derecho; y,
- b.3.) **Actos de prueba:** que son aquellas incorporaciones al proceso de los elementos idóneos para la convicción del tribunal sobre la verosimilitud de las afirmaciones efectuados en torno a las pretensiones invocadas.

Por su parte, los actos dispositivos están referidos a la relación jurídico-sustantiva materia del proceso, o a las relaciones jurídico-procesales particulares del proceso donde medie una carga-facultad.

c) **Actos Jurídico-Procesales de Terceros.**- Son aquellos que sin ser emitidos por el tribunal (Órgano Jurisdiccional) o por los protagonistas subjetivos del proceso (partes), proyectan sus efectos válidamente dentro de éste en virtud de un acto jurídico-procesal perfeccionado adelantadamente por las partes o por el mismo Órgano Jurisdiccional.

Estos actos jurídico-procesales se pueden dividir en:

- c.1.) **Actos de prueba:** o los que van a constituir parte del material probatorio de un proceso;
- c.2.) **Actos de decisión:** o los efectuados en virtud de un mandamiento imperativo de una norma legal que obligue a un tercero a manifestar su voluntad e un proceso que le es ajeno, y,
- c.3.) **Actos de cooperación:** o los que se presentan cuando es necesaria la colaboración de un tercero para el perfeccionamiento de un acto jurídico-procesal determinado.

Ahora bien, es menester destacar que los actos jurídico-procesales son eminentemente *ad-solemnitatem*, esto es, que dependen esencialmente de la *forma* donde es la ley procesal la que siempre ha de regular el lugar,

modo, tiempo y forma en que deben ser perfeccionados para que se les reconozca validez jurídica al interior de un proceso, de manera que cualquier contravención de los requisitos preceptivos vicia sus efectos, ya que en ello se encuentra la cadencia del proceso. La ley, por delegación, puede facultar a que sea el propio Órgano Jurisdiccional el que fije determinadas formas para ciertos actos jurídico-procesales (*términos judiciales*). Estos, a su vez, pueden dividirse en iniciales, dilatorios o finales. Los iniciales y dilatorios se caracterizan por ser periodos de tiempo en que una de las partes no puede realizar determinado acto jurídico-procesal (*ne ante quem*), de tal suerte que su realización prematura implica la nulidad siempre y cuando el beneficiado con el plazo que le fue incumplido así la invocase, pues de otro modo se entendería que ha renunciado al beneficio que fue establecido judicialmente a su favor, o que el acto prematuro no le ha significado el perjuicio que se pretendía evitar con dicho término.

Los términos finales indican, por el contrario, la obligación de realizar en su plazo ciertos actos jurídico-procesales, siendo, pues, imperativos como regla general, de tal suerte que si el acto jurídico-procesal se perfecciona fuera de tal término puede validarse si la parte contraria no lo observa, sea porque está de acuerdo con ello o porque en nada perjudica a su derecho. Excepcionalmente son de carácter perentorio cuando la norma legal así lo indique de modo tal que su incumplimiento conlleva *ipso jure* la invalidez que no requiere de denuncia de parte y que puede y debe ser declarada de oficio por el tribunal.

XIX. NULIDAD DEL ACTO JURIDICO-PROCESAL

Precisaremos en primer término que de la misma manera en que la naturaleza y estructura los actos jurídicos procesales no guardan concordancia absoluta con los actos jurídicos de las relaciones jurídicas sustantivas, el concepto de nulidad y su desarrollo teórico, tampoco guarda similitud directa¹²⁹.

Sin embargo, hay quienes sostienen de manera mas morigerada que el intento de fijar el sentido de la nulidad del acto jurídico-procesal demuestra que no es cosa atinente el sentido mismo del derecho, sino a sus formas, no

¹²⁹ MICHELI, GIAN ANTONIO.- Op. Cit. T.I, pp.319-327.

un error en los fines de la justicia queridos por la ley, sino en los medios dados para obtener esos fines de bien y de justicia¹³⁰.

Como precisa COUTURE¹³¹, la teoría de la nulidad es general a todo el derecho y no particular a cada una de sus ramas. Pero es también cierto que una vez admitidas ciertas nociones que forman la base de toda concepción acerca de la nulidad, comunes a todos los campos del derecho, las soluciones se desvían y se hacen específicas a cada una de las ramas del orden jurídico. El derecho procesal tiene, en cuanto a las nulidades, una unidad genérica y los principios específicos que caracterizan el amplio panorama de este fenómeno.

Es evidente que ninguna institución de cualquiera de las ramas del derecho es independiente del derecho mismo, por lo que en su interior siempre han de existir principios inherentes a todo el orden jurídico. Esto debe servir de punto de partida para comprender las peculiaridades de los actos jurídico-procesales y su nulidad.

Se tratan, pues, de actos instrumentales que componen la compleja unidad del proceso, de suerte tal que cada acto está, en mucho, condicionado por el que le es precedente y es condicionante, a su vez, del que le es subsecuente. Por ello la tendencia a trasladar el vicio del acto al final del proceso, precisamente al pronunciamiento jurisdiccional que ha de determinar el amparo o negativa de la tutela jurisdiccional objeto de la *iuris petitio*. El vicio del acto jurídico-procesal perfeccionado durante o en ocasión del proceso se reflejará, por consiguiente, en la decisión jurisdiccional, constituyendo por ello motivo de injusticia de la misma. Contra esto se establecen medios de impugnaciones, de denuncia, cuya preclusión –al igual que la decisión jurisdiccional– deviene inacatable con excepción de aquellos vicios de magnitud taxativamente precisados en la norma procesal y que tienen un medio singular de gravamen. La nulidad del acto jurídico-procesal se asemeja, por ello, a la denominada anulabilidad en las relaciones jurídico-sustantivas. Sin embargo, se debe distinguir entre la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad.

¹³⁰ COUTURE, EDUARDO.- Op. Cit. pp. 374-375.

¹³¹ Op. Cit.

De manera genérica se puede afirmar que la nulidad consiste en la infracción a las formas establecidas por la ley procesal para la realidad del proceso dentro del orden jurídico. El valor del precepto *nullum est quod nullum effectum producit* no ha decaído totalmente, aunque la definición de nulidad como todo aquello que no produce efectos jurídicos resulta, evidentemente, insuficiente puesto que no explica su naturaleza al limitarse a enunciar su consecuencia.

Ahora bien, por regla general los supuestos de hecho (*fattispecie*) de las nulidades se encuentran taxativamente precisados en la normatividad procesal, de tal manera que no pueden ser considerados como actos jurídico-procesales nulos aquel que no responda a un cierto principio de la legalidad en la nulidad procesal. Sin embargo, la vastedad de los actos jurídico-procesales y su esencial formalidad, hace tal regla no ciertamente rigurosa, por lo que atendiendo a imperativos del proceso, se permite al Órgano Jurisdiccional cierto margen excepcional de discrecionalidad para determinar y sancionar nulidades no previstas expresamente como tales en la ley procesal. A esto último responde la investigación que presupone la distinción entre las formas *substantialia* y las formas *non substantialia processus*. Así tenemos que si bien la formalidad del acto jurídico procesal tiene como finalidad la garantía de certeza que ello otorga, así como su presunción de justicia y equidad, tal situación no puede ser llevada *ad-infinitum* de modo tal que en ciertos casos su finalidad quede completamente enervada o, peor aún, resulte francamente contradictoria.

El fiel y detenido control de las nulidades de los actos jurídico-procesales resulta una función, que siendo complementaria no es menos importante, siendo en realidad imprescindible, de la misma magnitud e importancia que el propio y cotidiano perfeccionamiento de los actos jurídico-procesales, pues de tal actividad en conjunto depende la realidad y funcionamiento jurídico del proceso y el cumplimiento de sus fines.

El concepto de nulidad procesal no responde a un concepto y a una consecuencia unívoca, pues tiene sus matices, como lo precisa COUTURE¹³² pues la irregularidad del acto procesal, esto es, el desajuste entre la forma determinada en la ley y la forma utilizada en la vida es en todo caso una

¹³² Op. Cit. p. 376

cuestión de matices que corre desde el apartamiento gravísimo, alejado en absoluto de las formas requeridas, hasta el levísimo, apenas perceptible o trascendente. Paralelamente a ese apartamiento se va produciendo la ineficacia del acto. El acto absolutamente irregular es absolutamente ineficaz; el acto gravemente irregular es gravemente ineficaz; el acto levemente irregular es levemente ineficaz.

1.- *Grados de ineficacia de las nulidades procesales.-*

Dentro de las nulidades procesales se han distinguido siempre tres grados de ineficacia: en un primer grado, la ineficacia máxima, *la inexistencia*; en un segundo grado, capaz de producir determinados efectos en condiciones muy especiales, *la nulidad absoluta*; en un tercer grado, con mayores posibilidades de producir efectos jurídicos, *la nulidad relativa*. Veamos brevemente cada uno de estos tres grados:

a) *Inexistencia.*

La inexistencia del acto jurídico procesal plantea un problema anterior a toda consideración de validez de él. Es, en cierto modo, el problema del *ser o no ser*¹³³ del acto. No está referido a su eficacia sino a su vida misma.

El concepto de inexistencia se utiliza, pues, para denotar algo que carece de aquellos elementos que son de la esencia y de la vida misma del acto; un *quid* capaz de todo efecto. El acto inexistente no sólo carece en absoluto de efectos válidos, sino que sobre él nada puede construirse válidamente: *quod non est confirmare nequit*. La fórmula que defina esta condición sería, pues, la de que el acto inexistente –que sería solo un hecho- ni puede ser convalidado, ni requiere ser invalidado.

b) *Nulidad absoluta.*

El acto absolutamente nulo es un grado superior en el sentido de la eficacia. Si por un lado el acto inexistente no tiene la categoría de acto, sino de simple hecho, el acto absolutamente nulo tiene la condición de acto jurídico, aunque gravemente afectado.

El acto absolutamente nulo tiene una especie de vida artificial hasta el día de su efectiva invalidación; pero la gravedad de su defecto

¹³³

Op. Cit. p.378

impide que sobre él se levanten actos válidos. La fórmula en este caso sería, pues, la de que la nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero requiere ser invalidada.

c) *Nulidad relativa.*

Es nota distintiva del acto viciado con nulidad relativa, el que pueda adquirir plena relevancia. En el existe un vicio de apartamiento de las formas dada para la realización del acto; pero el error es grave sino leve. Sólo cuando haya derivado en efectivo perjuicio, podrá ser adecuada su invalidación y la de sus consecuencias jurídicas, pero el consentimiento —expreso o tácito— a su alrededor purifica el vicio leve y hace operar a la homologación o convalidación del acto. Sus efectos subsisten hasta el día de la efectiva invalidación; y, si esta no se produjera la ratificación da firmeza definitiva a esos efectos. En este caso, la fórmula sería la de que el acto relativamente nulo admite ser invalidado, pero puede ser convalidado.

XX. CONFLICTOS DE INTERÉS

La importancia jurídica de este concepto reposa en la relación que establece con el legítimo interés, que constituye el impulso y el sustento de la relación jurídica sujeta de protección por el Órgano Jurisdiccional.

Etimológicamente proviene de *interest case* o *intersum* que significa estar en medio.

Es importante al ser considerado por los tratadistas como la medida de la acción; de modo tal que se infiere que donde no hay interés no hay acción¹³⁴. VON IHERING¹³⁵ expresa que el derecho es un interés jurídicamente protegido, concepto que resulta insostenible pues no todos los intereses son pasibles de tutela jurídica.

En la doctrina francesa el interés esta constituido por su utilidad, la que se obtiene del ejercicio de la acción, de tal manera que si su ejercicio no reporta utilidad alguna, carece de sustento la acción por ausencia de interés.

¹³⁴ PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit., p.73

¹³⁵ Op. Cit.

Para los italianos, el interés está íntimamente ligado a la idea de necesidad, por lo que no siendo aceptable el hacerse justicia por propia mano para la defensa de los derechos, se debe recurrir al Órgano Jurisdiccional ejercitándose una acción; siendo esta imperiosa necesidad de búsqueda de amparo la que genera el accionar.

UGO ROCCO¹³⁶ hace una distinción entre el interés primario y el secundario, donde el primero consiste en el derecho de acción, de recurrir al Órgano Jurisdiccional para ejercitar un derecho de carácter público, abstracto y autónomo; en tanto que el segundo está constituido por la relación jurídica misma y su amparo.

Para CARNELUTTI¹³⁷ es la posición favorable a la satisfacción de una necesidad. A partir de ello y tomando el significado en el sentido de relación entre el sujeto y un bien en sentido jurídico (todo aquello que le reporta beneficio en cuanto sujeto de derechos), los alcances del interés son, por un lado, el hombre como sujeto del interés, y el bien como objeto del interés.

Ahora bien, definiendo el interés veremos en qué constituye su conflicto, pues ello es parte sustancial del proceso. El conflicto de interés se presenta, precisamente, por un desfase entre la relación del sujeto de interés y el bien objeto del interés, de donde resulta por la inexistencia de más de un sujeto de interés frente a un sólo bien sujeto de interés que, a su vez, sólo es sostenido por una sola relación jurídica sustantiva. Por ello es importante en este punto la opinión de CARNELUTTI¹³⁸ cuando dice que es como la exclusión de una situación favorable a la satisfacción de una necesidad, por otra situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta.

No existe conflicto de interés al interior de un mismo sujeto frente a dos o más objetos de interés, pues el conflicto sólo se configura a nivel intersubjetivo, vale decir, por la pluralidad de sujetos de interés entre uno o más objetos.

Como la solución violenta de los conflictos repugna a la paz social que es necesaria para el desarrollo de los intereses privados o colectivos, sólo la composición pacífica de los litigantes dentro de un proceso desarrollado en

¹³⁶ ROCCO, UGO.- Op. Cit.

¹³⁷ CARNELUTTI, FRANCESCO.- Op. Cit. T. I, p.11

¹³⁸ Op. Cit.

forma orgánica, jurídica y equitativa, asegurará –y en ello va su fin- el establecimiento de una justa relación sujeto-objeto de interés, afectando esta a uno y descartando la misma al otro.

XXI. LITIGIO

El conflicto de interés (relación sujeto-objeto de interés) en un sentido amplio, puede ser resuelto por la singular coordinación de voluntados de los sujetos de interés involucrados, aviniéndose a una solución contractual o a una solución mediante al arbitraje. Inclusive, puede dar lugar a que se formule una *iuris petitio* al cual cada uno de los sujetos de interés quede plenamente subordinada. Pero cuando se produce una confluencia de intereses (conflicto) frente al cual ninguno de los sujetos de interés permite ser subordinado y por el contrario ejerce oposición reclamando para sí la relación con el objeto de interés, se produce el *litigio*. Por ello CARNELUTTI¹³⁹ lo ha definido como el conflicto de intereses clasificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro.

Ahora bien, dentro de ello encontramos que el litigio tiene dos grandes aspectos: por un lado el aspecto *material* y, por el otro, el *formal*. El primero está constituido por el propio conflicto de intereses y el segundo por el conflicto de voluntades. Así, cuando el conflicto de intereses se soluciona mediante la coordinación de voluntades, media el perfeccionamiento de una relación jurídica subjetiva; cuando se traduce en una confrontación de voluntades, media un litigio.

XXI.1.- ELEMENTOS DEL LITIGIO

Son elementos del litigio:

- a) ***Sujeto activo***, uno de los sujetos de interés, a quien corresponde la protagonización del conflicto de interés.
- b) ***Sujeto pasivo***, el otro sujeto de interés destinatario de la subordinación del sujeto activo y contra el cual ejerce oposición;
- c) ***Objeto de interés***;
- d) ***Pretensión del sujeto activo***, esto es el planteamiento de subordinación; y

¹³⁹ CARNELUTTI, FRANCESCO.- Op. Cit., T. I, pp. 44

e) ***Oposición del sujeto pasivo contra la pretensión*** a la cual se solicita su subordinación.

Es evidente que dentro de esta formulación teórica, nada impide que tanto los sujetos activo y pasivo estén representados por una pluralidad de individuos, así como que el objeto de interés esté constituido también por una pluralidad de bienes titulares de otras tantas relaciones jurídicas tuteladas.

De todo lo expuesto se puede afirmar que si bien todo litigio presupone la existencia de un conflicto de interés, no todo conflicto de interés da origen a un litigio. El elemento que determina una u otra situación es la voluntad de subordinar una relación sujeto-objeto de interés a otra. Constituye, pues, el litigio un elemento trascendente en el proceso, puesto que sin aquél no puede entenderse la existencia de éste¹⁴⁰.

XXII. INTERÉS EN EL PROCESO

Hemos de distinguir previamente lo que puede entenderse como el interés en el conflicto. Entendido el conflicto de interés como la relación sujeto-objeto de interés con pluralidad de elementos subjetivos (activo y pasivo), el interés en el conflicto se determina por la posición favorable a la satisfacción de una necesidad del sujeto de derechos mediante un determinado objeto, es decir, por el interés que los sujetos tienen en el conflicto y lo que le ha dado razón de ser, el interés y relación con el bien objeto de la relación jurídica que configura el objeto de interés en conflicto. Por ello, el interés en conflicto tiene un carácter material antes que procesal.

El interés en el proceso, a diferencia de lo anterior, radica en el interés que tienen las partes en acudir al Órgano Jurisdiccional a dar satisfacción legal al interés en litigio, lo que se confluencia a su vez con el interés del Estado a

¹⁴⁰

Hay quienes sostienen (entre otros, PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit., p.77) que ello no es absoluto, pues en determinados casos (jurisdicción voluntaria, solicitudes judiciales, etc.) no funciona. Nuestra opinión es contraria, pues pensamos que siempre que se recurre al Órgano Jurisdiccional se pone en movimiento un conflicto de intereses, constituyéndose el propio Órgano Jurisdiccional, o el Ministerio Público en su caso, en opositores a la relación sujeto-objeto de interés que ha sido invocada.

través del Órgano Jurisdiccional de propiciar la paz social a través de la solución armoniosa y equitativa de los intereses en conflicto, estructurando adecuadamente la relación sujeto-objeto de interés¹⁴¹.

XXIII. INTERÉS EN EL OBRAR

Esta constituido por la necesidad que tienen las partes de ejecutar determinado acto procesal para alcanzar, as u vez, una ventaja procesal y por su medio lograr la satisfacción de sus propios fines haciendo suya la relación jurídica materia del objeto de interés. Esto significa que el concepto de interés en el obrar está íntimamente conectado con el concepto de carga procesal.

El interés en el obrar se caracteriza por el móvil jurídico, concreto, particular y privado del sujeto activo que es quien lo sostiene; en el impulso de acudir –en ejercicio de su derecho de acción- ante el Órgano Jurisdiccional solicitando la tutela jurídica para la relación jurídica materia del objeto de interés. Del mismo modo, y desde su óptica, sirve de móvil al sujeto pasivo para contradecir, oponerse y defender su posición en el conflicto de interés, aspirando, a su modo, a una decisión favorable. CHIOVENDA¹⁴² enseña a este respecto que el interés en el obrar consiste en el interés de conseguir el bien garantizado por el derecho material, en el beneficio tangible que sucede al reconocimiento del derecho subjetivo, mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales, a fin de evitar que el actor sufra un daño. Por lo tanto, ese interés debe tener una ubicación en el tiempo siendo *personal, actual y legítimo*, elementos que constituyen sus notas esenciales, sin que sea necesaria siempre la existencia de un estado de hecho contrario al derecho.

XXIV. DEBERES DEL PROCESO

El proceso requiere para su nacimiento, perfeccionamiento y desarrollo del impulso que debe proporcionarle el titular de la relación jurídica objeto de tutela. Es éste el móvil (conflicto de interés) para recurrir al Órgano juris-

¹⁴¹ PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit., pp. 87-88

¹⁴² Citado por PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit., pp. 88

diccional en busca de tutela y del logro del interés particular (interés en conflicto). Pero debe tener en cuenta que a las partes no les asiste una omnimoda voluntad de conducirse en el proceso a su libre albedrío bajo el pretexto de la realización de su interés en conflicto a través de la relación jurídica en cuestión, pues perfeccionada que sea la relación jurídico-procesal se constituyen correlativamente *deberes* y *obligaciones* a su interior (deberes del proceso y obligaciones del proceso) señalados por el espíritu y racionalidad de la norma procesal; y, junto a ello, se encontrarán las cargas del proceso.

Así, todos éstos constituyen imperativos jurídicos y, particularmente, los deberes del proceso están determinados con el propósito de obtener una adecuada realización del proceso y la consecución de su finalidad, son de cargo de sus protagonistas subjetivos y de cuantos, sin tener esta calidad, tengan que ser con él. También, inclusive, compete al propio Órgano Jurisdiccional el cumplimiento de determinados deberes del proceso en razón de su función que lo ligan, al igual, con el correcto desenvolvimiento de las relaciones jurídico-procesales de carácter público.

Los principios de la *bona fides* y la lealtad procesal por mandato de la norma —expresa o tácita— son los que sustentan la base de los deberes del proceso, tanto para sus protagonistas como para los terceros, de donde resulta que los deberes del proceso no se encuentran en función del beneficio individual de las partes (aún cuando directamente aparezca así) sino en el del orden público que en el ejercicio de una acción se denota (acción-derecho público-subjetivo).

Es nota distintiva de los deberes del proceso, el que no pueden ser objeto de ejecución forzosa —como sucede con los demás deberes jurídicos en general¹⁴³, no obstante que constituyen la subordinación de un interés propio y personal aun interés público general¹⁴⁴; la compulsión para su cumplimiento solo se obtiene mediante sanciones disciplinarias, o aún de índole penal¹⁴⁵,

¹⁴³ Ello se explica en el hecho de que la *coertio* de toda relación jurídica subjetiva se produce a través del perfeccionamiento de una relación jurídico-procesal, por lo que no es dable que a su vez la *coertio* de la relación jurídico procesal tanga lugar a través del perfeccionamiento de una segunda relación jurídico-procesal del mismo orden y categoría.

¹⁴⁴ PEÑA DUEÑAS, Op. Cit., p.96

¹⁴⁵ Si bien ello supone el perfeccionamiento de una relación jurídico-procesal, ésta —

pero no mediante sanciones civiles porque no existe acreedor determinado de los deberes del proceso, ya que al ser imperativos en beneficio del orden público (colectividad), no se puede hacer de su destino un interés particular.

XXV. OBLIGACIONES DEL PROCESO

Como hemos anotado, las obligaciones del proceso –conjuntamente con los deberes del proceso- son imperativos jurídicos constituidos por el espíritu y racionalidad de la norma procesal que se desenvuelven dentro del proceso.

A diferencia de los deberes del proceso, las obligaciones del proceso están instituidas en beneficio individual de cada uno de los protagonistas subjetivos del proceso siendo de cargo de su contraparte. Por lo tanto, también importan una subordinación de la voluntad procesal de una de las partes, pero ello es así no es en aras del orden público (colectividad) como en el caso de los deberes del proceso, sino en beneficio directo e inmediato de la contraparte acreedora de ellas. Obviamente que el interés del orden público también se halla presente, pero absolutamente identificado con el interés particular beneficiario de la obligación.

Así, la obligación de las partes de no recurrir a la fuerza para la tutela de sus relaciones jurídicas –máxime cuando en ello va la racionalidad del perfeccionamiento de la relación jurídico-procesal a través del proceso-, la del testimonio cierto (finalidad del proceso-adeuada relación jurídica sustantiva), la lealtad probatoria, etc.

La parte acreedora de una obligación del proceso puede compeler a su deudora al cumplimiento, de modo tal que si es una *obligación positiva* solicitará la correspondiente subsanación y si es *obligación negativa* solicitará la consecuente sanción.

Ahora bien, estando a la definición de obligación del proceso, resulta indudable que el Órgano Jurisdiccional no resulta ni acreedor ni deudor de ellas, pues precisamente el imperativo de su función exige la más absoluta e irrestricta imparcialidad, lo que no es obligación sino deber del proceso.

administrativa o criminal- no es del mismo orden y categoría que la relación jurídico-procesal de que se trata y que le da origen.

Es claro que –como toda categoría jurídica- la imparcialidad también tiene límites fijados por la norma positiva procesal y sustantiva y su racionalidad jurídica, al estar superado el concepto decimonónico y liberal de la *igualdad de los hombres*, siendo tan injusto el beneficiar arbitraria e indebidamente a una de las partes en detrimento de la otra, como el perjudicar al débil por tratar por igual a quienes son desiguales bajo el poderoso velo de imparcialidad.

XXVI. CARGAS DEL PROCESO

El tercer imperativo jurídico del proceso son sus cargas, que se entiende como la situación de necesidad en que se coloca la parte de llevar adelante determinado acto procesal para evitar la realización de un perjuicio procesal en caso de incumplimiento. MICHELI¹⁴⁶ dice que la carga representa la consecuencia dañosa, a cargo del sujeto, en dependencia de un comportamiento que el sujeto es libre de seguir o no; pues la carga agota su función en la determinación psicológica al obrar. Se tiene así también la confirmación de que para que se tenga un comportamiento debido no es necesario que la ley determine sanciones civiles o penales, consecuencias patrimoniales valorables; hasta que aquel comportamiento representa la violación de un deber, de la norma, por consiguiente, que prescribe un deber (*obbligo*) de conducta, puesto en interés de otro sujeto o en superior de la justicia, como ocurre por lo general en el proceso.

Por ello se afirma, precisamente, que es un imperativo procesal o *imperativo del propio interés*¹⁴⁷ pues a los protagonistas del proceso les incumbe poner diligencia en su conducta procesal para evitar la posibilidad de pérdida de éxito en el debate. Si no se satisface la carga, la parte interesada incurre en desventaja en favor de su oponente.

La carga del proceso se diferencia del derecho subjetivo procesal, por cuanto éste es una facultad que la ley le otorga a la parte, de ejecutar un acto procesal en su beneficio; en cambio aquella es la compulsión a ejercer un derecho si se quiere lograr una ventaja procesal, bajo la consideración de que *el que puede, debe*.

¹⁴⁶ MICHELI, GIAN ANTONIO.- Op. Cit., T. I, pp. 266-270 y 271

¹⁴⁷ PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit., p. 98

La carga del proceso se diferencia de la obligación en el proceso, en que ésta presupone un acreedor determinado y particular, en tanto que en la carga no existe acreedor alguno, tan solo el interés particular de quien la soporta, él es libre de ejecutarla o no, beneficiándose en caso positivo y perjudicándose -procesalmente en lo inmediato y sustancialmente en lo mediato- en caso negativo. De allí que la insatisfacción de una carga del proceso no atenta contra derecho alguno, sino que resulta contraria contra el imperativo del interés en el obrar, acarreando perjuicio procesal al titular del mismo.

Sólo las partes en sentido formal soportan verdaderas cargas del proceso, ya que sólo a ellas incumbe la ventaja procesal que su ejercicio supone, accediendo a la relación jurídica sustantiva que han invocado en su favor.

XXVII. PARTE EN EL PROCESO

Dentro del concepto publicista de la acción que hemos desarrollado encontramos la afirmación de que toda relación jurídico-procesal se desarrolla con el protagonismo de tres sujetos como consecuencia de la relación jurídica que de allí se deriva. De un lado está el titular de ese derecho público subjetivo –como se ha definido publicistamente a la acción- a quien se denomina *actor*, y del otro lado tenemos al destinatario de la relación jurídica subjetiva cuya tutela se solicita al Órgano Jurisdiccional, a quien denominaremos emplazado o *demandado*. El otro personaje está constituido precisamente por quien ya ha sido denotado, el Estado cuya abstracción requiere de su representación (o efectos jurisdiccionales) por parte del *Órgano Jurisdiccional*. Tenemos, pues, a las tres partes de la relación jurídico-procesal. La parte subjetiva (activa y pasiva) no puede ser más de dos, ni menos de igual número al decir bien de GOLDSCHMIDT¹⁴⁸, pues no se concibe la demanda contra sí mismo ni cabe, como en todo debate dialéctico, la actuación de un tercer elemento en una relación eminentemente bilateral; todo lo cual no obsta que subjetivamente cada parte esté compuesta por más de una persona (*litis consorcio activo*, *litis consorcio pasivo* o *litis consorcio mixto*), o que objetivamente se invoque más de una relación juri-

¹⁴⁸ GOLDSCHMIDT, JAMES.- Cit. por PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit. p. 105.

dica subjetiva (*acumulación objetiva de acciones*) o que se presente una pluralidad en el obrar (*acumulación de procesos*).

El concepto de *parte* puede ser asumido en una doble acepción: tanto *material* cuanto *formal*. Por la primera encontraremos que son *parte* los titulares del interés en conflicto, aquellos que disputan la participación en el perfeccionamiento de una relación jurídica subjetiva, sobre el hecho de su contenido, que debe ser definida en el litigio. En el segundo sentido, tenemos que serán *parte* quienes concurren a perfeccionar la relación jurídico-procesal, sea o no titulares del interés sustantivo del conflicto.

Distinguiendo, como CARNELUTTI entre el *sujeto del litigio* y el *sujeto de la acción*, en el primer caso tenemos que se hace referido la persona o personas respecto de quienes se hace el juicio. En el segundo caso, se trata de la persona o personas que hacen, o concurren a hacer el juicio. Sobre el sujeto del litigio recaen las consecuencias del proceso en tanto que ello no sucede así con los sujetos de la acción a menos que exista identidad entre tal posición y la que confiere el litigio. Jurídicamente *parte* es tanto el sujeto de la acción como el sujeto del litigio, más se debe distinguir entre el sentido formal de parte con el sentido sustantivo, esto es, con el del sujeto del litigio.

Por otro lado, es evidente que en un conflicto no sólo pueden enfrentarse intereses de relaciones jurídicas, sino, también, las pertenecientes a una pluralidad de sujetos, en cuyo caso en interés de dicha *parte* del proceso radicarán en todas las personas cuya unívoca voluntad se manifiesta de consuno dentro del proceso, y en el interés en el obrar que lo determina. El sujeto del interés será, pues, aquel cuyos intereses van a ser discutidos en el proceso. El interés y la voluntad coinciden cuando el sujeto de la acción o del litigio es simple, para distinguirlos de los sujetos complejos del litigio y de la acción, que se dan cuando las personas que actúan en el juicio, son diferentes de aquellos cuyos intereses se discuten.

ROCCO¹⁴⁹ hace la precisión de que, en sustancia, el concepto de parte se liga al sujeto legitimado para obrar (pasiva o activamente) dado que sólo tales pueden llegar a asumir la calidad de partes. Podemos llamar parte en el juicio a aquel que siendo o afirmándose titular activo o pasivo de una

¹⁴⁹ ROCCO, UGO.- Cit. por PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit. p.106

relación jurídica, pide en su propio nombre, la realización de dicha relación de parte de los órganos jurisdiccionales.

MICHELI¹⁵⁰ explica que se ha visto que la función jurisdiccional, en materia civil, se mueve por la finalidad de realizar determinadas formas de tutela jurídica, alcanzables a través de aquel mecanismo particular que es el proceso civil. Por partes del proceso se entienden precisamente a aquellos sujetos que piden, o frente a los cuales se pide, al Órgano Jurisdiccional una forma de tutela jurídica, realizable a través del proceso civil. Añade también que considera parte también a quien puede obrar en el proceso aún cuando después aquel sujeto resulte no ser el titular de la situación sustancial deducida en juicio, e independientemente, por eso, de la consideración de los efectos del proceso que puedan afectar o no a aquel que actúa en el proceso. El concepto procesal de parte se agota en la constatación de los sujetos que participan en el proceso desde el inicio del mismo o posteriormente.

CHIOVENDA¹⁵¹, antecedente obligado en todo estudio, señala que el concepto de parte se deriva de los conceptos de proceso y de relación procesal y así, es parte el que demanda en nombre propio o en cuyo nombre se demanda una actuación de ley, y aquel frente al cual ésta se demanda.

Otro elemento vital del Proceso Jurisdiccional, motivo de honda preocupación de los estudiosos de la teoría General del Proceso es el de las *partes*, el de los litigantes, el de los contendientes del conflicto de intereses que se ventila ante un órgano de juzgamiento.

Como muchos autores, COUTURE y D'ONOFRIO, estiman que las partes son un *presupuesto* para la existencia del proceso, como que son los protagonistas, del llamado por CALAMANDREI, drama procesal.

El procesalista mexicano MALDONADO, con innegable influencia kelseniana distingue entre parte en sentido material y objetivo, a los sujetos cuyos intereses se hayan en juegos; de parte en sentido material y subjetivo, según que existan relaciones entre sujetos o centros de imputación personal de los valores protegidos; y parte en sentido adjetivo o procesal y subjetivo, el sujeto legitimado para defender cada uno de los intereses protegidos relacionados. Para

¹⁵⁰ MICHELI, GIAN ANTONIO.- Op. Cit. T. I, p. 198

¹⁵¹ CHIOVENDA, GIUSEPPE.- Citado por PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit., p.107

KISCH las partes persiguen la satisfacción de sus intereses personales. UGO ROCCO agrupa las teorías sobre el concepto de parte en tres noveles:

- 1) La parte como un concepto sustancial (titular de la relación jurídica sustancial).
- 2) Parte en sentido procesal, el que tiene de algún modo una participación en el proceso.
- 3) El concepto de parte coincide con el de sujeto legitimado para obrar o contradecir.

No podemos dejar de mencionar a GOLDSCHMIDT¹⁵² para quien parte es un concepto que pertenece al Derecho Procesal, desvinculado de la relación jurídica sustancial que se discute en el proceso, por lo que es parte el sujeto de las cargas procesales.

CHIOVENDA estima que parte es quien solicita a nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley, y aquél frente a la cual es demandada. CALAMANDREI tiene concepciones análogas: parte es persona que pide una providencia (“actor” en el proceso de cognición: “acreedor” en el proceso de ejecución) y aquella frente a la cual la providencia se pide (“demandado” en el proceso de cognición, “deudor” en el de ejecución). CARNELUTTI diversifica el concepto de parte entre el sujeto de la acción o sea la apersona que comparece o hace el juicio y, sujeto de litigio, éste la persona respecto de la cual se hace el juicio.

De lo anterior podemos desprender que parte en sentido material es el sujeto del litigio, mientras que parte en el sentido formal, es el sujeto del proceso o de la acción. Dentro de una Teoría General del Proceso, es el de aptitud o capacidad de los sujetos del proceso. En consonancia con la moderna doctrina procesal, podemos hacer una cuádruple graduación al respecto:

- 1) **Capacidad para ser parte**, o (...) la aptitud para ser actor o demandado, que corresponde a la capacidad jurídica de goce (...).
- 2) **Capacidad para tomar parte**, a la que se conoce asimismo como capacidad procesal o capacidad para comparecer y que tiene un equivalente en la capacidad jurídica de ejercicio.

¹⁵² GOLDSCHMIDT, JAMES.- “*Derecho Procesal Civil*”. Barcelona 1936, p.191

- 3) **La legitimación**, que ha sido concebida en dos vertientes, la *legitimatio ad causam* que es de naturaleza substancial, que corresponde a la titularidad del derecho que está cuestionado en el proceso jurisdiccional, y, la *legitimatio ad processum*, que es el ejercicio directo de ese derecho en el proceso, aunque conviene advertir que esa legitimación es respecto de una determinada controversia judicial o bien como dijera ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, la legitimación refleja el vínculo de las partes con el litigio objeto del proceso y tiende a asegurar que éste se desenvuelva entre las verdaderas partes, para evitar, entre otras cosas, la inútil pérdida de tiempo y aumento de gastos, de seguirse aquel entre quienes en realidad no lo sean.
- 4) **La postulación**, que en la opinión de CHIOVENDA es uno de los presupuestos procesales concernientes a las partes. El derecho de postular (*ius postulandi*) ante los tribunales consiste, afirma PALLARES, en que sólo determinadas personas están facultadas legalmente para hacer promociones necesarias a la iniciación y desenvolvimiento del proceso. Las partes en sentido material necesitan estar asistidas por ellas para que el proceso sea válido.

Esto se logra a través de la representación legal o de la representación voluntaria, que se pide a los postulantes que deben tener una información y conocimientos técnico-jurídicos bastantes para entender la compleja y abrumadora catarata de legislación y tecnicismos nuevos del derecho procesal¹⁵³.

Se puede inferir que el *concepto procesal de parte define aquél sujeto del proceso (activo o pasivo) que puede perfeccionar válidamente una relación jurídico-procesal*. Extraemos de esta conceptualización toda relación entre la parte y el perfeccionamiento de la relación jurídico sustancial, ya que, por ejemplo, quien ve desestimada su pretensión por una decisión jurisdiccional no perfeccionará la relación jurídico sustancial que estuvo en disputa (será perfeccionada por el vencedor) pero su calidad de parte legítima en el proceso nadie discutirá. Es más, puede no perfeccionarse para

¹⁵³ FLORES GARCIA, FERNANDO. "La Teoría General del Proceso y el Amparo Mexicano". Ponencia del autor al Coloquio Italo-Latino-Americano de Derecho Constitucional en Roma-Pesua-Italia. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XXXI. Enero-Abril 1981. No. 118. UNAM. 1º Ed. 1982, México, pp94-98.

nadie la relación jurídico-sustancial como el caso de una decisión jurisdiccional que no se pronuncia *meritum causae* (demanda improcedente o inadmisibles), y tampoco la calidad de parte podrá ser constatada. De lo anterior se puede inferir que quien no es parte en el proceso carece de legitimidad para perfeccionar relaciones jurídico-procesales (pues el proceso está materializado en un procedimiento que traduce un juicio en particular, conformado por la concatenación de actos jurídicos procesales hacia un fin), de manera que sin éstas no existe juicio válido, se enerva el procedimiento y no se configura el proceso.

Pero, el enunciado anterior colisiona con la definición de capacidad procesal. En efecto, *no todo aquel que es parte en un proceso tiene capacidad procesal, ni todo aquel que tiene capacidad procesal es parte en el proceso*. La distinción es, pues, doble. La relación ideal es la que denota una plena identidad entre la parte y la capacidad procesal, pero resulta que en algunos casos (como en la ausencia, la falta de capacidad de ejercicio, la representación contractual o legal y, aún, en la representación social –Ministerio Público–) aquel titular del interés en conflicto está impedido o no desea participar directamente en el perfeccionamiento en la relación jurídico-procesal (ya que siempre participará directamente en la relación jurídica subjetiva, en la medida en que no podrá sustraerse del resultado del proceso), resultando unos u otros los que en su nombre podrán hacerlo válidamente; quienes, a su vez, no serán titulares de la relación jurídica subjetiva ni les afectará el resultado del proceso. En este caso, estamos ante la capacidad procesal. Para salvar la aparente disfunción de nuestro enunciado, que siempre la parte es titular de la capacidad procesal, la misma que podrá ser desplazada –voluntariamente o legalmente– en otra persona con facultad para, en su nombre o en su representación, perfeccionar válidamente relaciones jurídicas-procesales dentro del proceso. La voluntad del proceder (interés en el obrar) será, pues, determinante para marcar la diferencia en uno y otro caso, pues el representante o apoderado no tiene voluntad propia de proceder, sino que esto es privativo del titular de la relación jurídico-procesal que le ha delegado capacidad procesal.

XXVIII. EL TERCERO EN EL PROCESO

El proceso se desarrolla con la actuación protagónica de tres indispensables elementos (las partes y el juzgador) que constituyen la trilogía romana que perfeccionan la relación jurídico-procesal.

Los elementos subjetivos de tal relación (activo=demandante o actor o emplazante, subjetivo=demandado, emplazado o reo) pueden estar a su vez constituidos a su vez por una singularidad o pluralidad de individuos. Pero sucede que dentro del ámbito de las relaciones jurídicas subjetivas que se controvierten, los efectos que a ella le ha de otorgar el proceso de que se trate no sólo pueden quedar limitados a dichos titulares, sino que pueden extenderse, directa o indirectamente, a otro, u otros, individuos. Estos, por ello, podrán a su vez participar en el proceso impulsados por su voluntad, por las partes o por el Juez, haciendo suyo el interés de una de las partes en conflicto e identificándose con su posición en la relación jurídico-procesal y en la expectativa de la relación jurídico-sustancial en controversia. A estos la norma procesal facultará a perfeccionar válidamente las relaciones jurídico-procesales en las que intervengan. Estos son los denominados *terceros* (que proviene del latín *tertius*) para distinguirlos de los dos protagonistas subjetivos directos de la relación jurídico-procesal. Este tercero intervendrá como actor coadyuvante, como sustituto o sucesor del actor, o en igual forma con el demandado, o bien ser actor, contrademandante o demandado, pero siempre como un nuevo elemento subjetivo que interviene haciendo suyo el interés en el obrar manifestado en la relación jurídico-procesal.

Se distingue el *tercero* del *tercero accidental*, en que el primero *levanta un legítimo interés personal y una expectativa igualmente legítima frente a la relación jurídica sustancial en controversia*, en tanto que el segundo *limita su participación a uno o más actos jurídicos-procesales en los cuales interviene como elemento accesorio* –mas no principal- sin que pueda levantar expectativa legítima alguna sobre la relación jurídica sustancial en disputa.

Ahora bien, de lo anteriormente expuesto tenemos que la intervención de los terceros en el proceso puede perfeccionarse bajo dos modalidades¹⁵⁴: la primera puede ser *voluntaria principal* o *voluntaria adhesiva*. La intervención voluntaria principal tiene lugar cuando el tercero tiene interés en hacer valer en juicio un derecho sustancial que se opone con el que se ha invocado por el actor y que es objeto de la tutela jurisdiccional. La intervención voluntaria adhesiva tiene lugar cuando el tercero toma participación en la relación jurídico-procesal identificándose con la posición e interés de cua-

¹⁵⁴ PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit., p. 109

lesquiera de los elementos subjetivos (activo o pasivo) coadyuvando a la misma.

Contrapuesta a la anterior, tenemos la intervención perfeccionada compulsivamente, que puede ser realizada a facultad de alguno de los elementos subjetivos y para el mejor desarrollo de la relación jurídico-procesal, y en definitiva, para la adecuada realización de la relación jurídica sustantiva; o facultad del Órgano Jurisdiccional en uso de sus atribuciones legales cuya racionalidad es la particular defensa social que se le otorgue a un interés subjetivo.

La intervención del tercero accidental está impulsada por el propio carácter público del proceso y necesariamente es compulsiva. Cuando el interés cívico del tercero accidental se identifica con el interés público del proceso no habrá lugar a la compulsión; pero si el tercero accidental rehusare su intervención en forma consciente, actuarán los mecanismos de la *coertio* legal, obligando su intervención, de lo que se concluye que la voluntad de intervención del tercero accidental es un presupuesto de orden público que no admite discusión.

XXIX. LA CAPACIDAD PROCESAL

Distinguido el concepto general de *parte*, encontraremos que su amplitud encierra cuatro particulares acepciones. Uno de ellos es el de la *capacidad procesal o la capacidad para ser parte*.

Como vimos anteriormente todo ciudadano tiene frente al Estado ese derecho público subjetivo que se denomina acción. Ahora bien, mediante ese derecho se impetra al Órgano Jurisdiccional su actuación para la tutela judicial de una determinada y particular relación jurídica-sustancial, de lo que se infiere que todo aquél que tiene derecho de acción tiene, necesariamente, capacidad para el proceso en sentido lato. Pero, tal capacidad para el proceso (capacidad para ser parte) no significa que *per se* tenga capacidad procesal. La distinción se puede establecer paralelamente a lo que significa la capacidad de goce con la de ejercicio. En efecto, si bien todas las personas tienen –por el hecho de serlo– capacidad de goce, no a todos asiste capacidad de ejercicio. El efecto LEON BARANDIARAN¹⁵⁵ nos dice que todo

¹⁵⁵ LEON BARANDIARAN, JOSÉ.- “Curso Elemental de Derecho Peruano”. (Parte General del Derecho Civil. Título Preliminar del Código Civil. El derecho de las personas en el Código Civil), p. 95.

sujeto que es titular de un derecho tiene, pues, *capacidad de goce*, pero puede estar impedido legalmente para ejercitarlo por sí mismo y sufre, por lo tanto, de una *incapacidad de ejercicio*.

Distinguiendo ello al interior de la relación jurídico-procesal, veremos que la capacidad para el proceso es el atributo jurídico que todo titular de una relación jurídico sustantivo tiene (derecho de acción), en tanto que la capacidad procesal es el atributo jurídico-procesal que se tiene para solicitar válidamente una tutela jurisdiccional. Así como entre la capacidad de goce y la de ejercicio la sinonimia fundamental es que se unifique en un sujeto ambas, en la relación jurídico-procesal sucede otro tanto; pero ello no obsta para que se dé una figura disyuntiva, es decir, que se presente igualmente la figura entre quien tiene la titularidad de una relación jurídica sustantiva pero que no tiene el atributo de invocarla por sí sólo a efectos de la tutela jurisdiccional, teniendo que recurrir a otro sujeto para este efecto. Este último no tendrá titularidad sustantiva alguna, pero se le reconocerá el atributo de poder perfeccionar válidamente la relación jurídico-procesal en nombre de la relación jurídica-sustantiva afectado de incapacidad procesal.

XXX. LA LEGITIMATIO AD-CAUSAM

La *legitimatio ad-causam* también responde la denominación de la personería sustantiva. Existen, nítidamente diferenciables, dos tendencias que la definen y que van paralelas al concepto de que se tenga del ejercicio de la relación jurídico-procesal.

Si la acción es entendida como el derecho material en movimiento, o como elemento de ello, la *legitimatio ad-causam* viene a ser la sinonimia entre el sujeto titular de la relación jurídica objeto de la tutela jurisdiccional, con el titular de la relación jurídico-procesal que la contiene. En otras palabras, aquella forma de primer orden de la capacidad procesal que desarrollamos en el punto precedente. Así lo precisa KISCH¹⁵⁶ cuando sostiene que la demanda judicial de un derecho es una forma de su ejercicio. No puede, por lo tanto, tener resultado mas que cuando se ejercita por la persona a quien la ley le concede facultad para ello y precisamente contra la persona frente a la cual la acción de que se trate tiene que ser ejercitada. La

¹⁵⁶ KISCH, W.- Op. Cit. pp. 107-107

qualidad en virtud de la cual una acción o derecho puede y debe ser ejercitada por o contra una persona en nombre propio, se llama legitimación en causa, o la facultad de llevar, gestionar, o conducir el proceso; activa para aquel que puede conseguir judicialmente un derecho; y pasiva para aquel contra el cual se ha de hacer valer. El principio según el cual se determina la legitimación, está, pues, por su naturaleza concebido en estos términos: *la acción debe ser ejercitada por su titular y ha de dirigirse contra el obligado*.

En igual forma CALAMANDREI¹⁵⁷ expresa que la legitimación ha de pertenecer de un modo exclusivo al derecho subjetivo sustancial. Se puede establecer esta regla general: que cuando se controvierte en juicio sobre una relación de derecho privado, la legitimación para obrar y para contradecir corresponden respectivamente al sujeto activo y al sujeto pasivo de la relación sustancia controvertida.

Dentro de un esquema parecido, pero avanzando mas allá en el mismo, CHIOVENDA Y COUTURE¹⁵⁸ acotan que para la legitimación en la causa no solo es indispensable la titularidad del derecho, sino que la identidad con ésta, y la erigen como condición para la obtención de una decisión jurisdiccional favorable.

Por otro lado, si se considera a la acción como un derecho público subjetivo dentro de la orientación publicista, independientemente de la relación subjetiva sustancial en discusión, y que se dirige contra el Estado; la *legitimatio ad-causam* viene a ser la razón de obrar legítimamente dentro de una relación jurídico procesal, sea como sujeto activo o como sujeto pasivo. De esta manera -en forma mas acorde con la realidad- puede existir perfectamente *legitimatio ad-causam* sin que se perfeccione una relación jurídico sustancial, ya que no existe necesaria identificación entre sus titulares. La identificación tan sólo se va a producir luego de la decisión jurisdiccional, en donde la parte vencida nunca perfeccionará la relación jurídico-sustancial que ha sido adjudicada a su contraria, más su legitimación en la causa será real, existente y válida. Se presenta pues un corte profundo entre los dos conceptos que definen publicistamente la acción: derecho público subjetivo. La legitimación en la causa se configura tan solo con el

¹⁵⁷ CALAMANDREI, PIERO.- Op. Cit., p. 179

¹⁵⁸ PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit., p. 119.

carácter público del derecho de acción que faculta la exigencia al Estado, a través del Órgano Jurisdiccional, de la tutela jurídica. La legitimación de la causa no es, pues, atributo de nadie en particular sino de todos por el hecho de ser súbditos del Estado.

Ahora bien, la *legitimatío ad-causam* se distingue de la *legitimatío ad-processum* en que la primera es un elemento sustancial en el proceso inherente al mismo, en tanto que la segunda es un presupuesto del proceso como veremos más adelante. La legitimación en la causa es esencialmente subjetiva y determina si dentro de la relación jurídico-procesal están actuando o no los sujetos de la relación jurídica sustancial que se discute.

Se relaciona con el interés en el obrar pues ambos son elementos necesarios para el ingreso en la titularidad de la relación jurídica subjetiva luego de la decisión jurisdiccional, no siendo presupuestos de la relación jurídico-procesal como ya se ha acotado; mas no deben ser confundidos por cuanto el interés en el obrar es el móvil actual, serio, subjetivo y legítimo para acudir al Órgano Jurisdiccional en busca de tutela jurisdiccional. De ahí que determinado el interés por motivos serios, actuales, subjetivos y legítimos se configura la legitimación para obrar, pero ello no significa que ésta suponga siempre *per se* el interés en el obrar. Puede existir perfecta legitimación, esto es, el libre camino hacia la tutela jurisdiccional, pero puede también no existir en ello el interés de ejercitar tal facultad para lo cual se haya legitimado.

Finalmente diremos que existe notoria diferencia entre la capacidad de ser parte y la *legitimatío ad-causam*. En efecto, mientras que en la primera es un presupuesto procesal (requisito de validez del acto jurídico-procesal) y se halla directamente referida al proceso, la segunda es un elemento del proceso que se refiere a la coincidencia de posición entre el titular de la relación jurídica sustantiva y que no atañe directamente al proceso en sí, sino a su finalidad. La diferencia radica, pues, entre el poder ser (capacidad) y el ser (legitimación).

XXXI. LA LEGITIMATIO AD-PROCESSUM

La *legitimatío ad-processum* también recibe la denominación de *personería adjetiva*, y en su sentido restringido se entiende que es la relación que se establece entre el titular del interés en el obrar y la persona que lo representará en el perfeccionamiento de las relaciones jurídico-procesales

en que se controvierte tal interés, toda vez que el titular del interés en el obrar no puede perfeccionar válidamente tales relaciones jurídico-procesales, y por lo tanto, no se puede *per se* llevar adelante el proceso.

De la misma manera que dentro de las relaciones jurídicas sustantivas puede presentarse una disyunción entre su titular y quien por él tenga que ejercitarlo, la sinonimia perfecta entre el titular del interés en el obrar y la capacidad para, en tal virtud, perfeccionar actos jurídico-procesales no siempre se presenta.

PEÑA DUEÑAS¹⁵⁹ señala que se puede decir que la *legitimatio ad-processum* es una modalidad de la capacidad que requiere la ley sustantiva en toda persona para adquirir derechos y poderlos ejercer. Consiste esencialmente en la capacidad para comparecer no sólo en nombre de otra persona, sino en nombre propio.

La *legitimatio ad-processum*, a diferencia de la *legitimatio ad-causum* sí constituye un presupuesto procesal, ya que sin su presencia no se pueden perfeccionar válidamente las relaciones jurídico-procesales de que se compone el proceso, impidiéndose con ello un pronunciamiento jurisdiccional igualmente válido. Es, pues, lo que se denomina en la praxis, la personería procesal. Por ello, se evidencia un carácter especial que hace mayor la distinción —porque especial es la capacidad que se exige al actor y al emplazado para el perfeccionamiento de los actos jurídico-procesales— y es que si bien es cierto que toda persona tiene *legitimatio ad-causum*, no toda persona tiene *legitimatio ad-processum*; y, del mismo modo, no todo aquél que ejerce una *legitimatio ad-processum* lo hace necesariamente en virtud de su propia *legitimatio ad-causum*, aunque necesariamente a toda *legitimatio ad-causum* corresponde una *legitimatio ad-processum*.

XXXII. LA CAUSA PETENDI

De la misma manera como hemos distinguido entre la *actio* (acción) y la *iuris petitio* (pretensión) según las orientaciones doctrinarias expuestas, también se debe distinguir entre la *causa de la acción* y la *causa de la pretensión*.

¹⁵⁹ PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit., p. 125.

Dentro del ejercicio del derecho de acción se manifiestan dos intereses, uno en el proceso y otro en el obrar. Dentro de lo segundo, se presentan dos figuras, por un lado la causa de la pretensión particular que el sujeto activo de la relación jurídico procesal hace de relieve, aquella que se origina en la expectativa –legítima o no- de la relación jurídica sustancial que se ha invocado y que le sirve de fundamento para solicitar la tutela jurisdiccional. Tal pretensión de carácter particular y privado es la *causa petendi*. En otras palabras, es el impulso que se otorga a la pretensión subjetiva del actor y que le da sustento a su interés en el obrar.

Por otro lado, existe el *petitum* o *petitio*, que se refiere concretamente a lo que es objeto de pedido en virtud de la *causa petendi*, es decir, la propuesta de *dispositio* que se hace al Órgano Jurisdiccional, a la autoatribución de una posición en la relación jurídica sustancial que el pronunciamiento jurisdiccional ha de establecer finalmente *meritum causae*. Toda *causa petendi* condiciona un *petitum*, y todo *petitum* presupone una *causa petendi*.

La doctrina ha admitido la diversificación de categorías de las relaciones jurídicas sustantivas que pueden ser objeto de acción a través de sus ejercicios, en cada una de las cuales son distintos los hechos que determinan la *causa petendi*. PEÑA DUEÑAS¹⁶⁰ precisa que se debe entender por *causa petendi*, los hechos constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos de la relación jurídica sustancial discutida en el proceso. Constituyen el fundamento de la pretensión que, a su vez, han de dar vida a la acción, y se diferencia del *petitum* que consiste en esencia, en la providencia jurisdiccional concreta que se solicita al Órgano Jurisdiccional.

En definitiva, la *causa petendi* es la declaración o enunciado jurídico (*dictio*) que se persigue en toda decisión jurisdiccional y que será su elemento indispensable. La *petitum* es la disposición u orden (*dispositio*) que acompaña a la *dictio*. Ambos elementos forman la conclusión de la *iuris dictio*, es decir, del resultado de la tutela jurisdiccional solicitada al Estado.

XXXIII. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Vamos a referirnos finalmente al moderno concepto de *Tutela Judicial Efectiva* o *Tutela Jurídica del Derecho*. La constitucionalidad de los Derechos

¹⁶⁰ PEÑA DUEÑAS.- Op. Cit., p. 131.

Fundamentales, sobre todo a partir de las Constituciones de *Querétaro* y del *Weimar* en la década de los veinte del Siglo pasado, y la asunción del acceso a un proceso justo e imparcial como un Derecho Fundamental, como atributo de la personalidad, hacen de la regulación del proceso y de su finalidad una institución de rango y protección constitucional¹⁶¹. Positivamente tenemos esto graficado en los Arts. 138° y 139° de nuestra Carta Política en vigencia.

Por *Tutela Judicial Efectiva*, concepto que proviene fundamentalmente del Derecho Alemán, (*Rechtsschutzberdürfniss*)¹⁶², se entiende, al decir de COUTURE, la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas. Y aunque no se crea, ni lo parezca en un juicio, es sinónimo con el *Debido Proceso Legal* que proviene del derecho anglosajón, concretamente de la V y XIV Enmiendas producidas en la Constitución de los EEUU, a partir de la segunda mitad del Siglo XIX, como consecuencia directa del final de la Guerra Civil norteamericana. Fue una evolución del principio heredado del derecho anglosajón colonial en virtud del cual toda persona tenía, antes de su condena, derecho a *His day in the Court*, versión inglesa del *derecho de audiencia* español.

Tutela Judicial Eficaz y Debido proceso legal son conceptos distinguidos solo por la ausencia de lecturas básicas y por el desconocimiento que quieren ver como diferentes lo que en la doctrina es equivalente. Ver al efecto el Art. 24° de la Constitución de 1978

La Tutela Jurídica Eficaz supone también, en cuanto a la efectividad del goce de los derechos que la ley reconoce, la vigencia de la axiología jurídica, de los valores imperantes, coordinados entre sí de modo armonioso. ¿Sirve el proceso a estos valores jurídicos? ¿Puede la Ciencia Procesal cooperar a la efectiva realización de la Tutela Judicial Efectiva? La respuesta es absolutamente positiva, y para ello remitámonos a los Arts. 139° de la Constitución Política del Estado y al Título Preliminar del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establecen las Garantías de la Administración de Justicia, que no son otra cosa que Principios, Presupuestos e Instituciones procesales que condensan ejemplificativamente a nivel constitucional dentro de lo que FIX-ZAMUDIO describe el *Derecho Constitucional Procesal*, las garantías del Debido Proceso o *Due Process of Law* del Derecho Anglosajón o *Common*

¹⁶¹ COUTURE, EDUARDO J.- *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Ob. Cit. p. 151.

¹⁶² Ob. Cit. pp. 479 y ss.

*Law*¹⁶³, que señala la justicia del proceso judicial que, aunque debiera ser una tautología, no necesariamente siempre lo es.

Por ello, COUTURE, en cita que también es recogida por ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, ha afirmado por ello que los Códigos Procesales Civiles y sus leyes complementarias que le desarrollan son, en verdad, el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución¹⁶⁴.

Tutela Judicial Efectiva será pues, la manifestación constitucional del *Debido Proceso Legal*, las garantías procesales acordadas al justiciable para un acceso libre a un proceso justo e imparcial que decida por sobre sus derechos subjetivos y que otorgue a las relaciones sociales la necesaria paz social y seguridad jurídica del derecho. Y esto que empieza en el Derecho Procesal y que la Ciencia del Proceso recoge y desarrolla es, hoy por hoy, un Derecho Fundamental, uno de nuestros Derechos Humanos.

¹⁶³ Consagrado en las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos y que se entronca con la observancia de la *ley de la tierra* (<<*law of the land*>>) de la Carta Magna inglesa. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO.- *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*; Ob. Cit. p. 222.

¹⁶⁴ Ob. Cit. Ver además: QUIROGA LEÓN, ANÍBAL.- *El Debido Proceso Legal en el Perú y en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos - Jurisprudencia*; Jurista Editores, Lima, 2003.