

CONCEPTOS BASICOS EN EL ESTUDIO DEL DERECHO  
PROCESAL: A PROPOSITO DE LA CIENCIA DEL  
PROCESO (\*)

Anibal Quiroga León

*SUMILLA:* I. INTRODUCCION; II. CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL; 2.1. Concepto Tradicional; 2.2. Concepto Moderno; 2.3. Concepto Post-Publicista; III. CONCEPTO DE ACCION, 3.1. Escuela Civilista; 3.2. Escuela Alemana o Publicista; 3.3. Escuela Post-Publicista; IV. CONCEPTO DE EXCEPCION; V. CONCEPTO DE JURISDICCION, VI. CONCEPTO DE COMPETENCIA; VII. CONCEPTO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—

*Voila le firmament, le reste est procédure.*

PEGUY

I. INTRODUCCION

Cualquier trabajo sobre el Derecho Procesal que se pretenda realizar en nuestro medio fuera del lineamiento tradicionalmente exegético y que aspire a un mínimo de rigor dogmático, por la naturaleza misma de su temática, debe iniciarse con una apreciación crítica: nuestro medio jurídico nacional no ha sido especialmente fecundo en el desarrollo de una tradición procesal —a diferencia de otras disciplinas jurídicas— (1); de manera que difícil encontrar la estela de alguna particular *Escuela de Derecho-Procesal Civil Peruano* como sí ha sucedido en otros países latinoamericanos (2).

---

(\*) Conferencia realizada el 18 de septiembre de 1986 en la sede de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo" con ocasión de la *Semana de Derecho*.

(1) MONROY, Juan y QUIROGA, Anibal. *Las Excepciones en el Proceso Civil Peruano. Análisis y Alternativa Proyecto Modificador*—; Tesis PUC del Perú, Lima, 1982; p. 11

(2) Op. Cit., pp. 14 y ss.

Esta realidad, que aparentemente sólo tiene implicancias en el medio forense y judicial --a los cuales, también aparentemente, está dirigida en estricto toda la regulación procesal-- implica necesariamente de manera negativa en otros aspectos como el universitario, el académico, el normativo, el social y hasta el político.

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 materia 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.

IBAÑEZ DE ALDECOA (3) 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 movilizadado 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 construído 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 Organo Jurisdiccional, sino que, como lo sostiene LATORRE (4) es una ciencia de vigencia social cuyas reglas jurídicas deben su complejidad a la na-

---

(3) IBAÑEZ 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.

turala 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 ECHEANDIA (5) como noción abstracta es inmutable; pero la manera de lograrla en la práctica, difícil y esquivada, es necesariamente cambiante porque debe ajustarse a la permanente evolución del medio social y de la persona humana misma. En cada período 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 recíproco de todas las instituciones que constituyen sus pilares. El Derecho Procesal es un importante sostén para la realidad, vigencia 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, ARAGONESES (6) sostiene que, en su ausencia, el hombre involucraría a sus orígenes en que la *autotutela* o *autodefensa* definía el primer

- 
- (5) DEVIS ECHEANDIA, Hernando. *IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*; en: *Revista de Derecho Español y Americano* No. 17; Año XII, II Época, Jul-Sept., Inst. de Cultura Hispánica, 1967, p. 177.
- (6) ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*; Aguilar; Madrid, 1960; p. 27.

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 CAÑADA (7), cuando expresaba que: "*Los hombres, que en su estado primitivo natural no reconocían superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban de consiguientes autorizados para hacerlo por sí propios: la experiencias 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 desaveniencias, 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 GONZALEZ PEREZ (8) 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 *autodefensa* en beneficio del

---

(7) Cit. por GONZALES PEREZ Jesús. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*; Ed. Civitas, Op. ; Madrid, 1984, p. 19.

(8) Op. Cit., p. 20.

*proceso*; sino que a períodos en que esto ha sucedido así, han sucedido otros en que han aparecido notorias manifestaciones de *autodefensa* 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 más rencorosas y arbitrarias. ¿Cuáles son, acaso, las causas de este resurgimiento defensivo? Muchas y de diversa índole dice GONZALEZ PEREZ (10), 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 dirigente 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*, definitivos 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 CALAMBREI (11), 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

---

(9) Título del libro de RUIZ FUNES; Bs. As., 1944; Cit. por ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*; Imp. Universitaria, 2da. Ed., México, 1972; p. 64; Op. Cit., p. 21 y Cit. 4.

(10) GONZALEZ PEREZ, Jesús. Op. Cit., p. 21.

(11) CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*; Eds. Jcas. Europa América; Buenos Aires, 1960; p. 32.

la sociedad y que constituye la realización de la función más solemne y más elevada del Estado: la justicia, que es el *fundamentum republicae*. Y es esto lo que explica otro de los grandes tradadistas italianos, MAURO CAPPELLETTI (12), 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 *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 particularismos 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 libertad (13), 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

### 2.1. 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.

---

(12) CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías y Sociedad*: Eds. Jcas. Europa-América; Buenos Aires, 1974; p. x.

(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 liberta*". CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. Prefazione; CEDAM, Padova, 1954.

Tradicionalmente se ha entendido que el Derecho Procesal es sólo el conjunto adjetivo de reglas de procedimiento que regulan la tramitación de los juicios (14), relievándose así su carácter adjetivo y formal en oposición al derecho sustantivo o material. El Derecho Procesal termina siendo, así, una disciplina auxiliar del Derecho Material, tributaria de las demás ramas sustantivas del Ordenamiento Jurídico donde si bien cumple una 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 íntima 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 sustantivo (15). 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 CHIOVENDA (16), pueden

---

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

(15) ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo. *Disposiciones de Contenido Procesal*; en: *Para leer el Código Civil II*; 1era. 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 Fundamen-*

equiparse entre sí como en anverso y el reverso de una misma moneda.

Dentro de la tradicional conceptualización del Derecho Procesal, esto 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. COUTURE (17), esta 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 CARRERA, 1655; VILLADIEGO, 1788), *Práctica Civil* (MONTERROSO Y ALVARADO, 1563) *.Praxis Iudicium* (CARDOSO DO AMARAL, 1610). Todavía hoy se siguen escribiendo libros estilo formulístico o meramente exegeticos.

En el siglo XIX la voz *procedimiento* sustituye a la de *práctica* y el método, ya frecuentemente exegetico al mejor estilo de los comentaristas napoleonicos, 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*.

## 2.2. 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 categórica-

---

*tales del Derecho Procesal*; Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1969, p. 21.

(17) COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; 3ra. Ed. -Póstuma-, reimpresión; Eds. DePalma, Bs. As., 1978; p. 5.



mente: “*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).

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 BULOW 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 MELENDO (21), 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 BULOW 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 fe-

---

(18) CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nei sistema dei diritti*; en: *Saggi*, T.I p. 31, nota 2; cit. por COUTURE Eduardo J.. Op. 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*; Op. Cit. p. 7.

(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.

brero de 1903 con la célebre *Prolusión de Bolonia*, prontamente continuada por eminentes discípulos cuyas enseñanzas se han prodigado por toda la cultura jurídica romano-latina llegando con nitidez hasta nuestro continente americano (22).

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 tengan vigencia real. De ahí que el Derecho Procesal responda a una realidad dialéctica con el Derecho Material, donde la vigencia de éste presupone y la existencia de aquél dentro de una interacción alejada de fórmulas meramente empíricas sin espíritu ni técnica científica.

CHIOVENDA (23) 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 Organo 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 mediante su interés en la declaración de certeza que reconozca la vigen-

---

(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 ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: "*Discípulo de un Maestro y Maestro de discípulos (...) que en época de iconoclastia 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.

(23) CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Op. Cit. p. 39.

cia de una determinada relación jurídica, sea al demandado con el reconocimiento de la inexistencia de tal relación jurídica.

Para CALAMANDREI (24) 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.

COUTURE (25) 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 CASTILLO (26) señalará que el proceso satisface, esencialmente, una doble finalidad: *represiva* en tanto restaura 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.

### 2.3. *Concepto post-publicista*

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-publicista que lidera GOLDSCHMIDT (27) que ubica al

---

(24) CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*; Op. Cit. p. 29.

(25) COUTURE, Eduardo J.— *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Op. Cit. p. 3.

(26) ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*; Imprenta Universitaria, México, 1947; pp. 188-189.

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

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-jurídica-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 de 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*.

ARAGONESES (28), por su parte, desarrolla la noción de proceso -en tanto proceso judicial- a través del *reparto* como ejercicio de la justicia (29); es decir, 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 COUTURE

- 
- (28) ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*: Op. Cit. pp. 3-73.
- (29) GOLDSCHMIDT, Werner. *La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)*: Aguilar, Madrid, 1958; p. 107; Cit. por ARAGONESES ALONSO Pedro; Op. Cit. pp. 3-4.

(30), 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 superarla (34). La denominación genérica de *Derecho Jurisdiccional* tiene sobre la precedente la ventaja de abarcar no sólo el Derecho Procesal propiamente dicho, sino también la organización de los tribunales y el estudio de la condición jurídica de sus agentes.

Es en este orden de ideas que MONTERO AROCA (35) destaca que el concepto que pueda denotar el Derecho Procesal es insuficiente, por lo que es su 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 detenimiento en su proceso evolutivo. Si el proceso no es más que un medio para poner en funcionamiento la tutela judicial—jurisdiccional es evidente, entonces, que la denominación de Derecho Procesal resulta

---

(30) COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*: Op. Cit., p. 6.

(31) Así denomina al curso del 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., Op. Cit.

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

(33) En este el sentido que le daba MATTIROLO, *Istituzioni di Diritto Giudiziario Civile*, Torino, 1888; y *Trattato di Diritto Giudiziario Civile*, 6 Vol., Torino, 1902 - 1906; enteramente distinto del *Derecho Judicial Material* de GOLDSCHMIDT. Cit. por COUTURE, Eduardo J. - Op. Cit.

(34) FENECH, Miguel.— Cit por COUTURE, Eduardo J. Op. cit., p. 313 en nota. Pero cabe llamar la atención acerca de las circunstancias de que para la doctrina francesa el procedimiento es sólo una parte 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.

incompleta. El proceso es, señala en sus conclusiones, el medio o instrumento jurídico a través del cual los órganos investidos de jurisdicción satisfacen pretensiones y vencen resistencias. Para BALLBE (36) el proceso es un medio o instrumento de la función jurisdiccional, por lo que la denominación misma de Derecho Procesal con que se viene titulando 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, FENECH (37) apunta que si el proceso jurisdiccional no es sino el instrumento 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 constituye el objeto principal de la misma, por lo que resulta adecuada la denominación de *Derecho de la Actividad Jurisdiccional*, o, en definitiva, *Derecho Jurisdiccional*.

MORON (38) reconoce que el Derecho Procesal resultará notoriamente insuficiente, respondiendo mejor a las exigencias de la ciencia hablar de *Derecho Jurisdiccional*, aunque mientras la doctrina no acepte el cambio de denominación habrá que seguir hablando de Derecho Procesal: y G. DE CABIEDES (39) definirá el Derecho Procesal como el *Derecho de la actividad 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 desarrollar— de su conceptualización dogmática.

---

(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. Op. Cit. nota 2.

(37) FENECH, Miguel. *Notas previas al Estudio del Derecho Procesal*; en: *Derecho Procesal Penal*; T.I., Barcelona, 1960, pp. 20–34; Cit. pro MONTERO AROCA, Juan.— Op. Cit., nota 3.

(38) MORON. *Sobre el Concepto de Derecho Procesal*; en: RDPRO, 1962, 3, pp. 123–124. Cit. por MONTERO AROCA, Juan.— Op. Cit. nota 4. (3

(39) G. DE GABIEDES. *Una reflexión acerca del concepto del Derecho Procesal*; Pamplona, 1974, pp. 34–35. Cit. por MONTERO AROCA, Juan.— Op. Cit. nota 5.

Es a partir de todo lo señalado que ya podemos conceptualizar al 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 el Prof. mexicano FLORES GARCIA parafraseando a NICETO ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO (40).

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 233º de nuestra *Constitución*, en el Art. 3º, de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* 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 plena jerarquía constitucional como expresamente lo previene el Art. 105 de nuestra *Carta Política*.

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. CONCEPTO DE ACCION

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 encontrare-

---

(40) FLORES GARCIA, Fernando. *La Teoría General del Proceso y el Amparo Mexicano*: Rev. de la Fac. de Derecho de México, UNAM, México, 1982, T. XXXI, No. 118, Ene-Abr., 1981, pp. 85 -123.

mos 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 Jurisdiccional (41).

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

### 3.1. Escuela Civilista

Compuesta por quienes con CELSO definían la acción como el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido: *Nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur* (42). 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.

### 3.2. Escuela Alemana o Publicista

Cuyos precursores más notables fueron MUTHER, HELL-

---

(41) Op. Cit., pp. 92-93.

(42) MARGADANT, Guillermo F. *El Derecho Privado Romano*; Ed. Esfinge, México, 1960, p. 140. Cit. por FLORES GARCIA, Fernando Op. Cit.



WIG y WACH (43) 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 una 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 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 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.

### 3.3. Escuela Post-Publicista

Compuesta por quienes, como MONTERO AROCA (44), propenden una sustitución del concepto del Derecho Procesal por el de *Derecho Jurisdiccional*, o, como ARAGONESES (45), 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.

---

(43) PEÑA DUEÑAS, Hernán. *Distinción de los Conceptos Fundamentales del Derecho Procesal*: Op. Cit. p. 49.

(44) Ver supra 2.3, y Cit. 35.

(45) ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*; Op. Cit., p. 73.

Adalid de esta posición es el tratadista alemán JAMES GOLDSCHMIDT (46), 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 (*hermeneútica*) 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 la 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* (47), que fuera reformulada y relanzada por ROUSSEAU (48).

#### IV. CONCEPTO DE EXCEPCION

Tarea tan difícil es definir el concepto de excepción como lo es el de acción ya referido (49). COUTURE (50) 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. REDENTI (51) 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

---

(46) GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*; Op. Cit. p. 3.

(47) "Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. (...) 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". MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*: 1. Capt. VI. Libro XI.

(48) El enunciado de MONTESQUIEU FUE reformulado por ROUSSEAU en la Revolución Francesa con expresión "Le juge n'est plus que la bouche de la loi".

(49) Ver supra III.

(50) COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Op. Cit. pp. 90-91.

(51) REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*; T.I., Eds. Jcas. Europa América; Buenos Aires, 1957; p. 52.

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 aformismo *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* (52).

En un sentido estricto o procesal, como lo indica una vez más COUTURE (53), 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.

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 GARCIA (54) es quien señala que sobre la excepción 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 Organó 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 ha sucedido con el epígrafe del Art. 312º del *Código de Procedimientos Civiles* de 1912 que no

---

(52) ULPiano.— *Digesto*; 44, I, 1; cit. por COUTURE, Eduardo J.— *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*: Op. Cit.

(53) Op. Cit. pp. 96-97.

(54) FLORES GARCIA Fernando.— *La Teoría General del Proceso y el Amparo Mexicano*; Op. Cit.

fue modificado por la importancia reforma del *Decreto Ley 21773*, que sí modificó la tramitación de las excepciones en juicio ordinario en el Art. 318<sup>o</sup> del ya citado texto normativo procesal.

ALSINA (55) 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, añadira, 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. FERRERO (56) 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 valer el demandante para que se consagre su derecho.

Finalmente, podremos añadir que en su real y construido carácter procesal, excepción es aquella forma procesal que puede adquirir el derecho de defensa. La defensa es el género y la excepción 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 excepción (57).

## V. CONCEPTO DE JURISDICCION

Empezaremos por precisar que 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 JELLINECK (58).

- 
- (55) ALSINA, Hugo.-- *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*; T. II; EDIAR Editores, Buenos Aires; p. 78.
- (56) FERRERO, Augusto. *Derecho Procesal Civil - Excepciones*: Op. Cit. pp. 63-64.
- (57) MONROY, Juan y QUIROGA, Aníbal.- *Las Excepciones en el Proceso Civil Peruano. Análisis y Alternativa -Proyecto Modificador -*: Op. Cit. p. 106.
- (58) JELLINECK, George.- *Teoría General del Estado*: de la Universidad de Heildelberg; cit. por el Prof. GONZALEZ-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.

quien ha señalado que el avance más notable de finales del Siglo XVIII y principios 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 sostenía, 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 rigor (59).

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 *iurisdictio*, 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.

UGO ROCCO (60) la definirá como “*la actividad con que el Estado, interviniendo a 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*”. CHIOVENDA (61) 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*”. CALAMANDREI (62) señalará que “*es la posición de la Administración de Justicia en el moderno Estado de Derecho, que*

---

(59) Ver supra 3.3 y citas 47 y 48.

(60) 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*, Op. Cit. p. 43.

(61) 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*; Op. Cit. pp. 40--41.

(62) CALAMANDREI, Piero. *Estudios Sobre el Proceso Civil*; Ed. Bibliografica Argentina, Buenos Aires, 1961; pp. 269--271;

*reivindica para sí el monopolio del ejercicio de la función jurisdiccional*". MONTERO AROCA (63), 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, *aiqlla 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 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 (64).

Por otro lado, tenemos la acepción 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"* (65).

---

(63) MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal, Jurisdicción, Acción y Proceso*; Op. Cit. pp. 20-25.

(64) MONROY, Juan y QUIROGA, Aníbal. *Las Excepciones en el Proceso Civil Peruano. Análisis y Alternativa - Proyecto Modificatorio* ; Op. Cit. p. 55.

(65) Op. Cit.

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 el hecho de serlo, está investido de *autoristas* jurisdiccional. 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 1912. En cambio, un ejemplo de una defectuosa denominación 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 excepcional.

## VI. 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 muchas veces se sostiene e, incluso, se legisla como en el caso de Art. 1085 del *Código de Procedimientos Civiles* de 1912 ya señalado.

Podemos decir, pues, que a todo juez, por el hecho de serlo, le corresponde *in-génere* el atributo jurisdiccional, más no todo juez es competencia para el caso concreto, de donde se infiere que la potestad jurisdiccional sólo puede tener eficacia jurídica cuando es ejercitada competentemente (66).

Sustentan la competencia básicamente, a diferencia del aspec-

---

(66) Op. Cit. p. 59.

to 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 justicia (67). 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 juzgador (68).

CHIOVENDA (69) 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 el está atribuido. GUASP (70) 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. CARNELLUTTI (71) 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. MATTIROLO (72) la define como la medida como se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales. Finalmente, MICHELLI (73) dirá que la medida

---

(67) HELLWIG, citado por FLOREZ GARCIA, Fernando. *Teoría General del Proceso y el Amparo Mexicano*; Op. Cit. p. 91.

(68) Op. Cit.

(69) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*; Op. Cit. por PEÑA DUEÑAS, Hernán.- *Distinción de los Conceptos Fundamentales del Derecho Procesal*; Op. Cit. p. 44

(70) Op. Cit.

(71) CARNELLUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*; T.I; Ed. UTEMA, Buenos Aires, 1944; pp. 286-287.

(72) MATTIROLO, Luis. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*; Ed. La España Moderna, Madrid, s/f.

(73) MICHELLI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. T. I, Eds. Jcas. Europa-América; Buenos Aires, 1971; p. 131.



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 ser 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*.

## VII. CONCEPTO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Para determinar este suscinto y preliminar desarrollo, vamos a referirnos finalmente al moderno concepto de *Tutela Judicial Efectiva* o *Tutela Jurídica del Derecho*, dejando de lado, quizás para otra oportunidad, conceptos tan ricos en la Ciencia del Proceso, como Litigio, Sentencia, Juicio, Proceso, Cosa Juzgada, Parte, Capacidad Procesal, Principios y Presupuestos Procesales, etc.

La constitucionalidad de los Derechos Fundamentales, sobre todo a partir de las Constituciones de *Querétaro* y del *Weimar* en la década de los veinte del presente siglo, 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 constitucional (74). Positivamente tenemos esto gratificado en los Arts. 232º y 233º de nuestra *Carta Política*.

Por *Tutela Judicial Efectiva*, concepto que proviene del Derecho Alemán -*Rechtsschutzberdürfniss*- (75), se entiende, al decir

---

(74) COUTURE, Eduardo J.— *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*: Op. Cit. p. 151.

(75) Op. Cit. pp. 479 y ss.

de COUTURE. la satisfacción efectiva de los fines del derecho. la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas.

La *Tutela Jurídica* 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. 233º de la *Constitución Política del Estado* y al 3º 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 las garantías del *Debido Proceso* o *Due Process of Law* del Derecho Anglosajón o *Common Law* (76), que señala la justicia del proceso judicial que, aunque debiera ser una tautología, no necesariamente siempre lo es.

COUTURE, en cita que también es recogida por ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, ha afirmado por ello que los Códigos de Procedimientos Civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución (77).

*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.

San Miguel, Septiembre de 1986.

---

(76) 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. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*: Op. Cit. p. 222.

(77) Op. Cit.