

# TEORIA GENERAL DEL PROCESO

Prof. ADOLFO ALVARADO VELLOSO

## UNIDAD 1

### LAS NOCIONES PRELIMINARES

#### SEGUNDA PARTE

### LA NORMATIVA PROCESAL

#### LECCIÓN 3

### LA NORMA DE CONTENIDO PROCESAL

#### Sumario:

1. La materia del conocimiento jurídico
2. Las normas jurídicas
  - 2.1. Determinativas
  - 2.2. Estáticas
  - 2.3. Dinámicas
3. El concepto de *instancia* y su clasificación
  - 3.1. Denuncia
  - 3.2. Petición
  - 3.3. Reacertamiento
  - 3.4. Queja
  - 3.5. Acción procesal
4. Las diferencias entre *proceso* y *procedimiento*

#### 1. LA MATERIA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

Al comenzar esta obra afirmé que al hombre en soledad no sólo no le interesa ni le preocupa la existencia o inexistencia del Derecho sino que, más aún, ni siquiera puede concebirlo racionalmente.

Dije también que tal preocupación aparece sólo cuando el hombre se congrega en sociedad, cuando deja de *vivir* para comenzar a *convivir*, porque ello trae como inexorable consecuencia la aparición de *conflictos* provocados por la *interrelación* de los hombres.

A los fines que interesan al Derecho, adviértase bien ahora que un *conflicto de contenido jurídico* sólo puede darse *entre dos personas, nunca respecto de una con ella misma ni de ella con una cosa*, pues todo el derecho es producto ideal originado por la necesidad de regular de alguna manera la *convivencia*.

Fácil es de inferir así que todo vínculo jurídico se materializa sólo *entre individuos y nunca con la cosa*, pues los *títulos de derecho* sólo son inteligibles para el hombre, ya sea que se presente en su naturaleza de *gente* o como órgano representativo de un *ente* (recordar que la idea de *lo mío* frente a *lo tuyo* puede ser entendida sólo por *dos hombres...*)

En un pasado remoto, aun antes de la aparición formal de lo que hoy se conoce como *derecho*, las normas reguladoras de la convivencia tenían sustancia exclusivamente religiosa.

En los *Mandamientos de la Ley de Dios* y en la *Senda de las Ocho Vueltas*, por ejemplo, se consagran preceptos que permanecen inmutables en el tiempo y que, en esencia, son similares entre sí: no matar, no robar, no decir falsos testimonios ni mentiras, no codiciar bienes ajenos, etcétera, y que hoy constituyen normas jurídicas implícitas.

Cuando la normación pierde su origen divino y comienza a surgir del propio quehacer e imaginación del hombre, los problemas se regulan a medida que aparecen en la realidad de la vida; ello hace que, en definitiva y todavía hoy, *la norma sea esencialmente cambiante respecto del tiempo y del lugar* (por ejemplo, lo que es delito hoy y aquí, pudo no serlo ayer y puede no serlo allá).

Por eso es que en el principio de las sociedades no existió una concepción racional y unitaria de *todo* el Derecho.

Esta carencia llega hasta el día de hoy, cuando se continúa discutiendo el carácter científico del Derecho: y en alguna medida tienen razón quienes lo niegan pues –para referir a uno sólo de los problemas que justifican tal postura– existe en la actualidad un vocabulario jurídico *multívoco* que conduce inexorablemente al *equivoco*, toda vez que a una misma e idéntica palabra se le asignan generalizadamente diversos significados y, a la inversa, se utilizan varias palabras con raíces diferentes para denominar a un mismo e idéntico fenómeno jurídico.

Valga un ejemplo para confirmar lo dicho: si ante un grupo de personas con determinado grado de cultura alguien pregunta en este país el significado de la fórmula química "H<sub>2</sub>O", seguramente que todas identificarán en sus mentes el objeto *agua*.

Pero lo que verdaderamente importa en esta afirmación es que a idéntico resultado se llegará con igual formulación en el Japón: aunque en otro idioma, se identificará también el objeto *agua*.

Esta es la base mínima de todo conocimiento científico: mantener un lenguaje universal *unívoco* para que sea *inequívoco*.

Propongo ahora hacer experimento similar en un mismo país (no en países diferentes con idiomas distintos): si en una reunión de juristas con distinta especialización –no ya de personas con relativa cultura– se pregunta el significado de la palabra *acción*, habrán de obtenerse por lo menos las siguientes respuestas:

a) *es el legítimo derecho que respalda a la pretensión del actor* (así, se habla de *acción* de alimentos, de *acción* de deslinde, de *acción* de divorcio, de *acción* de filiación, etcétera) (respuesta del civilista);

b) es el título de crédito representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades (respuesta del comercialista);

c) es el elemento físico o de ejecución material y externo del delito (respuesta del penalista);

d) es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe (respuesta del procesalista).

¿Puede concebirse mayor confusión terminológica?

Parecería que todo este dislate semántico proviene de la simple circunstancia de haber olvidado el legislador que el mundo del Derecho es *un mundo de palabras* y, por ello, se apartó de los postulados mínimos de la Lógica. Se aprende en ella que el *término*, el *vocablo* que utiliza el jurista, constituye sólo la expresión simbólica de un *concepto* (el Derecho es, en realidad, un mundo de conceptos abstractos), del mismo modo que la *proposición* es la expresión simbólica de un *juicio* y que el *argumento* es la envoltura verbal de un *razonamiento*.

Para mayor complejidad del problema en el caso que ocupa ahora nuestra atención, también se utiliza la palabra *acción* como sinónimo de *derecho*, de *demanda* y de *facultad*; y, además, usualmente se la califica de acuerdo con el derecho: *acción cambiaria*, *acción civil en caso de delito*, *acción penal*, etcétera.

Y este no es un fenómeno único en el Derecho; otro tanto ocurre con las palabras *abandono*, *absolución*, *apremio*, *carga*, *competencia*, *jurisdicción*, *prueba*, etcétera, etcétera.

Como puede apreciarse, todo lo contrario de un *lenguaje científico*: aquí, lo *multívoco* conduce al *equivoco* (de ahí que muchos diálogos entre juristas no sean otra cosa que conversaciones entre sordos!).

Para evitar tanta disvalía –que genera notable confusión en el estudiante– se hace imprescindible sistematizar genérica y adecuadamente la normación, sujetándola a cánones lógicos inmutables y no meramente contingentes según sea el cuándo y/o el dónde ella ocurra.

Para esto, lo primero es ponerse de acuerdo en cuál es *la materia propia del conocimiento jurídico*.

Puesto en esa tarea, resulta claro para mí que es la *interacción humana*: es decir *la acción que se ejerce recíprocamente* entre dos agentes que, por ello, se convierten en los *extremos* de la *relación* respectiva.

Con esta concepción, puede advertirse que la interacción es una figura *reversible* pues se presenta necesariamente tanto de un lado como del otro de sus extremos, manteniendo su vigencia y significación por la referencia recíproca.

Así es como en la mayoría de las interacciones no hay *pretensión* a la que no corresponda una *prestación*; y porque ésta es exigible es que aquélla existe (por ejemplo: si Juan es vendedor es porque Pedro es comprador que, si no paga el precio adeudado, puede ser demandado para que lo haga. Y viceversa).

Si lo que cabe regular jurídicamente es la interacción, parece claro que resulta factible determinar *a priori* y en un nivel absolutamente racional, cuáles son las *totales posibles interacciones humanas*.

Esto, que a simple vista parece cosa imposible de realizar pues en apariencia se presentan en número infinito, es factible de lograr con sólo pensar adecuadamente en el problema. En esa tarea es fácil descubrir que no son infinitas. Ni siquiera muchas. En rigor, apenas cuatro.

Veamos cuáles son:

a) la primera y más elemental interacción es la que se presenta entre el hombre (en el sentido de *persona*), aisladamente considerado, y el resto de los hombres; en otras palabras, *la de un hombre con la sociedad en la cual convive* (considerada como un todo diferente a los individuos que la componen).

Más simple: el hombre actúa ante y con el resto de los hombres y éstos, a su turno, hacen lo propio con el primero, como obvia consecuencia del convivir.

Y es que cada uno y todos los hombres requieren ser individualizados, identificados, gozar de una cierta capacidad, tener un domicilio en el cual puedan ser hallados, etcétera. Y ello porque el *estado* de una persona es el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirle efectos jurídicos.

Por cierto, esta interacción está adecuadamente regulada en el Derecho Civil. Pero no sólo allí ya que, por ejemplo, la *capacidad procesal* –que es diferente a la *capacidad civil*– se halla normada en otro ordenamiento que, en la Argentina y para hacer más grande la diferencia, es diferente de una Provincia a otra. Cosa parecida ocurre con la *capacidad electoral*, que difiere de las otras dos, etcétera.

Si fuere posible legislar a partir de cero para hacer las cosas bien de una vez por todas y, además, no reiterativas, todas las normas que regulan esta interacción podrían unirse en lo que bien se llamaría *estatuto de la persona* o *estatuto personal*, en el cual ingresarían las reglas referidas al nombre, a la capacidad, al estado civil, a la nacionalidad, al domicilio, a la profesión, etcétera;

b) la segunda interacción posible es la que se da entre *un hombre y una mujer para y por el efecto de procrear*:

Obviamente diferente de la anterior, esta interacción tiene como consecuencia lógica la formación de una *familia*, por lo que las normas que la regulan bien podrían constituir un *estatuto familiar*, en el cual ingresarían todas las reglas referidas al matrimonio, a la filiación, al régimen de alimentos, a las sucesiones, etcétera;

c) la tercera interacción que es posible imaginar es la del *hombre pactando horizontalmente con otro hombre*, lo que bien podría estar regulado en un *estatuto de los pactos* o *estatuto convencional* y en el cual ingresarían todas las reglas referidas a las obligaciones y a sus diversas fuentes contractuales y cuasicontractuales.

d) la cuarta interacción es consecuencia natural de la existencia del grupo: alguien debe dirigirlo y el resto de sus componentes debe ser dirigido. También diferente de las anteriores, se presenta aquí una interacción de carácter vertical entre *gobernantes* y *gobernados*, por lo que las normas que deben regularla bien podrían conocerse como *estatuto gubernativo* o *estatuto del poder*, en el cual ingresarían todas las reglas que hoy integran el derecho constitucional, el administrativo, el registral, el penal, el real, etcétera.

Si bien se piensa, más de la mitad de las normas que componen un ordenamiento jurídico deben ser integradas en este grupo.

Como se ve, son cuatro interacciones absolutamente diferentes entre sí, imposible de ser confundidas una con otras y que, conforme con la lógica racional, constituyen todas las que son factibles de imaginar.

En otras palabras: *no existe otra interacción similar que permita ampliar el número de las cuatro ya descritas.*

Invito al lector a meditar y repensar lo hasta aquí expuesto. Verá que no logrará encontrar otra interacción posible de existir.

Corresponde acotar ahora que de *una misma interacción* pueden emerger *diversas relaciones* (que, en principio, no admiten un número que las limite).

Un ejemplo permitirá comprender la afirmación: *entre un hombre y una mujer interactuando*, puede existir una relación de matrimonio o de concubinato o de esponsales, etcétera.

Algo similar ocurre dentro de *la interacción hombre pactando con hombre*: aquí puede imaginarse que Juan entrega una cosa a Pedro y que, a su turno, Pedro entrega a cambio: a) dinero; b) otra cosa; e) nada; d) el compromiso de devolverla después de haberla usado; e) el compromiso de devolverla sin usarla; etcétera.

Cada una de estas hipótesis configura un fenómeno distinto de los demás y, por ello, recibe una designación diferente y precisa:

- a) *compraventa* cuando la relación se presenta como *cosa a cambio de dinero*;
- b) *permuta* cuando es *cosa a cambio de cosa*;
- c) *donación* cuando es *cosa a cambio de nada*;
- d) *comodato* cuando es *cosa dada para usar y devolver*;
- e) *depósito* cuando es *cosa dada para guardar y devolver en las mismas condiciones*, etcétera.

Cada uno de los fenómenos enunciados es inconfundible e irrepetible en el mundo jurídico: por ejemplo, siempre que Juan entregue en propiedad una cosa a Pedro y éste le dé a cambio un precio cierto en dinero, habrá *compraventa* y no otra figura jurídica.

Pongo especial énfasis en las palabras *inconfundible* e *irrepetible* pues las usaré más adelante para mostrar de esa manera al *proceso*.

## 2. LAS NORMAS JURÍDICAS

Si juridizando cualquier fenómeno fáctico de la realidad social el legislador decide normar respecto de las posibles interacciones ya enunciadas, inexorablemente producirá tres tipos de normas claramente diferentes entre ellas: determinativas, estáticas y dinámicas.

Las explico:

### 2.1. LAS NORMAS JURÍDICAS DETERMINATIVAS

Son las que el legislador emplea *para definir sus términos básicos* (establece, por ejemplo, qué es o cómo se determina la competencia, quiénes son incapaces, etcéte-

ra) o para *prometer nuevas normas* (asegura una garantía que debe ser reglamentada luego).

Dados su contenido y modalidad, ajenos a esta asignatura, no interesa su análisis en esta obra.

## 2.2. LAS NORMAS JURÍDICAS ESTÁTICAS

Son las que ostentan en su contenido una *estructura disyuntiva* por normar

- a) una conducta que debe ser cumplida por los particulares y, al mismo tiempo,
- b) una sanción para aplicarles en caso de incumplimiento del mandato.

Con un ejemplo se comprenderá mejor cómo opera una norma estática.

Para ello, elijo el mismo recién expuesto relativo a la compraventa: establece la ley que una vez recibida por el comprador la cosa adquirida al vendedor, aquél debe pagar a éste el precio pactado.

Habitualmente, la norma es de cumplimiento espontáneo: concertada la compraventa, el vendedor entrega la cosa y el comprador abona el precio; ocurrido ello, la relación se agota y, lo más probable, es que carezca de efectos jurídicos posteriores, pasando así al olvido.

Pero la realidad enseña que algunas veces el comprador no paga a pesar de haber recibido ya la cosa. Por eso es que el legislador debe normar para ambas hipótesis (que el deudor pague y que no pague): en el caso, se sancionará al deudor condenándolo a oblar los daños e intereses causados al acreedor con motivo del incumplimiento.

De tal modo, toda norma reguladora de situaciones semejantes se presenta siempre como *una fórmula lógica disyuntiva*:

- dado A (la compraventa), *debe ser* (imperativo de la normación) B (prestación: el pago del precio);
- no dado B (el pago del precio), *debe ser* C (sanción o reparación: el pago de daños e intereses).

Si bien se mira en la alternativa presentada, ella es *excluyente* porque dándose A y B la relación se agota por completo y desaparece automáticamente la posibilidad de existencia de C (no hay ni puede haber sanción).

También se ve que, para que C (sanción) opere, es menester que no se haya dado B (prestación). Y que, cumpliéndose C, la relación también se agota.

En suma: a partir de A se da la posibilidad ideal de que ocurra B o, en su defecto, C. Y nada más.

Esta es la estructura íntima de toda norma que ordena conductas, *expresa* (en lo civil, comercial, etcétera) o *implícitamente* (en lo penal, donde no hay norma que prohíba robar pero existe sanción para quien roba).

Diferente estructura tiene una *norma dinámica*, que explicaré seguidamente.

### 2. 3. LAS NORMAS JURÍDICAS DINÁMICAS

Es habitual leer en las obras jurídicas la palabra *dinamismo* utilizada con un sentido metafórico. Por ejemplo, se dice que el derecho del trabajo es *dinámico* por la gran transformación de su legislación, permanentemente cambiante para regular nuevas situaciones laborales. Y ello frente al relativo *reposo* de la norma propia del derecho civil, verbigracia, que no cambia desde la antigüedad.

Aquí no se utiliza la palabra en ese sentido sino que, tomándola de la *mecánica*, representa el significado de la parte de ella que trata de la *fuerza* cuando produce *movimiento o actividad*.

Y es que, en el lenguaje corriente, *dinamismo es actividad*, por lo cual se asigna carácter dinámico a una norma procesal que genera actividades en cadena, en razón de que *su estructura no es disyuntiva* (como la de la norma estática) sino *continuada consecucionalmente*.

De tal modo *una norma dinámica es aquella que, a partir de una conducta dada de un sujeto, encadena imperativamente una secuencia de conductas de otro u otros sujetos*, presentando así una relación que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso.

La peculiaridad de lo expuesto radica en que *el dinamismo está contenido en la norma*, sin necesidad de recurrir a la actividad material que se cumple en cada caso concreto. En otras palabras: se actúa consecucionalmente no porque así lo decidan los interesados sino porque la norma respectiva así se los ordena.

Para que ello sea así, es menester que la propia norma idee y ligue relaciones consecucionales, lo que ocurre exclusivamente en *el procedimiento* –en rigor, en *todos los procedimientos*– donde se eslabonan actos que deben ser cumplidos en un cierto orden establecido con anterioridad por el legislador.

Construyendo con este tipo de norma otra fórmula lógica, podría presentársela así:

- dado A, es (atención: *ser*, no *deber ser*) B o no B;
- si es B, es B1 o no B1;
- si es B1, es B2 o no B2;
- si es B2, es B3 o no B3; etcétera.

Nótese que una de las alternativas prevé *una actividad* (caso de B) y, correlativamente, *una inactividad en su defecto* (caso de no B).

Por ejemplo y para mejor comprender el problema: emplazado el demandado para concurrir al proceso, comparece (B) o no comparece (no B); si comparece (B), contesta (B1) o no contesta (no B1) la demanda; etcétera.

Típicas normas de procedimiento se hallan en la Constitución, para la sanción y promulgación de las leyes; en la Administración, para todos los trámites internos; en la Legislatura, para sus reglamentos de debate; en los pactos, cuando se conviene una cláusula compromisoria arbitral, etcétera, etcétera.

Queda en claro, entonces, que el *procedimiento* (movimiento consecucional) está contenido y ordenado en la norma y que no son los hechos o actividad material de los su-

jetos lo que puede dar lugar a la normatividad jurídica sino que, a la inversa, ésta se establece *a priori* para imperar sobre los destinatarios.

Y ello ocurre en todas las *instancias*.

### 3. EL CONCEPTO DE INSTANCIA Y SU CLASIFICACIÓN

He analizado precedentemente las posibles interacciones humanas que pueden generar normas estáticas: las que provienen de los que se denominan estatutos *personal, familiar, de los pactos y del poder* (donde, como se verá inmediatamente, también pueden operar normas dinámicas).

Cabe remarcar ahora que en todos los casos en que una norma estática no se agote por cumplimiento de la prestación y sea menester ocurrir a la alternativa de la sanción, al igual que en *toda* interacción vertical que se origine entre gobernante y gobernado, hace a la esencia misma de la convivencia social que éste pueda dirigirse a aquél en procura de una respuesta que brinde adecuada solución al problema o conflicto que le plantea.

Esta necesidad muestra que, dentro del *estatuto del poder*, pueden existir diversas *relaciones* al igual que lo que ya mostré al hablar de las otras interacciones (recuérdese que sostuve antes que el estatuto familiar debe contemplar soluciones para las relaciones de matrimonio, de concubinato, de esponsales, etcétera).

Del mismo modo, en esta interacción que puede darse entre *gobernado y gobernante* se dan relaciones que, por regular formas de actuación que son limitadas por los ordenamientos jurídicos, pueden ser determinables *a priori* en función de la actividad cumplida por el gobernado o por la que él exige de la autoridad.

Estas relaciones se diferencian de todas las demás que se presentan respecto de las otras interacciones, porque son reguladas legalmente por *normas necesariamente dinámicas*.

Y a la actividad que cumple el gobernado cuando hace uso de ellas se le da el nombre de *instar*, lo que produce *instancias* (o *derecho de instancia* si se las juridiza).

Lógicamente, el *instar* constituye un *impulsar a otro para que a su vez impulse nuevamente*, formando en definitiva la cadena de actos que está prevista con anticipación en la norma.

Así es que, jurídicamente, se define a la instancia como *el derecho que tiene toda persona (gente o ente) de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede ser precisado de antemano*.

Entre el primer instar y la resolución que recae finalmente sobre él existe *necesariamente* una serie de actos a cumplir en un orden ya establecido y que, ya se ha visto, recibe el nombre de *procedimiento*.

De tal forma, el *objeto* (lo que desea lograr) *de la instancia es siempre un procedimiento, en tanto que el objeto de éste es una resolución de la autoridad*.

Efectuando *a priori* una determinación lógica de todas las posibles instancias en la interacción *particular (gobernado) - autoridad (gobernante)* y con la vista puesta exclusivamente en las relaciones que puede generar la actividad realizada en cada caso, es posible presentarlas en número cerrado si se atiende a la circunstancia particular de

que quien insta *tenga o no una pretensión* y, en su caso, de que *la satisfacción de ella pueda o no ser cumplida directa y personalmente por la propia autoridad*.

Del mismo modo, y para la comprensión integral del tema, habrá de tenerse en cuenta si las posibles instancias son de carácter *primario* (*se comienza por ellas*) o *secundario* (*suponen la existencia de una instancia primaria*).

Para finalizar: dejando de lado el contenido de las posibles pretensiones sometidas a la decisión de la autoridad –que pueden ser infinitas– se advierte que las instancias imaginables lógicamente sólo pueden ser cinco:

- a) una de carácter primario que carece de contenido pretensional: la *denuncia*;
- b) otra de carácter también primario que tiene contenido pretensional (la *petición*) susceptible de ser satisfecho directa y definitivamente por la propia autoridad;
- c) dos de carácter secundario que tienen –ambas– contenido pretensional (el *reacertamiento* o *reconsideración* y la *queja*) susceptibles también de ser satisfechas directa y definitivamente por la propia autoridad que las recibe;
- d) una instancia primaria más de contenido pretensional que *no puede ser satisfecha directa y personalmente por la propia autoridad que la recibe sino por otra persona diferente de la autoridad: la acción procesal*.

Veamos ahora qué es cada una de ellas.

### 3.1. LA DENUNCIA

Es la instancia mediante la cual un particular efectúa una participación de conocimiento a una autoridad para que ella actúe como debe hacerlo según la ley.

Por ejemplo: una persona se presenta ante la policía para decirle que está cometándose un delito en un lugar dado.

Como puede advertirse, esta instancia se caracteriza por su carácter *primario* y por la *ausencia de contenido pretensional*: el particular nada pide a la autoridad sino que se limita a comunicarle un hecho que puede tener trascendencia jurídica para ella y a raíz de lo cual iniciará un procedimiento.

Si se hace una disección de este concepto se advierte que: a) para cumplir la actividad se necesita la presencia contemporánea de dos *sujetos*: quien insta denunciando y quien recibe la denuncia; b) su *objeto* es obtener un procedimiento; c) su *causa* es la necesidad de cumplir un deber cívico.

### 3.2. LA PETICIÓN

Es la instancia primaria dirigida por un particular a una autoridad que tiene competencia para resolver por sí misma acerca de la pretensión que aquél le somete a su decisión.

A consecuencia de ella, la autoridad iniciará un *procedimiento* que desembocará en una resolución mediante la cual se acogerá o no la pretensión contenida en el instar.

Más sencillo con un ejemplo: Juan desea instalar en la vía pública un puesto de venta de cierta mercadería, para lo cual es imprescindible contar con la autorización previa del respectivo organismo municipal. A tal fin, *insta* ante el funcionario del ramo pretendiendo que se le otorgue el correspondiente permiso.

Si se cumplen los requisitos del instar (obviamente regulados en la respectiva ordenanza), el peticionante puede estar seguro de que, a consecuencia de *su petición*, se iniciará necesariamente un *trámite procedimental* que será más o menos largo o complicado según la cantidad de pasos a cumplir conforme con la previsión normativa, pero que terminará en algún momento para posibilitar su propio objeto: la *emisión de una resolución*, típico acto de autoridad.

Pero de lo que no puede estar seguro el peticionante es del contenido de la resolución que, luego de cumplido el respectivo procedimiento, emitirá el funcionario actuante. En efecto: la autoridad puede conceder o negar el permiso solicitado.

Para cumplir tal tarea resolutoria, la autoridad debe producir una *comprobación*, es decir la operación mental por la cual determina la existencia de los hechos tipificados en la norma mediante la comparación de ellos con los hechos expuestos por el peticionante, aceptándolos o no como ocurridos en la realidad.

Cabe ahora que la autoridad asigne a tales hechos las consecuencias jurídicas previstas para el caso.

En idioma italiano se utiliza el vocablo *accertamento* con dicho significado técnico. De ahí que toda autoridad –administrativa o judicial– *accerta* (o *acerta* o *considera*, para la mejor comprensión de lo que diré luego) cuando motiva y funda su resolución.

Por supuesto, para que la comprobación sea posible, dado el contenido pretensional de la petición del ejemplo dado, ha de surgir de la misma formalidad de la presentación la existencia y fácil comprensión de cuatro circunstancias claves: quién insta, ante quién se insta, por qué se insta y para qué se insta.

De lo expuesto hasta aquí –y reiterando conceptos– surge que *la pretensión es una instancia primaria* (no depende de la existencia de otra de carácter previo) *con obvio contenido pretensional*.

Si se hace ahora una disección de este concepto se advierte que: a) para cumplir la actividad se necesita la presencia contemporánea de dos *sujetos*: quien insta peticionando y quien recibe la petición; b) su *objeto* es obtener un procedimiento; c) su *causa* es la necesidad de lograr el acogimiento de la pretensión contenida en el instar.

Téngase en cuenta ello para hacer una comparación final entre todas las instancias posibles.

Supóngase ahora que la decisión del funcionario ha sido adversa al peticionante y que éste considera que la denegatoria fue errónea. Es decir, aquélla no se emitió con una correcta comprobación y evaluación de los antecedentes presentados (es decir, no se *acertó* o no se *consideró adecuadamente*).

Si existe en el caso la posibilidad jurídica de insistir en el instar pues hay en el organismo respectivo una autoridad de mayor jerarquía que el funcionario antes aludido, querrá ocurrir ante él para lograr un nuevo juicio de comprobación acerca de lo ya decidido equivocadamente (se trata, en definitiva, de lograr una *recomprobación* o una

*reconsideración* y, en su caso, la emisión de una nueva decisión *ahora favorable al peticionante*).

Ello origina la segunda instancia posible, a la cual las modernas doctrinas –partiendo del molde italiano– denominan:

### 3.3. EL REACERTAMIENTO (O LA RECONSIDERACIÓN)

Es la instancia *secundaria* dirigida al superior de la autoridad que, a juicio del peticionante, no efectuó una comprobación correcta (*acertamiento* o *consideración*) al dictar su resolución respecto de la pretensión que le presentara en la petición, *para que emita nueva decisión respecto del tema en cuestión, acogéndola*.

De tal modo, insisto en que el reacertamiento también tiene un contenido pretensional: la *revocación* del acto cumplido y reputado erróneo por el peticionante quien, de consiguiente, ahora persigue nuevamente el acogimiento de la pretensión inicial.

Empero, diferenciándose de la petición, es de carácter secundario y no primario, ya que su existencia supone una *petición previa rechazada*.

Si se hace ahora una disección de este concepto se advierte que: a) para cumplir la actividad se necesita la presencia contemporánea de dos *sujetos*: quien insta intentando una reconsideración y quien recibe el instar (superior jerárquico de quien rechazó la petición primaria); b) su *objeto* es obtener un procedimiento; c) su *causa* es la necesidad de lograr el acogimiento de la pretensión contenida en el instar.

La *instancia de reacertamiento* se conoce habitualmente con los nombres de *recurso administrativo* y de *recurso jerárquico*, lo que pareciera circunscribir su ámbito a la pura actividad administrativa.

Sin embargo, como se verá oportunamente, también se presenta en la actividad judicial: cuando la demanda es denegada *in limine* (al comienzo), en los actos llamados de *jurisdicción voluntaria*, etcétera; pronto se comprenderá el por qué de ello.

Supóngase ahora que, presentada una *petición*, el funcionario que la recibe no actúa conforme con el procedimiento previsto en la norma que regula el caso. Por ejemplo, no inicia el trámite o guarda silencio en lugar de dictar resolución (la hipótesis parte de la circunstancia de no estar previsto en la ley el efecto del silencio). En otras palabras: no es que se equivoque en la comprobación (*acertamiento*) sino que no la realiza o no la posibilita. Ello origina una cuarta instancia, diferente de las anteriores:

### 3.4. LA QUEJA

Es la instancia dirigida al superior jerárquico de la autoridad que interviene con motivo de una petición, mediante la cual el particular pretende que se haga *el control de la inactividad que le causa perjuicio* y, comprobado ello, se ordene la emisión de la resolución pretendida y, eventualmente, la imposición de una sanción a la autoridad inferior.

Como se ve, al igual que las dos anteriores tiene un *contenido pretensional* (de carácter disciplinario) y aunque posee una similitud con el reacertamiento por su obvio *carácter secundario* (pues ambas instancias suponen la existencia de una petición) difiere de él en cuanto la queja parte de la base de una *inactividad* en tanto que el reacertamiento lo hace desde una *actividad que se reputa errónea*.

Si se hace ahora una disección de este concepto se advierte que: a) para cumplir la actividad se necesita la presencia contemporánea de dos *sujetos*: quien insta quejándose y quien recibe la queja (superior jerárquico de quien no contestó ni resolvió la petición primaria); b) su *objeto* es obtener un procedimiento; c) su *causa* es la necesidad de lograr el acogimiento de la pretensión contenida en el instar

Haciendo un breve repaso de lo visto hasta hora surge que es imposible confundir una instancia con otra cualquiera de las ya explicadas pues

- hay sólo dos de carácter *primario* (petición y denuncia)
- y una sola de ellas (petición) tiene contenido pretensional.

También hay sólo dos de carácter *secundario* (reacertamiento y queja), pero son definitivamente inconfundibles a pesar de que ambas tienen claro contenido pretensional, pues

- mientras el reacertamiento supone la existencia de una *petición previa rechazada o denegada*,
- la queja exige la existencia de una *petición no respondida o no resuelta*.

Las cuatro formas diferentes de instar que he descrito hasta ahora –denuncia, petición, reacertamiento y queja– ofrecen la característica de presentarse invariablemente *entre dos personas*: el particular que insta y la autoridad que recibe el instar.

Adviértase que, aunque figuren varios funcionarios en las instancias de reacertamiento y de queja, *la persona instada* es jurídicamente la misma: la autoridad, aunque actuando por medio de distintos órganos.

Repárese también en que las cuatro instancias compulsadas tienen similar *objeto*: iniciar un *procedimiento*.

### 3.5. LA ACCIÓN PROCESAL

Es la instancia primaria mediante la cual una persona puede ocurrir ante una autoridad *judicial* para que resuelva acerca de *una pretensión que debe cumplir otra persona*, por lo cual dicha autoridad *no puede satisfacerla directamente* (cual lo hacía en el caso de la *petición*).

Por tanto, esa persona respecto de quien se pretende y que eventualmente sufrirá los efectos adversos de una decisión en su contra, *debe integrar necesariamente la relación dinámica* que se origine con tal motivo.

Resulta así que la *acción procesal* ostenta la singular particularidad de provenir de un sujeto (actor o acusador) y *provocar conductas concatenadas de otros dos* (juez y demandado o acusado) *en tiempos normativamente sucesivos*.

Un ejemplo aclarará la idea: Juan afirma que en la realidad social Pedro le debe una suma de dinero y, por tanto, pretende en el mismo plano de la realidad social que le pague. Supóngase ahora que Pedro no paga, para lo cual aduce argumentos que el acreedor no acepta. Como Juan no puede ejercer fuerza física sobre Pedro (ya se ha visto que ella es ilegítima en la convivencia) y siempre que no acuerden libremente entre ambos una solución autocompositiva, Juan no tiene otra alternativa que presentarse a la autoridad (en este caso, el juez) instándola, no para que le pague por sí misma

(sería absurdo que el Estado hiciera frente a todas las deudas de los particulares), sino para que constriña a Pedro –aun mediante el uso de la fuerza legítima que puede ejercer el Estado– a pagar la prestación adeudada, si es que se confirma la existencia de la deuda.

Recibida la instancia por el juez, *como no depende exclusivamente de él mismo la solución del litigio sino de la prestación que cumplirá otra persona* (Pedro), habrá de iniciar un procedimiento que no será ya sólo entre *dos* personas (el particular que insta y la autoridad que recibe el instar, cual ocurre sin excepción en todas las demás instancias: denuncia, petición, reacertamiento y queja) sino entre *tres*, pues debe involucrarse necesariamente en él a aquella persona respecto de la cual se insta.

Si se hace ahora una disección de este concepto se advierte que: a) para cumplir la actividad se necesita la presencia contemporánea de *tres sujetos*: quien insta, quien recibe el instar y una tercera persona que es quien debe efectuar eventualmente la prestación pretendida; b) su *objeto* es obtener un procedimiento que, *por darse ahora entre tres y no entre dos personas*, recibirá la denominación de *proceso*; c) su *causa* es la necesidad de lograr el acogimiento de la pretensión contenida en el instar.

Reiterativamente: surge de lo expuesto que esta *instancia primaria también tiene contenido pretensional*. Pero se ve con facilidad que entre la acción procesal y todas las demás instancias posibles existe diferencia esencial: la acción debe ser *bilateralizada* por el juez, otorgando posibilidad de audiencia al tercero respecto de quien se afirma debe cumplir la prestación pretendida, para que éste alegue lo que desee al respecto.

En otra palabra: es *una instancia de carácter bilateral*.

Este fenómeno jurídico que acabo de describir se muestra, al igual que la compraventa, como *único, inconfundible e irrepetible* en el mundo del Derecho (ver punto 1 de este Capítulo) ya que todas las demás instancias son de carácter *unilateral*

Y así se llega a la formulación de un concepto lógico que no puede ser más elemental y simple: *la acción procesal es la instancia bilateral*.

¿Se dice realmente algo con este concepto? A mi juicio se dice todo lo imprescindible para lograr la captación y comprensión del fenómeno.

En efecto: he afirmado hasta ahora:

- a) que la materia del conocimiento jurídico está dada, exclusivamente, por la interacción humana;
- b) que las totales posibles interacciones primarias son sólo cuatro (no menos ni más que cuatro) y que he reseñado en otros tantos estatutos: el personal, el familiar, el de los pactos y el del poder;
- c) que salvo las normas de carácter determinativo, toda legislación acerca de tales interacciones sólo puede producir normas estáticas, así llamadas porque se presentan siempre con estructura disyuntiva y se agotan por el acaecimiento de una de las alternativas (o de prestación o de sanción) que presentan;
- d) que para poder materializar la interacción del poder (o gubernativa) y, asimismo, para obtener la aplicación de una sanción normativa (propia de una norma estática) es imprescindible aceptar la existencia de relaciones que se particularizan por su dinamismo;

e) que las normas dinámicas –instancias– son aquellas que imperan un encadenamiento consecuencial de conductas;

f) que todas las posibles instancias son cinco: denuncia, petición, reaceramiento, queja y acción procesal;

g) que de todas ellas, una sola es necesariamente bilateral (en cuanto enlaza a tres personas y no a dos): *la acción procesal*.

¿Puede alguien confundirse jurídicamente respecto de qué es la acción en el mundo del Derecho? ¿Hay otro fenómeno igual o parecido?

Como la respuesta es necesariamente negativa, insisto en que se ha llegado a una noción *elemental* que permite, ahora, comenzar la construcción científica de todo el sistema procesal.

No obstante lo expuesto, en los últimos años y por indudable influencia en nuestros autores del pensamiento de importante procesalista español que descolló en el siglo XX y dejó vasta obra escrita, la doctrina mayoritaria en América descuidó el estudio metódico de la *acción procesal* so pretexto de que resultaba inservible para la comprensión de esta rama del derecho y lo suplantó en definitiva por el concepto de *pretensión*, sosteniendo que en razón de ella –y no de la acción– se generan los diferentes procedimientos, se clasifican los tipos procesales y el contenido de las sentencias, se establecen sus efectos, se determinan las variadas competencias materiales, etcétera.

A mi juicio eso ha sido craso error que ha posibilitado una cada vez más defectuosa actuación de los Poderes Judiciales en toda América, en los cuales hay muchos jueces que ignoran hasta el día de hoy la naturaleza jurídica de un verdadero *recurso* y no aciertan a resolver acerca del modo de sustanciarlo cuando, por ejemplo, con esa palabra se muestra un verdadero reaceramiento (cual ocurre en la llamada *apelación* deducida contra decisiones que versan sobre otorgamiento o denegación de cautelas procesales).

Ya se comprenderá oportuna y acabadamente la importancia de esta crítica y se advertirá por qué se ha hecho tanto mal a nuestra juridicidad con el error que señalo.

Baste por ahora saber que si la *pretensión es lo que se pide* (en esencia, es una *meta*), la *acción es el modo de pedir* (en esencia, es un *método*)

Y sin perjuicio de que las pretensiones pueden ser infinitas y la acción es sólo una de cinco posibles formas de instar, lo que importa rescatar en este punto es la grave equivocación de los autores que han privilegiado la obtención de la *meta* por sobre el *método* mediante el cual se procura obtener esa meta, dando así la razón a Maquiavelo y posibilitando el triunfo postrero de su conocido consejo: *el fin justifica los medios...*

Porque no deseo ser coartífice de ese triunfo, creo que vale aquí meditar acerca de cuánto horror se hubiera ahorrado la humanidad si Hitler no hubiese pensado como los que tal cosa sostienen...

Veamos ahora

## 5. LAS DIFERENCIAS ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

En la historia del derecho procesal no siempre se ha efectuado la distinción apuntada en el título, no obstante ser de la mayor importancia para comprender el fenómeno que estoy describiendo.

Se entiende por *procedimiento* –concepto puramente *jurídico*– la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior.

Existe procedimiento en toda actividad, privada (orden del día en una asamblea) o pública (procedimiento administrativo, parlamentario, etcétera), que requiere de una *consecución de actos*.

Se entiende por *proceso* –concepto puramente *lógico*– *el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad* según cierto procedimiento preestablecido por la ley.

De tal modo, el *procedimiento* es el *género* (aparece en *todas* las instancias), en tanto que el *proceso* es una especie de él (aparece sólo en la acción procesal, instancia que debe ser necesariamente bilateralizada).

Insistiendo en la idea: el procedimiento es el rasgo común y distintivo de todas las instancias que, salvo la acción procesal, se otorgan para regular una relación dinámica entre *dos* personas: quien insta y quien recibe la instancia.

El proceso es el procedimiento propio de la acción procesal, que se otorga para regular una relación dinámica entre *tres* personas: quien insta, quien recibe el instar y aquél respecto de quien se insta.

Surge de lo expuesto que *todo proceso contiene un procedimiento*; pero no ocurre lo propio a la inversa, pues *no todo procedimiento constituye un proceso*.

La distinción es importante, porque:

- a) no siempre que existe un procedimiento judicial se genera un proceso: los llamados *actos de jurisdicción voluntaria* (en rigor, algunos de ellos), por ejemplo, tienen procedimiento y no son procesos;
- b) toda pretensión ejercida judicialmente en las condiciones que marca la ley, origina un proceso cuyo objeto será la sentencia mediante la cual se habrá de satisfacer aquélla, existiendo así tantos procesos como pretensiones se hagan valer. De donde resulta que
- c) un solo procedimiento judicial puede ser la envoltura externa de más de un proceso.

Para finalizar: debe quedar en claro que en el curso de esta obra se entenderá por *proceso el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad*. Y no otra cosa.

Ahora sí, creo que están dadas las nociones necesarias para comenzar a explicar qué es el *derecho procesal sistémico*.

Pero antes insertaré el siguiente cuadro sinóptico descriptivo de las instancias antes referidas para ayudar a la fijación de los conceptos por parte del lector.

<b>ORIGEN</b>	<b>INSTANCIAS</b>	<b>CONTENIDO</b>
<b>PRIMARIO</b>	<b>DENUNCIA</b>	<b>SIN PRETENSIÓN</b>
	<b>PETICIÓN</b>	<b>CON PRETENSIÓN</b>
	<b>ACCIÓN</b>	
<b>SECUNDARIO</b>	<b>REACERTAMIENTO</b>	<b>CON PRETENSIÓN</b>
	<b>QUEJA</b>	
<b>SECUNDARIO</b>	<b>REACERTAMIENTO</b>	
	<b>QUEJA</b>	