

# EL DERECHO PROCESAL Y SU INSERCIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

ANDREA MEROI\*

## 1. Introducción

Una mirada superficial al panorama del *Derecho Procesal* en su relación con el resto de las ramas jurídicas muestra un fenómeno de relativo vaciamiento de aquél, en función de la apropiación de sus contenidos por éstas.

Esto ocurre en distintos ámbitos de despliegue del mundo jurídico. Así, la legislación nacional y provincial referida a los llamados “procedimientos especiales” suele instrumentarse en leyes también “especiales”, habitualmente redactadas por doctrinarios de la rama vinculada y sin intervención de *procesalistas* (vgr., ley nacional 24552 de concursos y quiebras, ley nacional 25326 de protección de datos personales -habeas data-, ley provincial 11529 de violencia familiar, ley provincial 11330 de procedimiento contenciosoadministrativo, etcétera). En los casos de legislación nacional, muchos de estos supuestos excepcionan la competencia legislativa no delegada de las provincias<sup>1</sup>.

Por otra parte, si revisamos las producciones científicas de los *procesalistas* (tratados, manuales, monografías, artículos), escasamente los encontraremos destinados a esos procedimientos especiales. Quizá debido al fenómeno de intensa penetración del Derecho Constitucional en todo el resto del mundo jurídico<sup>2</sup>, la excepción está en el número creciente de procesalistas dispuestos a realizar estudios constitucionales y a vincular ambas ramas<sup>3</sup>.

\* Docente de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la UNR.

1 Cfr. CN, 75, inc. 12.

2 Cfr. LOEWENSTEIN, Karl, “Teoría de la constitución”, Barcelona, Ariel, 1976; ARCE Y FLOREZ-VALDEZ, Joaquín, “El Derecho Civil Constitucional”, Madrid, Civitas, 1986; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”, Madrid, Trotta, 2003; LAPORTA, Francisco, “El ámbito de la constitución”, Doxa, N° 24, 2001, págs. 459 y ss.; FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Madrid, Trotta, 1999; AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre la constitución del Estado constitucional”, Doxa, N° 24, 2001, págs. 429 y ss.; LORENZETTI, Ricardo Luis, “Las normas fundamentales de derecho privado”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, en especial, págs. 201 y ss., etc.

3 Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Recurso extraordinario”, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1992, t. 1; HITTERS, Juan Carlos, “El derecho procesal constitucional”, ED, 121-881; MORELLO, Augusto Mario, “Constitución y proceso”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “Derecho procesal constitucional”, Trujillo, Marsol Perú, 1998; HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “Derecho procesal constitucional”, San José de Costa Rica, Juricentro, 1995; FIX ZAMUDIO, Héctor, “Breves referencias sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en “Derecho procesal constitucional”, FERRER MAC GREGOR, Eduardo (Coord.), 3ª ed., México D.F., Porrúa, 2002, t. I, págs. 165 y ss.; GÓMEZ LARA, Cipriano, “La teoría general del proceso y el derecho procesal constitucional”, en “Derecho procesal constitucional”, cit., págs. 259 y ss., etc.

Finalmente, cabe apreciar que muchos programas de la asignatura *Derecho Procesal* (tanto civil cuanto penal) no incluyen la enseñanza de, por ejemplo, la acción de amparo, la acción de habeas corpus, el procedimiento laboral, el contencioso-administrativo, el tributario, el aduanero, el concursal, los de familia, las ejecuciones prendarias o las “extrajudiciales”. Cada uno de los procedimientos “excluidos” suele estudiarse —si al fin y al cabo se estudian— en las respectivas ramas con las cuales se vincula la pretensión esgrimida.

1.1. ¿A qué razones obedece este fenómeno de *minusmodelación*<sup>4</sup> del *Derecho Procesal* y *correlativa plusmodelación*<sup>5</sup> del resto de las ramas?

¿Qué consecuencias traen estas manifestaciones de vaciamiento y expansión?

Para una mejor comprensión del problema que habilite la conjetura de posibles respuestas, proponemos abordarlo desde la comprensión de la *Teoría General del Derecho* como “sistema jurídico”<sup>6</sup>, entendido “en su universalidad, recurriendo a las nociones de denominadores comunes y particulares del mundo jurídico que aproximan o distancian las respuestas”<sup>7</sup>.

El estudio de las dificultades y superposiciones de las “respuestas” se hace a través de la comparación de la materia, de ahí que sea menester preguntarnos por la inserción del *Derecho Procesal* en la *Teoría General del Derecho*<sup>8</sup>.

## 2. La Teoría General del Derecho

*Una visión de la Teoría General del Derecho* que enriquezca el estudio de las ramas,

4 “Los repartos y las distribuciones, y las normas que captan los repartos, pueden ser entendidos como respuestas jurídicas que tienen alcances normativos, fácticos y valorativos. En tal sentido, es posible reconocer sus alcances conceptuales y fácticos y sus despliegues territoriales, temporales, personales, relativos a las potencias e impotencias (objetos), formales y de razón. En la dinámica de las respuestas es posible diferenciar fenómenos de aumentos («plusmodelación»), disminución («minusmodelación») o sustitución. La plusmodelación conceptual y fáctica constituye expansión de la respuesta; si se dirige sólo a lo conceptual hay inflación y si se refiere sólo a lo fáctico hay sobreactuación de la respuesta. Cuando la minusmodelación se refiere a lo conceptual y lo fáctico hay reducción del modelo; si se dirige de manera exclusiva a lo conceptual se produce deflación y si apunta solamente a lo fáctico, se origina el vaciamiento de la respuesta. La sustitución en lo conceptual y lo fáctico es total, pero puede ser sólo conceptual o fáctica” (Ciuro Caldani, Miguel Ángel, Lecciones de teoría general del derecho, en “Investigación y Docencia”, N° 32, págs. 66/67. Ver, asimismo y originariamente, CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones, Universidad Nacional de Rosario, 1976, p. 51.

5 *Ibidem*.

6 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss.

7 CIURO CALDANI, Miguel Ángel - ARIZA, Ariel y otros, “Las ramas del mundo jurídico en la teoría general del derecho”, ED, 150-859 y ss.

8 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas de la Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 35, p. 30.

su inserción en el mundo jurídico y sus vinculaciones recíprocas debe comprender no sólo *lo común* a todos los fenómenos sino *lo abarcativo* de todos. Las ramas del Derecho deben ser “entendidas como áreas jurídicas con características sociológicas, normológicas y axiológicas compartidas que adquieren rasgos especiales interrelacionados”<sup>9</sup>.

Esta visión analítico-sintética está llamada a dar más y mejor cuenta de la *complejidad*<sup>10</sup> de los casos y sus posibles soluciones<sup>11</sup>.

En esa línea, resulta sumamente valiosa la comparación de las distintas respuestas y ramas jurídicas<sup>12</sup>, en sus perspectivas sociológicas, normológicas y axiológicas que interesan a una concepción trialista del Derecho<sup>13</sup>. Como ya adelantamos, “pueden aprovecharse las nociones de *denominadores comunes* y *particulares* del mundo jurídico que aproximan o distancian a las respuestas jurídicas, y también la comprensión de los alcances de tales respuestas, de su *dinámica* y de las relaciones de *coexistencia* de las unidades independientes, *dominación, integración, desintegración o aislamiento relativo*, que pueden presentar”<sup>14</sup>.

Adicionalmente, esa comparación habilita el necesario *ajuste de conceptos*. Una constante interferencia depura nociones, produciéndose una variación interna de enlaces (una *in-variación*). Precisamente, “la *técnica de las invariaciones* trabaja ubicando y desubicando ideas, nociones y conceptos para verificar su adecuación y conexidad ... A veces la in-variación de conceptos se realiza en una extensa línea de problemas; pero no se consigue la conexidad sistemática tan sólo por las interreferencias más o menos numerosas, si al mismo tiempo no se toma en cuenta la *sistematización*. Las ramas del derecho no son compartimentos estancos, de manera que es insuficiente predicar cualidades o características y trabajar sobre combinaciones sin salir de una rama. En lo posible, la in-variación debe tender a la conexión

9 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones...”, cit., p. 37.

10 Sobre complejidad y sistemas complejos, puede verse: Jervis, Robert, “Complex systems: the role of interactions, how systems work. A perspective on Political and Social Life”, Princeton University Press, 1997; BUCKLEY, Walter, “Society – A complex adaptive system: Essays in Social Theory”, Gordon & Breach Science Pub, 1998; GELL-MANN, Murray, Complexity, 1995/6, vol. 1, N° 5, [www.santafe.edu/sfi/People/mgm/complexity.html](http://www.santafe.edu/sfi/People/mgm/complexity.html), etc.

11 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas trialistas para la construcción de los casos (La complejidad de los casos)”, La Ley Suplemento Actualidad 10/06/2004. También puede verse nuestro trabajo La estrategia y el derecho procesal. La comprensión de la decisión y estrategia en la solución de conflictos, en “Investigación y Docencia”, N° 35, págs. 49 y ss.

12 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas de la Teoría...”, cit., p. 30: “Así como el Derecho Comparado relaciona en el espacio y la Historia del Derecho lo hace en el tiempo, la Teoría General del Derecho lo hace en la materia”.

13 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico puede verse, vgr., GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y Política”, Buenos Aires, Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídica. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

14 CIURO CALDANI, “Perspectivas...”, cit., p. 17.

total, si bien por limitaciones humanas no se alcance sino mera generalidad”<sup>15</sup>.

### 3. El Derecho Procesal y su autonomía

Si bien hay quien, de alguna manera, ubica el origen de la civilización en el origen mismo del *proceso*<sup>16</sup>, *habría de pasar mucho tiempo para que los estudios acerca de éste evolucionaran hasta la autonomía de una verdadera ciencia. Así lo señala un destacado procesalista, para quien es sabido que “el derecho procesal, como verdadera disciplina científica, es una rama de creación moderna. Quienes seguíamos los cursos universitarios, en España o en América, hasta la tercera década de este siglo, no estudiamos Derecho Procesal sino Procedimientos”*<sup>17</sup>.

*La historia es conocida —aunque no por ello menos significativa a la hora de explicar la propia situación actual de los estudios procesales— y está estrechamente vinculada a la evolución del concepto de acción.* Mientras la acción fue un mero elemento del derecho subjetivo violado, no era concebible un Derecho Procesal autónomo. Más aún: las universidades no eran la sede de los estudios sobre estas cuestiones.

3.1. En efecto, en las universidades europeas y americanas de los siglos XVI a XVIII se enseñaba, exclusivamente, Derecho romano. Un movimiento paralelo —que a la postre habría de llamarse *Práctica Forense*— comenzó a preocuparse por la forma en que se desenvolvían los procedimientos ante los tribunales. Basadas en el examen de los libros que recogían estas prácticas<sup>18</sup>, hay investigaciones históricas que indican que: a) los autores no eran universitarios sino prácticos (abogados, escribanos, jueces), personas con experiencia judicial que podían transmitir conocimientos adquiridos en la vida profesional; b) los destinatarios no eran los estudiantes universitarios sino los profesionales del Derecho, a quienes se pretendía proveer aquello que la universidad no enseñaba; c) el ámbito territorial de estos estudios se reducía al de los tribunales de un determinado país, a diferencia de los estudios universitarios unificados por el Derecho romano; d) la fuente principal no era la ley sino la actuación de los tribunales

15 BRISEÑO SIERRA, Humberto, “Compendio de derecho procesal”, México D.F., Humanitas Centro de Investigación y Posgrado, 1989, págs. 125/126.

16 “Que el hombre sea hoy la especie animal predominante se debe, entre otras razones, a que aprendió a solucionar sus conflictos sin destruirse, recurriendo a un tercero” (MONROY GÁLVEZ, Juan, “Introducción al proceso civil”, Bogotá, Temis, 1996, p. 8, con cita de Jorge BASADRE, para quien no hay que llegar al extremo de suponer que toda norma jurídica tiene un origen litigioso; pero no se debe, en un estudio histórico, olvidar la importancia del derecho procesal).

17 SENTÍS MELENDO, Santiago, prólogo a la obra de COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos de derecho procesal civil”, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. XV.

18 Cfr. MONTERO AROCA, Juan, “El Derecho Procesal en el siglo XX”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 19/22.

y las opiniones de otros prácticos<sup>19</sup>.

3.2. Un cambio importante se dará a fines del s. XVIII y principios del s. XIX con la introducción de los estudios sobre «derecho patrio», por un lado, y el movimiento de *codificación*, por el otro: “... el cambio se produce cuando el titular del poder político se apodera de la potestad legisladora en materia procesal, cuando considera que no pueden continuar subsistiendo las prácticas de los tribunales, correspondiéndole a él tomar las decisiones sobre cómo deben realizarse los procesos”<sup>20</sup>.

En realidad, la transformación se venía gestando desde ya entrada la Edad Moderna, como resultado de las tensiones entre las fuerzas “centrípetas” del poder real (expresiones del creciente papel protagónico de la ley) y las fuerzas “centrífugas” del poder de los magistrados (a través de los pronunciamientos judiciales)<sup>21</sup>. Lo cierto es que “largos períodos de la modernidad fueron escenario de la escisión entre «teoría» y «práctica», pero sobre todo conviene destacar que —en afinidad con la tendencia general abstracta del pensamiento continental moderno— en este tiempo se hizo nítida la distinción del «Derecho de fondo» y el «Derecho Procesal»<sup>22</sup>.

Este tiempo de los *Procedimientos Judiciales* es el tiempo de los códigos napoleónicos<sup>23</sup>, de la exégesis como método de interpretación y de enseñanza, de los grandes comentarios a esos códigos<sup>24</sup>, de la incorporación de estudios sobre organización judicial, competencia de

19 “El ordo iudicarius se concebía como una manifestación de la experiencia práctica, formado por los propios tribunales con el paso del tiempo, y de la doctrina, sobre el que no podía incidir de modo decisivo el legislador. Este podía dictar normas accesorias, pero no alterar la esencia del sistema” (id. id., p. 20). El autor consigna una anécdota muy llamativa: “En España tenemos un ejemplo muy destacado de las diferencias entre el Derecho teórico y la práctica forense, y es el representado por Gonzalo Suárez de Paz. En 1583 este catedrático de la Universidad de Salamanca publicó un libro (de gran difusión, pues se hicieron de él doce ediciones, la última de 1790) titulado *Praxis ecclesiasticae et secularis cum actionum formulis et actis processum*, en el que comenzaba diciendo que, después de explicar durante ocho años la teoría de los procesos (se entiende, civil y canónico) se le ocurrió que sería también de utilidad explicar la práctica, el estilo, el modo común de proceder, impartiendo estas enseñanzas en el año 1572 con gran aplauso de los asistentes y el aula llena de jueces, abogados y estudiantes. Adviértase que lo que Suárez de Paz estaba realmente diciendo es que él, un jurista teórico, un buen día decidió «descender» a explicar la práctica, en contra lo que se solía hacer en la Universidad, y que tuvo éxito, pero también que ello era excepcional y que duró muy poco tiempo” (págs. 21/22).

20 Id. id., p. 23.

21 Cfr. CIURO CALDANI, “Perspectivas jurídicas...”, cit., p. 173. Autores de distinta procedencia coinciden en destacar como “antecedente de gran interés” el llamado Code Louis (*Ordonnance civile touchant la reformation de la Justice*, de 1667, y la *Ordonnance criminelle* de 1670, las dos de Luis XIV de Francia).

22 Id. id., p. 175.

23 En lo que nos interesa, del Code de procédure civile, del 14 de abril de 1806, y del Code d’instruction criminelle, del 17 de noviembre de 1808.

24 “Este es el caso de Francia y las obras de BONCENNE, GARSONNET, BONNIER y CARRÉ Y CHAUVEAU, por ejemplo, en el proceso civil, y de DAUBENTON, HELIE, MAISONNEUVE y de ROGROH, también por ejemplo y en el proceso penal. Ocurre lo mismo en Italia con los comentarios al Codice de 1865 obra de MANZINI, PISANELLI y SCIALOJA, de BORSARI, de CUZZERI o de RICCI... En España la Ley de Enjuiciamiento Civil

los tribunales y procedimiento. En la universidad, la asignatura se denominó *procédure* (en francés), *procedura* (en italiano) y *procedimientos judiciales* (en español).

3.3. La autonomía científica del Derecho Procesal habría de llegar de la mano de los alemanes, de quienes se dice que tuvieron la suerte de no tener un código que comentar<sup>25</sup>: “Mientras que la codificación napoleónica lanzó a la doctrina francesa tras las huellas de lo consagrado en los códigos, el de procedimiento civil y el de instrucción criminal, y en buena medida lo mismo ocurrió con la italiana, aunque un poco después, la doctrina alemana se vio libre de esta servidumbre y pudo plantearse desde la raíz los problemas teóricos y de fondo. Podría decirse que si en el siglo XIX los franceses y los italianos explicaban un código ya promulgado, los alemanes se dedicaban a poner las bases científicas para elaborar el suyo”<sup>26</sup>.

Los verdaderos hitos alemanes de la evolución del concepto de *acción procesal* son, ciertamente, destacables:

- En 1856, Bernard Windscheid (profesor de la Universidad de Greifswald) y Theodor Muther (profesor de la Universidad de Königsberg) sostuvieron su famosa polémica: “Windscheid sostenía la identidad de la *actio* romana con el derecho subjetivo. Muther, por su parte, llega a construir el derecho de acción como independiente del derecho subjetivo, pero condicionado a la existencia del derecho subjetivo mismo (derecho concreto de acción); quien tiene un derecho insatisfecho tiene también el derecho de obtener una sentencia favorable, esto es, el derecho de acción, independiente del derecho subjetivo, pero condicionado a la existencia de éste”;
- En 1868, Oskar von Bülow desarrolló su tesis del proceso como relación jurídica de derecho público, absolutamente<sup>27</sup> independiente de la relación de derecho privado que se presenta entre los partícipes del conflicto de intereses<sup>28</sup>. De ahí que para von Bülow la

de 1855 fue comentada por Manresa, Miquel y Reus, por Hernández de la Rúa y también básicamente por José de VICENTE y CARAVANTES” (MONTERO AROCA, Juan, op. cit., p. 24).

25 Las Ordenanzas procesales datan de 1877.

26 MONTERO AROCA, op. cit., págs. 25/26.

27 CASTILLO LARRIÑAGA, José – DE PINA, Rafael, “Instituciones de derecho procesal civil”, México D.F., Porrúa, 1958, p. 124.

28 “Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. Se acostumbra hablar, tan solo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede estar referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se les toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública” (VON BÜLOW, Oskar, “La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”, trad. Miguel Ángel ROSAS Lichtschein, Buenos Aires, EJE, 1964).

acción tiene naturaleza publicística, toda vez que no relaciona a las partes entre sí sino a una de ellas (la actora) con el Estado;

- Otros dos importantes autores afirmarían, pocos años después, el elemento subjetivo y el carácter abstracto de la acción. Para Köhler la acción “no es una emanación de pretensión precedente, pues sobre si es o no fundada se ha de resolver en la sentencia. Tampoco es la expresión de un derecho público general de accionar; es, sobre todo, emanación de los derechos de la personalidad, pero solo en la misma medida en que lo son los demás actos jurídicos; el accionar es un derecho individual, como lo es el andar, comerciar, etcétera”<sup>29</sup>. Para Degenkolb, “la acción civil, autónoma con relación al derecho, puede carecer de fundamento. Cuando el demandante promueve su demanda ante el tribunal, puede no tener razón, y sin embargo nadie podrá discutirle su derecho a dirigirse al tribunal pidiéndole una sentencia favorable. Lo que el demandado le podrá negar es su derecho a obtener una sentencia favorable, pero nunca su derecho a comparecer ante el tribunal. Este es un derecho que pertenece aun a los que no tienen razón”<sup>30</sup>;

- En cuanto a Adolf Wach, se destaca su concepción “bifronte” de la acción procesal: “La pretensión de protección del derecho es de naturaleza publicística y se dirige, por un lado, contra el Estado, y por el otro, contra la parte contraria. Aquel debe otorgar la protección del derecho, el acto de administración de justicia, mientras que ésta deberá tolerarlo”<sup>31</sup>.

Sin embargo, muchos insisten en reconocer para el Derecho Procesal una paternidad única (la de Giuseppe Chiovenda), con partida de nacimiento y todo: 3 de febrero de 1903, prolucción al curso de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Bolonia (*L'azione del sistema dei diritti*)<sup>32</sup>. Para Chiovenda la acción “es un poder que corresponde frente

29 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Estudios de derecho procesal”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 87.

30 COUTURE, Eduardo J., “Introducción al estudio del proceso civil”, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 12.

31 WACH, Adolf, “La pretensión de declaración”, Buenos Aires, EJE, 1962, p. 59.

32 “Si las ciencias jurídicas tienen sus momentos estelares, como tal ha de considerarse el señalado con la fecha del 3 de febrero de 1903. En la histórica ciudad de Bolonia, un joven profesor se levanta a leer la prolucción al curso de derecho procesal civil. El título es sencillo: *L'azione nel sistema dei diritti*. Nada hace suponer que se va a producir una revolución en la ciencia del derecho; con ese mismo título, o con otro análogo, se han dicho o se dirán en lo sucesivo montañas ingentes de cosas anodinas. Pero en aquella aula, encerrada en las palabras del discurso potente y contenido, se hace público el manifiesto de la «nueva escuela» (dice CARNELUTTI) o de la Primera Escuela (me atrevería a decir yo) del derecho procesal. El tradicional concepto de acción, que lleva caminando dieciocho siglos por la historia del derecho, ha terminado su recorrido; desde hace cincuenta años se vienen poniendo obstáculos a su marcha; se le está considerando como una máquina cuyo funcionamiento no corresponde a las exigencias del momento; como objeto al que, sin negar formidable valor histórico, hay que buscar sustituto. Pero solo en aquel día invernal se establece con absoluta claridad que la acción ya no es el derecho material. La dirección exegética y las teorías particulares ceden el paso a la teoría general del proceso de cognición. Y, por encima de todo ello, el procedimiento muere, y nace el proceso, y con él nace el derecho procesal” (SENTÍS MELENDO, Santiago, *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, EJE, 1959, t. I, págs. 230/231).

al adversario, respecto del cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a ninguna cosa frente a este poder; está, simplemente, sujeto a él. La acción se agota en su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para impedirla, ni para satisfacerla. Tiene naturaleza privada o pública, según que la voluntad de la ley cuya actuación produce tenga naturaleza privada o pública”<sup>33</sup>.

La trilogía italiana que se completa con Piero Calamandrei y Francesco Carnelutti tiene en este último a un mejor expositor. Para Carnelutti, “tan lejos están de confundirse el derecho subjetivo procesal y el derecho subjetivo material, que el uno puede existir sin el otro; yo tengo derecho a obtener del juez una sentencia acerca de mi pretensión, aunque esa pretensión sea infundada. La distinción entre los dos derechos atañe tanto a su contenido como al sujeto pasivo de ellos: el derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en litis, y por sujeto pasivo, a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis, y por sujeto pasivo, al juez o, en general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta por una parte”<sup>34</sup>.

3.3. La evolución posterior se bifurca en una corriente de aceptación generalizada del carácter *subjetivo, público, autónomo y abstracto* del derecho de acción, por un lado, y en la puesta en crisis —desde diversas y múltiples perspectivas—, por el otro.

Entre estas últimas, habremos de destacar algunas que resultan de indudable interés para nuestro estudio:

- Guasp considera un error “el erigir la idea de la acción en concepto central de la teoría del objeto del proceso, pues se observa, en efecto, la relatividad e intrascendencia de tal concepto para la resolución de los problemas puramente procesales. El derecho a acudir ante los Tribunales, ya sea concreto o abstracto, frente al particular o frente al Estado, no es, evidentemente, un derecho de naturaleza procesal, sino un supuesto del proceso, que permanece fuera de él, y que se acantona, bien en el terreno civil, bien en el terreno político, quizá en ambos, sin poder, por ello, funcionar como clave explicativa de las cuestiones de orden procesal estricto”<sup>35</sup>. Para este influyente autor español, toda la idea de *proceso* gira en torno a la *pretensión procesal*: “la explicación fundamental propuesta de la esencia del proceso obliga a considerar que no hay más que un elemento objetivo básico que sea lógicamente posible: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez. En

33 CHIOVENDA, Giuseppe, “Instituciones de derecho procesal civil”, trad. E. Gómez de Orbaneja, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, t. I, p. 26.

34 CARNELUTTI, Francesco, “Instituciones del proceso civil”, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1959, t. I, págs. 315/316.

35 GUASP, Jaime, “Derecho procesal civil”, 3ª ed. corregida, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, t. 1, págs. 215/216.

torno a esta reclamación giran todas y cada una de las vicisitudes procesales. La iniciación del proceso, la instrucción y ordenación del mismo y, sobre todo, su decisión tienen una sola y exclusiva referencia a aquélla. Y como esta reclamación no es jurídicamente sino la *pretensión procesal*, que figura en el concepto de proceso mismo, es inevitable extraer de ello la consecuencia de que el inequívoco objeto del proceso lo constituye la pretensión procesal”<sup>36</sup>

- Couture, reafirmando las tesis carneltutianas sobre el carácter abstracto del derecho de acción y su distinción de la pretensión, da un paso más al considerarlo una manifestación del *derecho de petición a las autoridades* que denominará *acción civil*: “cuando el derecho de petición se ejerce ante el Poder Judicial, bajo la forma de acción civil, ese poder jurídico no sólo resulta virtualmente coactivo para el demandado, que ha de comparecer a defenderse si no desea sufrir las consecuencias perjudiciales de la *ficta confessio*, sino que también resulta coactivo para el magistrado que debe expedirse en una u otra forma acerca del pronunciamiento (...) La naturaleza del órgano de la autoridad, las formas procesales impuestas por la ley, la eficacia del pronunciamiento judicial y la proyección que todo ello tiene dentro del sistema del derecho, hacen que la acción civil asuma un cúmulo de formas externas bien diferentes a las otras formas del derecho de petición”<sup>37</sup>. Esta caracterización de la *acción civil* como exteriorización del *derecho constitucional de petitionar a las autoridades* ha ubicado a Couture como el procesalista que puso en evidencia la estrecha relación entre los derechos procesales básicos y los derechos constitucionales esenciales del sujeto de derecho.

- Briseño Sierra habría de poner en crisis el carácter *público* de la acción. Para este autor el *dinamismo jurídico* (procedimiento) se pone en marcha a través de *instancias*, esto es, de actos de particulares que requieren respuestas de la autoridad. Aquello que distingue a la *acción procesal* del resto de las instancias es el hecho de que su respuesta no pueda ser dada directamente por la autoridad, esto es, sin involucrar a “aquel respecto de quien se insta” (accionado / demandado).

El derecho de acción muestra materialmente una estructura irrepetible que —partiendo de su titular— va hacia el de la jurisdicción para terminar en el ámbito jurídico de quien debe (aunque no lo haga) reaccionar: “No hay, por tanto, lugar alguno a la confusión de la acción, primero con los derechos estáticos, porque siendo un título individual no es, como suele concebirse al derecho subjetivo, una relación invariable en su esquema lógico; y al ser un derecho dinámico, tampoco sufre confusión con los otros derechos: denuncia, petición, querrela, queja y reaccertamiento, pues a diferencia de ellos, es, estructuralmente, una instancia proyectiva, y su pretensión es, además, conflictiva, por ser dos las partes que

36 Íd. íd., págs. 211/212.

37 COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos del derecho procesal civil”, 3ª ed. póstuma, reimpr., Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 78.

discuten su concesión”<sup>38</sup>.

• Para Montero Aroca la *evolución general* de los estudios de esta rama culmina con la consideración de la *jurisdicción* como eje central. Acorde con ello, propone denominar a la rama “*Derecho Jurisdiccional*”<sup>39</sup>. Los antecedentes de este desarrollo se remontan a los inicios mismos de la ciencia procesal<sup>40</sup> y permiten concluir que el proceso es un instrumento necesario para el cumplimiento de la función jurisdiccional: “No debe olvidarse que el proceso es también el instrumento necesario para que los ciudadanos hagan efectivo su derecho a la jurisdicción, logren la tutela efectiva a la que suelen referirse las constituciones, terminología con la que actualmente suele aludirse al derecho de acción. La consideración del proceso como instrumento es, pues, doble, y se integra tanto con referencia a la jurisdicción como a los ciudadanos; en el primer caso se está ante el Estado actuando por medio de los tribunales, Estado que es titular de un deber, el de prestar la tutela judicial; en el segundo se está ante el ciudadano que insta la tutela judicial, ciudadano que es titular de un derecho de rango fundamental”<sup>41</sup>.

#### 4. La exacerbación de la forma y la desconsideración de los otros elementos del “reparto procesal”

Particularmente desde las perspectivas *unitarias* de la teoría general del proceso<sup>42</sup> —construidas al hilo de la *abstracción* del derecho de acción<sup>43</sup>— se constata la aspiración

38 BRISEÑO SIERRA, “Compendio...”, cit., p. 174.

39 Cfr. MONTERO AROCA, Juan y otros, “Derecho jurisdiccional”, Barcelona, Bosch Editor, 1994; *Evolución y futuro del derecho procesal*, Bogotá, Temis, 1984.

40 “Cuando CALAMANDREI emprendió el estudio del Derecho procesal desde el punto de vista del Estado que administra justicia, desde la potestad o función jurisdiccional, o cuando ALLORIO preveía que la teoría del mañana buscaría apoyo en los conceptos de potestad jurisdiccional o jurisdicción, o cuando la doctrina española está diciendo que el concepto central del Derecho procesal es el de jurisdicción, o cuando Alsina inició su exposición por la función jurisdiccional del Estado y dijo que el Derecho procesal comprende la organización del Poder Judicial, la competencia y la actuación del juez y de las partes en e proceso, en todos estos casos, y en muchos otros que podrían citarse, estaba implícito el paso que pretende darse cuando se quiere que la denominación de la ciencia y de la materia universitaria sea la de Derecho jurisdiccional” (MONTERO AROCA, “El derecho procesal...”, cit., p. 38).

41 Íd. íd., págs. 40/41.

42 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Temas del ordenamiento procesal”, Madrid, Tecnos, 1969; “Doctrina general del derecho procesal”, Barcelona, Bosch, 1990; CARLOS, Eduardo, “Acotaciones al problema de la unidad del derecho procesal”, en “Revista de Derecho Procesal, Estudios en memoria de James Goldschmidt”, Buenos Aires, EDIAR, 1951; BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, “Teoría del proceso”, Buenos Aires, Depalma, 1979; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, “Teoría general del proceso”, Bogotá, Temis, 1992; ROCCO, Ugo, “Teoría general del proceso”, trad. Felipe de J. Tena, México D.F., Porrúa, 1959; DÍAZ, Clemente A., “Derecho procesal”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965; BENABENTOS, Omar Abel, “Teoría general unitaria del derecho procesal”, Rosario, Juris, 2001, etc.

43 “Esto es lo que permite calificar a esos cuatro títulos jurídicos: estatutarios, subjetivos, familiares y administrativos, como derechos sustantivos, mientras que los de instancia son formales, adjetivos o procedimentales. Y la acción,

de una *simplicidad pura* en que todas las formas sirvan por igual a cualesquiera pretensiones (civiles, comerciales, penales, laborales, de familia y contenciosoadministrativas, así como las más recientemente diferenciadas, correspondientes a los llamados derechos de tercera generación, provenientes de relaciones de consumo, continentes de intereses de incidencia colectiva, etcétera).

El proceso de escisión entre *forma* y *fondo*, entre *acción* y *pretensión*, sumado a la constatación de que hay *tres* involucrados (quien acciona y pretende, la autoridad que recibe la acción y pretensión y aquel respecto de quien se acciona y pretende), trajo indudables avances de entre los cuales la “autonomía” de la ciencia es, si se quiere, uno menor o — mejor dicho— una consecuencia inevitable. En efecto, tanto más importantes resultan las implicaciones de afirmar que:

- Tiene *derecho a accionar* aun quien no tiene *derecho a aquello por lo cual acciona*<sup>44</sup>; § *El proceso* es una “estructura de obtención del reparto”<sup>45</sup>;
- La justicia del reparto procesal se mide en términos de *imparcialidad e imparcialidad* del juzgador<sup>46</sup>;
- Corolario de ello (la prohibición del *pre-juicio*) es el “principio de que no existe proceso sin juicio, decisión sin previa audiencia”<sup>47</sup>;
- Precisamente en razón de la actividad, el reparto se obtiene por el establecimiento de un sistema de controversia, en la que cada interesado pueda exponer al repartidor sus puntos de vista<sup>48</sup>;

que como las demás instancias, sirve a los sustantivos pero no es un desprendimiento de ellos, ni un apéndice ni un desarrollo, sino un instrumento, porque no se insta por instar sino pretendiendo algo ubicado en el campo de la sustantividad; pero el instar es indiferente a la existencia y validez de lo sustantivo, que sigue reglas propias. La acción es abstracta o autónoma en este sentido y no en el de hacer algo de la nada” (BRISEÑO SIERRA, op. cit., p. 181)

44 “No es que la acción exista para sí misma. Esto es lo que hace la pretensión: vincular el pasado con el porvenir. Se pretende sentenciar porque se presentó el conflicto, o bien, al surgir el conflicto se busca la resolución imparcial, y el tipo de conflicto: nulidad, incumplimiento, daños y perjuicios, lesiones, sustracciones indebidas, etc.; ese concreto problema va referido en los hechos del pretender, lo que se completa con las clases de sentencia que se requiere” (ibídem).

45 ARAGONESES ALONSO, Pedro, “Proceso y derecho procesal (introducción)”, 2ª ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 111, para quien “ello acentúa el carácter preferentemente declarativo del mismo. No puede, pues, confundirse el proceso con las estructuras de realización. El proceso, ni es una declaración de voluntad, semejante a la renuncia, al desistimiento, al allanamiento, ni es una declaración bilateral, como ocurre con los contratos de transacción o de compromiso, ni es una manifestación de voluntad”.

46 Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, La imparcialidad como principio básico del proceso («parcialidad» y parcialidad), Discurso de recepción del autor como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en “Conducta y norma”, Buenos Aires, Librería Jurídica, 1955, págs. 133 y ss. Para Briseño Sierra, “lo propio del derecho procesal es alcanzar la resolución de los problemas jurídicos, pero no cualquiera resolución ni obtenida en forma indeterminada, sino una resolución imparcial y por obra de un tercero” (cit., p. 27).

47 ARAGONESES ALONSO, Pedro, op. cit., p. 112.

48 Cfr. íd. íd., p. 118 y ss. Para el autor, “en el ámbito de las controversias normativas, el sistema del proceso se ofrece como particularmente idóneo. Versen éstas sobre la existencia o no de los hechos discutidos o sobre una

§ Se trata, pues, de un método, camino, medio o instrumento<sup>49</sup>;

§ Hay acción en toda la línea del proceso, de suerte de posibilitar la audiencia<sup>50</sup>.

*De tal suerte, la teoría general del proceso se construye en torno a una concepción del proceso que, en mucho, responde a los postulados del sistema dispositivo o acusatorio. Así, para Aragonese Alonso “... en la medida en que se estructure la satisfacción del interés pretendido con una aproximación esencial al tipo ideal de estructura de satisfacción coactiva e imparcial que constituye el proceso, nos encontraremos con un tipo al que corresponde propiamente tal denominación, mientras que cuando se desvíen de ese tipo ideal, la satisfacción se realizará generalmente por medio de una estructura de autotutela estatal más o menos disfrazada. Por ello, no es cierto que el proceso penal acusatorio se aproxime al proceso civil, sino que al ser el proceso dispositivo el prototipo de las estructuras procesales, toda aproximación al proceso civil es un acercamiento al tipo ideal del proceso, y así, cuando el proceso civil se desvía de su tradicional configuración no se habla de aproximación del proceso civil al proceso penal, sino más bien de crisis o abolición del proceso. En resumen, el proceso como tipo ideal, aplicable a la satisfacción de cualquier pretensión, sea cual fuere la norma en que se funde, se nos aparece caracterizado por las siguientes notas: 1ª Es una institución estatal (naturaleza general de la estructura); 2ª Para la realización, coactiva e imparcial, de la Justicia (fundamento institucional); 3ª Por la que se satisfacen (fin empírico); 4ª Las pretensiones (objeto); 5ª Que unos sujetos actúan frente a otros (carácter contencioso del proceso); 6ª Afirmando su fundamento jurídico (causa de la pretensión); 7ª Siguiendo al efecto un procedimiento contradictorio previamente establecido (método de averiguación procesal) como garantía individual”<sup>51</sup>.*

transformación que se pretende del mundo, cada uno de los litigantes, al exponer sus puntos de vista y las razones que cree se desprenden del sistema de normas, facilitan al repartidor la determinación de cuál de los puntos de vista expuestos es más justo que el otro. Por ello, si desde un plano subjetivo la imposición del reparto por un tercero imparcial es normalmente superior a la solución coactiva impuesta por los propios interesados, cualquier estructura que tenga en cuenta los criterios opuestos de los mismos se ofrece como superior a las estructuras análogas que se resuelven por aplicación exclusiva de la fuerza” (p. 120).

49 Apoyado en las enseñanzas de Briseño Sierra, Alvarado Velloso dirá que se trata de una “serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que se utiliza como medio pacífico de debate dialéctico entre dos partes antagónicas ante un tercero que es imparcial, imparcial e independiente” (Alvarado Velloso, Adolfo, Introducción al estudio del derecho procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, reimpresión 1997, t. 1, p. 239).

50 “Y el debate, también por simple lógica, requiere de momentos sucesivos, que posibiliten presentar el conflicto, justificar o confirmar el conflicto y concluir esgrimiendo la razón que asiste a las partes. Ese caminar por los tramos indicados, es nada más que una serie de instancias proyectivas. La acción, el accionar, es un instar proyectivo, pues de otra manera, ni el sujeto imparcial ni la contraria están excitados” (Briseño Sierra, Humberto, cit., p. 182). Más adelante, el autor reafirmará: “La acción, quedó establecido, es el movimiento de la parte demandante y eventualmente de la contraria, no sólo cuando contraataca, sino cuando ella inicia el trámite, como al ofrecer medios de confirmación o conclusiones y, desde luego, cuando impugna, que es una manera de iniciar otra serie de instancias—, cuya índole proyectiva, provoca la jurisdicción y la reacción” (p. 186).

51 Aragonese Alonso, Pedro, op. cit., págs. 351/352.

4.1. Si se examina analíticamente esa perspectiva, los recortes al “reparto procesal” son importantes:

- En cuanto a los *adjudicadores (repartidores)*, la exigencia de estar a cargo de una “institución estatal” cercena la posibilidad de que pueda ser también un particular—tan *imparcial* y tan *imparcial* como el juez del Estado—quien adjudique la solución del conflicto.

- En cuanto a los *destinatarios (recipiendarios)*, bien que en el horizonte del *proceso*<sup>52</sup>, se *excluyen aquellos sujetos que no actúan “unos frente a otros”*. Se trata de los innumerables casos en que el Estado ejerce autotutela de sus intereses o en que no existe contradictorio al estilo clásico sino, más bien, un esquema procedimental de administración en que algunas de las postulaciones son verdaderos contradictorios (vgr. algunas cuestiones de concursos y quiebras, sucesiones).

- En cuanto a las *pretensiones*, el empeño por construir un método que sirva por igual a cualesquiera de ellas —no importa cuán diferentes sean— ignora la inmanente complejidad del mundo y los conflictos que lo habitan. Claramente, no es lo mismo *procesar* una pretensión de cobro de un pagaré, la pretensión de resolución de un contrato de larga duración, la pretensión de tenencia de un menor, la pretensión de nulidad de la concesión del servicio público de telefonía de todo el país, la pretensión punitiva de robo en una casa de familia, la pretensión punitiva por el motín y toma de rehenes en la cárcel más populosa de un estado, la pretensión de protección del derecho a la vida de una mujer con quince años de estado vegetativo... y así podríamos continuar con la “complejidad de la vida”<sup>53</sup>.

- En cuanto a las *formas* del reparto procesal, conectado muy estrechamente con sus *límites*, debemos preguntarnos por aquello que define al *proceso*:

- ¿*qué audiencia?* (¿audiencia efectiva o sólo la posibilidad razonable de audiencia<sup>54</sup>? ¿sólo la posibilidad de afirmar o, también, la posibilidad de probar y alegar?);

- ¿*cuánta audiencia?* (¿mucho, como en un juicio ordinario; poca, como en un juicio abreviado; nada, como en una medida autosatisfactiva<sup>55</sup>);

52 Estrictamente, fuera de él. La pregunta, en realidad, apunta a si debe quedar también fuera del derecho procesal.

53 Respecto de las decisiones “complejas” puede verse Chaumet, Mario Eugenio, Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja: el caso de los intereses supraindividuales, JA, Lexis Nexis, suplemento especial del 31.03.04, págs. 38 y ss. (JA 2004-I, fascículo 13).

54 “El principio de la audiencia judicial no reclama la misma audiencia, sino meramente su posibilidad. No se exige, en cambio, que esta posibilidad se convierta en realidad, puesto que, en caso contrario, fácil sería para el demandado impedir el desarrollo del proceso” (GOLDSCHMIDT, Werner, “La imparcialidad...”, cit., p. 138).

55 Con relación a la doctrina argentina que ideó y propicia las llamadas medidas autosatisfactivas, puede verse: PEYRANO, Jorge W., “Informe sobre medidas autosatisfactivas”, LL, 1996-A-999; “Lo urgente y lo cautelar”, JA, 1995-I-889; “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil. La medida autosatisfactiva”, ED, 169-1345; “Vademecum de las medidas autosatisfactivas”, JA, 1996-II-709; “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares. Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, JA, 1997-II-926; “Régimen de las medidas

o ¿cuándo audiencia? (¿antes, como en un juicio; después, como en una medida cautelar o anticipatoria; después, como en un procedimiento monitorio?)

Estas alternativas, ¿escapan a *lo procesal*?

4.2. Si bien la escisión de las formas respecto del objeto del reparto y la afirmación de una teoría general del proceso coadyuvaron a la autonomía del Derecho Procesal—y, con ésta, a una mejor comprensión de las reglas de la audiencia—, la aspiración actual de reducir las diferencias entre los objetos repartidos a meras cuestiones de competencia o de procedimientos conlleva a desnaturalizar la complejidad del objeto y, en cierto sentido, la oculta.

No dudamos que la etapa de *simplificación* de cualquier ciencia sea un paso necesario y fructífero. La anterior *complejidad impura* entre *fondo* y *forma* (ejemplificada en el *pre-juicio* con el que actuaba el juez de la inquisición<sup>56</sup>) constituye, sin duda, un estadio disvalioso. Sin embargo, a la *simplicidad pura* de la forma debe seguirle una consideración de la *complejidad pura* que integre adecuadamente ambos despliegues<sup>57</sup>.

La relación *fondo / forma* debe *establecerse* pero no *desintegrarse*. Necesitamos de audiencia en el proceso, pero ésta está íntimamente relacionada con aquello que se escucha. Insistimos en que no es lo mismo escuchar una pretensión ejecutiva de un pagaré que una de divorcio contencioso.

En la consideración especial del *objeto* no sólo se pone en juego el quiénes deben escucharlo (juez competente) sino también a quiénes hay que escuchar, cómo hay que escuchar, qué tipos de razones están involucradas, cuáles son los límites a ese escuchar.

Con toda razón se ha dicho que “es asimismo importante reconocer la *forma* del reparto jurisdiccional, apreciando el grado de *audiencia* posible y cuál se produce en realidad. El juez verdaderamente tal «escucha», con más o menos colaboración de los interesados, los hechos y el Derecho sobre los que ha de resolver (...) La relación entre la *forma procesal* y los *objetos* que se adjudican según el Derecho de fondo es a veces muy tensa. La *forma* ha de conducir al *fondo*, pero éste no puede ser sin la forma. Nada de esto ha de llevar, sin embargo, al desconocimiento de que, sobre todo en épocas como la actual, en algunas áreas,

autosatisfactivas. Nuevas propuestas”, LL, 1998-A-968; “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en “Medidas autosatisfactivas”, director Jorge W. PEYRANO, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 13; “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas”, en “Medidas autosatisfactivas”, cit., p. 27 y muchos más. Algunas perspectivas críticas pueden verse en CAMPS, Carlos E., “La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada”, JA, 1999-III-1091 y ss.; GARCÍA MONTAÑO, Tristán, “Necesidad de dar audiencia previa a quien será afectado por una tutela anticipada: regla, no excepción”, LL Litoral, 1999-989; PICÓ I JUNOY, Joan, “De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas: ¿un avance del derecho procesal”, JA, 2002-II-fascículo N° 2, p. 17; también nuestro trabajo “Medidas autosatisfactivas: otras voces, otros ámbitos”, LL Litoral, 2000-929.

56 CIURO CALDANI, “El juez, el proceso...”, cit., p. 20.

57 *Ibidem*.

como la de los derechos humanos, el proceso adquiere—por lo menos discursivamente— gran significación, al punto de alcanzar el núcleo del concepto jurisdiccional. Existe un muy relevante derecho al proceso”<sup>58</sup>.

4.3. Más aún: las visiones de *lo procesal* suelen ser *estáticas*, esto es, desvinculadas de los despliegues *dinámicos*, vinculados a la *estrategia*<sup>59</sup> que cada uno de los protagonistas —incluido el juzgador<sup>60</sup>— planea y ejecuta a la hora de la toma de decisiones en cada uno de los procesos.

Con acierto se ha dicho que “desde una visión estática del proceso podría suponerse que las partes ejercen su pretensión o resistencia, exclusivamente por una controversia sobre el significado y alcance de sus derechos. Desde tal óptica sería incomprensible la decisión de prolongar el proceso cuando la parte puede anticipar su derrota, soportando las molestias y gastos, en lugar de allanarse a la pretensión de la contraria”<sup>61</sup>. Antes bien, nuestras prácticas procesales indican que la *conjetura* de la decisión judicial no siempre funciona como disparador de una negociación temprana sino que los abogados especulan con *repartos provisionarios* (medidas cautelares, prolongación del pleito por utilización de todos los medios de impugnación disponibles, oposición a la ejecución, etcétera) para la satisfacción de *otras* pretensiones.

## 5. Las consecuencias (disvaliosas) de esta situación singular

En nuestra opinión, el fenómeno descrito derivó en dos consecuencias disvaliosas: la *reducción* del Derecho Procesal y la consiguiente *expansión* de las ramas “sustantivas”.

### 5.1. La reducción del Derecho Procesal

El estudio de la normatividad *procesal* recibió un fuerte impulso a partir de la segunda mitad del s. XIX y, muy particularmente, durante el s. XX. Estos avances consolidaron la

58 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Filosofía de la jurisdicción*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, págs. 23/24.

59 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *La Teoría General del Derecho*, supuesto de la estrategia y la táctica jurídicas, en “Investigación y Docencia”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, N° 32, págs. 25 y ss.; Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia, en “Investigación y Docencia”, cit., 2000, N° 33, págs. 9 y ss.; también puede verse nuestro trabajo *La estrategia y el Derecho Procesal* (la comprensión de la decisión y estrategia en la solución de conflictos), en “Investigación y Docencia”, cit., 2002, N° 35, págs. 49 y ss.

60 Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces*, en JA, Lexis Nexis, suplemento especial del 31.03.04, págs. 30 y ss. (JA 2004-I, fascículo 13).

61 LAPENTA, Eduardo Víctor, Aportes para la comprensión de la dinámica del proceso judicial, en “Cartapacio”, Azul, 2004, N° 6 (puede verse en [www.cartapacio.org.ar](http://www.cartapacio.org.ar)).

comprensión de la actividad *jurisdiccional*, pero tuvieron el efecto de silenciar u ocultar otros fenómenos íntimamente vinculados:

El Derecho Procesal asiste, entonces, a un fenómeno de *minusmodelación* (por reducción de las respuestas a problemas que son propios del “modelo” procesal) en el que la exacerbación de las *formas* aísla otros elementos del reparto.

### 5.1.1. *La forma aísla a los repartidores*

Una reducción sufrida por el Derecho Procesal reside en la exclusión de otras vías de solución del conflicto (que no sean las judiciales estatales) del ámbito de su estudio. Seguramente acierta Ciuro Caldani cuando afirma que “construido demasiado desde la óptica del Estado, el Derecho Procesal ha devenido una rama «mutilante». Hay otros medios que no sean el «proceso judicial» (arbitraje, mediación, negociación) y hay otras ramas con las cuales vincularse y enriquecerse en una «complejidad pura»<sup>62</sup>.

Tan mutilante ha sido, por caso, que muchos cultores del Derecho Procesal suprimen de sus estudios a los medios alternativos de solución de conflictos —incluido el arbitraje—, justificando que se los incluye “más por los beneficios que reporta un sistema de debate diferente al proceso judicial, que por las proximidades que tiene la intervención de un tercero frente a las partes en conflicto”<sup>63</sup>.

Otras opiniones, en cambio, participan del carácter *jurisdiccional* de estas soluciones, bien que con las restricciones propias del no uso legítimo de la fuerza<sup>64</sup>.

Recordando que el concepto de proceso tiene que aludir al fenómeno de la controversia y de su solución, Goldschmidt infería que “...el proceso ante jueces elegidos por las partes

62 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, El juez, el proceso y el Estado en la posmodernidad, en “Investigación y Docencia”, N° 33, págs.19/23.

63 GOZAÍNI, Osvaldo, Métodos diferentes del proceso para resolver conflictos entre personas: ¿es un tema procesal?, en “Teoría unitaria...”, cit., p. 350. El autor entiende que el arbitraje, por caso, “no podría ser jurisdiccional, ni la actividad cumplida un proceso... En todo caso habría un procedimiento, pero enmarcado en el perímetro de los derechos disponibles, dentro de los cuales, justamente, no se encuentran las formas y solemnidades del proceso judicial (...) En síntesis, la esencia que contiene a las formas alternativas para la resolución de controversias está en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos” (págs. 342/345). Finalmente, concluirá que “la ciencia jurídica tiene una nueva disciplina que podrá nominarse como «Gestión de conflictos», «Administración de conflictos», «Formas alternativas para la resolución de controversias», dejando al derecho procesal la etapa de revisión que, efectivamente, garantizará el debido proceso” (p. 350).

64 Vgr. SERRA DOMÍNGUEZ, El proceso arbitral en estudios de derecho procesal, Barcelona, Ariel, 1969, p. 571; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, Derecho y proceso, Barcelona, Bosch, 1978, p. 299; CARRERAS, Jorge, Contribución al estudio del arbitraje, en “Revista de Derecho Comparado”, Barcelona, 1953, págs. 118/138; FENECH, Miguel, Estudios de derecho procesal, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 433 y ss.; en nuestro país, PALACIO, COLOMBO, MORELLO, etc. En cambio, le niegan carácter jurisdiccional y lo enmarcan en el ámbito contractual, Chiovenda, Rosenberg, Rocco, etcétera.

(amigables compondores o árbitros), y el proceso ante jueces estatales, son esencialmente iguales...”<sup>65</sup>.

### 5.1.2. *La forma aísla a los destinatarios*

El Derecho Procesal se ha preocupado por la *forma* (“audiencia”), concentrando sus desvelos en aquel que escucha (el juzgador).

En cambio, muy poca o ninguna atención de los procesalistas han merecido las especiales características de los *destinatarios*. El Derecho Procesal no distingue entre trabajadores, menores, consumidores, usuarios de servicios públicos, administrados, etcétera. Los especiales problemas que la *audiencia* de esas partes pueda generar se dejan librados a la respuesta de cada una de las ramas sustantivas.

Sólo recientemente el Derecho Procesal ha incursionado, por ejemplo, en los casos de partes plurales (intereses supraindividuales y plurales homogéneos)<sup>66</sup>, aunque también valiéndose de los estudios precursores de otras ramas (vgr., Derecho Constitucional, Derecho Administrativo).

### 5.1.3. *La forma aísla al objeto*

Las propias estructuras del proceso tradicional aparecen insuficientes para la consideración especial que merecen ciertas pretensiones: tutelas urgentes, pretensiones de familia en que se requieren ámbitos de mediación y conciliación, pretensiones colectivas, cuestiones de menor cuantía.

### 5.1.4. *La forma aísla sus propias formas*

Aunque resulte paradójico, en algunos casos se ha llegado al extremo de desligar el problema de las *formas* de sus *propias formas*.

Tras los estudios denominados “científicos”<sup>67</sup>, los procesalistas persiguieron, precisamente, depurar todo lo que fuera «*mero*» *procedimiento*: “Cuando se piensa que

65 GOLDSCHMIDT, Werner, Controversias y soluciones: guerra, duelo y proceso, en “Conducta y Norma”, cit., p. 85.

66 Ver con provecho, GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos, Elcano, Navarra, Aranzadi, 1999.

67 “Se ha visto que desde el siglo XIX, la preocupación de los especialistas ha sido el proceso. Se le ha analizado tan profundamente que se viene hablando de una corriente científica a partir de la polémica entre Windscheid y Muther, o de la aparición de la obra ya citada de Oskar von Bülow. Pero curiosamente el calificativo de científico ha sido empleado porque el proceso se apartó del procedimiento, aunque no hizo lo mismo respecto de la sentencia” (BRISEÑO SIERRA, Humberto, Esbozo del procedimiento jurídico, en “Teoría unitaria del proceso”, AA.VV., Rosario, Juris, 2001, p. 467). Ver, asimismo, supra, nota al pie # 32.

el procedimiento ha sido confundido con el proceso y que ha sido este último el que se ha analizado con mayor profundidad, se descubre que el resultado técnico ha sido una intravariación de conceptos elementales que llegaron a mencionarse a propósito del mismo proceso, pero que se perdieron en el camino (...) Esta operación quirúrgica que a muchos pareció un avance, tuvo la consecuencia de hundir al procedimiento y dispersar sus noticias en el entramado del proceso”<sup>68</sup>.

Conclusión: el Derecho Procesal, absorbió en el *proceso*, abandonó el *procedimiento*, sin reparar quizá que “la formación del sistema jurídico, al menos en la parte correspondiente al sector del dinamismo normativo, utiliza las fórmulas empleadas en los distintos rubros para llevar a cabo el tejido que resulta de la combinación de los distintos capítulos o ramos de la juridicidad”<sup>69</sup>.

En otras palabras: puede acontecer (y ello ocurre frecuentemente) que las reglas procedimentales coexistan con las procesales<sup>70</sup>: “Imbricados en la realidad, proceso y procedimiento son objeto de la dirección del mismo sujeto: el tercero imparcial, que se conduce proveyendo e impulsando la marcha de la sustanciación. Jurisdecir, entonces, es frecuentemente un proveer que a veces atañe al proceso y otras al procedimiento. La manera más fácil de distinguir la naturaleza de este actuar es considerando la índole de la instancia atendida. Sólo cuando se trata de un accionar, de un instar que se proyecta a través del juez hacia la contraria que debe reaccionar, es que se está en el proceso; pero si ese instar es unilateral, de un procedimiento preliminar como los actos preparatorios, los precautorios, los provocatorios, la mal llamada *jurisdicción* voluntaria, o los actos de ejecución, entonces el juzgador provee sin jurisdecir”<sup>71</sup>.

¿Puede entonces el Derecho Procesal desentenderse de los estudios sobre el *procedimiento*, estrictamente hablando? ¿Pueden diluirse los estudios sobre el *procedimiento* en la rama *administrativa*? ¿No será que existen aquí ciertos *denominadores comunes* —cual la secuencia de conexiones de conductas de diferentes sujetos— que imponen tratamientos que se enriquezcan recíprocamente<sup>72</sup>?

68 Íd. íd., p. 465 y 467. Más adelante, el autor dirá que “el llamado procesalismo científico emprendió la sistematización procesal como si no hubiera otros territorios del dinamismo jurídico, y cuando las diferencias entre la teoría y la práctica persistieron, se buscó acercar las realizaciones empíricas a los paradigmas de la teoría, insistiendo en aspectos formales” (p. 470).

69 Íd. íd., p. 471.

70 “El procedimiento es una sucesión de conexiones de actos de distintos sujetos, de manera que el acento está dado en la sucesión de conexiones. Esto es lo relevante de la figura, por lo que para formar cada conexión se precisa de la instancia (...) No el conglomerado de conductas, sino la sucesión encadenada por la sucesividad de conexiones, es lo que interesa al derecho para crear un procedimiento. Y al pasar al proceso, se conserva el dinamismo, pero ahora se transforman en la serie de cierto tipo de instancias, los derechos de acción o de accionar, la instancia proyectiva” (BRISEÑO SIERRA, “Compendio...”, cit., p. 233).

71 Íd. íd., págs. 203/204.

72 “... el derecho procesal, rama jurídica con principios autónomos y en conexión sistemática, es simplemente unitario como lo pide casi toda la doctrina. Esta afirmación lleva a su vez al corolario de que en su contenido

¿No ocurre muchas veces que el “mero” procedimiento incide en la eficacia del proceso? ¿Da igual, por ejemplo, cualquier tipo de notificación? ¿No será que las opciones mismas del procedimiento pueden incidir —y de hecho lo hacen constantemente— en la audiencia?

## 5.2. La expansión de las ramas “sustantivas”

Sea por abandono más o menos explícito del Derecho Procesal, sea por afán de apropiación de las ramas sustantivas, lo cierto y constatable es que muchas de éstas han avanzado por sobre el estudio y la regulación de la solución de conflictos propios de su área jurídica. Se trata, así, de un fenómeno de *plumodelación*.

La constatación de esta expansión respecto de cada una de las ramas del mundo jurídico excede los alcances de este trabajo. Sin embargo, pueden destacarse áreas en las que—perdiéndose en mucho aquello que particulariza al *proceso*—se pergeñan soluciones asistemáticas.

Piénsese, por caso, en la falta de definición adecuada de los roles de concursado/fallido, síndico, juez concursal, acreedores, y se comprenderán los problemas que se suscitan a la hora, por ejemplo, de sustanciar un incidente. La falta de definición de los alcances procesales del llamado “orden público concursal” enfrente a juzgadores y partes a cotidianas sorpresas y a diversos *fraudes* a la ley falencial, ocultando tras el interés de la comunidad aquello que en realidad no lo es.

Lo propio acaece con los procesos llamados “publicizados”, cual los de familia, en los que se desdibujan las pretensiones de las partes al punto, a veces, de elevarse ilegítimamente la consideración de un “orden público familiar”.

En lo laboral no es infrecuente que los jueces asuman actitudes proteccionistas extremas, desvirtuando totalmente la controversia mucho más allá del principio interpretativo del *favor operari*—aun pensado desde lo procesal— y soslayando la imparcialidad.

En los amparos, la defectuosa técnica legislativa suele prever un “informe circunstanciado” de la autoridad accionada, en lugar de la correspondiente “contestación de demanda”, desvirtuando los conceptos de audiencia y congruencia y creando situaciones anárquicas.

Finalmente, como consecuencia disvaliosa de conjunto, podemos señalar la incomprensible inflación de procedimientos superpuestos. Del extremo de la falta de

se relacionan temas que no son exclusivos del proceso, ya que las nociones procedimentales, por ejemplo, o las orgánicas, no le afectan directamente, pero son conexas, propias de la teoría general de la rama. Es por esto que en el desarrollo del presente trabajo, se intenta una revisión de los capítulos del derecho ciencia procesal y no sólo de la institución proceso que es una de sus figuras, la más importante si se quiere, la que le da nombre, pero no la única. De ahí que pueda hablarse de nociones comunes a todo procedimiento: actos, notificaciones, plazos, formas, tiempo, etc.” (BRISEÑO SIERRA, Humberto, “Derecho procesal”, México D.F., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969, t. II, p. 50).

consideración de los aspectos particulares de determinadas materias (minusmodelación del Derecho Procesal), pasamos a la innecesaria y gravosa proliferación de procedimientos — tantos, cuantas ramas existan— (plusmodelación de los derechos de fondo), dificultando la tarea de jueces y abogados hasta límites intolerables y, mucho peor, desvirtuando aquello “propio” de cada uno.

## 6. Conclusiones

La consideración de todos los despliegues del reparto procesal y la ubicación del Derecho Procesal en una Teoría General del Derecho nos permitirá reconocer su especificidad no sólo para determinado tipo de pretensiones sino para el universo de ellas.

La forma de la audiencia no debe ignorar ni reducir los problemas que inevitablemente plantea el “escuchar”. Si los procesalistas se ocuparan del estudio de los procesos laborales, contenciosoadministrativos, concursales, de familia, de amparo —y no sólo de los procesos civiles y penales— muy diferentes serían las percepciones que de la audiencia, la imparcialidad judicial, la congruencia y tantos otros temas caros al procesalismo se tendrían en esas sedes.

Si bien los aportes de la *simplicidad pura* han sido trascendentes (llamando *proceso* a una cierta estructura de reparto en la solución de los conflictos y no a cualesquiera de ellas), la inclusión en el Derecho Procesal de todos los *despliegues del propio fenómeno* “proceso” y de los *fenómenos* que le son *conexos* permitirá una comprensión de la *complejidad pura* que, inevitablemente, presenta.