

PARTE II

CONCEPTOS PROCESALES

LOS CONCEPTOS DE INSTANCIA Y ACCIÓN PROCESAL COMO INSTANCIA BILATERAL¹

Adolfo ALVARADO VELLOSO

SUMARIO: I. *Introito*. II. *La causa del proceso: el conflicto de intereses*. III. *Las posibles soluciones del conflicto intersubjetivo de intereses* IV. *La razón de ser del proceso*. V. *La materia del conocimiento jurídico*. VI. *Las normas jurídicas*. VII. *El concepto de instancia y su clasificación*. VIII. *Las diferencias entre proceso y procedimiento*.

I. INTROITO

He querido sumarme al adeudado y más que merecido homenaje que el procesalismo de la América toda tributa tardíamente a quien ha sido el más fructífero pensador en el continente respecto de la mayoría de los temas de la materia y el creador del sistema jurídico que puede ser construido a partir

¹ Trabajo efectuado en homenaje y memoria del insigne procesalista Humberto Briseño Sierra y presentado a las Jornadas realizadas en su honor en octubre de 2013 en la Universidad Nacional Autónoma de México. Advertirá el lector en su texto la notable influencia que ha tenido el pensamiento de Briseño Sierra en mi formación académica. Tanto, que en mi primera obra de doctrina (*Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1995) me autotitulé *su discípulo* y dije expresamente en su presentación que “Esta obra pretende ser distinta de las demás que se hallan publicadas acerca de la materia procesal. Como se trata de una simple *Introducción* a su estudio, no puede —ni debe— contar con la extensión de un *tratado* pero, al mismo tiempo, tiene que mostrar un desarrollo completo de los temas que aborda. Para hacerla, he partido del método ideado por Humberto Briseño Sierra, con cuyas ideas me hallo tan consustanciado que ya no sé —honestamente— qué es lo que pertenece a él y qué es lo que le agregué o modifiqué. Reconozco que estas dos actitudes mías —agregar y modificar— son un verdadero pecado pues hacen perder de vista la genialidad de su talento. Pero existe solución sencilla para deslindar responsabilidades: si lo expuesto muestra un carácter de excelencia, pertenece a Briseño Sierra. Si no es así, no me queda otro camino que asumir la paternidad de las ideas...”.

de su notable concepto de instancia² como actividad³ que se cumple en la realidad de la vida para regular las posibles interacciones entre gobernante y gobernados,⁴ y que ha permitido concebir a la acción procesal como un concepto único e inconfundible por ser irrepetible en el mundo jurídico.

Para eso, creo que nada puede ser mejor que desarrollar el concepto de instancia que generó la luminosa inteligencia del maestro,⁵ pues, de ser comprendido generalizadamente, es muy posible que mejore el entendimiento de los jueces y letrados acerca de temas propios de la asignatura y, de consiguiente, se logre una mejor justicia, de la cual estamos hoy tan lejanos. Y esto se logrará sólo cuando todos, absolutamente todos, los operadores del derecho comprendan que la idea de proceso es lógica antes que jurídica.

En esta tarea, y para que se advierta a la postre cuál es la utilidad del tema, creo imprescindible establecer antes que todo cuál es la causa y cuál la razón de ser del proceso, temas vinculados estrechamente con el de acción procesal, ya que aquél es el objeto⁶ de ésta.

II. LA CAUSA DEL PROCESO: EL CONFLICTO DE INTERESES

Toda explicación habitual de la asignatura derecho procesal pasa por una obligada referencia inicial a la ley que rige la materia,⁷ con prescindencia

² A explicar precisamente tal concepto es que dedico este trabajo. Específicamente sobre el tema, ver *infra*, apartado VII.

³ El método que emplea Briseño Sierra para generar su concepción del concepto de *instancia* parte exclusivamente de la observación de lo que sucede en la actividad cumplida en la realidad de la vida y no del habitualmente utilizado por todos los juristas, que es el de explicar el significado literal de la norma. Y sepa el lector que es notable el resultado que se logra con los alumnos en la enseñanza del derecho así presentado: medio siglo de docencia así me lo ha demostrado.

⁴ Muy pocos son los autores que entendieron el tema y lo desarrollaron en sus obra y en sus clases. Entre ellos, recuerdo aquí a los mexicanos Cipriano Gómez Lara, Carlos Pérez y Jorge Antonio Zepeda, al argentino Eduardo Lucio Vallejo y al nicaraguense Rodolfo Emilio Fiallos, a quienes también rindo acá sentido homenaje de recordación.

⁵ Y que lamentablemente no se conoce adecuadamente por parte de los letrados de América en razón de que —por razones que ignoro— no se enseña en las cátedras del continente, en las cuales se insiste con la repetición ociosa de conceptos del pasado que ya han sido largamente superados en el presente, y que bien haríamos en olvidar para siempre en homenaje a la salud mental de nuestros alumnos —que no soportan el peso del conocimiento de tanta cosa baladí— y a la eficiencia del sistema de justicia de todos nuestros países, que ya ha alcanzado un estado crítico y caótico imposible de soportar por la abogacía seria.

⁶ Otorgo a la labra *objeto* el exacto significado de su cuarta acepción castellana: término o fin de los actos.

⁷ En general, códigos procesales o códigos de procedimientos.

del problema de la vida que generó su creación y vigencia, que es lo que verdaderamente importa, pues permite comprender cabalmente el fenómeno único e irrepetible del proceso judicial.

Creo que ello no es correcto, pues impide vincular adecuadamente los dos extremos que se presentan en la aplicación de toda y cualquier norma: la aparición del problema de convivencia y la solución que a ese problema le otorga la ley.

De ahí que comienzo la explicación de este trabajo⁸ con una primaria y obligada referencia a la causa del proceso: el conflicto intersubjetivo de intereses.

En esa tarea, creo que es fácil imaginar que un hombre viviendo en absoluta soledad (Robinson Crusoe en su isla, por ejemplo) —no importa al efecto el tiempo en el cual esto ocurra— tiene al alcance de la mano y a su absoluta y discrecional disposición todo bien de la vida suficiente para satisfacer sus necesidades de existencia y sus apetitos de subsistencia.

En estas condiciones es imposible que él pueda, siquiera, concebir la idea que actualmente se tiene del derecho.⁹

Fácil es también de colegir que este estado de cosas no se presenta permanentemente en el curso de la historia; cuando el hombre supera su estado de soledad y comienza a vivir *en sociedad* (en rigor, cuando deja simplemente de vivir para comenzar a convivir), aparece ante él la idea de conflicto: un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros de los convivientes y, de tal modo, varios lo quieren contemporánea y excluyentemente para sí (comida, agua, techo, etcétera) con demérito de los apetitos o aspiraciones de alguno de ellos.

Surge de esto una noción primaria: cuando un individuo (coasociado) quiere para sí y con exclusividad un bien determinado, intenta implícita o expresamente someter a su propia voluntad una o varias voluntades ajenas (de otro u otros coasociados): a esto le asigno el nombre de *pretensión*.¹⁰

⁸ En el cual reproduzco parte de lo que he escrito antes de ahora en mi *Sistema procesal: garantía de la libertad*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2007, 2 ts.

⁹ El hombre solo, en sí mismo, no es *objeto* de normación jurídica: la autolesión no es delito. Tampoco el intento de suicidio. “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados y sujetas sólo al juicio de Dios*”, reza la hermosa frase contenida en el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina.

¹⁰ Estoy persuadido de que es imprescindible fijar el exacto valor de cada palabra que se usa en esta obra a fin de evitar en lo posible la reiteración de lo que habitualmente sucede con el lenguaje jurídico: muchas veces dos interlocutores no logran una recíproca comprensión por la simple razón de que hablan diferentes idiomas. Por ello, ruego al lector que tolere lo que de aquí en más será constante tarea de definir vocablos.

Si una pretensión es inicialmente satisfecha (porque frente al requerimiento “¡dame!” se recibe como respuesta “te doy”), el estado de convivencia armónica y pacífica que debe imperar en la sociedad permanece incólume. Y en este supuesto no se necesita el derecho.

Pero si no se satisface (porque frente al requerimiento “¡dame!” la respuesta es “no te doy”) resulta que a la pretensión se le opone una *resistencia*, que puede consistir tanto en un *discutir* como en un *no acatar* o en un *no cumplir un mandato vigente*.

Al fenómeno de coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social le doy la denominación de *conflicto intersubjetivo de intereses*.

Hasta aquí he contemplado la idea de un pequeño e incipiente grupo social, en el cual los problemas de convivencia parecen acotados. Pero cuando el grupo se agranda, cuando la sociedad se convierte en nación, también se amplía —y notablemente— el campo conflictual.

Si se continúa con la hipótesis anterior, ya no se tratará de imaginar en este terreno la simple exigencia de un “dame” con la respuesta “no te doy”, sino, por ejemplo, de determinar si existe una desinteligencia contractual y de saber, tal vez, si hay incumplimiento de una parte, si ello ha sido producto de la mala fe, si es dañoso y, en su caso, cómo debe medirse el perjuicio, etcétera. El concepto sirve también para el campo delictual: ya se verá oportunamente el porqué de esta afirmación.

Como es obvio, el estado de conflicto genera variados y graves problemas de convivencia que es imprescindible superar para resguardar la subsistencia misma del grupo. De ahí que seguidamente pase a esbozar sus posibles soluciones.

III. LAS POSIBLES SOLUCIONES DEL CONFLICTO INTERSUBJETIVO DE INTERESES

Planteada elementalmente la noción de *conflicto* como la de un *fenómeno inherente a la convivencia*, parece razonable imaginar que en los primeros tiempos se terminaba sólo por el uso de la fuerza: el más fuerte, el que ostentaba armas, el más veloz, hacía prevalecer su voluntad sobre el débil, el indefenso, el lento.¹¹

¹¹ El uso de la fuerza no refiere sólo a la fortaleza física que permite que uno pegue a otro. También se muestra en la mayor velocidad que tiene el ladrón para escapar de su víctima después de haberla robado, en la mayor inteligencia y picardía para usar algún ardid a fin de defraudar a otro, etcétera.

Y esto se presenta como claramente disvaliosa, pues el uso indiscriminado de la fuerza no asistida por la razón genera destrucción.

Por eso parece obvio que la fuerza debe ser erradicada de modo imprescindible para lograr la sobrevivencia de la sociedad misma como tal, pues descarto que el bíblico triunfo de David en su desigual lucha contra Goliath es una mera anécdota muy difícil de repetir en la historia: la regla es siempre igual: el pez grande se come al chico.

No creo que haya posibilidad histórica cierta de saber cómo hizo el débil para convencer al fuerte en el sentido de eliminar el uso de la fuerza y suplantarla por un medio no violento: *el uso de la razón*.

En otras palabras: cómo hizo para lograr que la fuerza de la razón sustituyera a la razón de la fuerza, remplazando el brazo armado por la palabra, que ostenta —como medio de discusión— la innegable ventaja de igualar a los contendientes.

Pero es indudable que ello ocurrió en algún momento de los tiempos. Y al aceptar todos los coasociados la posibilidad de dialogar¹² surgió como natural consecuencia la probabilidad de autocomponer sus conflictos pacíficamente, sin uso de armas o de fuerza.

Sin embargo, y como se verá en el número siguiente, no pudo prescindirse definitivamente del uso de la fuerza,¹³ siendo menester aceptarla cuando su equivalente —el proceso— llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea.

Utilizando exclusivamente el razonamiento lógico —que no admite opinabilidad alguna— y conforme con lo recién visto, puede colegirse que cuando se desencadena un conflicto intersubjetivo de intereses, en definitiva termina por una de dos vías: a) se *disuelve* por los propios interesados, directa o indirectamente, o b) se *resuelve* por acto de autoridad, legal o convencional. Y no hay otra posibilidad, como luego se advertirá.

Veamos ahora los medios por los cuales un conflicto puede disolverse.

Ellos son: la autodefensa y la autocomposición.

1. *La autodefensa*

Es un medio de autocomposición directa y unilateral mediante el cual la parte afectada por el conflicto no acepta el sacrificio del propio interés y

¹² Castizamente, se entiende por *diálogo* a la negociación o discusión sobre un asunto con la intención de llegar a un acuerdo entre las distintas posiciones encontradas. Obviamente, el diálogo supone la presencia de dos sujetos que hablan uno con el otro.

¹³ Utilizo el vocablo en el sentido de emplear energía para doblegar una voluntad o modificar la realidad. En otras palabras: como *violencia física* o como *fuerza bruta* (la que se aplica sin derecho o sin inteligencia).

hace uso de la fuerza cuando el proceso llegaría tarde para evitar la consumación del daño que teme o sufre.

En el derecho argentino se pueden ver numerosos ejemplos de auto-defensa: en el Código Penal, en cuanto autoriza la *legítima defensa*,¹⁴ en el Código Civil, en tanto se permite el uso de la fuerza para proteger la posesión¹⁵ o para cortar raíces de árboles vecinos¹⁶ o para mantener expedita una propiedad,¹⁷ etcétera.

Por lo demás, el derecho de retención, el despido, la huelga, etcétera, son derivaciones del principio de autodefensa o autotutela.

2. *La autocomposición*

Es un medio que puede presentarse unilateral o bilateralmente y operar en forma directa (por los propios interesados y sin la ayuda de nadie) o indirecta (con la ayuda de un tercero). Veamos cuáles son:

3. *Los medios de autocomposición directa* (*operan sin la ayuda de alguien*)

Las propias partes son quienes llegan espontáneamente a la composición del conflicto, haciendo que éste se disuelva a base de uno de tres posibles medios dependientes en forma exclusiva de la voluntad de ellas mismas:

¹⁴ Código Penal, artículo 34, pfo. 6: “No es punible... el que obrare *en defensa propia* o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”.

¹⁵ Código Civil, artículo 2470: “El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia y *repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente*, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá *recobrarla de propia autoridad* sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa”.

¹⁶ Código Civil, artículos 2628 y 2629: “El propietario de una heredad no puede tener en ella árboles sino a una distancia de tres metros de la línea divisoria con el vecino, sea la propiedad de éste predio rústico o urbano, esté o no cercado, o aunque ambas heredades sean de bosques. Arbustos no pueden tenerse sino a distancia de un metro. Si las ramas de algunos árboles se extendieran sobre las construcciones, jardines o patios vecinos, el dueño de éstos tendrá derecho para impedir que se extendiesen en su propiedad; y si fuesen las raíces las que se extendiesen en su propiedad, el dueño del suelo podrá *hacerlas cortar por sí mismo*, aunque los árboles, en uno y otro caso, estén a las distancias fijadas por la ley”.

¹⁷ Código Civil, artículo 2517: “Poniéndose alguna cosa en terreno o predio ajeno, el dueño de éste *tiene derecho para removerla sin previo aviso si no hubiese prestado su consentimiento...*”.

4. *El desistimiento*

El pretendiente renuncia unilateralmente al total de su pretensión. A raíz de ello, deja de pretender y abdica de reclamar en el futuro el objeto hoy pretendido.

5. *El allanamiento*

El resistente renuncia unilateralmente al total de su resistencia. A raíz de ello, acata la pretensión esgrimida en su contra por el pretendiente y otorga lo pretendido.

6. *La transacción*

Ambos contendientes renuncian en forma bilateral, simultánea y recíproca, *a parte* de sus posiciones encontradas. Y la pérdida de uno se compensa con la del otro, de modo tal que los dos terminan ganando.

Y los tres medios enunciados hasta aquí constituyen distintas formas mediante las cuales las partes pueden conciliar sus intereses.¹⁸

Fácil es de advertir que en cualquiera de tales supuestos la conciliación opera como un verdadero resultado, pues nada se precisa ya para dar por terminado y superado el conflicto que mantenían los interesados (se ha disuelto sin necesidad de que nadie lo resuelva).

7. *Los medios de autocomposición directa (operan con la ayuda de alguien)*

Sin disolver el conflicto planteado, pero con la obvia intención de lograr su disolución, las partes llegan bilateralmente a un acuerdo mediante el cual permiten que un tercero¹⁹ efectúe actividad conciliadora con el fin de

¹⁸ En su verdadero significado castizo, el verbo *conciliar* refiere a “componer o ajustar los ánimos que estaban opuestos entre sí; conformar dos o más proposiciones contrarias”. En tal sentido, parece claro que *conciliar* es el género y que *transacción*, por ejemplo, es la especie. De donde resulta que ni castiza ni jurídicamente conviene hacer entre ambos vocablos distinciones que vayan más allá de lo recién expresado.

¹⁹ La palabra *tercero* está aquí cronológicamente considerada y elegida: *primero* es el pretendiente, *segundo* es el resistente y *tercero* es quien ayuda a disolver o resuelve el conflicto. Por tanto, *tercero* es quien no es *primero* ni *segundo*.

Esta verdad de Perogrullo que parece un mero juego de palabras, es verdaderamente importante para determinar en su momento la calidad de tercero que debe siempre presentar el juez, toda vez que esa *terceidad* significa *ajenidad*, *neutralidad* (tiene esta calidad quien no

acercar los intereses contrapuestos y lograr que ellas mismas puedan lograr la anhelada disolución mediante uno de los medios directos ya vistos precedentemente: desistimiento, allanamiento o transacción.

Esta actividad puede presentarse con tres distintas gradaciones que generan otras tantas denominaciones: amigable composición, mediación y arbitraje.²⁰ Las explico seguidamente.

8. *La amigable composición (o simple intento de acercamiento)*

El tercero, actuando espontáneamente con plena aceptación de ambos interesados o acatando expreso pedido de ellos (de ahí la *bilateralidad* del medio), se limita a intentar su conciliación, dando consejo y haciendo ver los inconvenientes que puede engendrar el litigio,²¹ pero sin proponer soluciones que, de haberlas, surgirán de las mismas partes en conflicto, quienes lo disolverán así por una de las modalidades ya conocidas: desistimiento, allanamiento o transacción.

En este caso, como resulta obvio, la actividad que cumple el tercero constituye sólo un medio de acercamiento para que los interesados lleguen por sí mismos al resultado de la autocomposición (el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva).

9. *La mediación*

El tercero, acatando pedido expreso de ambas partes (otra vez se advierte la *bilateralidad* del medio), asume un papel preponderante en las tratativas y, por ende, diferente del caso anterior: ya no se limita a acercar

es ni uno ni otro). Y de ahí su calidad de *imparcial*, que implica tres condiciones: la *imparcialidad propiamente dicha* (no tener interés directo ni indirecto en el resultado del pleito), la *imparcialidad* (no ser parte ni actuar como tal ni subrogar las tareas de ellas en el proceso) y la *independencia* (no solo del poder político sino también de toda obediencia debida a las partes y, sobremanera, de todo prejuicio: de color, de raza, de religión, de tendencias, de sexo, etcétera).

²⁰ Si el lector ya conoce el tema, advertirá que existe un caos autoral en cuanto al significado exacto de cada una de las actividades que aquí describo: hay quienes sostienen que la conciliación es cosa distinta de la mediación, por ejemplo, cuando de verdad existe entre ambos conceptos una relación de género a especie; otros afirman que el mediador *resuelve* (por lo cual le exigen que sea un *neutral*) sin advertir la incompatibilidad lógica que existe entre *mediar* y *resolver*, etcétera. Creo que el esquema de actividades aquí mostrado es el correcto: si bien se mira el asunto, se hallan cubiertas en el texto todas las funciones posibles de ser cumplidas por el tercero, sólo que sistémicamente presentadas.

²¹ Esta es la típica actuación del buen amigo del matrimonio desavenido que colabora con sus consejos para evitar la separación de la pareja.

amigablemente a los interesados, sino que asume la dirección de las tratativas y hace proposiciones que, nótese bien, ellos tienen plena libertad para aceptar o rechazar.²² De lograrse el acuerdo, se trasuntará otra vez en un desistimiento, un allanamiento o una transacción.

Y al igual que en el supuesto anterior, se ve claro que la actividad desplegada por el tercero sólo es un *medio* para que los contendientes lleguen por sí mismos al resultado de la composición (nuevamente, el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva).

Hasta aquí he presentado dos medios autocompositivos indirectos, mostrando en todos los casos que las partes se ponen de acuerdo para aceptar la presencia de un tercero que las ayude a disolver el conflicto.

La última actitud posible de ser ejercida por el tercero —la de decidir el conflicto mediante un acto propio— no puede presentarse lógicamente como un caso de autocomposición, toda vez que, mediante el acto del tercero el conflicto se resuelve, no se disuelve.

Sin embargo, y con esta salvedad recién hecha, incluyo en esta explicación la siguiente actitud —de decisión— por cuanto si bien ella opera como una verdadera heterocomposición —y no como *autocomposición*— parece claro que para llegar a esta posibilidad, los interesados han debido ponerse de acuerdo en varias cosas: primero, y más importante, en aceptar que un tercero particular defina el conflicto; segundo, en convenir que el tercero sea una determinada persona, con nombre y apellido, que ambos respetan y en quien ambos confían y cuya decisión se comprometen a acatar de consuno. Y creo que aquí hay, al menos, un principio de autocomposición.

10. *La decisión*

El tercero, a pedido de las partes y dentro de los límites que ellas expresamente fijen al efecto, asume un papel aún más preponderante: no sólo intenta el acercamiento (cual lo hace el amigable componedor); tampoco brinda únicamente propuestas de soluciones (cual lo hace el mediador) sino que, luego de escucharlas en pie de perfecta igualdad, emite además la decisión que resuelve de manera definitiva el conflicto, pues las partes se han comprometido en forma previa a acatarla.

Como se ve, el caso es por completo diferente de los anteriores: aquí, la actividad del tercero —al igual que la del juez en el proceso judicial—

²² Esto fue lo que, precisamente, hizo monseñor Samoré cuando en su momento medió exitosamente para finalizar lo que entonces era inmediato conflicto bélico entre Argentina y Chile.

muestra una verdadera composición, sólo que privada, que deja de *ser medio* para convertirse en resultado: el arbitraje o el arbitramento.

En otras palabras: no se trata ya de autocomposición, sino de heterocomposición privada.

Cuando no media acuerdo de las partes interesadas y, por tanto, se descarta la autocomposición (directa o indirecta), la solución del conflicto pasa exclusivamente y como alternativa final²³ por el proceso judicial. Y ello muestra el otro medio posible de heterocomponer el conflicto.

El primero es de carácter privado (arbitraje y arbitramento). El segundo es:

11. *La heterocomposición pública (pura o no conciliativa)*

Es éste un medio unilateral cuya iniciación depende sólo de la voluntad del pretendiente: ante la falta de satisfacción de su pretensión por parte del resistente, el pretendiente ocurre ante el órgano de justicia pública requiriendo de él la sustanciación de un proceso susceptible de terminar en sentencia que acoja su pretensión. Ya se verá oportunamente cómo queda vinculado el resistente al proceso y a sus efectos. De tal modo, su decisión opera como resultado.

Por las razones recién explicadas, éste es el único supuesto de resolución que escapa al concepto genérico de conciliación.

Sintetizando metódicamente lo precedentemente explicado, cabe decir aquí que todo conflicto intersubjetivo de intereses puede ser solucionado por cuatro vías diferentes:

- a) *por el uso de la fuerza*, que debe descartarse a todo trance para mantener la cohesión del grupo social. Claro está, la afirmación tiene algunas excepciones, que mencionaré en el número siguiente;
- b) *por el uso de la razón*, que iguala a los contendientes y permite el diálogo: éste posibilita lograr una autocomposición directa, que se traduce en una renuncia total del pretendiente (desistimiento) (el supuesto comprende también el del perdón del ofendido en materia penal); en

²³ Es habitual leer que los métodos descritos en el texto son alternativos del proceso judicial cuando, en rigor de verdad, ocurre exactamente a la inversa. Nadie quiere adentrarse alegremente en los difíciles meandros de un proceso sin haber intentado en forma previa un medio de autocomposición. Sólo en ultimísimo caso se comienza el verdadero y peligroso safari en el que se ha convertido actualmente el proceso judicial.

- una renuncia total del resistente (allanamiento) y en sendas renunciaciones recíprocas y parciales (transacción);
- c) *por el uso de la autoridad de un tercero*, que permite lograr una autocomposición (otra vez, desistimiento, allanamiento, transacción) indirecta gracias a la amigable composición o a la mediación de tal tercero, cuya intervención al efecto aceptan los interesados. También permite llegar a una heterocomposición privada cuando el tercero (que no es juez sino árbitro o arbitrador) adopta una actitud de decisión;
- d) *por el uso de la ley*: siempre que los contendientes descarten las soluciones autocompositivas, y dado que no pueden usar la fuerza para disolver el conflicto, deben lograr la heterocomposición pública con la resolución de un tercero que es juez.

Ello se obtiene exclusivamente como resultado de un proceso. Como es fácil de imaginar, esta es la única alternativa posible en materia penal.

IV. LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO

Si la idea de proceso se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialogal y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia.²⁴

Empero —y esto es obvio— la idea de fuerza no puede ser eliminada del todo en un tiempo y espacio determinado, ya que hay casos en los cuales el derecho, su sustituto racional, llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea: se permitiría así el avasallamiento del atacado y el triunfo de la pura y simple voluntad sin lógica.

Tal circunstancia hace posible que en algunos casos la ley permita a los particulares utilizar cierto grado de fuerza que, aunque ilegítima en el fondo, se halla legitimada por el propio derecho. Por ejemplo, si alguien intenta despojar a otro de su posesión, puede éste oponer —para rechazar el despojo— una fuerza igual o proporcional a la que utiliza el agresor.

²⁴ Quede en claro que el proceso nada tiene que ver con la búsqueda de la verdad, como habitualmente se dice de su objeto o de su razón de ser. Escapa a la finalidad de este artículo el desarrollo integral de esta idea, muy desarrollada en mi *Debido proceso de la garantía constitucional* (Rosario, Argentina, Zeus, 2003). La misma obra se editó con el nombre de *Debido proceso versus pruebas de oficio* (Bogotá, Temis, 2004), *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio* (Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2005) y *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial: ¿qué es el garantismo procesal?* (Asunción, Paraguay, La Ley, 2011).

Al mismo tiempo, y esto es importante de comprender, el Estado (entendido en esta explicación como el todo de la congregación social ya jurídicamente organizada) también se halla habilitado —por consenso de sus coasociados— para ejercer actos de fuerza, pues sin ella no podría cumplir su finalidad de mantener la paz.

Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de ejecutar compulsivamente una sentencia: ¿qué otra cosa sino uso de la fuerza es el acto material del desahucio, del desapoderamiento de la cosa, de la detención de la persona, etcétera?

Realmente, esto se presenta como una rara paradoja: para obviar el uso de la fuerza en la solución de un conflicto se la sustituye por un debate dialogal, que termina en una decisión final que —a su turno— originará un acto de fuerza al tiempo de ser impuesta al perdedor en caso de que éste no la acate y cumpla espontáneamente.

En suma: todo el derecho, ideado por el hombre para sustituir la autoridad de la fuerza, al momento de actuar imperativamente para restablecer el orden jurídico alterado se convierte o se subsume en un acto de fuerza: la ejecución forzada de una sentencia.

Estas circunstancias hacen que, como inicio de cualquier exposición sobre el tema, deba ponerse en claro que el acto de fuerza puede ser visto desde un triple enfoque:

- a) es *ilegítima* cuando la realiza un particular;
- b) es *legitimada* cuando excepcionalmente el derecho acuerda al particular la posibilidad de su ejercicio en determinadas circunstancias y conforme a ciertas exigencias o requisitos que en cada caso concreto se especifican con precisión;
- c) es *legítima*, por fin, cuando la realiza el Estado conforme con un orden jurídico esencialmente justo y como consecuencia de un proceso.

De tal modo, y a fin de completar la idea inicialmente esbozada, ya puede afirmarse que *la razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz.*²⁵

No importa al efecto que una corriente doctrinal considere que el acto de juzgamiento es nada más que la concreción de la ley, en tanto que otras amplían notablemente este criterio; en todo caso, es imprescindible precisar que la razón de ser del proceso permanece inalterable: se trata de mante-

²⁵ Dichoso del juez que se convierte en leyenda no por haber sido justiciero, sino por reconocérselo como un auténtico dador de paz en el medio en el cual actuó.

ner la paz social, evitando que los particulares se hagan justicia por mano propia.

Hechas estas aclaraciones previas, paso ahora a explicar el tema relativo al derecho de instar.

V. LA MATERIA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

Al comenzar este artículo 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 nada más 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 misma²⁶ ni de ella con una cosa,²⁷ 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 únicamente 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 exclusivamente 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, 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 me-

²⁶ Recuerde el lector lo que ya señalé en nota anterior: la autolesión y el intento de suicidio nunca fueron delitos. Del mismo modo, todo lo que permanece en la esfera de la intimidad de una persona está sólo sujeto al juicio de Dios y exento de la autoridad de los magistrados.

²⁷ Por razones obvias, no hay *interrelación* entre un hombre y una piedra o un gato, ya que ambos son cosas en el derecho. Y es obvio que no puede haber interacción entre un hombre y una cosa.

dida 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 solo de los problemas que justifican tal postura— existe en la actualidad un vocabulario jurídico multívoco que conduce inexorablemente al equívoco, 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 “H₂O”, 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 un 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 concepto²⁸ (el derecho es, en realidad, un mundo de conceptos abstractos), del mismo modo que la proposición²⁹ es la expresión simbólica de un juicio,³⁰ y que el argumento³¹ es la envoltura verbal de un razonamiento.³²

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

Como puede apreciarse, todo lo contrario de un lenguaje científico: aquí, lo multívoco conduce al equívoco. 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—³³ se hace imprescindible sistematizar genérica y adecuadamente

²⁸ *Concepto*: la idea o la representación mental de algo.

²⁹ *Proposición*: la idea que se ofrece y se manifiesta para lograr un fin. En filosofía, la expresión verbal de un juicio; en gramática, cada una de las partes que componen una oración compuesta; en lingüística, la palabra o el conjunto de palabras que tienen un sentido gramatical completo.

³⁰ *Juicio*: en lógica, la relación que se establece entre dos conceptos, afirmando o negando el uno al otro y que suele expresarse en forma de proposición.

³¹ *Argumento*: el razonamiento usado para probar o demostrar algo o para convencer a otro de algo que se afirma o niega

³² *Razonamiento*: el conjunto de pensamientos, ideas o conceptos que sirven para demostrar algo.

³³ Todo estudiante asiste perplejo —¿qué otro remedio le queda?— a este torneo del disparate que le proponen sus profesores... para quienes su respectiva asignatura es siempre la más importante de todas, y por eso justifican un lenguaje propio y divorciado del que se utiliza en el resto de las materias que debe estudiar. ¿Qué hace el estudiante así atosigado, aprendiendo sin ton ni son cosas presentadas siempre como *compartimientos estancos*, donde nada tiene que ver con nada? Pues hace lo único que le permite soportar todo ello sin enfermarse y salir indemne de la prueba a la que es sometido por un *profesor exigente*: estudia de memoria cientos de páginas que nunca le servirán para algo útil; repite en el examen el texto de muchísimas normas aprendidas con puntos y comas, que durante el resto de su vida podrá leerlas tantas veces como fuera menester; y luego de aprobar el examen del caso, sin importar al efecto la nota que logró, *oleída de inmediato y para siempre* todo lo que tan absurdamente aprendió... De ahí que el recién graduado en derecho que inaugura su chapa abogadil en la puerta de calle, puede llegar al desmayo en el preciso momento en el que un vecino importante —de quien aspira sea su ¡primer cliente!— le pide que le explique en forma detallada y comprensible para él ¡cómo se hace para cobrar judicialmente un pagaré!

la normación, sujetándola a cánones lógicos inmutables y no meramente contingentes³⁴ 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.³⁵

Puesto en esa tarea, resulta claro para mí que es la interacción humana:³⁶ 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). De la misma forma, no hay victimario sin víctima, 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.

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

Más simple: la persona actúa ante y con el resto de las personas, y éstas, a su turno, hacen lo propio con la primera, como obvia consecuencia del convivir.

³⁴ Que pueden variar por diversos sucesos.

³⁵ Esto es tema generalmente incomprendido, y siempre se afirma como *opinable*. Hace años que el primer día de clase interrogo a mis nuevos y jóvenes alumnos —que comienzan a cursar el tercero o cuarto año de la carrera de abogacía— acerca de *qué es lo que ellos estudian*. En otras palabras, la pregunta es: ¿cuál es el objeto del conocimiento jurídico? Las respuestas que he obtenido con los años son muchísimas —la mayoría, de antología— y, por supuesto, ninguna coincidente con la realidad. De donde es dable colegir que, en términos generales, los alumnos de abogacía no saben qué estudian...

³⁶ Acción o influencia recíprocas.

Y es que cada una y todas las personas requieren ser individualizadas, identificadas, gozar de una cierta capacidad, tener un domicilio en el cual puedan ser halladas, 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 únicamente allí, ya que, por ejemplo, la capacidad procesal —que es diferente a la capacidad civil, como se verá en su oportunidad— 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 fuera 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.

La segunda interacción posible es la que se da entre personas de diferente sexo: 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.

La tercera interacción que es posible imaginar es la de una persona actuando horizontalmente con otra persona, pactando algo (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) o causándole daño (delictual o cuasi delictualmente, regulado en un estatuto penal y en uno resarcitorio).

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,³⁷ el real,³⁸ 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 interaccionando puede existir una relación de noviazgo, de matrimonio, de concubinato, de sponsales, 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; c) 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*.

De los fenómenos enunciados, cada uno 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.

³⁷ También computo acá a la idea de lo penal, pues para lograr la sanción punitiva es menester actuar ante el Estado, de la misma forma que para lograr un resarcimiento civil si no media solución autocompositiva al respecto.

³⁸ También coloco a los derechos sobre las cosas en esta interacción, pues ellos se dan frente a los demás. Los conceptos de lo *mío* y de lo *tuyo* aparecen necesariamente *ante alguien*.

VI. 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.

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, cuáles actividades constituyen delitos, etcétera) o para prometer nuevas normas (asegura un derecho que debe ser reglamentado luego por otra norma que establece una garantía al efecto).

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

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.

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* procedimien-

to —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:

- a) dado A, *es* (atención: *ser*, no *deber ser*) B o no B;
- b) si es B, es B1 o no B1;
- c) si es B1, es B2 o no B2;
- d) 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.

Queda claro, entonces, que el procedimiento (movimiento consecuen- cial) está contenido y ordenado en la norma, y que no son los hechos o actividad material de los sujetos 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.

VII. 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 de inmediato, también pueden operar normas dinámicas).

Siempre que una norma estática (la que impone una conducta y sanciona su incumplimiento) no se agote por efectivización de la correspondiente 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 sostuvo antes que el estatuto familiar debe contemplar soluciones para las relaciones de matrimonio, concubinato, espousales, etcétera).

Por igual circunstancia, en esta interacción que se da entre gobernado y gobernante se ven relaciones que pueden ser determinables *a priori* en función de la actividad cumplida en cada caso 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 de manera legal 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 precisarse de antemano.

Entre el primer instar y la resolución que recae finalmente sobre él existe 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 se 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 relación particular (gobernado)-autoridad (gobernante), en exclusivo orden a la actividad cumplida y con prescindencia de sus respectivos contenidos —que pueden ser casi infinitos— se advierte que ellas sólo pueden ser cinco, y se conocen doctrinalmente con el nombre de denuncia, petición, reacertamiento, queja y acción procesal.

Advierta el lector que no inserto a la querrela en esta nómina. Y es que considero que ella es siempre pura acción procesal, sólo que con un preciso contenido pretensional de carácter punitivo.

Pues bien: las posibles instancias pueden ser primarias (no suponen una instancia cumplida con anterioridad) o secundarias (suponen la existencia de otra instancia previa) y con o sin contenido pretensional. Cuando lo tienen, cabe distinguir —con criterio clasificatorio— entre si la autoridad pue-

de cumplir por sí sola la prestación reclamada o si tal prestación depende exclusivamente de la actividad de otra persona.

Veamos ahora qué es cada una de ellas.

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 cometiéndose un delito en un lugar dado.

Como se puede advertir, 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. De ahí que, presentada una denuncia cualquiera, el denunciante permanecerá ajeno al procedimiento que se cumpla al respecto por carecer de interés en lo que allí se actúe. Esto es lo que pasa, precisamente, en el procedimiento penal de corte inquisitivo, en el cual la víctima denunciante vive en una suerte de limbo procesal.³⁹

2. *La petición*

Es la instancia primaria dirigida por un particular a una autoridad que puede resolver por sí misma acerca de la pretensión sometida 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.

³⁹ Y de ahí la necesidad de que, más allá de que se le haya reconocido en los últimos años la posibilidad de convertirse en un actor legitimado para pretender civilmente en el proceso penal inquisitivo, deba otorgársele inmediatamente la legitimación necesaria para actuar como parte procesal en calidad de querellante autónomo sosteniendo pretensión claramente punitiva contra el causante del delito. Por cierto, falta mucho para ello, pues bien saben todos que a los jueces penales y a los fiscales no les gustan los querellantes, a quienes han guardado desde siempre particular aversión. Tanto, que fue la constante prédica de ellos lo que hizo desaparecer a mediados de los años sesenta la querrela como instancia legislada.

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 en 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 resolutive, 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 verificación de circunstancias fácticas y normativas). De ahí que toda autoridad —administrativa o judicial— *accerta* (o *acerta*, 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 petición es una instancia primaria (no depende de la existencia de otra de carácter previo) con obvio contenido pretensional. 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).

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).

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

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) al dictar su resolución respecto de la pretensión que le presentara en la petición,⁴⁰ para que emita nueva decisión en cuanto al tema en cuestión, acogiéndola.

De tal modo, insisto en que el reacertamiento también tiene un contenido pretensional:⁴¹ 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.

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 porqué 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 nueva instancia, diferente de las anteriores, y que trato a continuación.

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, comproba-

⁴⁰ De donde resulta que no está conforme con ella, ya sea porque afirma que es ilegítima o porque la cree injusta. Ésta es, precisamente, la base de la impugnación procesal.

⁴¹ Esto es obvio a poco que se acepte que el reacertamiento es instancia secundaria, pues supone el rechazo de una petición primaria de contenido pretensional.

do 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.

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 presencia 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. Ahora sí puedo destacar que resta aún otra instancia que, como se verá, difiere esencialmente de las ya enumeradas. Ella es:

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 concatena-

das 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, reaceramiento y queja) sino incluso tres, pues debe involucrarse necesariamente en él a aquella persona respecto de la cual se insta.

Surge de lo expuesto, que esta instancia primaria también tiene contenido pretensional. Pero se ve fácilmente 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 otras palabras: es una instancia de carácter bilateral.⁴²

Este fenómeno jurídico que acabo de describir se muestra, al igual que la compraventa, como único, inconfundible e irrepetible en el mundo del derecho (véase punto 1 de este trabajo), 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:

⁴² Briseño Sierra la denominó *instancia proyectiva*.

- 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;
- c) que salvo las normas de carácter determinativo, toda legislación acerca de tales interacciones solo 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 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 consecucional de conductas;
- f) que todas las posibles instancias son sólo 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.⁴³

No obstante lo expuesto, en los últimos años y por indudable influencia en nuestros autores del pensamiento de Jaime Guasp, importante procesalista español que descolló en el siglo XX y dejó vasta y muy importante 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

⁴³ Adviértase así la notable importancia del concepto ideado por Briseño Sierra: logra —nada menos— dar exacto contenido científico a la asignatura procesal y, con ello, al método de enjuiciamiento que concuerda con la Constitución: el acusatorio.

contenido de las sentencias, se establecen sus efectos, se determinan las variadas competencias materiales, etcétera.⁴⁴

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).

Quien tiene suficiente experiencia tribunalicia sabe de la importancia de esta crítica y acepta la existencia del inmenso mal que se ha hecho 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, un método).

Y sin perjuicio de que las pretensiones pueden ser infinitas y la acción es solo una de las 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...⁴⁵

Véase ahora la importancia del tema luego de advertir las diferencias esenciales que existen entre los términos procedimiento y proceso.

VIII. 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 aquí describo.

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.

⁴⁴ Todo esto ya lo puso de resalto el inolvidable procesalista colombiano Carlos Ramírez Arcila en sus obras *Teoría de la acción* (Bogotá, Temis, 1969); *Acción y acumulación de pretensiones* (Bogotá, Temis, 1987) y *Derecho procesal* (Bogotá, Librería del Profesional, 2001).

⁴⁵ Porque no quiero ser coartífice de ese triunfo, creo que vale la pena meditar aquí acerca de cuánto horror se hubiera ahorrado la humanidad si Hitler no hubiera pensado como quienes tal cosa sostienen...

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. En rigor de verdad, se trata de una serie de actos procedimentales consecutivos e invariables, como se verá en detalle oportunamente.

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 aquel 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:

- 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.
- 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 un solo procedimiento judicial puede ser la envoltura externa de más de un proceso.

Para finalizar: concebida la acción procesal como una instancia bilateral y siendo el proceso su objeto, mucho se ha adelantado en el campo de la academia procesal: el proceso es el método de debate dialogal, argumentativo y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad. Y no otra cosa.