

## Segunda Parte

### I. PROCESO Y PROCEDIMIENTO

17. El derecho de instancia . . . . .	105
18. Derecho de acción . . . . .	108
19. La pretensión peculiar de la acción . . . . .	112
20. Pretensión y debate . . . . .	115
21. Noción de procedimiento . . . . .	120
22. Concepto de proceso . . . . .	125
23. La serie de actos proyectivos . . . . .	129

## SEGUNDA PARTE

## CAPÍTULO I

### PROCESO Y PROCEDIMIENTO

#### 17. *El derecho de instancia*

Ni el derecho civil, ni el administrativo han analizado con tanta profundidad el acto jurídico peculiar llamado instancia como lo ha hecho el derecho procesal. Sin embargo, en éste se ha considerado a la instancia como un conjunto de actuaciones,<sup>267</sup> o como sinónima de acción, y, entonces, se le considera elemento o requisito de ella, si no es que su misma esencia.

Pero ya en el campo administrativo específico se conocen las instancias. Con distintos nombres: inconformidades, oposiciones, peticiones, solicitudes, denuncias, quejas, recursos, impugnaciones, etcétera, las instancias son reguladas en las leyes positivas.

Hace falta, pues, antes de considerar el tipo particular de la acción procesal, recorrer el cuadro de instancias y distinguirlas en sus discrepancias, al tiempo que se les unifica en su común denominador.

La instancia es un derecho autónomo, es decir, se trata de un título que portan los sujetos y que pueden ejercer sin tener necesidad de probar que tienen otro, aunque este último se persiga con la instancia. Esta afirmación requiere de una más amplia explicación para evitar posibles confusiones y, por ello, es pertinente comenzar por advertir que uno es el extremo de la naturaleza de la instancia y otro el de su existencia.

Ante todo, la instancia es un derecho dinámico y con esto se significa que la norma que la prevé, la toma como un momento de una secuencia. Dicho de otra manera, la regla jurídica atiende primaria y principalmente un discurrir de actos, un tránsito ubicado entre dos límites: inicial y final. Lo que el derecho persigue es reglamentar un todo que se forma con pasajes transitorios. No se busca, como en los aspectos estáticos, la relación estable o permanente entre una pretensión y una prestación.<sup>268</sup>

<sup>267</sup> Las instancias procesales: primera, segunda, etcétera.

<sup>268</sup> En una compraventa se establecen conexiones de derechos y obligaciones recíprocas, pero definitivos o estáticos, la figura se da en un momento: en el pacto y lo que sigue es consecuencia material: cumplimiento o responsabilidad.

Forma o derecho dinámico no es igual a regulación evolutiva. Existen disciplinas jurídicas en constante transformación,<sup>269</sup> cuyas alteraciones entrañan la implantación de nuevas soluciones a los mismos problemas o a otros nuevos. Pero tales disciplinas no dejan de ser cuerpos legales que operan a través de normas estáticas, o mejor dicho, con relaciones estáticas.<sup>270</sup> Este fenómeno es distinto al de aquellas ramas que trabajan con normas dinámicas, en el sentido ya indicado de reglas que acoplan secuencias de actos que ubican en momentos sucesivos y diferentes.

La instancia, pues, es el movimiento jurídicamente previsto dentro de una secuencia; por ello no es factible captar su naturaleza en el aislamiento de su existencia, de modo que si en la práctica se observa el instar como objeto absoluto, íntegro, completo en cuanto para su intuición no se requiere de otro elemento; en la significación conceptual, no es factible describir la instancia sin el procedimiento.

Instar sin provocar la conducta ajena para formar una secuencia es incomprendible. Lo determinante es la cadena misma de actos, ella da sentido, razón de ser a la instancia. Aún más, depende del procedimiento el que una instancia sea diferente a otra. Si en su expresión material aislada, toda instancia es un acto subjetivo, en su significación jurídica sólo puede ser instancia el acto que se enlaza a cierto y especial encadenamiento.

Por ello cabe hablar de cinco clases de instancias, actos dinámicos que realiza un sujeto provocando un comportamiento ajeno que es indispensable para conformar el procedimiento. La clasificación, sin embargo, no se hace a base del dinamismo que queda precisado en la provocación de sucesivas conductas ajenas, sino considerando la pretensión manifestada al instar. Esto es, el movimiento jurídico tiene una condición por la cual se emite. No se insta empujando sobre la mesa de un funcionario un papel en blanco, ni llamándole en voz alta para que fije su atención en el sujeto que le nombra. La instancia tiene un objeto jurídico: exponer una pretensión y, según sea la finalidad de ésta, así podrá identificarse la instancia.

Una primera manifestación dinámica se encuentra en el derecho de petición, calificado también como libertad esencial en el Estado democrático y como puente de fácil comunicación entre gobernantes y gobernados.<sup>271</sup>

<sup>269</sup> Derecho marítimo, laboral, mercantil, etcétera.

<sup>270</sup> Contratos, órdenes, responsabilidades, etcétera.

<sup>271</sup> Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Bs. As. 1956, t. III, p. 786.

Se agrega que este derecho es un instrumento decisivo de las reclamaciones del pueblo en la historia de las declaraciones de derechos, el canal a través del que los ciudadanos pueden hacer llegar sus aspiraciones a quienes gobiernan. León Duguit<sup>272</sup> explica que se trata del derecho que pertenece al individuo, de dirigirse a los órganos o agentes públicos mediante escrito en que exponga sus opiniones, o la demanda de providencias que amparen sus derechos. Agrega que es una forma de la libertad de opinión; y ya en el párrafo 3 del título I de la Constitución Francesa de 1791, el legislador introdujo entre otras garantías, la libertad de dirigirse a las autoridades, lo que constituyó el derecho de petición individual.

Y el artículo 32 de la Declaración de 1793 dispuso que este derecho no podía ser impedido, suspendido ni limitado en caso alguno.

Se trata, por ende, de un derecho que pertenece a todos los habitantes, nacionales o extranjeros y que puede ser ejercido individual y hasta colectivamente conforme a las leyes que le reglamente.

Desde esta forma primaria, los derechos de instancia van recorriendo toda la gama posible de manifestaciones jurídicas dinámicas hasta llegar a la acción procesal.

De la petición, que no tiene límite lícito alguno y que puede servir para solicitudes absurdas o inconcedibles, el cuadro de las instancias pasa a la denuncia, mera participación de conocimiento que como la anterior tiene sentido jurídico por su pretensión. Si quien peticiona mueve o intenta mover la voluntad de la autoridad para alcanzar un fin determinado al cual puede tener derecho o no, quien denuncia pone en conocimiento de la misma un hecho, situación o acto que es el supuesto al que la ley conecta determinado efecto. Así se mira en las denuncias penales o fiscales, en las primeras para hacer saber a la autoridad competente la comisión de un delito para que proceda conforme a derecho, en las segundas la realización del supuesto al que las normas tributarias imputan resultados predeterminados.<sup>273</sup>

De la mera participación de conocimiento se pasa a la declaración de voluntad en la querrela, fórmula de una instancia en que la pretensión es de imposición de una sanción por la trasgresión ajena. Es bien sabido que la querrela se regula como condición de procedibilidad en el derecho penal, pero a ello debe añadirse su carácter de instancia, de derecho que ostenta el particular para mover la voluntad de la autoridad, quien está

<sup>272</sup> *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, 1918, p. 260.

<sup>273</sup> Declaraciones de ingresos, manifestaciones de contratos, celebraciones de actos, etcétera.

en el deber de proceder, no como quiera el querellante sino como lo mande la ley.

Más hacia adelante se presenta la queja, instancia que tiene también sentido de pretensión sancionadora, declaración de voluntad para que se imponga un correctivo, pero la diferencia estriba en que la queja se intenta contra los funcionarios, agentes o empleados públicos, mientras la querrela debe limitarse a los particulares y contra particulares. La queja tiene amplia manifestación en el campo disciplinario y corresponde al agraviado con las faltas del servicio que no llegan a significar delitos ni responsabilidades patrimoniales, esto es, la queja disciplinaria se apoya en el quebrantamiento del deber. Sin embargo, la queja sirve también para buscar el control, según se expresó al hablar del silencio administrativo.<sup>274</sup>

También ha quedado expresado que en el cuadro impugnativo ha de incluirse el reacertamiento, cuyo nombre generalizado es el de recurso administrativo. Quedó indicado que la preferencia por el vocablo (neologismo) reacertamiento se apoya, tanto en su novedad que permite darle un significado preciso, como en el hecho de que en la doctrina italiana, el acertamiento (*accertamento*) tenga un sentido declarativo que elimina el supuesto de que la autoridad constituya de por sí derechos u obligaciones de los particulares. El reacertamiento se caracteriza por ser una instancia impugnativa que busca la anulación o nulificación del acto de autoridad. A su lado debe mencionarse la revocación, instancia también impugnativa, cuya pretensión es de reforma, reposición por mandato crítico de contrario imperio.

## 18. *Derecho de acción*

La idea de un tribunal hace pensar por asociación en la instancia peculiar llamada acción procesal. En realidad, tribunal y la instancia que hacia él se ejerce, es la situación empírica que ha originado la tesis del derecho como orden coactivo. Los derechos individuales serían un mero programa normativo si faltara la posibilidad de actuar ante una autoridad especial que obligue coactivamente a su realización.

Esto ha sido explicado por la doctrina al decir que, para la existencia de un orden coactivo se precisa una segunda condición, la de una instancia dotada de medios de poder destinada a eliminar la conducta atípica, mediante la prevención, la reparación y el castigo.<sup>275</sup>

<sup>274</sup> *Supra*, núm. 16.

<sup>275</sup> Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1953, p.

El órgano judicial viene a ser el *aptum organum* para la seguridad jurídica y la garantía de un derecho racionalmente establecido.<sup>276</sup> Es verdad que en determinadas condiciones, como las que se aprecian en los Estados Unidos de Norteamérica, ese órgano puede convertirse en político, cuando toma decisiones que no están previstas en la Constitución, así sea con el pretexto de que a su juicio, los actos controlados no son justos ante la Constitución, porque como quiere García Pelayo, haría falta un juzgador de estos jueces para determinar si están en lo cierto. En todo caso, el problema del control del controlador se ha pospuesto simplemente; pero fuera de estos extremos que demuestran que la coercibilidad no es nota esencial del derecho, porque a fin de cuentas, el órgano encargado de controlar la constitucionalidad de la vida jurídica no puede ser coaccionado para que él, a su vez cumpla con exactitud; lo importante radica en el hecho de que este órgano judicial es el instrumento al que se acude (instando) para hacer respetar el derecho y, por ello, la situación normada consiste, por un lado en la función judicial y, por el otro, en el derecho de instancia.

La impartición de justicia, que es la situación comentada, ha sido llamada por Aristóteles la base de la sociedad y, según Platón se trata de un lugar común de todas las partes del gobierno.<sup>277</sup> *Las Leyes de Partida*<sup>278</sup> expresaban que la “justicia es una de las cosas porque mejor e más enderecadamente se mantiene el mundo; e es así como fuente onde manan todos los derechos”.

En la actualidad es la función jurisdiccional la que se considera preponderantemente para definir el carácter jurídico del Estado constitucional.<sup>279</sup> Se agrega que por medio de la legislación el Estado provee a la tutela de los intereses individuales y colectivos, sentando reglas generales de conducta;<sup>280</sup> pero en la función jurisdiccional el Estado obra con personalidad propia, como emanación de su soberanía.

Sin embargo, estas ideas no son generalmente aceptadas y, antes de que el criterio doctrinario concluyera reconociendo que no existen poderes sino funciones estatales, se discutía la calidad de poder del judicial.

112, donde añade que cuando de las instancias administrativas y judiciales se asciende a las supremas instancias del Estado, surge la siempre repetida pregunta *quid custodet custodes?*

<sup>276</sup> *Id.*, p. 113.

<sup>277</sup> Cfr. *La política*, libro 1, capítulo 1, párrafo 11 y *Las leyes*, libro XII.

<sup>278</sup> m, título 1º

<sup>279</sup> Segundo V. Linares Quintana, *op. cit.*, t. 9, p. 404.

<sup>280</sup> En verdad, el legislador, dice Linares Quintana, no crea las normas sino que las consagra.

Para Emilio Rabasa,<sup>281</sup> luego de explicar que son poderes públicos los órganos de la voluntad del pueblo, es decir, los encargados de sustituir su determinación en lo que el pueblo puede hacer o no hacer, negaba este carácter al judicial por cuanto le faltaban las siguientes condiciones esenciales: iniciativa, pues no actúa sin excitativa; necesita el caso que le presentan las partes, las cuales tienen el derecho de obligarle a obrar; unidad, porque además de la Suprema Corte, los tribunales inferiores actúan con autoridad propia y sus resoluciones no siempre son revisadas y pueden ser tan definitivas como las de aquélla; y autoridad general, porque sus mandamientos sólo se refieren al caso controvertido y no afectan sino a las partes interesadas, y la única extensión a que puede aspirar el fallo es la de la fuerza del precedente.

Muchas argumentaciones se podrían hacer en contra de esta opinión, y algunas presentó Manuel Herrera y Lasso,<sup>282</sup> de las que destacan las siguientes: advierte el autor que el mismo Rabasa completó (modificando en parte) su criterio en su obra *El juicio constitucional*. Por tanto, lo que primariamente sostuvo Rabasa en el plano de la filosofía política ha sido alterado por modificaciones constitucionales posteriores.<sup>283</sup>

Herrera y Lasso reconoce que (fuera del caso excepcional comentado) el judicial no tiene iniciativa, ni unidad ni autoridad general, porque además de que las resoluciones no recurridas adquieren eficacia definitiva, la jurisprudencia de la Corte resulta siempre precaria por eventual y artificial, y en México la jurisprudencia no es creadora del derecho, en cuanto el artículo 14 constitucional impone a todo juez llenar las lagunas por medio de los principios generales de derecho inferidos de la legislación positiva.<sup>284</sup> No hay el arbitrio *primesautier* que tuvo el pretor romano y ejerce el juez anglosajón en el régimen del *common law*.

Con todo, la inferencia de Rabasa es errónea, sostiene Herrera y Lasso, porque las tres características mencionadas: iniciativa, unidad y autoridad general, no son esencia sino accidentes del poder. El Judicial es poder por su naturaleza intrínseca y así lo admitió finalmente Rabasa al indicar que tiene poder y formidable en los sistemas constituidos sobre el sistema federal americano.<sup>285</sup>

<sup>281</sup> *La constitución y la dictadura*, México, 1956, p. 189.

<sup>282</sup> *Estudios constitucionales*, México, 1964, pp. 291-294.

<sup>283</sup> Por ejemplo, la iniciativa que se le concede a la Suprema Corte para averiguar algún hecho que constituya la violación de alguna garantía individual o del voto público, o algún otro delito castigado por la Ley Federal, según el artículo 97 de la Constitución Mexicana.

<sup>284</sup> Sólo puede haber lagunas en el derecho constitucional, dice en la página 292.

<sup>285</sup> *El juicio constitucional*, pp. 15-155.

Sean válidas o no las argumentaciones finales de Rabasa y Herrera y Lasso, hay un punto que no ha sido ni abandonado ni refutado, el judicial actúa por excitativa. Puede llegar a calificársele de la más alta potestad en el régimen del gobierno de los jueces,<sup>286</sup> pero es incuestionable que este órgano no va en busca del problema sino que tiene que esperar a que se le presente.

Tal vez Rabasa no consideró los regímenes en que las cortes supremas (y a veces los jueces comunes) pueden declarar la inconstitucionalidad directa de actos y leyes, de manera que podría señalársele que sí hay ejemplos de casos en que ejercen autoridad general. Sin embargo, el problema de la iniciativa subsiste y no es factible olvidarlo ni minimizarlo.

De ello proviene el que la situación jurídica se establezca complejamente, con dos momentos: la instancia e impartición de justicia. Ahora bien, la ambivalencia de esta situación es la causa por la que se piensa primaria y primordialmente que la instancia ante el judicial, todo tipo de instancia es una acción procesal, y, consecuentemente, que la actividad judicial, toda o casi toda, es jurisdiccional.

Pero también aquí se comete esa *fallacia accidentis* o sofisma de generalización que mencionaba Herrera y Lasso,<sup>287</sup> pues existiendo otras instancias, según se ha visto antes,<sup>288</sup> lo prudente es suponer que los justiciables pueden utilizar alguna o algunas de ellas, también cuando actúan ante los tribunales. De ser así, urge precisar la naturaleza de la acción, a fin de no confundirla con el resto de los derechos dinámicos.

Si bien se observa, la acción se distingue fácilmente de las demás instancias en su carácter bilateral. Mientras en los casos comentados,<sup>289</sup> uno solo es el sujeto de la instancia y los demás los titulares de la instrucción o la resolución,<sup>290</sup> en la acción procesal dos son los portadores del derecho: actor y demandado. En realidad se forma una trilogía subjetiva: actor, juez y demandado, pero la instancia es propia y exclusiva de las partes, de los que justiciables, de quienes impetran justicia: actor y demandado. Para obtenerla, ambos instan. Con todo, no es el hecho de que

<sup>286</sup> El artículo 105 de la Constitución Mexicana faculta a la Corte para dirimir controversias suscitadas entre dos o más Estados, entre los poderes de un mismo Estado y entre la Federación y uno o más Estados, con resoluciones que surten efecto *erga omnes* e instauran un control directo de la constitucionalidad, añade Herrera y Lasso en la nota a la página 294.

<sup>287</sup> *Op. cit.*, p. 293.

<sup>288</sup> *Supra*, núm. 17.

<sup>289</sup> *Supra*, núm. 17.

<sup>290</sup> Ni aun en el recurso administrativo hay bilateralidad, porque hasta en el supuesto del recurso jerárquico, la autoridad inferior o responsable se limita a informar a su superior, no a contestar una demanda.

los dos sujetos (partes) puedan requerir del juez un fallo, lo que hace bilateral a la acción. La razón de ello está en que la instancia de una (típicamente el actor) provoca, no sólo la obligación de proveer del juez (jurisdicción por antonomasia), sino la reacción de la contraria.<sup>291</sup>

### 19. *La pretensión peculiar de la acción*

Como toda instancia, la acción procesal hace referencia a una pretensión, el requerimiento de impartición de justicia. Esto ha provocado discrepancias doctrinarias al tener que determinar el sujeto al que se dirigen, tanto la instancia como la pretensión.

Para resolver el punto es necesario ir hacia el pasado, al antecedente de la instancia. Fuera del proceso se encuentra un conflicto que toma en cuenta el legislador para regular la función judicial. Este conflicto adquiere diversas formas según la naturaleza de la cuestión o problema jurídico que surja entre las partes.

En lo civil, mercantil, laboral, etcétera, la discusión es entre gobernados y versa sobre derechos e intereses intersubjetivos, de ahí que se pueda hablar con Carnelutti de litigios,<sup>292</sup> entendiendo por tales a los conflictos calificados por la exigencia de una parte y la resistencia de la otra. En otra forma expresado, el litigio viene a ser el conflicto intransigente, sea porque las partes no quieren resolverlo o no pueden hacerlo.<sup>293</sup>

En todo caso, en el litigio se busca subordinar la posición ajena a la propia y en esto radica la reversibilidad de la relación entre las partes, pues la obligación de una está justificada por el derecho de la otra y viceversa. Lo que una exige es lo que la otra pierde, situación aplicable a las sentencias de condena, tanto como a las declarativas o constitutivas. En efecto, si en las condenas la pretensión se ejerce para que al demandado se imponga una prestación sustantiva; en las pretensiones de sentencia declarativa se busca que el demandado pierda un título que se afirma es inválido; y en las constitutivas que pierda su posición actual, modificándola, creando otra o extinguiendo la anterior.

La reversibilidad de la relación jurídica sólo es factible cuando el vínculo es intersubjetivo. En cambio, cuando la discusión se establece

<sup>291</sup> El hecho de que ésta se muestre inactiva no destruye lo afirmado, pues una cosa es la obligación y otra el cumplir.

<sup>292</sup> *Sistema*, t. I, p. 44.

<sup>293</sup> Al tenor de lo explicado por Calamandrei, *Instituciones*, p. 192.

por derechos o intereses que no ligan a las partes sustantivamente, la idea de litigio resulta inaplicable.

Esto fue contemplado por Carnelutti, quien intentó superar las limitaciones del concepto de litigio, introduciendo la idea de la controversia para el proceso en lo penal.<sup>294</sup>

Sea correcta o no la tesis de la controversia para lo penal, lo importante es que permite advertir que no se busca una sentencia de carácter reversible, esto es, que imponga prestaciones, situaciones o posiciones en que un sujeto pierda a favor del otro su titularidad (patrimonial o institucional). El ministerio público, ejerciendo la pretensión punitiva como sujeto legitimado para hacerlo en el proceso penal, no gana ni pierde nada. El único que puede salir condenado es el indiciado, pero la pérdida de su situación de libertad en nada beneficia ni en nada trasciende respecto de la situación personal del ministerio público.

Algo semejante se encuentra en el contencioso administrativo. Aquí, normalmente es un gobernado quien pretende sentencia frente a la autoridad, y no puede decirse que la prestación que exige de ella, venga a disminuir su patrimonio personal. Menos aún cabría pensar en que a la autoridad se le hagan perder títulos por invalidación en la sentencia declarativa, o que se le modifique su posición en la constitutiva.

Si Carnelutti hablaba de controversia para destacar la ausencia de liga intersubjetiva entre el ministerio público y el acusado,<sup>295</sup> en lo contencioso administrativo tampoco cabe el vocablo litigio con ese sentido tan concreto que le diera el autor, de manera que, o se habla de otro tipo de controversia, o se busca una nueva consistencia.

Contemplado el caso de inicio, acontece que si la autoridad administrativa no intenta beneficiarse personalmente con la obligación o sanción impuesta al particular, si su actividad es meramente acertadora, declarativa de que se han llenado las condiciones establecidas por la ley para conceder o negar, para obligar o sancionar; entonces, el particular que impugna esta actitud no puede sino sostener un desacuerdo, afirmar un equívoco, una nulidad en el procedimiento, un vicio o una injusticia.

Es, pues, el desacuerdo entre lo determinado por la autoridad y lo afirmado por el particular, lo que forma el conflicto entre ellos. Ambos están en el mismo extremo: buscan la aplicación del derecho, pero uno considera que el contenido normativo tiene un cierto sentido y el otro

<sup>294</sup> *Lecciones sobre el proceso penal*, Bs. As. 1950, Trad. Santiago Sentís Melendo, t. I, p. 156, donde explica que la controversia, a diferencia de la litis o litigio, no implica un contraste de intereses, sino solamente de opiniones.

<sup>295</sup> Las relaciones con el ofendido las consideraba de orden civil y, por lo mismo, impropiamente penales.

discrepa. Este desacuerdo puede llegar hasta el caso del resarcimiento patrimonial, pues las indemnizaciones por daños producidos en el servicio, no significan que la autoridad, personalmente, tenga que responder por la reparación. De ser así, tendría que pensarse en un proceso civil, incidental o principal, pero no contencioso administrativo.

Entonces, a las nociones de litigio en lo privado, controversia en lo penal, tendría que añadirse el desacuerdo en lo administrativo.<sup>296</sup>

Sin embargo, no se agotan con esto las posibilidades del antecedente procesal. En el arbitraje privado se encuentra la hipótesis de un verdadero acuerdo entre las partes. El arbitraje puro, el voluntario, no se sigue en lo inmediato por el litigio mismo. No cabe duda que entre las partes hay ese conflicto calificado, pero aquí surge ya la posibilidad de transigir. Las partes quieren la solución. No huyen de la pacífica composición, sino que sientan bases para lograrla. El proceso arbitral deberá seguirse, en primer lugar, conforme a lo establecido por los compromitentes y el árbitro, de modo que el antecedente directo es un verdadero acuerdo.

Identificado el antecedente de la pretensión de sentencia a través del proceso, se advierte que si el actor pretende, es para lograr el fallo que imponga la condena, la declaración o la constitución jurídica que perjudique al demandado.

La pregunta del sentido o dirección que tiene la pretensión, debe contestarse admitiendo que va hacia el juez. De él se requiere o exige el pronunciamiento. Pero esto no impide que el fallo imponga una responsabilidad a cargo del demandado y, finalmente, sea éste quien deba soportar las consecuencias de la pretensión.

Otro tanto acontece, aunque con otras limitaciones, respecto de la instancia llamada acción. Aquí el movimiento jurídico va hacia el juez, pero trasciende hasta el demandado. No se trata de consecuencias como en el caso de la pretensión, sino del efecto directo y propio de la acción. El actor vincula al juez y al demandado con su instancia, ésta se proyecta hacia los otros dos, aunque con significado diverso: del juez se quiere su proveimiento, del demandado su reacción, que es el modo peculiar de hacer que se constituya y desarrolle la serie procesal.

En tal virtud, genéricamente puede afirmarse que la pretensión portada por la acción se distingue de todas las pretensiones que refieren

<sup>296</sup> O en aquellos casos, como el de nulidad de matrimonio, en que la ley impone el proceso aunque los presuntos cónyuges estén anuentes en la anulación, de manera que la demanda tendría por justificación, no un litigio, sino un desacuerdo entre lo establecido por el derecho y lo acontecido realmente: nulidad del supuesto matrimonio, pretendida en vía procesal por imperativo legal.

otras instancias,<sup>297</sup> por la índole litigiosa o por la conflictiva de la misma.

Ni en la petición, ni en la denuncia, ni en la querella, ni en la queja hay pretensión discutida. Es verdad que, sobre todo en los tres últimos casos, las personas que instan pueden estar en conflicto con otros sujetos que son los pasivos de la relación, pero precisamente por su actitud pasiva es que la relación no se establece directamente con ellos. Es decir, si hay conflicto, éste no se pone a consideración de la autoridad para su resolución, sino como causa de la pretensión. En cambio en la acción, no es causa nada más sino justificación.

El problema se aprecia mejor si se observa el desarrollo de cada una de estas instancias. La pretensión de todas con exclusión de la correspondiente a la acción procesal, no trasciende hasta la contraria, no le fuerza a promover pretendiendo el rechazo de la primaria. En la misma querella penal, la parte acusada no contesta las imputaciones del presunto ofendido, lo que hace es declarar, participar su conocimiento ante el ministerio público y, apenas cuando éste acciona procesalmente es que puede hablarse de reacción del indiciado. Otro tanto acontece con la queja por violaciones a normas disciplinarias, el quejoso no insta para que conteste la responsable, se limita a participar su conocimiento de la violación para que se sancione a la otra parte, pero no espera su respuesta, no puede debatir con ella procesalmente.<sup>298</sup>

En definitiva, cuando el actor pretende, expone al juez la necesidad de una resolución, fundándose en la existencia de un conflicto, de una discusión sobre los derechos, posiciones o situaciones que deben exigirse de la contraria.

## 20. Pretensión y debate

Al negar la supuesta analogía entre la *actio* romana y la *Klage*, Windscheid<sup>299</sup> expone la tesis de la pretensión.<sup>300</sup> La *actio* según él, era un debate contra otro, pero judicial, de naturaleza contenciosa y en último análisis, una persecución judicial. La *Klage* fue concebida como un hecho que forma el contenido de la *Anspruch*. En la *actio* se comprendía un elemento que no estaba contenido en el concepto de la *Anspruch*: el tribunal, la audiencia, la tutela judicial, la posibilidad

<sup>297</sup> Peticiones, denuncias, querellas, quejas y recursos administrativos.

<sup>298</sup> Si lo hiciera, no sería queja sino acción procesal.

<sup>299</sup> *Polemica intorno all "actio"*, de Windscheid e Muther, Florencia, 1954.

<sup>300</sup> *Anspruch* alemana o *pretesa* italiana.

de obtener del juez el acogimiento de la propia instancia. En lugar de hablar de una razón asistida de un derecho (*Anspruch*), los romanos se referían a la tutela del juez (*actio*). Aquello que para el derecho germánico era la razón jurídica (*Anspruch*), para los romanos era la razón judicial (*actio*).

En esta polémica suele ubicarse la aparición de la pretensión procesal,<sup>301</sup> aunque otra parte de la doctrina entiende que la separación entre la pretensión sustancial o derecho de exigir una prestación, que se dirige contra el obligado, y la acción como derecho subjetivo público, se debe principalmente a Wach.<sup>302</sup>

Sea cualquiera la verdad, lo importante está en el hecho de que se habla de pretensión, tanto en el campo sustantivo como en el procesal, lo que todavía es motivo de discusión doctrinaria por la naturaleza que se le asigne a la última, y, sobre todo, por la índole litigiosa, o más ampliamente: conflictiva, que debe tener la dicha pretensión procesal.

La cuestión ha sido complicada por la tendencia a calificar de pública o privada la relación procesal, y aunque ello, a primera vista no debiera alterar la concepción sobre la pretensión, en realidad ha sido el motivo por el que se han expuesto tantas nociones sobre la pretensión procesal y aun (o sobre todo) respecto de la acción.

Estas teorías han venido a sintetizarse nuevamente en la obra de Reimundín, quien partiendo del contraste de posiciones entre Wach (individualista) y Carnelutti (colectivista), coloca a Chiovenda en la posición intermedia (derecho potestativo). Para Wach, el proceso civil vendría a ser el instrumento de actuación de los derechos subjetivos privados, en cambio para Carnelutti el interés protegido por la acción es el público en cuanto a la justa composición del litigio.

Si el derecho concreto a la tutela jurídica no está fuera de la corriente publicística que propugna por el aumento de los poderes del juez, la teoría del derecho abstracto de obrar llega hasta la concepción autoritaria de la justicia civil.

De todos modos, esto ha servido para poner de relieve la autonomía de la acción, lo que no ha sido ni fácil ni constante, pues mientras unos autores piensan que la acción es un derecho procesal, James Goldschmidt,<sup>303</sup> considera que pertenece a un ámbito que denomina derecho

<sup>301</sup> *Anspruch*. Dante Angelotti, *La pretesa giuridica*, Padova, 1932.

<sup>302</sup> Ricardo Reimundín *Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual*, Bs. As. 1966, p. 35.

<sup>303</sup> "Derecho justicial material, pretensión de tutela jurídica y Derecho penal", *Revista de Derecho Procesal*, año iv, p. 5, *Teoría general del proceso*, Barcelona, 1936, p. 24.

justicial material, o sea, el derecho privado considerado y completado desde el punto de vista jurídico público.<sup>304</sup>

Es en la doctrina argentina donde se encuentran las más disímboles posiciones y, la calificada de más original proviene de Ramiro Podetti quien, siguiendo una trayectoria que va desde sus comentarios al derogado Código Procesal Civil de Mendoza, hasta su *Tratado de la competencia*, pasa por la negativa de la autonomía de la acción siguiendo la posición civilística,<sup>305</sup> continúa evolucionando al distinguir entre el derecho subjetivo sustancial y la facultad del individuo de pedir protección jurídica al Estado, para llegar a la tesis de que la acción corresponde al Estado, pues el titular del derecho sólo tiene la facultad de poner en movimiento al poder jurisdiccional. Por último, concluye proponiendo la siguiente caracterización: la acción es el plexo de facultades jurídicas, privadas y públicas, que corresponden a los individuos para reclamar al Estado el ejercicio de la jurisdicción y al Estado mismo para instruir el proceso y actuar la ley.<sup>306</sup>

Todas estas elucubraciones han permitido advertir que la acción es una instancia que va hacia el juez para provocar su actividad jurisdiccional.<sup>307</sup> Pero esto ha motivado el que se hable de la carga de accionar<sup>308</sup> desde la proposición de la demanda, aunque no versen intereses públicos: la actuación jurisdiccional viene a depender de la expresión de voluntad del particular quien, de esta manera, tiene una carga.

Ahora bien, como en el campo mismo de los derechos individuales, aparecen intereses públicos, sociales o morales que el Estado vigila con independencia de que los particulares exijan tutela, acontece que la carga suele desplazarse del titular hacia un órgano estatal,<sup>309</sup> encargado de defender el interés superior al de las partes. Se introduce de este modo la legitimación en interés de la ley que, según Reimundín, no viene a alterar la naturaleza de la acción.<sup>310</sup>

Ello es trascendental para el estudio del contencioso administrativo, porque de esta manera, se admite que el Estado, no sólo es titular de la jurisdicción, sino que puede impulsar esta actividad a través del órgano legitimado. Ahora bien, establecida la separación entre el derecho que

<sup>304</sup> Reimundín, *op. cit.*, p. 15.

<sup>305</sup> El derecho mismo deducido en justicia.

<sup>306</sup> *Revista de Derecho Procesal*, 1944, p. 147.

<sup>307</sup> Podetti difiere de Rocco, en cuanto el primero incluye la jurisdicción en el concepto de acción y el segundo la excluye.

<sup>308</sup> Carnelutti, *Sistema*, II, núm. 356.

<sup>309</sup> Normalmente el Ministerio Público.

<sup>310</sup> *Op. cit.*, p. 25.

se hace valer en juicio y el derecho mediante el cual se ejerce aquél, queda por precisar si el primero ha de ser siempre litigioso para justificar la pretensión procesal.

Ante todo, la doctrina vuelve a la distinción entre pretensión sustantiva y pretensión procesal. La primera se observa en el pacto, nace en el momento de la convención para justificar la prestación.

Cuando esa pretensión sustantiva resulta impotente para alcanzar la prestación obligada, se acude a la acción cuya pretensión sólo puede satisfacer el Estado. Pero acontece que no siempre antecede un incumplimiento de la obligación o una insatisfacción del derecho en el ámbito sustantivo y, sin embargo, tanto los particulares como el Estado, a través de su órgano legitimado, deben acudir al proceso para alcanzar sentencia.

Para confirmarlo, Reimundín ofrece una relación más o menos exhaustiva de casos en que, sin salir de la esfera de las relaciones intersubjetivas, se requiere pretender sentencia aunque no haya litigio, a saber:

En el juicio de divorcio y en el de nulidad de matrimonio, el actor no es titular de un derecho privado contra el otro cónyuge.

En la división de cosa común, el condómino no tiene contra o frente a los otros condóminos ningún derecho material, aunque el Código Civil establece que cada copropietario o condómino está autorizado para pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común. La ley, entonces, concede un derecho procesal,<sup>311</sup> a fin de que mediante sentencia haga cesar la comunidad.

El poseedor no es titular de derecho alguno frente al no poseedor y, en el más ínfimo grado, también el ladrón es poseedor; por ende, el poseedor sólo tiene, en primer lugar, un derecho procesal a que el juez provea sobre su demanda dirigida a hacer que se declare cierto que él tenía la posesión y, si ha sido perturbado o despojado de ella.

En la sentencia declarativa se reconoce en el actor la facultad de pedir la declaración por tener un interés en ella cuando, aun sin discutirse actualmente una pretensión y no habiéndose manifestado el litigio, no se halla excluida la posibilidad de que surja en lo futuro. Falta, por tanto, una pretensión material o sustancial en el actor contra el demandado.

En la usucapición, el actor no hace valer ningún derecho sustancial contra el anterior propietario, quien no se encuentra obligado a nada frente o a favor del nuevo propietario. Hay una pura declaración o sen-

<sup>311</sup> Contra el juez, sostiene Reimundín, *op. cit.*, p. 28, nota 13.

tencia mero declarativa de extinción del dominio anterior y la adquisición por el demandante.

En las cuestiones de estado civil, las partes no pueden transigir sobre la posición familiar.

A estos ejemplos típicamente procesales, el autor añade otros que deben ubicarse en otro campo procedimental, como las medidas cautelares, en que la petición se incoa para obtener la providencia precautoria, sin que pueda suponerse que esta instancia es accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho de fondo existe, además de que el embargado no tiene obligación alguna de cautela hecha con anterioridad a la sentencia principal.

En seguida, se mencionan dos extremos que interesan más al tema actual: en el amparo, la instancia, dice Reimundín,<sup>312</sup> es un fin por sí misma y constituye todo el objeto del procedimiento, sin que concurra un derecho sustancial en que sean sujetos quien pide el amparo y contra quien se pide.

Cuando se demanda la inconstitucionalidad de una ley o de una resolución administrativa o municipal, la instancia deducida no corresponde a ninguna obligación o prestación de la autoridad administrativa a favor del particular.

Estas hipótesis vendrían a demostrar que no siempre el antecedente de una instancia procesal<sup>313</sup> es un litigio. Por ende, se llegaría a la conclusión de que la pretensión procesal no es litigiosa, según antes se sostuvo.

Sin embargo, la tesis es incompleta y por ello inoperante en cuanto a la idea de pretensión litigiosa. En efecto, del hecho de que entre las partes no exista un verdadero litigio antes y fuera del proceso, entendiendo por tal la exigencia de una obligación y la resistencia a cumplirla, no se sigue que falte el conflicto.

Ha quedado advertido que el conflicto abarca por igual al litigio, a la controversia penal, al desacuerdo administrativo y al acuerdo arbitral. Ahora bien, todo el problema radica en el hecho de que el litigio se reduce al conflicto por el incumplimiento de la obligación o la insatisfacción del derecho. Pero a su lado, las pretensiones declarativas,<sup>314</sup> o las constitutivas,<sup>315</sup> sea que el actor tenga la posición afectada o resulte un

<sup>312</sup> P. 28, nota 13.

<sup>313</sup> O procedimental para lo cautelar, el amparo y la inconstitucionalidad.

<sup>314</sup> Como el caso de la usucapión.

<sup>315</sup> Como la nulidad de matrimonio, el divorcio, etcétera.

legitimado legal,<sup>316</sup> son también conflictivas por aducir una controversia (penal) o un desacuerdo (legal).

Ciertamente, el anterior propietario no tiene obligación alguna para con el actor; pero el conflicto consiste en que éste afirma que se han llenado las condiciones legales para usucapir, mientras que el demandado (presuntamente) afirmará lo contrario. Si el actor acudiera ante el juez afirmando que no hay oposición de parte de nadie, o que hay acuerdo con el propietario registral, entonces no se requeriría ni la acción ni la pretensión procesales.

En los juicios declarativos para prevenir un litigio, se ofrece al juez un problema (mejor: un dilema), en el que cada parte sostiene un punto de vista contrario. Si así no fuera, tampoco habría interés en accionar formando un proceso, y bastaría un negocio por atribución judicial,<sup>317</sup> o un simple convenio entre los interesados.

En fin, de la circunstancia de que el demandado no tenga actualmente una obligación,<sup>318</sup> no se sigue que no haya problema jurídico y, por lo mismo, que falte el conflicto. La pretensión que se ejerza al demandar ha de mostrarse conflictiva, porque de otra manera, el juez se abstendría de conocerla *in limine*.

Así pues, al arribar al conflicto en lo administrativo, se continúa observando la ausencia de litigio, pues como acertadamente sostiene Reimundín, la autoridad no tiene obligación sustantiva alguna a favor del actor. Pero incuestionablemente hay un conflicto, una discusión por la conducta ilegal del funcionario, por su injusticia.

## 21. *Noción de procedimiento*

Estudiar los varios actos como están colocados en un conjunto es el problema del procedimiento, explica Carnelutti.<sup>319</sup> A partir del hecho de que proceso y procedimiento quieren decir la misma cosa en el lenguaje común, advierte que es diversa su significación en el lenguaje jurídico, pues por proceso se entiende el conjunto de los actos necesarios para la determinación y el castigo del delito, mientras procedimiento sirve para significar un ordenamiento de actos predispuestos a tal fin. Ocurre, entonces, que en un proceso puede haber varios procedimientos. El procedimiento, concluye, se asemeja a un mecanismo del que hay que estudiar su composición y su orden.

<sup>316</sup> Como el ministerio público.

<sup>317</sup> La llamada jurisdicción voluntaria.

<sup>318</sup> Despojante, comunero, etcétera.

<sup>319</sup> *Lecciones sobre el proceso penal*, t. iv, p. 3.

Vicenzo Manzini<sup>320</sup> había indicado que el acto de procedimiento era cualquiera del ministerio público o del juez que diera impulso a la persecución penal, aunque no se hubiera iniciado la acción mediante requerimiento de instrucción formal o del decreto de citación a juicio o mediante la presentación a juicio sumarísimo. Venían a consideración las sentencias y decretos de condena así como los mandatos u órdenes relativos a la presentación del imputado, y cualquier acto instructorio cumplido por dichos sujetos.

Más adelante<sup>321</sup> agregaba que el acto de procedimiento no equivalía a acto jurídico procesal, o sea a acto que tuviere cualquier relevancia jurídica en orden a la relación procesal, pues los actos de este tipo comprendían, tanto las providencias del juez (actos jurisdiccionales) o del ministerio público, como los negocios jurídicos realizados por sujetos particulares; en cambio, el acto de procedimiento indica uno de autoridad que ponga en movimiento el procedimiento mismo o disponga de él.

Por un camino paralelo, Santiago Sentís Melendo<sup>322</sup> llegó a considerar que la transformación del procedimiento en derecho procesal no podía limitarse a recoger el nuevo concepto de acción, de modo que al nacer el concepto de proceso, con mayor amplitud que el de juicio y con perfiles más detallados, condujo a una diferenciación respecto al procedimiento, estimándolo como un elemento o aspecto del proceso.

A su turno, Eduardo B. Carlos<sup>323</sup> entendió que era difícil la diferenciación conceptual entre proceso y procedimiento. La primera expresión, de origen medieval ha sido la más empleada por la doctrina italiana, pero la segunda ha servido de título a las obras de la materia, no sólo en Italia sino en Francia, sirviendo para caracterizar el trámite seguido para administrar justicia. Hoy, sin embargo, se tiende a la distinción, considerando al procedimiento como las formas externas, el trámite o rito seguido, así como el conocimiento seguido empíricamente para el ejercicio de la jurisdicción.

Agregaba el autor que la voz proceso sugiere el sistema, la organización, ideas elaboradas por los datos que la experiencia y los conceptos que proporciona la ciencia. En el proceso y en el procedimiento puede darse o no una litis, y ambos están constituidos por actos sucesivos y encadenados que se desarrollan gradualmente y por etapas dirigidas a un fin preordenado.

<sup>320</sup> *Tratado de derecho procesal penal*, Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Bs. As. 1951, p. 480.

<sup>321</sup> T. II, p. 97 y nota 17.

<sup>322</sup> *Teoría y práctica del proceso*, Bs. As. 1959, t. I, p. 234.

<sup>323</sup> *Introducción al estudio del derecho procesal*, Bs. As. 1959, p. 132.

Pero existen varios procedimientos dirigidos a realizar la función de declaración: juicio ordinario, sumario y especiales, ejecutivo general, vía de apremio o ejecución hipotecaria, etcétera. Al identificarse con la función judicial a la que sirve, el proceso da la idea de unidad o totalidad, aunque pueden utilizarse uno o varios procedimientos para hacerla efectiva. El proceso puede recorrer varios grados jurisdiccionales pasando por procedimientos diversos, siendo distinto el trámite de primera instancia al del recurso sustanciado en segunda; de modo que el proceso es el continente y el o los procedimientos el contenido.

Enrico Redenti<sup>324</sup> estimó que el proceso, en lenguaje técnico, es el desarrollo práctico concreto de actividades encaminadas a la formación de providencias jurisdiccionales. La ley preordena esquemas formales, no sólo de los actos singulares, sino de sus diversas combinaciones en serie, esquemas que varían según la naturaleza y entidad de las providencias que se trate de formar y de los jueces y demás sujetos que puedan o deban concurrir. Tales esquemas predispuestos para los posibles procesos debieran tomar el nombre de procedimientos. Proceso y procedimiento deberán expresar, respectivamente, el fenómeno en concreto y el módulo legal del fenómeno en abstracto.

*Procedura*, por su parte, con el significado de proceder o enjuiciamiento,<sup>325</sup> debería aludir a la clase o categoría de las formas, modos y métodos legales de proceder.

Los diversos procedimientos previstos por la ley, podrían recogerse en grupos y subgrupos según las providencias para cuya formación sirven y los caracteres más destacados que de ellas derivan. Se pueden distinguir fundamentalmente: procedimientos de cognición penal; procedimientos de cognición civil, con un vasto subgrupo de justicia administrativa; procedimientos de ejecución forzada universal, de ejecución forzada particular y de jurisdicción voluntaria. Entre cognición y ejecución quedarían los procedimientos cautelares.

Eduardo J. Couture<sup>326</sup> indicaba que el principio de sucesión en los actos daba el nombre al proceso, en tanto que el procedimiento era la misma sucesión en su sentido dinámico de movimiento. El proceso sería la totalidad, la unidad, el procedimiento, la sucesión. Los actos procesales tomados en sí mismos serían el procedimiento y no el proceso. El procedimiento significaría la sucesión y el proceso la sucesión apun-

<sup>324</sup> *Derecho procesal civil*, Trad. Santiago Sentis Melendo, y Marino Ayerra Redín, Bs. As. 1957, t. 1, p. 87.

<sup>325</sup> Según Sentis Melendo, traductor.

<sup>326</sup> *Fundamentos del derecho procesal civil*, Bs. As. 1958, p. 202.

tada hacia el fin de la cosa juzgada, siendo la instancia el grupo de estos actos, unidos en un fragmento del proceso.

No obstante las numerosas concepciones ofrecidas<sup>327</sup> sobre el procedimiento y su diferencia con el proceso, las nociones pueden llegar a resumirse en las ideas de forma y finalidad. Así lo entendió Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,<sup>328</sup> quien comenzó por advertir que si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso. Éste se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento, que puede aparecer fuera del campo procesal, se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final. Mientras la noción de proceso es esencialmente teleológica, la de procedimiento es de índole formal, de ahí que tipos distintos de proceso se puedan sustanciar por el mismo procedimiento y viceversa, procedimientos distintos sirven para tramitar procesos de tipo idéntico. Ambos conceptos son dinámicos, pero el proceso, además de un procedimiento como forma de exteriorizarse, comprende los nexos que se establecen entre sus sujetos.

Cuanto se ha escrito sobre el tema es útil, sobre todo en la parte que atañe a la distinción necesaria entre ambos conceptos; pero no parece que las definiciones estén concluidas. Todo lo contrario, se diría que muchas de las descripciones llevan a la confusión, como cuando Carnelutti explica al procedimiento como un ordenamiento de actos predisuestos al fin procesal, ya que entonces la separación se reduciría a la diferencia entre conjunto y orden. Pero entonces no se ve por qué proceso sea el conjunto y no el orden y viceversa, el procedimiento sea el orden y no el conjunto.

De otra parte, no se entiende cómo puede haber actos procesales y actos procedimentales si la diferencia se reduce a lo que va del conjunto al orden. Si Manzini ve el acto procesal en la relevancia hacia la relación procesal, la noción de Carnelutti desaparece tal relevancia. Y si se acoge la idea de Manzini, no se sabrá si el emplazamiento es acto procesal o procedimental, pues pone en movimiento al conjunto y es relevante para la relación.

De entender con Sentís Melendo que el procedimiento es mero elemento o aspecto del proceso, se tendrá que admitir que donde no hay proceso no habrá procedimiento, lo cual está contradicho por Alcalá-

<sup>327</sup> De las que ahora se ha entresacado sólo una pequeña parte.

<sup>328</sup> *Proceso, autocomposición y autodefensa*, pp. 110 y ss.

Zamora, quien entiende que hay procedimiento en el orden administrativo y en el legislativo.

Que el procedimiento es la forma externa parece lo más acertado, pero la duda surge cuando se piensa si puede haber proceso sin forma, absurdo que conduciría a sostener que el procedimiento es el mismo proceso visto en su exteriorización. Sin embargo, Carlos estima que el proceso alude al sistema, de manera que bastaría que el procedimiento se organizara para convertirse en proceso, y esto es lo que acontece en la tesis de Carlos, cuando afirma que el proceso se identifica con la función jurisdiccional,<sup>329</sup> pues entonces el proceso viene a ser la suma de procedimientos, de esquemas formales como dice Redenti, de módulos legales.

Se advierte que en toda esta exploración ha quedado sin explicación aquello que se buscaba explicar, pues el procedimiento se da como algo conocido cuando se le identifica con la sucesión como hace Couture, o con la forma en la idea de Alcalá-Zamora.

Ahora bien, de procedimiento se habla en todos los campos: legislativo, administrativo, judicial y convencional.<sup>330</sup> El procedimiento se relaciona con el proceso, pero también con manifestaciones tan disímboles como la elaboración de leyes y el otorgamiento de concesiones, la determinación de impuestos y la averiguación penal, la fijación de salarios mínimos y la redacción de testamentos.

Dicho de otra manera, si el procedimiento es una forma, o una secuencia, si es una exteriorización, o un orden de actos, no por ello se limita a los procesales. Entonces, el procedimiento ha de ser aprehendido en su naturaleza autónoma y no por el mero contraste con el proceso.

Hay una sucesión, esto es indudable, pero no exclusivamente de actos, porque en el contrato de suministro aparece el fenómeno sin que pueda hablarse de procedimiento. Lo que forma la secuencia es algo más preciso: las conexiones de esos actos.

En efecto, ningún procedimiento es ajeno a la finalidad. No puede mencionarse un procedimiento con el que no se persiga algo jurídico. En las relaciones públicas como en las privadas, los encadenamientos de actos sirven para la consecución de un objetivo;<sup>331</sup> pero no es lo teleológico, frente a lo normal, lo que puede definir al procedimiento. La verdad es que el ordenamiento mira principal y directamente a las conexiones y en esto asiste la razón a Carnelutti cuando opina que el procedimiento es lo mecánico.

<sup>329</sup> Olvidando el proceso administrativo.

<sup>330</sup> Orden del día en las asambleas.

<sup>331</sup> Lo cual es esencial al derecho en su generalidad.

Así es, porque el dinamismo de las instancias necesita de una manifestación mecánica para su realización, para su materialización. Pero el procedimiento se instituye para regular la eficacia de las conexiones mismas: de acto a acto. Lo que interesa es precisar cómo y cuándo los actos de distintos sujetos (no de uno solo) han de reunirse; cómo: oralidad o escrituración, cuándo: momento específico; dónde: lugar, sede, localización.

Sólo artificialmente puede decirse que un procedimiento tiene varios procesos o que un proceso se compone de diversos procedimientos. Siempre que una secuencia de conexiones se aplique a la serie procesal se tendrá un procedimiento. Si la secuencia se alarga más allá del proceso se podrá hablar de procedimiento de cognición y procedimiento de ejecución respecto a la causa que fuera objeto del proceso por antonomasia. Desde otro punto de vista, si dentro de un proceso se regula autónomamente una secuencia, se dirá que hay un procedimiento; para debatir, para probar, para alegar, cautelar, preparatorio, etcétera. Ello proviene de la circunstancia de que el fin del procedimiento puede coincidir o no con el del proceso. Lo único cierto es que se tendrá en consideración el aspecto procedimental, cuando los actos se regulen por su conexión, partiendo del supuesto de que ésta es apenas un momento en una secuencia. El procedimiento es la cadena de conexiones de actos, no de hechos ni de circunstancias.

## 22. *Concepto de proceso*

Cuando Enrico Allorio<sup>332</sup> reseñó el *Sistema* de Carnelutti, estimó que el alma del libro era la diferencia y recíprocas relaciones entre proceso y procedimiento. Agregó que era un alto título de honor para Carnelutti el haber sabido construir, sobre la base de un criterio tan simple y decisivo, el sistema de la ley procesal. Y concluyó señalando que esta nueva perspectiva iba a abrir desconocidos horizontes para investigaciones tales como el conflicto entre los procedimientos y las reglas para resolverlo.

Semejantes apreciaciones hicieron y hacen pensar que por este camino, la separación entre ambos fenómenos condujo, teórica y prácticamente, a resultados espectaculares y renovadores de la técnica procesal. Y en verdad, el deslinde debe de tener consecuencias importantes; pero

<sup>332</sup> *Problemas de derecho procesal*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1963, t. I, pp. 191 y ss.

ni en la legislación, ni en las posteriores construcciones doctrinarias, se ha notado una evolución definitiva.

Por ejemplo, y esto parece ser trascendental, el estudio de Piero Calamandrei sobre los "Vicios de la sentencia y medios de gravamen",<sup>333</sup> hablaba de una separación entre actos del procedimiento y actos de resolución. De ahí partió para distinguir o clasificar los vicios de la sentencia en defectos de actividad o *errores in procedendo* y defectos de juicio o *errores in iudicando*.<sup>334</sup>

Aunque la obra de Calamandrei fue muy anterior<sup>335</sup> al *Sistema* de Carnelutti,<sup>336</sup> la doctrina y la legislación siguen hablando de errores de procedimiento y errores de juicio, con el corolario discutible y equívoco de que ciertos actos no encuentran exacta ubicación y diversos vicios dan lugar a impugnaciones indistintas contra el procedimiento o el juicio.

La jurisprudencia ha tenido que venir en ayuda de esta incorrecta sistematización, aunque no siempre con fortuna; de manera que tratándose de controles como el amparo mexicano, se ha dicho que su procedencia contra sentencias definitivas por violaciones cometidas al sentenciar, no incluye las resoluciones dictas durante el desarrollo de los juicios universales,<sup>337</sup> sino que se limita al acto final de adjudicación.

Esto no tendría mayor interés si con tal técnica quedaran clasificadas las vías impugnativas con toda exactitud; pero lo grave es que, además de perderse la noción de sentencia,<sup>338</sup> se pierde la seguridad jurídica que proviene de una concepción legislativa unívoca.

Propiamente lo que acontece, es que en el ámbito institucional del derecho procesal, coinciden diversos fenómenos jurídicos que pueden ser confundidos, pero que tienen sus reglas lógicas naturales, cuyo desconocimiento hace más difícil el tratamiento y regulación de esta materia. Ello permite sostener que aún no se precisan ni las diferencias de naturaleza entre proceso y procedimiento, ni se aplican las técnicas correctas para cada sector.

Actualmente no se duda que la sentencia sea un acto diferente a los realizados por el juzgador durante el proceso, de manera que ha prosperado o ha arraigado la idea de Calamandrei en el sentido de que unos

<sup>333</sup> En *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1961, pp. 419 a 464.

<sup>334</sup> *Op. cit.*, p. 427.

<sup>335</sup> De 1915.

<sup>336</sup> De 1936.

<sup>337</sup> Sucesiones o concursuales.

<sup>338</sup> Pronunciamiento sobre el debate sustantivo.

son los vicios del desarrollo de la serie y otros los errores del pronunciamiento. Pero si el proceso es algo diferente al procedimiento, por mera hipótesis debe concluirse que en el desarrollo habrá, por un lado, actos de procedimiento y, por otro, actos del proceso.

No puede decirse que los actos procesales son idénticos a la sentencia, porque tienen medios impugnativos específicos, cometidos distintos y, naturalmente, deben tener diversa naturaleza.

Tampoco cabe suponer que los actos procesales y los procedimentales se confundan, por razones semejantes a las anteriores, y así se observa que existiendo procedimiento sin proceso, lo perteneciente al primero será ajeno al segundo.

De seguirse la línea distributiva de fenómenos, tendrá que reconstruirse la teoría para buscar las consecuencias de una separación necesaria. Se tendrá que hablar, no sólo de naturalezas distintas entre actos de cada categoría, sino de sus respectivos vicios. Deberán buscarse los errores correspondientes al procedimiento y los que atañan al proceso. Tendrán que establecerse los corolarios de esta separación y pensarse, por ejemplo, si los defectos procedimentales pueden subsanarse por el juzgador y los procesales sólo a instancia de parte, o viceversa; si los ataques al procedimiento cuentan con condiciones de convalidación y los procesales no; si el tribunal de la alzada puede regularizar el procedimiento de primera instancia pero no el primero o viceversa, etcétera.

Todo ello dependerá, ante todo, de lo que se entienda por proceso. La misma afirmación, constatada por los hechos, de que el procedimiento es algo diverso al proceso, tendrá que apuntalarse en la noción que se dé respecto al último.

Tres corrientes predominan en el estudio del proceso: la teoría de la relación jurídica, la tesis de la situación y la concepción institucionalista. El resto, una inacabable exposición personal de cada autor, ha recibido la calificación de doctrinas menores.<sup>339</sup>

Las tres corrientes mayores han sido adheridas y criticadas incesantemente, aunque la primera parece preponderar sin mayores méritos que las otras, y con la peculiaridad de que las tres han sido consideradas expresiones de la tendencia publicística que vino a combatir y vencer a las privatistas que estimaban que el proceso era un contrato o un cuasicontrato.<sup>340</sup>

<sup>339</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso", Bs. As., *Revista de Derecho Procesal*, año x, 1952, pp. 212 y ss.

<sup>340</sup> Carlos, *Introducción*, p. 135.

Pasado un siglo de aparecida la concepción de Oskar Von Bölow,<sup>341</sup> no se sabe de mejora alguna introducida a lo que, más que definición, debiera calificarse de adscripción: el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica.

Podría pensarse que tan escuetas palabras, formadoras del llamado capítulo homenaje,<sup>342</sup> no podrían constituir una noción científica y, menos aún, que perduraran después del ataque de James Goldschmidt,<sup>343</sup> quien llegó a decir de esta concepción que era infructuosa. Sin embargo, la idea ha llegado a ser casi un lugar común y ahora se afirma que es autónoma en el sentido de que es independiente de la relación material, aunque el proceso la constituye y no se la puede concebir sin él; por otra parte, es una relación única pero compleja, de carácter *sui generis*, de interés público, que otorga facultades e impone deberes y cargas.<sup>344</sup>

Todo ello es posible pero insuficiente, porque las características apuntadas podrían atribuirse a muchos fenómenos jurídicos, desde la reglamentación de un condominio a la concesión de un servicio público, desde la circulación de un título de crédito hasta la conciliación, y desde las providencias precautorias a la ejecución penitenciaria. Por esto, por ser infructuosa la mera calificación de relación jurídica, tiene razón Goldschmidt; pero su tesis de la situación corre una suerte semejante, porque intentando darle dinamismo, no pasa de ser un acercamiento en cámara lenta, del litigio a la sentencia y este aumentar y correspondiente disminuir de expectativas y perspectivas, más se parece al derecho de sucesión, a los juegos de azar, que al proceso.

En cuanto a la idea de la institución, a partir de la misma noción de la última surgen dudas y discrepancias. Entre los expositores de esta tendencia, destaca Jaime Guasp, para quien la institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea ésta o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. Dos elementos se emplean: la idea objetiva o común y las voluntades individuales adheridas. En el proceso, la primera es la sa-

<sup>341</sup> En *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Trad. Miguel Ángel Rosas Lichtschejn, Bs. As. 1964, p. 1.

<sup>342</sup> Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Ricardo Levene hijo, *Derecho procesal penal*, Bs. As. 1945, t. II, p. 125, recordando a Goldschmidt.

<sup>343</sup> *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936, p. 8.

<sup>344</sup> Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, Madrid, 1966, p. 328.

tisfacción de una pretensión y a ella se adhieren las voluntades particulares en juego, el actor y el demandado.<sup>345</sup>

Sea la explicación anterior la correcta, o bien, si se acepta que la institución es el modo de propiciar la ilimitada repercusión de normaciones públicas y privadas a través de la determinación de la capacidad subjetiva; lo cierto es que el proceso no ha quedado definido, sino únicamente ubicado. El proceso es una manifestación institucional, porque las reglas públicas trascienden a las relaciones privadas y éstas revierten en aquéllas indefinidamente a lo largo del desarrollo de la serie; pero de ahí no se sigue que la naturaleza del proceso esté captada. Hace falta dar las notas que le constituyen y diferencian, es menester ofrecer la denotación y la connotación del fenómeno, no sólo adscribirlo a cierto campo.

### 23. *La serie de actos proyectivos*

Si en algún campo tiene influencia definitiva la separación entre proceso y procedimiento, es en el contencioso administrativo. En países como España, con sendos cuerpos legales que regulan el procedimiento administrativo<sup>346</sup> la distinción es trascendental.

La circunstancia de que en el Texto Refundido de la Ley de lo Contencioso Administrativo<sup>347</sup> se incluyan disposiciones sobre la naturaleza y condiciones generales del recurso, ha obligado a la doctrina a formular severas críticas, por cuanto no se trata de un medio impugnativo en sede administrativa, sino de un juicio contra las resoluciones de esa clase.

Por otra parte, la pertenencia a uno de los dos órganos: el administrativo o el judicial, más que servir para resolver la cuestión, viene a complicarla, porque ha quedado establecido doctrinariamente, que tanto puede haber proceso en uno como en el otro caso. Y el problema se agudiza cuando el simple procedimiento cuenta con ocasiones de actuación, similares a las que constituyen las fases procesales.

En efecto, para Carrillo Flores,<sup>348</sup> los requisitos de los recursos son prácticamente los mismos fijados para las acciones procesales, si bien

<sup>345</sup> *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, p. 23.

<sup>346</sup> Ley de 19 de octubre de 1889, por la que se establecen las bases para la redacción de Reglamentos de Procedimiento Administrativo de los Departamentos Ministeriales.

<sup>347</sup> Ley de lo Contencioso Administrativo aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1952.

<sup>348</sup> *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, pp. 114 y ss.

existe como nota dominante la menor formalidad de los primeros. Se exige que haya un interesado determinado en función de la ley; una forma: escrito de agravios, presentación en cierta oficina o por correo, exhibición de documentos, etcétera; se fija un plazo para la impugnación, y se concede ocasión para alegar, probar, decidir y se impone la motivación.

Si ni por la materia,<sup>349</sup> ni por el órgano que resuelve,<sup>350</sup> ni por la formalidad y contenido de la tramitación, es posible distinguir entre un procedimiento y un proceso administrativo (contencioso), entonces queda de manifiesto que debe buscarse la naturaleza de cada fenómeno, con independencia de sus interrelaciones, para no confundir los principios que les informan ni las funciones que se les confieren.

Fuera de una simple especulación jurídica, podría pensarse que es demasiada sutileza separar proceso de procedimiento siendo tantas sus semejanzas y, sobre todo, que carece de importancia hacerlo, cuando por las dos vías se obtiene lo pretendido.

Esto último, en lugar de hacer desistir del intento de identificar cada figura, refuerza la necesidad, porque es menester demostrar la trascendencia de la separación, justificar ante los ojos de los técnicos y sobre todo de los legos, la razón de esta diferenciación.

No tendría interés práctico escindir los dos campos, si en ambos se encontraran las mismas condiciones de instancia; pero es cabalmente porque en el proceso cambian las posiciones de los sujetos, es porque en él se dan circunstancias de vida democrática que no aparecen en el procedimiento simple, que conviene resaltar sus características.

El proceso se forma con acciones y no con meras instancias procedimentales. Es evidente que proceso y procedimiento son secuencias y por ello relaciones dinámicas, que ambos exigen formalidades y tiene atribuidas finalidades específicas;<sup>351</sup> pero seguir un procedimiento impugnativo es instar en queja o en un recurso administrativo (reacertamiento o revocación), en tanto que instar en un proceso es accionar.

En ello radica la diferencia, aparentemente insignificante, pero en verdad ineliminable. Las instancias del procedimiento, de cualquier proce-

<sup>349</sup> Contención administrativa.

<sup>350</sup> La jurisprudencia francesa, dice Pedro Lampué en *La noción de acto jurisdiccional*, Trad. Jesús Toral Moreno, México, 1947, ha tenido que pronunciarse sobre la naturaleza del problema de las atribuciones contenciosas de los ministros; se reconoció y después se negó a éstos la calidad de jueces administrativos cuando toman decisiones o resuelven sobre demandas susceptibles de dar lugar a una reclamación contenciosa ante el Consejo de Estado.

<sup>351</sup> Muchas veces coincidentes: revocación, anulación, etcétera.

dimiento, ya sea de petición o de pretensión impugnativa, son unilaterales, es decir, se ejercen por un solo sujeto.

Cuando se debate sobre las proposiciones en relación con la pretensión, se dice que se acciona ante, hacia, contra o frente al juez, significando con ello que la relación procesal se establece con este sujeto o bien con el demandado, o, por último, con los dos. Pero este modo de explicar el ligamen subjetivo hace olvidar que en los procedimientos impugnativos podrían aplicarse las mismas preposiciones. Así, afirmar que se pretende del juez es lo mismo que sostener que se pretende del órgano administrativo; y la variación de las preposiciones sigue una suerte semejante: se pretende contra el juez o contra la autoridad administrativa, frente al juez o frente a la autoridad administrativa, hacia el juez o hacia la autoridad administrativa.

No es, pues, por este camino que puede distinguirse la acción. Lo pertinente es observar su esquema, su diseño dinámico, y al contemplarlo se percibe que forma un arco por medio del cual, tres sujetos quedan vinculados: actor, juez y demandado.

En ninguna otra instancia procedimental se encuentra esta manifestación. La petición va del particular a la autoridad, lo mismo la denuncia, la querrela, la queja, el reaccertamiento o la revocación administrativos. No importa que al lado del titular de la instancia se encuentren otros particulares o autoridades a quienes pueda afectar la pretensión. Si quien solicita una concesión la alcanza, muy probablemente afectará los intereses (económicos y jurídicos) de otros particulares; pero la relación que se establece en la petición no es de instancia que provoque la reacción de los demás interesados sino apenas la respuesta de la autoridad.

Tal vez el órgano administrativo cite a los interesados, o haga saber a terceros la pretensión del solicitante; pero ello será en virtud de los deberes que le imponga la ley, no por causa del instar.<sup>352</sup> La demostración se encuentra en la circunstancia de que los terceros pueden oponerse a lo pedido, pero no debatir con el pretendiente.<sup>353</sup>

Ciertamente, en la práctica,<sup>354</sup> la bondad del sistema procesal es tan definitivo, que influye en las tramitaciones simples y lleva a un proceso artificial lo que no debiera pasar de procedimiento simple. El ministerio público, o el juez calificador de faltas administrativas, suelen carear a los sujetos;<sup>355</sup> pero esta experiencia viene a confirmar que la vía más

<sup>352</sup> Sí con motivo de éste.

<sup>353</sup> A menos de formar un proceso.

<sup>354</sup> Y en muchos cuerpos legales.

<sup>355</sup> Denunciante y denunciado, querellante y querrellado.

democrática y equitativa para resolver conflictos es el proceso y que los procedimientos inquisitoriales suelen caer en la fórmula procesal, pero no significa que el legislador haya querido convertir al agente en un juez.

En buena técnica, el tercero en la petición, el denunciado en la denuncia, el querellado en la querrela, el infractor en la queja, el responsable en el recurso administrativo, son ajenos al instar respectivo. Ello no impide que declaren ni que a su turno peticionen o pretendan, lo que excluye es que tengan que reaccionar forzosamente ante la instancia original.

Pero en la acción no cabe concebir que la instancia vaya al juez como meta final. Por su hipótesis de creación, la idea es que pase por el juzgador para terminar el ciclo en la parte demandada. La acción se proyecta desde un sujeto hasta otro y a través de un tercero.<sup>356</sup>

Lo determinante viene a ser esa necesaria vinculación trisubjetiva. Si en la querrela el ministerio público hace saber al querellado el delito de que se le acusa y recibe su declaración, no está actuando jurisdiccionalmente como si le corriera traslado de una demanda. El querellado puede no responder, ni siquiera acudir, lo que no impedirá su consignación al juez, donde forzosamente se le ofrecerá la ocasión de reaccionar ante la instancia accionante del propio ministerio público. Si en el reaceramiento administrativo, el superior hace saber a la responsable la impugnación de sus actos, no le corre traslado, sino que le pide informe.

Es apenas en el proceso administrativo que el accionar del actor va hasta el demandado,<sup>357</sup> a través del juez, para que reaccione. Ésta es la clave que aparta acciones y demás instancias, y es la misma para distinguir entre procedimiento y proceso. Porque el proceso se va a formar con acciones y reacciones y no con la sucesión de instancias simples.<sup>358</sup>

Cabe, entonces, definir al proceso como una serie de actos proyectivos, pues frente a las tramitaciones simplemente procedimentales, la secuencia tiene un objeto de conocimiento (la acción) que no se confunde con ningún otro. Esta serie se divide en fases para llevar a cabo funciones especiales: la postulatoria, donde se presenta al juez el debate por obra de la bilateralidad del instar procesal; la probatoria, donde se le ofrecen los elementos de convicción, empleando el mismo medio accionante y reaccionante; y la conclusiva, donde se le hacen saber las consideraciones fundadas de la pretensión (alegatos).

<sup>356</sup> Imparcial por no ser parte del conflicto.

<sup>357</sup> Autoridad administrativa.

<sup>358</sup> Por lo unilaterales.

Termina ahí el proceso, porque a continuación, se hace lugar a la actividad aislada del juez para sentenciar. El pronunciamiento final no puede calificarse de acto jurisdiccional, si al mismo tiempo se denomina jurisdicción a la facultad de dirigir al proceso. El juez, al sentenciar lleva a cabo una tarea diametralmente opuesta a la seguida durante el curso de la serie: en lugar de escuchar, de dirigir el actuar, entrega, da a conocer su interpretación jurídica sobre el conflicto, atribuyendo responsabilidades a las partes.

En el caso de que a este fallo siga un medio impugnativo, sustanciado igualmente en vía procesal, tendrá que hablarse de un segundo proceso.<sup>359</sup>

Concluidos los procesos de conocimiento, tendrá lugar un procedimiento de ejecución, cuando la sentencia sea de la naturaleza de los pronunciamientos que imputan prestaciones a cargo de la parte vencida. Aquí no se tendrá ya más la serie de actos proyectivos, porque lo que se busca es realizar (hacer real) el contenido del fallo. Si se diera oportunidad de accionar y reaccionar, la ejecución se convertiría, de material transformación de las circunstancias jurídicas, en nuevo debate sobre pretensiones.

El proceso, por tanto, se encuentra implicado entre procedimientos disímbolos; puede antecederle un medio preparatorio, una providencia precautoria, un negocio de atribución judicial (jurisdicción voluntaria), una averiguación (procedimiento penal), o un procedimiento formativo, como en el caso de las resoluciones administrativas, que tienen de común la ausencia del bilateral instar, propio de las acciones procesales.

Si se pone atención en el problema de los vicios jurídicos, se encontrará que los errores de procedimiento, tradicionalmente constituidos con defectos mecánicos y procesales, forman un cúmulo que puede y debe discriminarse en dos grupos: los procedimentales propiamente dichos y los procesales. Lo que interesa a las conexiones no es igual que lo que atañe a la proyectividad. La validez procedimental puede ser el apoyo a una nulidad procesal y viceversa.

Toca a la doctrina iniciar la revisión de este capítulo olvidado (o meramente desconocido), porque su planteamiento es motivo suficiente para advertir que se han mezclado situaciones disímbolas y heterogéneas. Sobresale en este punto la cuestión llamada por Bülow, de los presupuestos. Su regulación a base de excepciones dilatorias, diversa a los casos de

<sup>359</sup> Será un segundo primer proceso en la revisión alemana, y meramente un segundo proceso en la apelación limitada.

nulidad de actuaciones por violación de las formas, significa la existencia de dos sectores de problemas: el procesal y el procedimental, que hasta la fecha han estado indebidamente confundidos. La separación permitirá reformar la normatividad procesal según el principio de economía de trámites.