

Proceso y procedimiento. Ciencia y técnica (replanteos y nuevas perspectivas)

Augusto M. MORELLO

Efraín QUEVEDO MENDOZA

En homenaje al centenario de la prolucción del maestro Giuseppe Chiovenda sobre "L'azione nel sisteme dei Diritti", pronunciada en Bologna el 3 de febrero de 1903.

SUMARIO: I. Origen y planteo del problema. II. Dificultades que se suscitan y sus consecuencias. III. Intermedio. IV. Proceso y procedimiento. V. Consecuencias del cambio de perspectiva: los principios procesales y las clases de procedimientos. VI. El mensaje.

I. Origen y planteo del problema

Desde que J. Ramiro Podetti publicara sus sustanciosas reflexiones sobre la teoría y la técnica del proceso civil,¹ la doctrina no ha vuelto a ocuparse, con esa intensidad y extensión, de la separación de las dos tareas que debe cumplir, necesariamente, quien quiera conocer y manejar las instituciones vinculadas con el proceso judicial.² En medio si-

¹ *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1963; la primera edición es de 1942.

² Enseñaba Francisco Carnelutti: "...la competencia de la ciencia en su grado máximo se limita a *construir conceptos*, cuya maniobra queda entregada a la técnica"; para aclarar, inmediatamente, que "esto no quiere decir que los científicos no la manejen, también, ni se sirvan de los juicios, de los razonamientos y de las demostraciones; pero

glo han cambiado radicalmente las condiciones en que se desenvuelve la ciencia y la técnica procesal y, también, se ha progresado hacia una visión más amplia de los fenómenos judiciales, algunos de los cuales han visto transformada su propia esencia, todo lo cual renueva la preocupación del recordado procesalista cuyano y nos mueve a hilvanar algunas ideas que llevan el limitado propósito de servir de punto de partida para una reubicación del campo en que debe moverse la ciencia y la técnica, a la luz de las nuevas rutas por las que atraviesa el investigador y el práctico de la litigación.

Estamos persuadidos de que una clara distinción de las funciones que cumplen la teoría y la práctica del proceso judicial es el paso inicial para despejar el largo y sinuoso sendero que conduce al perfeccionamiento de las estructuras procesales y a su regular manejo por los operadores jurídicos,³ herramientas éstas indispensables para reinstalar al proceso judicial en su posición natural de seguro respaldo que el Estado de derecho ofrece a la sociedad para garantizar el respeto por los derechos y su tutela efectiva, que el ordenamiento jurídico reconoce a ella y a cada uno de sus miembros.

La necesidad social, cada vez más acuciante como penosa, de contar con carriles adecuados para un expedito y seguro ejercicio del derecho fundamental de obtener la debida protección de los intereses, individuales y colectivos, que el ordenamiento judicial protege, y su reiterada y endémica insatisfacción, a causa de una compleja convergencia de factores de diversa índole —jurídicos, sociales, económicos, éticos, etcétera—, ha derivado —como no podía ser de otro modo— en una generalizada desilusión de los portadores de aquellos intereses respecto del beneficio que puede esperarse de los mecanismos oficiales de tutela jurídica.⁴

se sirven de ellos para construir otros conceptos más que para recabar de éstos la regla del devenir y más particularmente *del obrar*” (*Metodología del derecho*, trad. de Ángel Osorio, México, Uthea, p. 97) (énfasis agregado).

³ Roberto Berizonce señala como “una de las encrucijadas de nuestro tiempo, al interrogante acerca de la manera de brindar soluciones satisfactorias a tantas y tan complejas necesidades, a partir del programa de Estado social, garante de la efectiva operancia de los nuevos derechos sociales (*Sozialer Rechtsstaat*)” (*Derecho procesal civil actual*, La Plata, Platense, 1999, p. 273).

⁴ En el marco de un profundo y completo análisis del estado de la magistratura en el ámbito mundial, apunta Roberto Berizonce que “la opinión pública general... valora

Por otra parte, la notoria impotencia en que se debaten los resortes, públicos y privados, que deberían reaccionar, con instantáneos reflejos institucionales, para la sustitución de las vías de protección existentes por otras adecuadas al ritmo y a las nuevas condiciones en que los derechos nacen, se ejercitan y extinguen en la sociedad del tercer milenio, amenaza con derivar en un mal mayor: la decepción de los propios operadores jurídicos y hasta de los estudiosos del derecho procesal, en las conquistas de la ciencia, que desde mediados del siglo XIX se ocupó del proceso judicial, y el divorcio entre los frutos de aquélla —considerados inútiles— y la aspiración de alcanzar un ordenamiento ritual que responda a la actual exigencia social (desánimo que se comunica a los justiciables destinatarios de esos resultados).

La superación —entre otras iniciativas, mediante un pacto de Estado para la justicia— de esa sensación de estancamiento que ha invadido los espíritus de quienes deben confiar sus intereses a la gestión de los órganos judiciales del Estado y, también, de quienes se han propuesto la misión de operar para que esa forzosa confianza reciba una respuesta oportuna y conveniente, sólo se consigue a través de una armónica colaboración entre *científicos, técnicos y prácticos, políticos e implementadores*. Armonía que reconoce como base una clara delimitación de la tarea que cada uno debe desarrollar para contribuir con lo mejor de su cometido al objetivo *común* de lograr que cada caso que llegue a los tribunales sea despachado en tiempo oportuno, al menor costo y con la solución que los interesados y la sociedad esperan.

II. Dificultades que se suscitan y sus consecuencias

Armonizar los cometidos de la ciencia y de la técnica encuentra hoy dificultades mayores a las que debió sortear Podetti a mediados del siglo XX y, sobre todo, en gran medida, diferentes.

de modo negativo, en grados diversos de desaprobación, tanto el resultado de la labor de los jueces como el de la rama judicial”; agregando que “en punto a los *motivos* en que asienta ese descrédito, sobresalen como propios la ineficiencia por errores judiciales, la excesiva duración de los procesos y trabas al acceso igualitario...” y que “las *consecuencias* que de ello derivan se resumen en un creciente desprestigio social de la magistratura, que abarca a todos los operadores, jueces y abogados, tanto como una generalizada desconfianza en el sistema de justicia”. *El juez y la magistratura (tendencias en los albores del siglo XXI)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 5 y 52; Morello, Augusto M., *La justicia de frente a la realidad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, pp. 67 y ss.

La preocupación fundamental del egregio jurista radicaba en la integración de la “teoría del proceso” con “el estudio de los procedimientos adecuados para formular las leyes procesales, para enseñar el derecho procesal y para interpretar la ley en la sentencia o para la sentencia”.⁵ Las órbitas de cada una de estas distintas labores intelectuales que tienen por objeto el proceso judicial se encontraban perfectamente demarcadas, inclusive desde el punto de vista de su nacimiento histórico;⁶ mientras la *teoría* se ocupa de “estudiar los fenómenos procesales en su sustancia” para luego encadenarlos y sistematizarlos “en un orden científico”, la *técnica* tiene asignada una tarea ulterior que consiste en la investigación de los *métodos de aplicación*, a través de la actividad legislativa, docente y judicial, de las conclusiones obtenidas por la ciencia.⁷

Ese esquema no parece hoy tan fácil y uniformemente aceptable, teniendo en cuenta los extraordinarios cambios tecnológicos producidos en la mitad del siglo XX y la repercusión que ellos tuvieron en la constitución y dinámica de la sociedad del tercer milenio; los cuales han revolucionado a tal punto los fenómenos jurídicos y el conocimiento particular de los mismos, que terminaron por producir nuevas y apremiantes preocupaciones en el ámbito del proceso judicial y severos corrimientos en el modo de enfocar la fenomenología que tiene origen en aquél.⁸

Desde la cuestión de la cientificidad del derecho, que hoy se pone nuevamente en discusión,⁹ hasta el predominio de un enfoque *eficientista* del proceso judicial; desde la perspectiva de la *política proce-*

⁵ Podetti, J. Ramiro, *op. cit.*, nota 1, p. 304.

⁶ “La primera época de los estudios procesales (práctica de ‘enjuiciar’), tiene caracteres absolutos de practicidad. Algo análogo ocurre con los historicistas. Luego viene el nacimiento de la teoría y la franca entrada en el terreno científico” (*ibidem*, p. 94).

⁷ *Ibidem*, p. 304. Resulta así la distinción entre *técnica de elaboración*; *técnica de conocimiento*, y *técnica de interpretación* (pp. 307-333).

⁸ Morello, Augusto M., *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, La Plata, Platense, 1998, pp. 11-13.

⁹ En una reciente y brillante obra de derecho procesal se admite que “el derecho en sí mismo no sea una ciencia, sino el objeto de estudio de otra ciencia. Y tanto puede tener independencia como ser considerado parte de la sociología”, a la vez que se lo encuadra dentro de una “técnica para lograr la paz social” (Falcón, Enrique M., *Derecho procesal civil, comercial, concursal, laboral y administrativo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. I, pp. 10 y 17).

sal,¹⁰ que viene impuesta por la apuntada transformación de los modos de operar del derecho y de pensar sus problemas, convergen a envanecer paulatinamente la línea separatoria entre la teoría y la técnica del proceso judicial, provocando el avance de una sobre la otra e inclusive la supresión de alguna en favor de la otra.¹¹ Lecturas concurrentes que persiguen ver mejor una compleja y envolvente temática, no fácil de asir de manera sistémica.

Este nuevo enfoque del proceso judicial no sólo ha puesto, una vez más, en discusión las fronteras y relaciones entre las diversas áreas de labor intelectual en el campo del proceso judicial, sino que, además, ha incrementado ciertos riesgos que ofrece la separación del conocimiento en teórico y técnico, que fueron ya previstos por la doctrina clásica¹² y que es necesario ponerlos de relieve nuevamente, con las rectificaciones que imponen los cambios señalados, para evitar caer en los vicios a los que conduce cualquiera de tales posiciones extremas, con grave perjuicio para los resultados que cabe esperar de ambos.

Uno de esos riesgos se genera cuando la atención del estudioso se concentra, con exclusividad, en el lado práctico del fenómeno procesal, mirando sólo su utilidad inmediata y concreta para la protección de los derechos que se debaten en el proceso, lo que suele provocar una deficiente observación del objeto —dato concreto— de la labor intelectual y, por lo tanto, una defectuosa apreciación de la realidad que se pretende mejorar frustrándose la bondad de las soluciones propuestas,¹³ y, lo que es peor, perdiéndose de vista los fines que se persi-

¹⁰ “El enfoque *metodológico* pretende superar la dogmática tradicional, llevando la indagación a la denominada *política del derecho*, es decir, a las implicancias sociales, ideológicas y *lato sensu* políticas del derecho y de las normas e instituciones” (Berizzone, *Derecho...*, cit., nota 3, p. 9).

¹¹ “El ingreso de las visiones *políticas* y *sociológicas* a la dogmática también posibilita, a través de su influencia compensadora, un notable enriquecimiento de las respuestas y un *nuevo equilibrio*, sistémico y *finalista*, apropiado para los logros y metas que tiene asignado el proceso judicial... Lo que se busca es una nueva armonía entre la teoría y la práctica, un nivel razonable de equilibrio...” (Morello, Augusto M., *El proceso civil moderno*, La Plata, Platense, 2001, p. 25).

¹² Ya Podetti advertía que “el divorcio absoluto de estas actividades lleva por un lado a la utopía y por el otro al anquilosamiento” (*op. cit.*, nota 1, p. 94).

¹³ Con relación a la exigencia de que el jurista penetre y exponga “el dato jurídico con objetividad y fidelidad”, acota Mauro Cappelletti que “ello no significa, como por tantos se ha creído y se cree, que en tal objetiva y fiel exposición del dato jurídico

guen con la elaboración del dato, lo cual sólo un sano enfoque científico puede brindar.¹⁴

Se observa, además, otra grave amenaza sobre la actividad intelectual que, como viene impuesto por la realidad de nuestros tiempos, aprehende la fenomenología procesal por el lado de los fines prácticos inmediatos, dejando en segundo plano la *preocupación estrictamente científica, que apunta a la comprensión de sus causas últimas*,¹⁵ lo que puede, sin embargo, producir en el espíritu del investigador la ilusión de manejar la realidad *con el simple concepto*,¹⁶ o bien de tomar

deba ser decapitado de aquella inspiración ideal suya, en general, prejurídica o metajurídica que lo determina y le da su significado histórico preciso” (*La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1972, pp. 131 y 132); ya Carnelutti conectaba el *realismo jurídico*, que preconizó desde los comienzos de su fructífera enseñanza, con “el más elemental principio de la metodología: el dato, que es el acto, debe observarse hasta donde sea posible sobre la realidad” (Carnelutti, Francisco, *op. cit.*, nota 2, p. 55).

¹⁴ Xavier Zubirí, con una perspectiva generalizadora, se queja de que el moderno espíritu científico haya perdido el sentido de la finalidad del obrar en el afán de experimentar en concreto la utilidad del objeto y del quehacer científico (*Naturaleza, historia y Dios*, Madrid, Ed. Nacional, 1963, p. 7). Desde una visión procesalista, cabe reiterar que “Lo que se viste de fecundidad, es vigorizar el sentido y alcance de las *finalidades* de lo procesal: facilitar, *con justicia*, la realización del derecho sustancial y la tutela de los derechos” (Morello, *El proceso...*, *cit.*, nota 11, p. 26).

¹⁵ “No tenemos ciencia de una cosa sino cuando hemos conocido la causa” (Aristóteles), por medio de ésta “puede llegar a conocerse lo que una cosa es, cuál resulta ser el principio de su existencia y el sentido de su dinamismo... la explicación causal es la que realmente cualifica a un saber, elevándolo sobre la categoría del conocimiento vulgar, que puede llegar a ser verdadero pero que carece de la certeza del saber científico” (Massini, Carlos I., *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 103 y 104).

¹⁶ Este vicio es severamente condenado, desde un enfoque moderno del proceso judicial, el que no permite “remitir la solución de los problemas a premisas puramente abstractas y también que nada tienen que ver con las exigencias de la realidad” (Cappelletti, *op. cit.*, nota 13, p. 175); en el mismo sentido, entre nosotros, Morello, *El proceso...*, *cit.*, nota 11, pp. 19-33. Tampoco los representantes de la escuela clásica del derecho procesal parecen haber resignado el sentido concreto de las soluciones técnicas; así, Carnelutti, luego de trazar los límites entre los dos tipos de labor intelectual —en párrafo transcrito en nota 2—, advierte que “esta conjunción de la ciencia con la técnica acontece anticipadamente a lo que debería ser el cumplimiento lógico de su ciclo”, puesto que, habida cuenta que “construidos los conceptos, encontrar la regla es una especie de labor sobreentendida”, los “científicos y técnicos que tienen prisa, encuentran más expeditivo proporcionar y recibir los conceptos. El resto viene de sí”, con lo cual cubren la distancia entre la ciencia y la técnica *de un salto*, sin transitar el

a éste como el objeto del desvelo científico en sustitución del dato que representa.¹⁷

Puestos a encontrar situaciones que reflejen las falencias que se derivan de aquellas actitudes que cabe asumir en el desenvolvimiento de la labor intelectual referida al proceso judicial, con el propósito de graficar la idea que procuramos transmitir, nos ha parecido que en el empleo que la ciencia procesal suele hacer del concepto de *proceso* y las relaciones que le reconoce con el *procedimiento*, es posible localizar un caso paradigmático de los equívocos a que da lugar un defectuoso enfoque del objeto y de los cometidos que tienen asignados la teoría y la técnica procesales.

III. Intermedio

1) Entre el mundo real y el mundo posible del proceso, reverdece la lectura política, que si bien conexas a la ciencia o teoría, centra sistemáticamente en un nuevo registro el horizonte que en el inicio del siglo XXI nos parece que recorta la fisonomía de una imprescindible reubicación o reformulación comprensiva de las dimensiones en que se explicita y cobran luminosidad los fenómenos de la litigación. Especialmente, desde la óptica de los operadores (jueces y abogados) que

puente que entre ellas tienden “las reglas que los conceptos han establecido”, generando la apariencia de que “entre los dos campos falta la comunicación” y poniendo “la razón de la desconfianza de la práctica hacia la ciencia” (Carnelutti, Francisco, *op. cit.*, nota 2, pp. 7 y 98). Volveremos sobre “los puentes” entre los conceptos fundantes y la realidad que capta la técnica.

¹⁷ Advertía Carnelutti que “la ciencia del derecho, a diferencia no sólo de las ciencias matemáticas, físicas o biológicas, sino también de las otras ciencias sociológicas, se encuentra desde sus primeros pasos en un embrollo por la dificultad de distinguir entre el *dato* y el *resultado*. Hay una cantidad de modos de pensar que nos invitan al equívoco: cuando se dice, por ejemplo, que la cosa juzgada, esto es, la sentencia, y con mayor razón la ley, *facit de albo nigyum*, el proverbio deslumbra con la imagen de un legislador y de un juez poderosísimos, casi omnipotentes, hasta el punto de que a nosotros no nos compete otra cosa sino conocer el producto de esa potencia; pero la verdad es que nosotros trabajamos para descubrir sus límites y el resultado de esta labor es la destrucción de estos mitos” (*op. cit.*, nota 2, pp. 21 y 22); más adelante señala el autor que cuando los conceptos “sustituyen a los fenómenos como datos de observación sobreviene el cambio entre los fenómenos y los conceptos que ya otra vez he señalado como uno de los mayores peligros a que quedan expuestos los estudiosos” (p. 54).

saben que son tributarios no sólo de los conceptos y conquistas científicas (con límites y diferenciaciones que imponen la realidad, los valores y los resultados a alcanzar en concreto por la jurisdicción) sino de su posibilidad práctica, el modo de actuación. Es decir de su articulación sistémica y teleológica; uno de los puentes de conexión¹⁸ que permite enlazar los postulados y conquistas de la ciencia procesal de sus aplicaciones o derivaciones prácticas, funcionales a través de los instrumentos técnicos, anticipémoslo, son los *principios procesales*, integrados, flexibles, fecundos, que ayudan a que los conceptos y abstracciones cobren lugar y acierto, *con las consecuencias que busca la técnica*,¹⁹ a través de los instrumentos y procedimientos existentes y que van ampliándose²⁰ para satisfacer las nuevas demandas. O lo que es igual, corresponder a las exigencias justas y razonables de los legitimados que no deben excluirse y que van dando transparencia, eficacia y dinámica positiva a lo que requieren y aguardan de la jurisdicción. La experimentación, el descarte, la prueba de la investigación tejen técnicas que recorren la dirección correcta, y se plasma en esa simbiosis que no pocas veces desnuda los errores, los inconvenientes o que la idea fundante de la ciencia todavía no ha madurado, resintiendo las bondades que teóricamente de ellas se producirían.

2) Acaso sea beneficioso detenernos en el registro actual —e interrelacionado— de la ciencia y la técnica que facilitará el lado positivo de estas reflexiones.

En un reciente ensayo, Humberto Eco alumbró una jugosa y sugestiva meditación en torno de la ciencia y la técnica. El célebre escritor y semiólogo autor de *El nombre de la rosa*, luego destaca que vivimos en una edad dominada por la ciencia, aunque tal visión sea el produc-

¹⁸ *Supra*, párrafo anterior, e *infra*, apartado VI: *El mensaje*.

¹⁹ *Cfr.* de seguido los criterios que exponemos en los textos de Humberto Eco y Mario Bunge.

²⁰ Por caso en el ámbito anglosajón, las *class actions*, que procuran adaptar las técnicas de los procesos de grupos o colectivos a la índole de las nuevas demandas y que, como lo razonamos más adelante, persiguen otras *píldoras* para dar respuesta a problemas contravencionales que diseñaran otra escala, diferentes, legitimados y un orden de procedimientos afines a esas realidades (véase, por todos, Sherman, Edward F., “Group Litigation under Foreign Legal Systems: Variations and Alternatives to American Class Actions”, *De Paul Law Review*, New Orleans, vol. 52, núm. 2, 2002, pp. 401-432).

to de un predominio ya absoluto de esa mentalidad (científica) que apoyamos no pocos en causas ajenas a ella, que olvidan otros valores, depositan toda su confianza en sus verdades (las de la ciencia) y en el poder de la tecnología. Acerca de esta última destaca que los hombres de hoy esperan —pretenden— obtenerlo todo de la tecnología y se acostumbran a vivir en ella sin concebir que pueda haber existido un mundo diferente, sin ordenadores e inclusive sin teléfonos. En cambio, apunta, no ocurre ello con la ciencia, cuya dimensión es distinta por ser la técnica, por supuesto, una aplicación y una consecuencia y no la sustancia primaria de la ciencia. “La tecnología es la que te da todo enseguida, mientras que la ciencia avanza despacio, en una época hipnotizada por la velocidad”. Y diferenciando el estar acostumbrado al correo electrónico, que nada tiene que ver con el estar acostumbrado a la ciencia, y dejando de lado el ingreso de la magia, que es la que suministró en la evolución la falsa creencia de que se podía pasar de golpe de causa a un efecto por corto circuito y sin completar los pasos intermedios, llama la atención acerca de “la larga cadena de causas y los efectos y, sobre todo, de la necesidad del científico de establecer, probar, verificar, experimentar, descartar. ¿Cuánto ha habido que padecer para pasar de los primeros ordenadores del Pentágono, del Elea de Olivetti tan grande como una habitación? El usuario vive la tecnología del ordenador como magia y esta mentalidad mágica, si miramos a nuestro alrededor, reaparece triunfante y las empresas y la gente no pueden resistir a la tentación —lo que se trasluce de la ciencia a través de los medios de comunicación—; es la tecnología milagrosa ila píldora de...! (contra el sida, el cáncer y, ahora, contra la neumonía atípica, que angustia no sólo a China)”.

Y qué difícil es comunicar (y corregir) al público que la investigación está hecha de hipótesis, y qué arduo que el público deba creer en la promesa remota de la ciencia, cuando quiere ya la medicina alternativa que le procure la curación en un breve periodo (extrapole el lector esta visión a la que tiene la gente y el justiciable, en particular de las técnicas del proceso, que le hacen esperar —con demoras indebidas— los resultados de una justicia idemasiado tardía! Cómo planean con fuerza operativa las medidas cautelares y la autosatisfactiva).

En esa encrucijada es como debe comportarse el científico frente a las preguntas sin respuestas cuando la investigación es pública por su

misma naturaleza, y cuando el camino de la investigación es regentado por las “empresas” que buscan el “producto” (técnico) que devuelve utilidades.²¹

3) De su lado, Mario Bunge enfatiza acerca del impacto de la ciencia sobre la cosmovisión e insiste en subrayar su carácter sistémico, diferenciando la ciencia básica de la aplicada, y ésta de la técnica, a fin de impulsar a las tres en el menor tiempo, estimulando las acciones recíprocas entre ellas.

4) Las lecturas anteriores apuntan a la deseada articulación de los diferentes registros —de la ciencia del proceso, de la técnica de sus instrumentos y de las políticas a implementar en un razonable plexo integrado, cual bisagras y puentes de articulación— que desde sus respectivos planos se conjugan para explicar y disciplinar conceptos, teorías, abstracciones y el bagaje cada vez más sofisticado de la técnica, con sus instrumentos, y así comprender y dar respuesta a las exigencias de la realidad. Esas puntualizaciones, creemos, ayudarán a la comprensión de lo que sigue.

IV. Proceso y procedimiento

Es corriente en la doctrina procesal argentina y extranjera la afirmación de que el sector del orbe jurídico que con ella se estudia tiene como objeto nuclear al *proceso judicial* y no *propiamente* al *procedimiento*, el cual es sólo *el lado externo del proceso*.²² Con ello la realidad re-

²¹ “El mago y el científico”, *El País*, Madrid, 15 de diciembre de 2002, pp. 11 y 13.

²² Bunge, Mario, *Ciencia, técnica y desarrollo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1997, pp. 31 y ss., y 186.

Entre nosotros, el sofocante año 2002 vio a nuestros abogados cubiertos con la armadura de los amparos y las medidas cautelares propuestas durante su sustanciación; la explosión de esa tierra promisoría descubierta para saltar el *corralito* y ver en ella los *instrumentos*, el *procedimiento*, la *vía salvadora* aunque no se respetaren sus posibilidades y rol propio. Era (es) la “píldora” que los demás procedimientos no suministran para la adecuada y oportuna protección del derecho de propiedad.

Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1964, p. 8. En el mismo sentido que en el texto, se ha señalado que es una afirmación generalizada en la doctrina la de que “el proceso judicial... [es] el centro en la investigación de esta ciencia jurídica” procesal (Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. I, p. 9); véase, también, Gozaíni, Osvaldo

presentada por el sustantivo *proceso* queda localizada como la porción de realidad jurídica que constituye la *materia* sobre la que se desenvuelve la teoría del derecho procesal.

Compartiendo las opiniones más aceptadas, entendemos que el proceso judicial es *una serie sucesiva, gradual, y concatenada de actos jurídicos realizados conforme al orden trazado por la ley, por el juez, las partes y terceros, en ejercicio de los poderes, derechos, facultades y cargas que les atribuye la ley procesal o en cumplimiento de los deberes y obligaciones que la misma les impone, que tiene por objeto la actuación de la ley con relación a los hechos que han sido alegados y resulten probados, con el fin último de garantizar el mantenimiento del orden jurídico*. Es éste un concepto que, sin embargo, no representa un sustrato real —dato— al cual comunicar sus notas características, habida cuenta que éstas han sido integradas, merced a una labor de abstracción de *segundo grado*,²³ por conceptos *primarios*²⁴ —es decir, extraídos de la propia realidad del dato social y jurídico—; de allí que no sea posible encontrar en la experiencia una realidad que corresponda al *proceso judicial* visto desde la perspectiva del concepto enunciado; más aún, cualquier especificación que quisiera añadirse a la idea de proceso antes formulada —ver-

A., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, 1992, t. I, vol. I, p. 19. En la doctrina española se ha dicho que “no es extraño que sea el adjetivo procesal, derivado de proceso, el que califique o connote al sustantivo derecho, como señal de identidad terminológica de nuestra disciplina, puesto que, en definitiva, el derecho procesal es el derecho que regula el proceso” (Almagro Nosete, José, *Derecho procesal civil*, Madrid, Trivium, 1995, t. I, vol. I, p. 31).

²³ Fundado en premisas epistemológicas que no es del caso reproducir aquí. Apuntaba Carnelutti que en materia jurídica la construcción del “concepto sobre el concepto es hasta cierto punto inevitable. Después de todo, una ley, una sentencia o un contrato, como cualquier otra declaración de voluntad o de ciencia, no son otra cosa que una construcción de concepto; por tanto, cuando llegamos, a través de la comparación y la clasificación, a construir el concepto de una o de otra, el concepto construido es, por fuerza, un concepto de concepto; si se me consiente, diré un concepto en la segunda potencia”; es necesario, entonces, continúa el jurista italiano, “advertir la diferencia entre el concepto como instrumento y el concepto como dato” para no dejar de considerar “el dato en su realidad concreta” (*op. cit.*, nota 2, pp. 79 y 80).

²⁴ Esos elementos conceptuales son: *actos jurídicos*, en su particular configuración dentro del proceso judicial; *estructura procesal*, originada en el encadenamiento de los actos; *relación jurídica*, con sus situaciones activas y pasivas; *sujeto jurídico*, en sus diferentes posiciones frente al objeto del proceso; *objeto jurídico*, en su particular perfil judicial, y *finalidad*.

bigracia, *civil*, *penal*, *cognoscitivo*, *ejecutivo*, *ordinario*, etcétera— no haría más que desnaturalizarla o “al menos... restringir la significación que le compete de suyo...”²⁵

En tales condiciones el proceso no puede ser *objeto* de la *teoría* procesal, sino que es el *instrumento* construido por ella para conocer, por sus causas, los fenómenos vinculados con la actividad desarrollada para impartir justicia en la sociedad, de manera que *la aplicación de las reglas jurídicas, reservada a la técnica procesal, encuentre una segura base en la que asentar sus mandatos*. La *teoría que provee de conceptos pero no se centra en ellos, no puede versar sobre conceptos y mucho menos de la especie que hemos formulado precedentemente*: ha de reconocerse, por el contrario y a partir de la observación y elaboración de su objeto propio, que la teoría construye conceptos *con los que posibilita el conocimiento de la realidad* sometida a la investigación. La realidad que el derecho procesal intenta conocer es la vinculada con los *hechos y actos* —los fenómenos— que tienen lugar con motivo de la administración de justicia por el Estado, y a esos fines la ciencia ha elaborado el concepto *proceso judicial*, con el cual se explican y comprenden los fenómenos (controversias, casos, asuntos) que se suceden con el obrar dirigido a ese logro.²⁶

²⁵ Palacio, Leopoldo E., *Filosofía del saber*, Madrid-Buenos Aires, Gredos y José Ferrer, 1962, p. 30. Nos parece que lo afirmado en el texto se encuentra implícito en la siguiente reflexión de Clemente A. Díaz: “...el derecho procesal se presenta como único e idéntico cuando se lo expurga de todos aquellos factores de índole material; no pueden existir diferencias funcionales que determinen la ruptura de esa identidad, porque si en la función existieren diferencias sustanciales, será el momento de afirmar que no se trata de derecho procesal, sino de otra disciplina jurídica. El derecho procesal, y por ende el proceso, *es funcionalmente único*, cualquiera sea la forma que se le dé, cualquiera sea el derecho material que se quiera proteger, cualquiera sea el interés que constituya su finalidad: siempre será funcionalmente idéntico” (*Instituciones de derecho procesal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, t. I, p. 44).

²⁶ La doctrina procesal ha tenido siempre la idea que hemos expresado en el texto, aunque no la haya jamás explicitado claramente. Así Podetti, al iniciar el desarrollo de su “trilogía estructural”, que vincula con la *ciencia* y no con el *derecho procesal*, dice que su propósito es el de “fijar las bases para el estudio del proceso”, bases que localiza en “los *conceptos* de jurisdicción, acción y proceso” (la cursiva nos pertenece), aunque luego afirme que “en el proceso se *materializan* la jurisdicción y la acción” (*op. cit.*, nota 1, pp. 336 y 390), con lo que emplea la idea en sentido de dato de la realidad jurídica procesal y no de instrumento de la ciencia. También Clemente A. Díaz participa de este enfoque cuando afirma que “el proceso es *conceptualmente* unitario, pero los

El *proceso*, entendido en la forma que hemos dejado expuesta, es *instrumento* o técnica de la ciencia o teoría procesal, con el cual contribuye ésta a la comprensión de su *objeto*, que no es otra cosa que la conducta regulada por normas legales y por valores (cooperación, orden, equidad, justicia, paz social, etcétera) desplegados y coordinados para impartir justicia en un caso concreto. Sin omitir, por otro lado, como lo tenemos dicho, que “procedimiento” es, para nosotros, el concreto ordenamiento que la ley impone al conjunto de los actos procesales para alcanzar la sentencia (y su satisfacción); en una determinada categoría de casos “es el aspecto dinámico de la estructura procesal”.²⁷ En otros términos, consideramos *al procedimiento* como la estructura que la ley imprime al proceso en su regulación práctica, frente a la categoría de casos en que la ley estipula genérica o singularmente, lo que explica las clases o también categorías y particularidades de “los procedimientos”.²⁸

Sin olvidar, claro es, que la ciencia elabora, afirma y construye el mundo de los conceptos y explicaciones del modo con que ella la con-

procedimientos pueden ser diferentes” (la cursiva es nuestra) (*op. cit.*, nota anterior, p. 24). Recientemente, Morello expuso que “el proceso nos ha sido dado vacío y no hay otro remedio sino intentar llenarlo, ocuparlo...” (*Derecho...*, *cit.*, p. 20); es precisamente la ciencia —teoría— la que devuelve a la práctica el concepto —proceso— vacío de particularidades contingentes para que maneje con él provechosamente las reglas jurídicas que se refieren a esa realidad conceptuada.

²⁷ Quevedo Mendoza, Efraín, *Cosa juzgada y sumariidad*, La Plata, Jus, 1983, p. 49.

²⁸ “...En el proceso la pluralidad de actos que se realizan se encadenan... es decir, se ligan de modo que sin cada acto anterior ninguno de los siguientes tiene validez y sin cada siguiente ninguno de los anteriores tiene eficacia. Este encadenamiento recibe el nombre técnico de procedimiento”, el cual “...en el proceso... sólo es la forma extrínseca de manifestarse la figura, no su verdadera e íntima sustancia” (Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, 4a. ed. revisada y adaptada por Pedro Aragonese, Madrid, Civitas, 1998, t. I, pp. 22 y 23), y también que “...el devenir de los actos procesales no es libre y espontáneo, sino reglado y organizado en cauces determinados. Precisamente *son las normas de procedimiento las que someten a disciplina al proceso*; señalando los cauces a utilizar, establecen el orden de las actuaciones, miden en unidades de tiempo su duración. Todas estas reglas son técnicas, es decir, vienen concebidas en función de la mayor utilidad para el proceso. De aquí que la experiencia aconseja cambiarlas cuando su utilización deviene estéril o disipa los fines del proceso. Estas reglas son, también, jurídicas en cuanto preestablecidas por normas jurídicas que prescriben su observancia, precisamente con garantía. Son en definitiva *reglas de juego* a que hay que someterse en el campo procesal” (Ramos Méndez, Francisco, *Derecho procesal civil*, 4a. ed., Barcelona, Bosch, 1990, pp. 330 y 331) (énfasis agregado).

cibe desde fuera de la realidad y no como ella lo es. La fenomenología objetivamente dada en su lectura técnica es más franca al contestarla y regularla con sus propios instrumentos (técnicos) que se compenetran con ella (la realidad). Los operadores jurídicos, los técnicos del proceso, contemplan (y hacen) sus contenidos, lo que en él acontece con la inquietud y finalidad propias en rol activo y protagónico y están directamente sometidos, en lo que hacen o dejan de hacer, *a esas leyes, reglas y disciplina que no son ajenas a los juicios de valor, que se reflejan en la objetividad de su cometido* (si prueban, y lo hacen bien o mal; si son inactivos, negligentes, o pasibles de perención o caducidad, etcétera).

No pueden contagiarse de la lejanía con que asumen la investigación o discurre el pensamiento teórico, abstracto y fundante de la ciencia. El operador quiere apoyar lo que hace y sabe hacer en las lecciones de los conceptos, de la ciencia, que le sirve y le orienta para obrar *con fundamento*.

Al cabo que los técnicos (los operadores) no cultivan la teoría ni el arte de los conceptos por sí mismos sino que, en verdad, buscan en ellos las lecciones y la visión para actuar —para el accionar concreto—, en función de sus conocimientos, estrategias, circunstancias y convicciones personales. Lo harán alojándose en las formas del procedimiento y en la unidad conceptual fundante del plexo jurídico dentro de lo cual y con la misma identidad se inserta el derecho procesal, conforme a la visionaria explicación de Amilcar A. Mercader.²⁹

La técnica permite compatibilizar las categorizaciones o clases de procedimientos (tales los denominados constitucionales o transnacionales, o el agrario, el laboral o el electoral) cuya esencia es idéntica, como igualmente lo es el litigio que se sustancia ante un órgano monocrático o colegiado, con formas concentradas o no y comunicación escrita u oral. Los modelos o clases técnicas de los coches —un Ford a bigote, una Ferrari, un Cadillac o Mercedes Benz— son, ontológicamente, “un” automotor.

²⁹ Véase Morello, Augusto M., “El proceso en el ordenamiento jurídico”, *Estudios de derecho procesal*, Platense, Abeledo-Perrot, 1998, t. 1, pp. 3-22.

Y con la magia o el encanto de acoger las multiformas instrumentales —las clases o categorías de procedimientos— en el marco de la unidad del ser, lo que a veces no es sencillo.³⁰

Una idea similar ha sido elaborada por la doctrina española y nacional.³¹ En nuestros días, si bien no se acepta explícitamente el criterio de diferenciación propuesto —en razón de que se parte de otras bases lógicas, gnoseológicas y metodológicas—, informa, de modo implícito, importantes opiniones; así, Lino E. Palacio, cuando emprende la tarea de clasificar los procedimientos, expresa que: “Aunque el proceso configura, jurídicamente, un fenómeno único, no siempre se encuentra normativamente regulado de acuerdo con las mismas modalidades y efectos”.³²

La comparación entre los conceptos de ambos sustantivos permite realizar la siguiente diferenciación: mientras que con *proceso* designamos una realidad conceptual, obtenida a partir de otros conceptos construidos sobre la base de la observación del devenir concreto de la actividad judicial cotidiana, mediante la abstracción de los datos obtenidos de esa realidad concreta,³³ el vocablo *procedimiento* suple una realidad directamente perceptible que se extrae de las leyes positivas encargadas de regular la actividad judicial. El proceso es un *concepto*, instrumento básico del conocimiento, sobre el cual se construyó la ciencia procesal —a través de un prolongado y profundo esfuerzo de varias generaciones de estudiosos, que aún no se detiene (y es de es-

³⁰ Véase Morello, Augusto M., “La tutela anticipatoria. Notas para acotar su perfil”, *Avances procesales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 341-356.

³¹ “La preparación del material de conocimiento que ha de formar la convicción del juez no puede quedar librada al criterio de las partes ni puede ser acordada o negada arbitrariamente por aquél, porque ello importaría suprimir el proceso mismo” (Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediar, 1963, p. 447).

³² *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, t. I, p. 305.

³³ Apuntaba, agudamente, Carnelutti: “Los fenómenos del derecho, o sea, los datos de nuestra observación, son... sí no exclusivamente al menos en buena parte, ideas que contienen conceptos, o sea, en sustancia, conceptos a su vez” (*op. cit.*, nota 2, p. 79). El dato sobre cuya base extraemos la idea de proceso es *puramente conceptual*; no existe en la realidad vital un objeto o una actividad a los que pueda someterse a observación y que corresponda al concepto que la ciencia ha construido para representar la idea de proceso.

perar que no se detenga mientras el hombre necesite seguir reflexionando sobre el modo de impartir justicia en la sociedad)—, que hoy ilumina el camino de los operadores del derecho, tanto en la intrincada tarea de someter a normas concretas la actividad en que se materializa la idea de proceso, como en su fundamental desvelo por alcanzar una justa actuación del derecho en cada caso concreto.

Aquella conclusión encierra *un cambio de perspectiva* en la aprehensión del derecho procesal, habida cuenta que el *proceso* deja de ser el *objeto* de aquella parte de la ciencia jurídica para localizarse como un *instrumento* de la acabada comprensión de la fenomenología que se vincula con la regulación normativa y *la práctica de aquella actividad dirigida a la actuación concreta de la ley*. Es esta realidad empírica lo único que puede constituir *objeto* tanto de la ciencia procesal como de la técnica del proceso judicial, diferenciándose ambas en el modo en que aprehenden ese objeto (*cfr.* las opiniones de Eco y Bunge, espigadas más arriba).

El *procedimiento* es la modalidad normativa en que se muestra la concreta realidad que es objeto de la experiencia jurídico-procesal. Sin embargo, es ella, todavía, una realidad conceptual que se manifiesta en mandatos dirigidos a los sujetos de la actividad procesal, que carecen de virtualidad, por sí mismos, para generar una modificación del mundo empírico —como no fuere la propia existencia de la *voluntad*, que es el *elemento material* del *poder* de donde emana el mandato—, lo que recién tendrá lugar con las concretas *conductas* (comportamientos activos o pasivos —omisiones—) (la estructuración del expediente, de su contenido, la forma y modo de realizarse el contenido del litigio) que observen los destinatarios de los mandatos jurídicos.³⁴ En este sentido entendemos la expresión de Clariá Olmedo cuando sostiene que “el proceso judicial se nos presenta técnicamente como una abstracción de la ley”, lo que explica diciendo que la ley “prevé hipótesis de conductas que integran una sucesión de actividades que deben o pueden cumplirse conforme a un orden metódico y en persecución de un resultado, estableciendo las condiciones, formas y modos necesarios para su eficacia y las consecuencias de su inobservancia.

³⁴ Véase lo dicho por Carnelutti en el párrafo transcrito en la nota 23.

Pero las previsiones legales que lo conforman en abstracto deben necesariamente concretarse...”.³⁵

En el plano normativo, la idea *proceso* —obtenida, mediante abstracción, por la ciencia jurídica— adquiere un cierto grado de consistencia o realización, en la forma de un conjunto de reglas que construyen una estructura que el Estado, a través de sus órganos competentes, manda seguir para que un “caso” pueda ser llevado a conocimiento del Poder Judicial y sea decidido conforme a las reglas que integran el orden jurídico material.

V. Consecuencias del cambio de perspectiva: los principios procesales y las clases de procedimientos

Hay autores que extraen los principios procesales de la propia ley procesal, partiendo de una concepción positiva de los mismos, con lo cual limitan su campo de acción a los diferentes tipos de procedimientos que las legislaciones prevén. En este sentido se ha dicho:

El desarrollo del proceso civil responde a unos cuantos principios generales, acomodados a su objeto, que lo configuran frente a los demás tipos de proceso y que además rigen su existencia. Entre éstos, unos pueden considerarse como principios del proceso y otros como principios del procedimiento. Los principios del proceso civil vienen condicionados por el significado y la función del proceso civil en el ámbito del ordenamiento jurídico y, en concreto, por la índole de su objeto. Son por lo tanto válidos y homogéneos para todo tipo de proceso civil. Los principios del procedimiento, por el contrario, son funcionales y de carácter más bien técnico. Se adoptan con criterio de oportunidad en función de la mayor o menor complejidad del procedimiento o por conveniencias prácticas. Así, un mismo procedimiento civil puede estar regido por principios procedimentales distintos y de hecho, los diversos tipos de proceso civil están regidos por principios de procedimientos diversos.³⁶

Concebido el proceso como lo hemos hecho en el apartado precedente es claro que él no se *desarrolla* a través de regla alguna, sino que

³⁵ Clariá Olmedo, *op. cit.*, nota 22, pp. 126 y 127.

³⁶ Ramos Méndez, *op. cit.*, nota 28, p. 337.

se *elabora* mediante el instrumento de la ciencia que es la “abstracción”, quedando reducido a la unidad propia de todo concepto. “Si hay algo que distinga rotundamente al concepto abstracto es su unidad”. “El concepto objetivo en estado de abstracción rechaza toda división, es enteramente indiviso”. “A esta unidad se llega por la reducción de todos los atributos que competen a las cosas singulares, *a unos pocos*, reteniendo sólo las notas de la naturaleza específica. La multitud de las cosas que pueblan el mundo empírico queda de esta suerte reducida a la unidad: una unidad *accidental* a la naturaleza, que sobrevive a ella en virtud del proceso abstractivo de la razón humana, y que por eso se llama *unidad de razón*”.³⁷

El desarrollo de una concreta actividad humana corresponde al modelo de *procedimiento*, el cual es fruto de una *específica regulación legal*, a la que debe ajustarse aquel desarrollo, la que sí debe responder a *principios*, que son los parámetros que se le ofrecen al legislador en la elaboración de un sistema legal que regule el orden de la actividad que se cumple ante el juez para la decisión de un caso concreto y que, una vez sancionada la ley, se convierten en orientaciones (guías) explicativas de las normas vigentes. Estos *principios* no son más que reglas generales que derivan de los conceptos construidos en el plano de la teoría del proceso. Tejido o red de contención y de disciplina lógico funcional que “aceite” el andamiaje, los instrumentos para que *funcionen* de manera adecuada (nervio y savia).

El procedimiento, según lo hemos conceptualizado precedentemente, se construye por el legislador a través de las *leyes procesales*, que son las que disponen el orden o fases —la estructura, el edificio que cobija y permite desplegar lógica y funcionalmente la actividad—, el itinerario que seguirán los actos que integran aquél frente a cada categoría de casos. Esa labor de construcción viene presidida por pautas generales, *derivadas de la labor realizada por la teoría procesal*, en cuanto impuestas por exigencias que parten directamente de los fines que se propone alcanzar el proceso judicial, que modelan las diversas opciones que se le presentan a quien emprende la empinada tarea de diseñar un procedimiento que garantice, para cada caso (o asunto) una sentencia justa y oportuna.

³⁷ Palacio, *op. cit.*, nota 32, pp. 29-31; énfasis agregado.

En ocasiones las normas de organización político-jurídica del Estado captan esas directivas y le imprimen el carácter de obligatoriedad para el legislador, transformándolas en líneas de sentido que deben ser respetadas (por el legislador) si quiere implementar un procedimiento válido y, sobremanera eficiente, que ayude a desembocar en resultados beneficiosos. Éstos son los principios y garantías constitucionales, que condicionan la validez de la ley procesal, pero que, cuando no aparecen expresados en la ley fundamental del Estado (o en tratados incorporados a la Constitución, artículo 75, inciso 22) tienen, también, valor, aunque puramente lógico-jurídico, condicionando en este plano la actividad legislativa.

Por otra parte, la misma distinción precedente pone en evidencia que lo que se presta a una distribución en especies —división del género— es el *procedimiento* y no el *proceso*, habida cuenta que éste unifica la experiencia en una entidad, *única e indivisible, de razón*, con la que se quieren representar todos (el conjunto o variedad) los tipos procesales que se dan en la realidad, abstrayendo aquellas notas que, verificándose en cada uno de ellos, muestran su esencialidad.

VI. El mensaje

En la sugerente estela del derecho procesal, las modestas reflexiones que preceden instan a que prosigamos la ruta de la ciencia, a abrir un sereno cauce de debate, análisis y, si corresponde, procurar que ingresen verdades que puedan ocupar un espacio preferente —o jugar de otro modo (Pedro Lain Entralgo)—. A darles cabida si con ellas, en la búsqueda permanente de la verdad y la superación, se abren renovados senderos que conjugan esas nuevas dimensiones en un equilibrio más comprensible y fecundo. Que ayude a armonizar las piezas claves que están en el tablero de la ciencia, de la técnica y, expectantes, de la realidad. Tarea que, humildemente, demanda a cada estudioso que aporte en el doble y concurrente papel de fogonero y maquinista.