

# LA PROCEDIMENTALIZACIÓN POSMODERNA\*

---

*Gustavo Calvino\*\**

## RESUMEN

La influencia del ideario posmodernista en algunos sectores del procesalismo civil actual ha facilitado el resurgimiento de propuestas que apuntan exclusivamente al procedimiento. La búsqueda de respuestas rápidas y eficaces en el sistema de justicia puede lograrse con la inclusión de precisas figuras –tales como las peticiones cautelares y los anticipos pretensionales provisionales– sin incurrir en la eliminación del proceso como método de debate, que en una democracia se comporta como garantía de resguardo de derechos humanos. De este modo, la distinción conceptual entre el proceso y el procedimiento adquiere gran importancia, pues hace posible la elaboración y comprensión de los lineamientos fundamentales necesarios para construir un sistema de justicia a partir del hombre y sus derechos humanos.

**Palabras clave:** Posmodernidad, derechos humanos, proceso, procedimiento.

## ABSTRACT

The influence of the postmodernist thought in some areas of nowadays civil process helps to reemerge the idea, which convey exclusively to the procedure. The search of quick and effective answers among the judicial system can be achieve with the inclusion of accurate figures –such as precautionary

---

\* El artículo es inédito, aunque se autorizó su publicación en México, con la anuencia vuestra. Algunos de sus desarrollos conceptuales forman parte de otros trabajos del autor ya publicados.

\* Magíster en Derecho Procesal (UNR). Director del Programa Internacional en Derecho Procesal Civil (Universidad Austral). Profesor Adjunto en el Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente estable en la Maestría en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Santa Fe). Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

measures and advance judicial resolution— not being necessary to eliminate the process as a debate method, that in a democracy is seen as the guarantee of the protection of human rights. Therefore, the conceptual difference between process and procedure gain importance, as makes the creation and comprehension of the necessary key arguments to build a judicial system for the human being and his rights.

**Key words:** Postmodernist, human rights, process, procedure.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las transformaciones cada vez más vertiginosas que se vienen sucediendo desde el siglo XIX en el plano social, filosófico, político, económico y jurídico alimentan perspectivas tan diferentes que, a la postre, cuesta encorsetar en una palabra característica la era actual.

La tríade decimonónica conformada por el racionalismo en lo filosófico, el legalismo positivista en lo jurídico y el liberalismo en lo político comenzó a ceder ante los movimientos sociales que desembocaron en la primera ola de constituciones sociales. El realismo, el *pospositivismo* y el Estado social de derecho vieron la luz en el convulsionado siglo XX. La otrora bastante nítida diferenciación entre sociedad y Estado<sup>1</sup> o —si se quiere— entre derecho y política, comenzaba a exhibir contornos cada vez más borrosos, haciendo tambalear las clásicas enseñanzas de Montesquieu sobre división de poderes. No demoraron los replanteos acerca de importantes conceptos jurídicos, el sistema de fuentes, el alcance de la interpretación y las funciones de los operadores. A las reglas se le iban sumando los principios, a la subsunción la ponderación, a la validez formal de las normas la validez material. Comenzaron a dividirse las aguas entre quienes proponían construir un nuevo paradigma teórico —al entender que la constitucionalización moderna implica un cambio cualitativo— y quienes preferían mantener el ya edificado —en razón de que sólo se trataba de un salto cuantitativo—.

Estas volátiles circunstancias originaron un fenómeno de excesiva juridificación, es decir, una influencia normativa en la vida cotidiana en proporciones antes impensadas. Los reiterados incumplimientos de la administración que dejaron insatisfechas gran parte de las demandas de derechos sociales ya reconocidos y

<sup>1</sup> En apretada y acertada síntesis, Ciuro Caldani destaca que el Estado moderno nació de un conjunto de causas entre las que ocupa un lugar muy destacado la necesidad de la burguesía de asegurarse espacios de desenvolvimiento de los mercados, coincidentes con los ámbitos de poder de los reyes. Maquiavelo brindó el nombre *estado* y la perspectiva de radicalización del poder; Hobbes reclamó el monopolio del poder en manos del gobierno y Bodin conceptuó la soberanía. Luego, Locke y Montesquieu exigieron la división del poder, Rousseau reclamó la democracia y, con figuras como Fichte, se constituyó la *nacionalización*. (Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel: “El juez, el proceso y el Estado en la postmodernidad”, *Investigación y docencia* N° 33, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 21).

algunas fallas en el sistema político, jurídico, económico y social convierten al Poder Judicial en la última alternativa para la persona de carne y huesos. La falta de respuesta del Estado social, la tendencia globalizadora y la irrupción del movimiento llamado *posmoderno* marcan los últimos lustros de la centuria precedente.

Quizá, insistiendo en nuestro afán de rotular la era que nos toca vivir, debemos contentarnos con admitir que se trata de una época de transición, lo que poco y nada agrega, salvo indicar que nos podríamos estar dirigiendo hacia algo distinto. Sin embargo, no pretendemos enhebrar, de ahora en más, un ensayo de futurología sino –modestamente– esbozar algunas reflexiones en torno a lo que aquí denominaremos *procedimentalismo*, atizado desde ciertos sectores como respuesta *posmoderna* para atender problemas actuales. Por ende, antes de arribar a este punto, será menester retratar con pinceladas gruesas las principales ideas que predominan hoy en el procesalismo y desandar algunos de sus conceptos.

## 1. UNA SOMERA INCURSIÓN POR LAS PRINCIPALES LÍNEAS DEL PENSAMIENTO PROCESAL ACTUAL

Describir y analizar las más importantes posiciones del procesalismo al alba del siglo XXI puede ser una tarea más compleja de lo que parece si se avanza atendiendo a su entorno y al sistema, el cual –se ha señalado– puede encontrarse fácilmente lejos del equilibrio<sup>2</sup>.

Es moneda corriente la catalogación de estos momentos como *posmodernos*, mientras ingentes esfuerzos se vuelcan en la obtención de explicaciones que los presenten de manera más o menos convincente, amén de un asiduo reconocimiento acerca de las transformaciones que traen aparejadas. Así, se insiste en que se trata de una respuesta contra una vetusta modernidad de corte racional y funcional, en donde predominaba una teoría jurídica estatalista, ahora debilitada basalmente en su identidad entre derecho y norma como producto monopolístico del Estado. No obstante, el cambio de época –empujado por una impresionante superación tecnológica y comunicacional– carece de un patrón mínimo de precisión, y se aproxima a la confusión: sin olvidar su origen reaccionario que opone una serie de pulsiones irracionales, particularismos nacionalistas e insólitos rasgos diferenciales<sup>3</sup>, pueden rescatarse como improntas su inclinación hacia un sistema abierto poco equilibra-

<sup>2</sup> Cfr. GRÜN, Ernesto: “El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 21, vol. II, 1998, p. 173 en [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II\\_13.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_13.pdf) [Consultado el 17 de diciembre de 2010].

<sup>3</sup> Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 18.

do y la aceptación de una cuota de realismo. Lo que interesa es alcanzar el fin muy rápidamente: el vértigo y el consumismo adquieren cotidianidad.

Si, no exentos de imaginación, trasladamos las características de una y otra era al derecho procesal, podríamos arribar a un lugar común donde se observa la disputa entre los que privilegian la seguridad y previsibilidad jurídica, y los que se preocupan ante todo por su eficiencia. A los primeros se los engloba bajo la denominación de *garantismo procesal* y, a los segundos, *activismo judicial* o *publicismo*<sup>4</sup>. *Sus implicancias son tan importantes como sus diferencias filosóficas, políticas, ideológicas y jurídicas.*

*Si se nos obligara a brindar un pantallazo reduccionista y apurado, diríamos que una diferencia primordial pasa por el otorgamiento del centro de la escena en el proceso, según se le conceda a la autoridad –como reclama el activismo– o a las partes –bandera del garantismo–. Desde esta perspectiva, los aspectos jurídicos se entremezclan con los políticos: en el fondo se presencia una disputa por el poder, donde a través de la confianza en los jueces activistas se busca apuntalar su carencia de representación popular o carácter contramayoritario –con el fin de que se le reconozcan mayores facultades– frente a un freno contra ciertos excesos, sobreactuaciones y autoritarismo que se pretende instalar a partir de una mayor injerencia de las partes en debate actuando en igualdad de condiciones, con el objetivo de preservar la imparcialidad del tercero que resuelve.*

El *activismo* –que no tarda en recordar la famosa *Corte Warren* de 1953-1969, que asumió un papel transformador más parecido al de un legislador que al de un juez<sup>5</sup>– es aplaudido por sectores del *neoconstitucionalismo*<sup>6</sup> y corrientes procesales

<sup>4</sup> Algunos observan dentro de cada corriente derivaciones tales como el *minimalismo* en el *garantismo* y el *eficientismo* en el *activismo*. V. PEYRANO, Jorge W.: “Los ‘ismos’ en materia procesal civil”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 6 de julio de 2010, Buenos Aires, La Ley, pp. 1-2.

<sup>5</sup> Ver THURY CORNEJO, Valentín: *Juez y división de poderes hoy*. Buenos Aires, Argentina, 2002, pp. 335-336.

<sup>6</sup> Si bien es una teoría de dominios imprecisos, podemos apuntar que el núcleo del *neoconstitucionalismo* es la constitucionalización del ordenamiento jurídico, aunque se diferencia del constitucionalismo clásico al privilegiar la protección de los derechos humanos por encima de la exigencia de limitaciones al poder estatal. Su meta no es tanto limitar y controlar el poder, sino afianzar y garantizar la vigencia efectiva de los derechos humanos. Ejemplo de ello es lo pregonado por algún autor enrolado en esta teoría quien, más allá de reclamar la última palabra del sistema para los jueces, ha llegado al extremo de reivindicar la omnipotencia judicial. No obstante, Luis PRIETO SANCHÍS, en alusión al *neoconstitucionalismo*, afirma que el significado de esta etiqueta –de reciente incorporación al léxico académico– dista de estar claro, al punto que puede referirse tanto al tipo de constituciones que han prosperado en la Europa de posguerra, como a ciertas doctrinas o concepciones sobre el derecho, aunque en este último caso las tesis que se califican de *neoconstitucionalistas* no son en modo alguno uniformes e, incluso, a veces resultan opuestas (Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis: “La teoría del derecho de Principia iuris”, AA.VV.: *Constitucionalismo y garantismo*, ed. Gema Marcilla Córdoba, Bogotá, Universidad del Externado, 2009, pp. 57-58). Para un profundo análisis so-

*neoinquisitivas* que apoyan amplios poderes de los jueces –lo que decanta en más procedimiento y menos proceso–, preocupándose, en mayor medida, por la autoridad que imparte justicia que por las personas que recurren a ella<sup>7</sup>. Se consideran un producto típicamente *posmoderno* a la vez que argumentan, a favor de su posición, que la crisis del sistema legalista crea la necesidad en nuestros días de un juez poderoso, que en la práctica desde un caso concreto –el cual casi siempre repercutirá más allá– termina excediendo su clásica tarea de juzgar. Por tanto, a primer golpe de vista, el *activismo judicial* puede parecer atractivo si atendemos sólo a la meta –o sea, si asumimos una postura exclusivamente finalista– pues sus resultados se obtienen merced a un *intervencionismo judicial* en el método.

A su turno el *garantismo*, de corte racional y preocupado por la sistematización y coherencia conceptual, la limitación del poder y la centralidad del hombre y sus derechos, sostiene el respeto al proceso –ceñido al modelo acusatorio y que, para nosotros, constituye la *garantía de garantías* en una verdadera democracia– como método de obligatorio tránsito antes del dictado de una sentencia. Su prédica destaca que el fin no debe buscarse al margen del medio: a la meta se llega respetando el método.

En virtud del punto de foco en una y otra postura, preferimos aquí las designaciones de *activismo judicial* y *garantismo procesal*<sup>8</sup>. *En algunos sitios –como en*

---

bre el *neoconstitucionalismo* y advertencia de sus riesgos, v. SANTIAGO, Alfonso (h): *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, pp. 165-188. Recordamos que Ronald Dworkin, Robert Alexy y Carlos Santiago Nino son generalmente señalados como los referentes del *neoconstitucionalismo* entre los angloamericanos, los europeos y los latinoamericanos, respectivamente.

<sup>7</sup> Hacemos hincapié en que ciertos sectores del *neoconstitucionalismo* apoyan el activismo, por los inconvenientes que genera conformarse simplemente con los rótulos impuestos a las ideas. Un caso notable es lo que acontece con la conocida teoría del garantismo esbozada por el profesor italiano Luigi Ferrajoli, quien a su vez es considerado *neoconstitucionalista* por algunos doctrinarios mientras que dicha condición es negada por otros, al turno que para algunos iusnaturalistas es positivista y para algunos positivistas es no-positivista o *pospositivista*. Todo esto demuestra la relatividad, por no decir inutilidad, de quedarse en la mera superficialidad de las adjetivaciones.

<sup>8</sup> El factor *confianza* en el Poder Judicial, es rescatado por algunos autores como una demostración más del dilema entre *activismo* y *garantismo*. Con sencillez, explican que aquél confía en sus jueces, mientras que éste desconfía de ellos sumergiéndolos en el rol de espectadores. Sin entrar en más detalles de esta conocida posición, sólo la traemos a colación para opinar que es tan básica como necesaria la confianza en quienes ejercen las distintas funciones del poder, pues hace a la calidad institucional: resulta indispensable en toda sociedad que haya confianza en los jueces y en los restantes poderes, para sostener la viabilidad de la institucionalidad, lo que también requiere de confianza en el sistema, si es que se desean sentar las bases de la convivencia pacífica. Con esto podemos rápidamente inferir que, si es verdad que los jueces adquieren legitimación a través de un mayor grado de confianza social, sin dudas que se benefician respetando también en sus funciones al sistema democrático y el derecho. Entonces, lo que

*Buenos Aires*— la expresión *garantismo* a secas es asociada mayormente con el abolicionismo penal y el permisivismo, ideas que nada tienen que ver con un *garantismo procesal* basado en los principios de igualdad de las partes e imparcialidad del juzgador. Las confusiones que situaciones como la apuntada generan, nos persuaden de la utilidad de recurrir a sintagmas para denominar cada línea procesal, en honor a una mayor precisión.

Con el panorama expuesto estamos en condiciones de recortar el campo en lo sucesivo y abrir paso al tratamiento conceptual del proceso, su deslinde con el procedimiento y la relación entre ambos.

### 3. LOS PUNTOS DE PARTIDA DE LAS ELABORACIONES TEÓRICAS Y EL OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL

De los laboratorios procesales pueden surgir toda clase códigos, figuras o recomendaciones que a su vez pueden ser adoptados por diferentes formas de Estado —totalitarismo, autoritarismo y democracia—<sup>9</sup>. De allí que un sector propiciara y difundiera una visión aséptica de la disciplina que únicamente pretendía cobijar tecnicismos.

Sin embargo, esta posición fomentó un desarrollo introvertido del procesalismo sin mayores avances en la exploración junto a otros campos del saber jurídico o del conocimiento humano. Para colmo, este aislamiento fue útil a la hora de sustentar códigos y normas desentendidas de la ideología política del Estado en que regían. No tardaron en aparecer fricciones entre los ordenamientos procedimentales y los postulados constitucionales en muchos países que, al final, influyeron negativamente en la respuesta brindada por sus sistemas de justicia.

Si la democracia necesita del proceso jurisdiccional para efectivizar en última instancia los derechos fundamentales, va de suyo que el sistema democrático sólo puede alojar en su seno un proceso que comparta y respete sus valores. Se observa en lo apuntado que limitar el derecho procesal a lo técnico se ve desbordado por la necesidad de cotejar las propuestas con muchas otras variables. Así como tenemos para nosotros que el ideal de democracia consta de una dimensión formal —v. gr., procedimientos de elección de representantes— y una sustancial —valores democráticos y republicanos imprescindibles que hacen a su esencia—, el proceso jurisdiccional como garantía no puede abstraerse de este entorno, y es así que debe contar con una propia dimensión formal en el procedimiento y una sustancial en el respeto a los derechos humanos.

---

se pregona repetidamente desde el activismo luce descolocado, pues permiten en un abanico más o menos extenso de situaciones, que su modelo de juez caiga en la tentación de resolver voluntaristamente, que no es otra cosa que el *decisionismo judicial*.

<sup>9</sup> Ver BIDART CAMPOS, Germán: *Manual de la Constitución reformada*, 3ª reimpression. Buenos Aires, Ediar, 2001, pp. 430-431.

Palpamos, entonces, lo que podríamos llamar *el dilema del punto de partida*, que para preservar la coherencia en lo sistémico pareciera correr en paralelo tanto en la esfera de los derechos humanos<sup>10</sup> como en la del proceso. Nos introducimos en él con sendas preguntas: ¿A quién pertenecen los derechos humanos? ¿Y a quién las garantías para su protección y promoción?

Estos simples interrogantes, en verdad, conducen a discutidísimas y complejas respuestas. Importa –y mucho– desentrañar qué significado atribuimos a la expresión *derechos humanos* y, sin dudas, tenerla muy en cuenta a la hora de construir el concepto de proceso. Sin entrar en un análisis más profundo –que ya desarrollamos en otro trabajo<sup>11</sup>–, al considerar que los derechos humanos le pertenecen al hombre, surgen de su dignidad como persona y tienen carácter prepositivo, el Estado los declara y reconoce –no los otorga–. Esta pertenencia ubica al ser humano como centro, raíz y fin del ordenamiento jurídico.

Un sistema social, político y jurídico que privilegie al hombre necesariamente debe declarar, reconocer –explícita o implícitamente– y promover un núcleo de derechos preexistentes que son inherentes a la persona humana, en cuyo seno encontramos un cúmulo de garantías que hacen a su protección, que comparten con los derechos humanos su génesis en la dignidad humana. Entre ellas, sobresale la *garantía de garantías*: el proceso, al que se arriba desde un derecho fundamental –el de peticionar a las autoridades, que abre las puertas de acceso a la justicia– para convertirse en el ámbito natural de resguardo y ejercicio pleno de otro derecho humano: el de defensa en juicio.

Sin embargo, esta perspectiva no se impone aún en el procesalismo latinoamericano, que –al no lograr despojarse de estructuras construidas con anterioridad a la generación del derecho internacional de los derechos humanos– pone el foco en la autoridad que imparte justicia. Se hace visible, pues, la necesidad de tomar decisiones acerca del punto de arranque –por sus propias derivaciones–: el *activismo judicial* lo fijará en el Estado, en la autoridad que ejerce la jurisdicción; el *garantismo procesal*, en cambio, en el hombre y sus derechos, que hace las veces de parte procesal.

A esta altura, comienza a tallar el interés por pretender dilucidar qué es el derecho procesal, enfrentando un abanico de opiniones donde ejercerá cierta influencia la adjudicación de preeminencia a uno u otro enfoque. La convergencia en la perspectiva estatista es mayoritaria, y así se lo describe como el conjunto de

<sup>10</sup> La cuestión terminológica reaparece, y es así que también los autores –con sentidos dispares– hacen mención a los derechos del hombre, fundamentales, morales, inherentes a la persona, naturales, esenciales, etcétera.

<sup>11</sup> Ver CALVINHO, Gustavo: “Los derechos humanos en la teoría del proceso”, en CALDERÓN SUMARRIVA, Ana, AGUILA GRADOS, Guido, CALVINHO, Gustavo y GONZÁLEZ, Robert: *El derecho procesal del siglo XXI*. Lima, San Marcos, 2010, pp. 37-73.

normas que disciplina el proceso<sup>12</sup>, o el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado<sup>13</sup>, o el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la substanciación del proceso<sup>14</sup>, etcétera.

Para evitar complicaciones explicativas podemos partir de la misma denominación, observando junto a Eduardo Couture<sup>15</sup> que el vocablo *derecho* está tomado en el sentido que le corresponde como rama jurídica y la locución *procesal* nos remite al objeto estudiado, que es el proceso.

Sin dudas, el objeto de estudio del derecho procesal es el proceso, que a su turno queda vinculado –y nos lleva– a otros temas en los que también entiende la disciplina<sup>16</sup>. Por eso, todas aquellas teorías que proponen la procedimentalización sin proceso, no hacen otra cosa que vaciarlo de contenido. Si bien esta tendencia no es nueva –basta recordar los orígenes del inquisitivismo español y la propuesta de Baumbach en el siglo pasado<sup>17</sup>– se insiste en reverdecirla desde algunos sectores del autoproclamado *activismo posmoderno*. Pero estas posturas encallan a la hora de justificar la existencia de un derecho procesal que prescindiera del proceso como concepto distintivo –o sea, inconfundible con el procedimiento–<sup>18</sup>. Ha llegado, entonces, el turno de avanzar en una dirección conceptual fundamental.

<sup>12</sup> Cfr. BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante: *Teoría del proceso*. 2ª edición. Buenos Aires, BdeF, 2005, p. 76.

<sup>13</sup> Cfr. CARLOS, Eduardo B.: *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires, EJE, 1959, p. 24.

<sup>14</sup> Cfr. ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª edición, tomo I. Buenos Aires, Ediar, 1963, p. 35.

<sup>15</sup> V. COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª edición. Buenos Aires, Roque Depalma, 1958, p. 8.

<sup>16</sup> V. gr., cuestiones relativas a la organización jurisdiccional y la competencia, la sentencia y su ejecución, las medidas cautelares, etcétera.

<sup>17</sup> En 1938, la revista jurídica *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* publicó un artículo del reconocido procesalista alemán Baumbach titulado *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*. Este trabajo fue duramente respondido por Piero Calamandrei (“¿Abolición del proceso civil?”, *Rivista di diritto processuale civile*, vol. I, 1938, s/d, pp. 336-340), concluyendo que a la transformación del proceso que querría Baumbach nadie puede honradamente negarle mérito de ser radical: una reforma del proceso que aboliría las leyes procesales, mandaría a sus casas a los abogados y dejaría desiertas las salas de los tribunales. Pero esta transformación –continúa el texto– si no nos equivocamos, iría mucho más allá de las exigencias del Estado autoritario: representaría probablemente la abolición del Estado de Derecho y, acaso, la abolición del derecho mismo, al menos en cuanto la idea del derecho vaya unida a aquellos caracteres de generalidad y de abstracción que parecen hoy, como garantía de certeza y de igualdad, conquista insuprimible de la civilización.

<sup>18</sup> El proceso, ya lo mencionamos, es la garantía de garantías que *ultima ratio* el sistema reconoce como perteneciente al hombre, a fin de que los derechos no se limiten a la inerte declaratividad



#### 4. EL PROCESO, EL PROCEDIMIENTO Y SU DISTINCIÓN CONCEPTUAL

La impulsividad, finalismo y consumismo del movimiento *posmoderno* encuentran su eco entre quienes enarbolan los estandartes de una justicia expedita, rápida y eficaz sostenida con figuras que apuntan a la celeridad –aún a costa del debate procesal y el resguardo del derecho humano de defensa en juicio–. Tender hacia una procedimentalización que se agote en sí misma coadyuva al cumplimiento de los objetivos trazados, que pueden lograrse a través de caminos más o menos sutiles.

Arribamos al nudo del problema, que nos permitirá advertir cómo a partir de la falta de rigurosidad conceptual y terminológica es posible desnaturalizar al proceso, logrando la anhelada procedimentalización.

Ya hace tiempo que algunos autores –como Francesco Carnelutti– han detectado correctamente el inconveniente que crea para el estudio del derecho procesal el lenguaje corriente, en razón de la afinidad de los vocablos proceso y procedimiento. Desde el punto de vista del uso común –señalaba el maestro italiano– se puede considerar que se trata de dos sinónimos, pero en el uso de la ciencia del derecho tienen significados profundamente diversos; desgraciadamente los juristas, no habituados todavía al rigor en la elección de las palabras, los cambian a menudo, con resultados deplorables para la claridad de la exposición<sup>19</sup>. La doctrina, en líneas generales, no ha logrado dar adecuada solución conceptual al costado diferenciador entre proceso y procedimiento.

La autonomía lógico-jurídica de las dos figuras permite que sus elementos y estructuras sean considerados por separado, aunque en la práctica reiteradamente se presenten yuxtapuestas. Tal vez esta coincidencia temporal en cuanto a la manifestación haya provocado alguna confusión<sup>20</sup>.

Reviste especial interés desmembrar y apreciar adecuadamente el proceso y el procedimiento. Por un lado, abre las compuertas para el despliegue de un estudio sistemático y con aspiraciones metodológicas científicas de nuestra disciplina; por el otro, sirve para rescatar al proceso como método de efectivización y respeto de derechos. De allí que la influencia de esta distinción no será sólo teórica, sino también empírica.

---

del papel: además pueden así cobrar vida en la plenitud de su respeto y ejercicio. En consecuencia, un sistema que reconoce los derechos humanos inexorablemente debe hospedar un proceso jurisdiccional que los respete. Porque de no ser así, asomará una aporía: cada vez que se logre el respeto de algún derecho a través del proceso se estará violando algún derecho humano. Esta afirmación, que puede parecer un tanto despiadada, se verifica cotidianamente en los ordenamientos procedimentales que no respetan adecuadamente el derecho de defensa en juicio y hasta en algún sistema internacional de resguardo de derechos humanos.

<sup>19</sup> Cfr. CARNELUTTI, Francesco: *Instituciones del proceso civil*. Trad. de la 5ª ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, tomo I, Buenos Aires, EJE, 1959, pp. 419-420.

<sup>20</sup> Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto: *El derecho procedimental*. México D.F., Cárdenas, 2002, p. 628.

Como aperitivo del desarrollo venidero, podemos indicar que el procedimiento aparece en todas las *instancias* y el proceso sólo es hallable en la acción procesal y no en las restantes *instancias*. De lo que puede extraerse que todo proceso necesariamente contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso. Tenemos de este modo la primera pista para explicar ambos conceptos: el recurrente concepto de *instancia* –que en el sentido aquí otorgado, nada tiene que ver con el grado de conocimiento judicial–. Por allí comenzaremos.

#### 4.1 El concepto de instancia y su clasificación

Para que el concepto de proceso sea edificado con los derechos humanos, se precisa que compartan un objetivo: el respeto por la dignidad de la persona humana. Así, el punto de inicio y eje común es el hombre.

Esta idea, trasladada al plano teórico, nos conduce a la noción de *instancia* en la acepción utilizada: una derivación del derecho fundamental de petionar a las autoridades –consagrada explícita o implícitamente<sup>21</sup> en constituciones y tratados internacionales de derechos humanos<sup>22</sup>– y del dinamismo que se le reconoce a la norma procedimental –dado que su estructura no es disyuntiva como en la norma estática, sino que tiene continuidad consecencial pues a partir de una conducta encadena imperativamente una secuencia de conductas–<sup>23</sup>.

Desde el concepto de *instancia* la iniciativa es retenida por la persona humana, privilegiándose así a quienes recurren a la justicia. El reconocimiento del derecho humano de petionar a las autoridades permite la vida en libertad y el irrestricto respeto de los derechos, pues de lo contrario las personas quedarían a merced de la voluntad del poder y sin participación alguna. Es una civilizada manera de vincular al hombre con el Estado, de expresarse para ser oído y de obtener una resolución acorde al derecho. De allí que todo sistema jurídico que se precie de democrático contemple esta posibilidad, ya sea –tal como asentamos– explícita o implícitamente.

<sup>21</sup> La consagración de los derechos implícitos en los diferentes ordenamientos se fundan en que los derechos fundamentales son inherentes a la dignidad de la persona y, por lo tanto, son pre-existentes y superiores a toda constitución o instrumento del derecho internacional de los derechos humanos. La inclusión de estos derechos implícitos conforma un sano reconocimiento de que las limitaciones propias del hombre hacen imposible la recepción de manera explícita de todos los derechos humanos, sirviendo por lo tanto de mecanismo para su permanente positivización. V. SANTIAGO, Alfonso, *Op. cit.*, p. 62.

<sup>22</sup> La libertad de petición contenida en el primer borrador de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en varias de sus revisiones, no figura en la redacción definitiva por iniciativa de Gran Bretaña (Cfr. PADILLA, Miguel M.: “Cómo nació la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 1988-E, 1988, Buenos Aires, La Ley, p. 1084).

<sup>23</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Introducción al estudio del derecho procesal*, primera parte. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 36.

Por consiguiente, la *instancia* es el derecho que tiene una persona de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido no puede precisarse de antemano<sup>24</sup>. Con este concepto, junto a la idea de dinamismo, el derecho procesal logra nuevos bríos, a partir de ideas gestadas hace poco más de medio siglo y que continúan en constante expansión hasta nuestros días, a raíz de su acercamiento con los derechos humanos.

Ya el aquí recordado Eduardo Couture en el primer tomo de sus *Estudios de derecho procesal civil*<sup>25</sup> venía aceptando la importancia del derecho constitucional de petición desde que la acción procesal se erige en forma típica de aquél al ser su especie, haciendo evolucionar el aporte del constitucionalismo del siglo XIX que, desde entonces, consideraba a la ley procesal como la norma reglamentaria del ya mencionado derecho de peticionar. Sin embargo, el notable avance lo genera Humberto Briseño Sierra poco tiempo después, al no limitar su concepción a la petición sino al incorporar la noción de instancia y lograr clasificarla en seis posibles: petición, denuncia, querrela, queja, *reacertamiento* y acción procesal<sup>26</sup>.

Así, la petición es una declaración de voluntad con el fin de obtener un permiso, habilitación o licencia de la autoridad; la denuncia es una simple participación de conocimiento a la autoridad; la querrela es una declaración de voluntad para que se aplique una sanción a un tercero<sup>27</sup>; la queja es la instancia dirigida al superior jerárquico ante la inactividad del inferior para que lo controle y eventualmente sancione; el *reacertamiento* también se dirige al superior jerárquico pero con el fin de que revoque una resolución del subordinado. Puede advertirse un detalle no menor: que estas cinco clases de instancias presentan una relación dinámica sólo entre dos sujetos, uno que actúa como peticionante y otro como autoridad.

La *acción procesal*, en cambio, es el único tipo de instancia que enlaza a tres sujetos: actor o acusador, demandado o acusado y autoridad –juez o árbitro–. Por consiguiente, exclusivamente la acción procesal constituye una *instancia proyectiva* o necesariamente bilateralizada, presentando una estructura inconfundible con las restantes. Se trata de un derecho, no un hecho, que contiene una pretensión de carácter conflictivo –ya que son dos partes las que discuten

<sup>24</sup> En esta línea, ver BRISEÑO SIERRA, Humberto: *Derecho procesal*, volumen II, México D.F., Cárdenas, 1969, pp. 169 y 171. V. también ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción... Op. cit.*, primera parte, p. 37.

<sup>25</sup> Ver su célebre trabajo, que integraba dicha obra, titulado “Las garantías constitucionales del proceso civil”, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1948, p. 34.

<sup>26</sup> Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto: *Derecho procesal, op. cit.*, volumen II, pp. 172-182 y *Compendio de derecho procesal*, México D.F., Humanitas, 1989, p. 173. Por su parte, Adolfo Alvarado Velloso (véase *Sistema procesal: garantía de la libertad*, tomo I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 55-65) entiende que son cinco las posibles instancias: petición, reacertamiento, queja, denuncia y acción procesal.

<sup>27</sup> Esta categoría bien puede incluirse en la acción procesal.

sobre su concesión— que arranca de su titular, pasa por la jurisdicción y termina en el ámbito jurídico de quien debe reaccionar, aunque no lo haga<sup>28</sup>. Este derecho de acción presenta siempre igual esquema, sin que en absoluto lo modifique la materia pretensional que incluya.

Con estas sucintas referencias a la instancia y su clasificación, estamos en condiciones de ingresar al terreno del proceso y del procedimiento.

## 4.2 El proceso

Más allá de las numerosas definiciones dadas por la doctrina sobre el proceso jurisdiccional, nos interesa particularmente examinarlo como garantía para el resguardo de derechos reconocidos explícita o implícitamente, respetando cierta metodología y sistematización.

Esta plataforma *—per se—* descarta aquellos intentos basados en la fusión o amalgama conceptual entre proceso y procedimiento. Sin embargo, lo apreciado no basta para acceder al entendimiento cognoscitivo del proceso, pues es menester, ante todo, la observación de sus datos esenciales. Entonces, habrá que hallar y examinar sus notas constitutivas primero y establecer luego cuál es su nota distintiva, aquélla que lo hace inconfundible.

Las notas constitutivas del proceso hacen a su esencia, de tal suerte que la ausencia de al menos una de ellas indicará que estamos frente a otro fenómeno. Para hallarlas apuntaremos a los datos cuantificables que lo integran, que a su vez se evidencian o patentizan en las conductas de los sujetos principales que en él actúan.

El aspecto constitutivo e imprescindible está compuesto por conductas *—comprendiendo las omisivas, como en el caso de la contumacia, la rebeldía o abandono del proceso—*. Estas conductas serán llevadas a cabo por el demandante, la autoridad que luego juzgará y el demandado *—y en su caso, los terceros que se conviertan en partes procesales—* y se repiten en serie con la particularidad de que tienen un carácter proyectivo, pues son enlazadas por la acción procesal *—única instancia proyectiva—*.

El proceso *—según enseñanzas de Humberto Briseño Sierra—* es, entonces, una serie de actos proyectivos. Si la índole institucional explica la coexistencia de normas públicas y privadas, principio de transitividad, la nota referente a la serie destaca el dinamismo o la continuidad del dinamismo de las instancias que, de por sí, son proyectivas. Pero el dinamismo de la serie *—agrega el autor en cita—* es algo más que movimiento conceptualizado, es progreso, es avance<sup>29</sup>. Lo propio, lo exclusivo

<sup>28</sup> Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto: *Compendio... Op. cit.*, p. 174.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 244.

del proceso es el seriar las instancias o los actos proyectivos<sup>30</sup>. Los elementos son los actos proyectivos y la estructura es la serie<sup>31</sup>.

En consecuencia, entendemos que la conducta, la serie y la proyectividad son notas constitutivas del proceso.

El proceso se genera a partir de *conductas humanas* –incluso omisivas– de sujetos, que se conectan por medio de un procedimiento y que se exteriorizan canalizándose por algún medio de expresión respetando ciertas condiciones de lugar, tiempo y forma. Aparece la actividad como su primer nota constitutiva pero no distintiva, pues también el procedimiento se edifica con actos<sup>32</sup>.

La segunda nota constitutiva del proceso es la *serie*, estructura que tiene su importancia no sólo por vincular ordenadamente conductas y proyectividad, sino porque contribuye con el dinamismo de las instancias bilaterales. Se trata no de cualquier tipo de serie, sino específicamente de una serie lógica, que se presenta siempre de una misma e idéntica manera, careciendo de toda significación el aislamiento de uno cualquiera de sus términos o la combinación de dos o más en un orden diferente al propio de la serie. Lo lógico de la serie procesal es su propia composición, ya que siempre habrá de exhibir cuatro fases –ni más ni menos– en un orden determinado: afirmación-negación-confirmación-evaluación<sup>33</sup>. El carácter lógico de la serie se presenta irrefragable a poco que se advierta que las fases del proceso son las que deben ser –por una lógica formal– y que se hallan colocadas en el único orden posible de aceptar en un plano de absoluta racionalidad<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>31</sup> Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto: *Derecho procesal*, *Op. cit.*, vol. III, p. 112.

<sup>32</sup> Profundizando la observación dirigiéndose a la *praxis*, se ha advertido sobre casos donde un mismo acto que sirve al proceso es utilizado en el procedimiento, cuestión que parecería absurda o hasta contradictoria si no fuera porque todo acto tiene una manifestación y varios significados (Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto: *Compendio...*, *Op. cit.*, p. 250). Entonces, la misma conducta es suficiente para promover la iniciación de la secuencia de conexiones y la iniciación de la instancia proyectiva; no hay necesidad de dos escritos, uno en que se consigne la conexión y otro en que se concreten las pretensiones que hacen de la instancia el sentido de proyectividad (Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto: *El derecho procedimental*, *Op. cit.*, p. 628). Lo expuesto sintoniza con la apuntada necesidad que tiene todo proceso de contener un procedimiento.

<sup>33</sup> Las fases del proceso deberán conservar un orden inalterable, sin que pueda suprimirse ninguna. Cada una es el precedente de la que continúa. Por su obviedad, no incursionaremos en las excepciones que se presentan –aún con frecuencia– en los supuestos donde no se produce una fase por conducta omisiva –v. gr., no se exterioriza ninguna negación al no presentarse contestación de demanda o ninguna de las partes hace uso de su facultad de alegar– o por conducta positiva –reconocimiento de hechos que releva de la fase de confirmación–. Lo importante es que las fases estén previstas legalmente de modo tal que sea posible que las partes las practiquen en todo proceso de acuerdo a un procedimiento preestablecido.

<sup>34</sup> Véase ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Introducción...*, *Op. cit.*, primera parte, pp. 234-235.

La seriación dinámica de conductas proyectivas del proceso obedece a un orden que respeta su esencia, a la cual debe ajustarse el procedimiento que sigue a fin de no desnaturalizarlo. Sin embargo, tampoco estamos ante la nota distintiva, ya que en el procedimiento también se observa una serie.

Entonces, arribamos así a la tercera nota constitutiva, que es la *proyectividad*. Para explicarla, debemos tener en cuenta el concepto de instancia y su clasificación –que ya señalamos– prestando especial atención a la acción procesal, único tipo de instancia que enlaza a tres sujetos: actor o acusador, demandado o reo y autoridad –juez o árbitro–. La proyectividad hace que el accionar del actor llegue primero a la autoridad y que de ella –dictando un proveído de traslado– arribe al demandado –para que pueda ejercer su derecho de defensa–. El camino inverso se transita en caso de reacción procesal de éste.

El marco teórico descrito explica dos cuestiones sustanciales que son cruciales: a) como la sentencia no integra el proceso, sino que es su objetivo, necesariamente queda protegido en iguales condiciones –para ambas partes– el derecho a ser oído por la autoridad antes de resolver hetero-compositivamente el litigio; b) la autoridad, como sujeto del proceso, no se entromete en el debate, que es propio de las partes que deben ser oídas. No obstante, la actuación del juzgador es imprescindible durante el curso del proceso, al tener una misión primordial: resolver ante cada acto procedimental recibido de cualquiera de los litigantes si debe ser proyectado y, por ende, trascender al proceso.

La proyectividad del accionar está lógico-jurídicamente prevista para originar una serie de dos, tres o más fases continuadas. La serie de instancias proyectivas explica la existencia de una figura dinámica, en busca de una resolución, de una actuación del tercero imparcial que recaiga cuando el proceso mismo haya terminado<sup>35</sup>. Y en esta serie no puede eliminarse la naturaleza proyectiva de las conductas<sup>36</sup>, porque si no hay proyección sólo encontraremos conexión, transportándonos al campo del procedimiento no procesal.

Por consiguiente, la proyectividad no sólo es nota constitutiva de la esencia del proceso, sino que debe ser destacada como su elemento distintivo. De tal modo, representa su reducción eidética, detectable en relación a conductas seriadas de los sujetos principales.

En definitiva, cuando hacemos mención al proceso, nos estamos refiriendo a una serie dinámica de actos jurídicos procedimentales que incluyen un significado procesal que son recibidos por la otra parte a través de una autoridad que los proyecta. Con este esquema, queda asegurado el pleno ejercicio del derecho fundamental de defensa en juicio de ambos contrincantes en igualdad de condiciones jurídicas, ante un tercero imparcial que dictará resolución sobre el litigio.

<sup>35</sup> Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El derecho procedimental*, Op. cit., p. 629.

<sup>36</sup> Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Compendio... Op. cit.*, p. 244.

Siguiendo estos lineamientos, se observa que el proceso es el medio de debate por excelencia para el resguardo pleno de los derechos, que debe aplicarse siempre que éstos se encuentren en litigio –alcanzando igualmente a los derechos de primera, segunda o tercera generación–. Es el método que necesariamente se debe respetar a fin de lograr una decisión acorde al derecho. Por ello, no nos parece apropiado que se dejen de lado los principios de imparcialidad o igualdad aduciendo casos especiales basados en cierta clase de pretensiones o en la supuesta debilidad de un contendiente frente a otro. El único camino que conduce a que una sentencia tenga la aspiración de alcanzar la justicia es el respeto del derecho de defensa en juicio en igualdad jurídica de condiciones de ambos contendientes, dictada luego de un proceso y bajo condiciones de imparcialidad aseguradas desde el sistema mismo.

El proceso respetuoso de los derechos humanos solamente se ve reflejado en el sistema dispositivo o acusatorio, único que contiene esta estructura adecuada y conducente –actor o acusador, demandado o acusado y autoridad– con un claro reparto de roles y funciones de manera tal que se respetan dos principios basales: igualdad de las partes e imparcialidad –en sentido amplio– del juzgador. El sistema inquisitivo o inquisitorio no responde al modelo diseñado desde que la autoridad tiene poderes para acusar, probar y juzgar, generando una estructura bipolar y meramente procedimental de enjuiciamiento donde nunca cabrá el concepto de proceso como método de debate garantizador de los derechos humanos.

### **4.3 El procedimiento**

En la actualidad muestran una preocupación por atender al amplio concepto de procedimiento no sólo expertos en derecho procesal sino también juristas de otras ramas, filósofos y estudiosos de las ciencias políticas. Por tanto, es sencillo comprender que el procedimiento no es patrimonio exclusivo del proceso ni constituye –según ya remarcamos– su nota distintiva.

Las conductas humanas que efectúan los sujetos del proceso no pueden quedar aisladas o desarticuladas entre sí, porque la proyectividad que lo distingue no tendría cabida. Es necesario conectarlas permitiendo el desarrollo de la serie observando un orden lógico. Estas conexiones, estos contactos entre conductas, se materializan a través del procedimiento. De allí que sea imprescindible para todo proceso contener un procedimiento. Como éste opera sobre la conexión de conductas, razones sistemáticas enlazadas con la previsibilidad y seguridad jurídicas imponen establecerlo previamente y en sintonía con los derechos humanos, de donde emanan la orientación del macrosistema y los principios del proceso, que a su vez determinan la logicidad de la serie procesal.

Como primera aproximación a la noción de procedimiento jurídico, su unidad no debe ubicarse en la conceptualización del pretender ni del prestar, sino en el fenómeno material de la conexión de conductas humanas. De aquí ya podemos se-

parar dos aspectos importantes del procedimiento: la materialización y la conexión, en ambos casos en relación a los actos que lo componen. Esto nos conduce a observar las instancias que integran todo procedimiento, destacando su carácter bilateral o simple en atención a que conectan conductas de dos –y sólo dos– sujetos: recorre un camino que nace en una solicitud, petición o pedido de una persona y finiquita en la resolución que emite otra –autoridad–.

Situándonos en el concepto que nos ocupa, hallamos como nota distintiva o particular una conexión simple, un contacto que surge desde un *instar bilateral*. En el proceso, en cambio, encontramos el ya explicado instar proyectivo, aunque en él siempre estará presente un procedimiento. Porque el procedimiento no es otra cosa que una sucesión de conexiones de actos jurídicos de distintos sujetos; no es la mera sucesión, ni tampoco basta con la referencia a los actos, pues debe resaltarse la conexión, dado que la sucesividad de conexiones es lo procedimental<sup>37</sup>. Aparece, para formarlo, un encadenamiento de cierto tipo de conductas. En consecuencia, la conexión representa la reducción eidética de todo procedimiento.

Podemos añadir que se trata de la secuencia y de las conexiones de conductas, de manera que un procedimiento no es concebible ante la ausencia de cualquiera de estos términos: no lo hay si faltan las conductas, tampoco si se carece de conexiones y, finalmente, si las conexiones no se siguen una tras otra de una manera regular<sup>38</sup>. Si, como afirmamos, importan la materialización y la conexión de actos jurídicos que se suceden, es necesaria la intelectividad, el entendimiento, porque a diferencia de la mera reunión o yuxtaposición de actos, el significado de la sucesión no está en la materialidad sino en la inteligibilidad<sup>39</sup>.

Hace falta que, de alguna manera, el procedimiento esté estipulado con cierta precisión, determinando su principio y su final y –dentro de estos extremos– una variedad de conexiones entre los actos que realicen los sujetos participantes regulando sus aspectos temporales, espaciales y formales.

## 5. LA PROCEDIMENTALIZACIÓN Y EL DESPLAZAMIENTO DEL PROCESO

Con lo expuesto es posible concluir que el procedimiento no puede sustituir al proceso, ni éste puede prescindir de aquél, pese a que innumerables procedimientos no procesales aparecen en otros órdenes. Por consiguiente, mientras todo proceso contiene un procedimiento, no todo procedimiento resulta ser un proceso, pues éste sólo aparece en la acción procesal y no en las restantes instancias.

<sup>37</sup> Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto: *Derecho procesal*, Op. cit., vol. III, p. 121.

<sup>38</sup> Cfr. BRISEÑO GARCÍA CARRILLO, Marco Ernesto: *El trámite procedimental. Simplificación y unificación de los procedimientos*. Ponencia presentada en el XX Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Santiago de Chile, agosto de 2007, p. 9.

<sup>39</sup> Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto: *Compendio...*, Op. cit., p. 247.



El carácter inmaterial, abstracto e impalpable del proceso implica la comprensión cabal del significado del acto que hace a su inteligibilidad. El procedimiento, en cambio, presenta una naturaleza material, concreta y corpórea, que se capta por los sentidos y se realiza en un tiempo y en un espacio determinado, expresándose a través de cierta forma. El procedimiento opera, pues, como la forma material del proceso, que no puede tenerla de por sí, ya que no es acto material sino concepto significativo del acto<sup>40</sup>.

Con extrema simplificación en búsqueda de claridad podemos afirmar que al encontrarse el proceso en el mundo de los conceptos cabe pensarlo, pero no puede ser alcanzado por nuestros sentidos: no se lo puede ver, ni escuchar, ni olfatear, ni tocar, ni gustar. El procedimiento, que se encuentra en el mundo material, el de las cosas, puede ser perfectamente percibido por nuestros sentidos, como cuando observamos a un abogado iniciando una demanda en dependencias judiciales. Dicha presentación es –sin dudas– un acto procedimental, pero sólo podrá considerarse como forma material integrada al proceso si es proyectada por decisión de la autoridad hacia otro sujeto. La proyectividad, reducción eidética del proceso, opera sobre actos procedimentales que consigo arrastran la materialidad, sin que ello implique que el acto procedimental pierda su carácter material ni que se modifique o desvirtúe la naturaleza conceptual del proceso<sup>41</sup>.

La imparcialidad es un distintivo lógico derivado de la propia estructura que muestran el proceso –con tres sujetos, donde dos debaten en igualdad de condiciones y un tercero resuelve una vez finalizada la discusión– y el procedimiento –donde hallamos dos sujetos, uno que peticiona y otro que resuelve al respecto–<sup>42</sup>. De allí

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>41</sup> También se ha efectuado una distinción destacando que el proceso asume, frente al procedimiento, un carácter sustantivo y comprometido con la realidad constitucional con apoyo en el sistema de garantías que al justiciable debe ofertar. En cambio, el procedimiento es atemporal y acrítico a través del soporte que le brindan, sólo y exclusivamente, las formas técnicas y mecanicistas. Por ello, el procedimiento es técnicamente una realidad formal y rituaría frente al proceso que, a diferencia del procedimiento, es la realidad conceptual que posibilita el acceso al garantismo del derecho procesal, a través de la llamada tutela judicial efectiva, mediante el debido proceso sustantivo. El proceso se constituye, por tanto, en la justificación del procedimiento; lo que no significa que no pueda existir procedimiento sin proceso, puesto que el primero es atemporal y el segundo no, al hallarse comprometido con la base garantista del aquí y ahora. Por tanto ambos –proceso y procedimiento– son hipótesis de trabajo autónomas (Cfr. LORCA NAVARRETE, Antonio María: “El derecho procesal como sistema de garantías”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, N° 107, mayo-agosto 2003, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, p. 549).

<sup>42</sup> Nos inclinamos por aceptar un concepto amplio y exigente de imparcialidad, comprensivo de la imparcialidad en sentido restringido, la independencia y la *imparcialidad* del juez o árbitro que resuelve el caso. Puesto en términos sencillos, la imparcialidad en sentido restringido significa que quien decide no tiene ningún interés en el objeto del proceso ni en el resultado de

la importancia del *tribunal independiente e imparcial* traído a colación por los más trascendentes instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos<sup>43</sup>, configurando el requisito a cumplir por la persona que juzga.

Desde que los derechos humanos han sido reconocidos, declarados y garantizados en el sistema jurídico, es impensable que su protección, promoción y respeto pueda llevarse a cabo sin el soporte de un sistema de enjuiciamiento construido sobre los pilares que surgen de aquéllos. El proceso tal como aquí lo concebimos, cumple el estándar mínimo necesario a tal fin, respetando al hombre y sus derechos humanos. Su objeto es el debate, desarrollado entre partes antagónicas actuando en igualdad de condiciones jurídicas –igualdad de oportunidades–<sup>44</sup>.

El debate insume natural e inexorablemente un tiempo. La impulsividad propia del *posmodernismo*, que antepone el fin al medio, no permite esperar. De allí que el proceso sea visto como inoperante y prescindible, sin importar que su erradicación signifique sacrificar la discusión entre partes, el derecho de defensa en juicio y el de ser oído, el derecho a la igualdad y al de ser juzgado por un tercero imparcial. Se soslayan derechos humanos para lograr las metas rápidamente, a través del simple procedimiento, donde uno pide a otro que resuelva aún afectando a un tercero que no participó.

El procesalismo *posmoderno* justifica su accionar atacando el apego al método con la bayoneta de la lentitud que ello puede ocasionar, recurriendo muchas veces a casos ya no difíciles, sino trágicos.

---

la sentencia. A su turno, la independencia se orienta hacia la inexistencia de prejuicios y de cualquier tipo de poder que condicione a la autoridad y su pronunciamiento. Finalmente, el neologismo *imparcialidad* debe entenderse como la imposibilidad del tercero que sentencia de realizar o reemplazar la actividad que durante el proceso deben llevar a cabo –propiaamente– las partes.

<sup>43</sup> V. gr., el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; el artículo 14 numeral 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el artículo 8 numeral 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

<sup>44</sup> En la actualidad, se está abriendo paso y marcando tendencia la aceptación de un paralelismo entre democracia y sistema acusatorio. Más aún, se avanza inclusive en la vinculación entre sistema acusatorio y regímenes democráticos y entre sistemas inquisitivos y regímenes absolutistas (V. FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995, p. 636, nota 84). Estimamos que quizás haya que intensificar esfuerzos en la adecuación conceptual de la democracia, el proceso y el procedimiento considerando los derechos humanos, al tiempo que se deben afinar las ideas sobre sistemas de enjuiciamiento, principios del proceso y reglas procedimentales. Aunque no tenemos dudas de que el método de enjuiciamiento acusatorio en materia penal y el dispositivo en las restantes brinda el único proceso compatible con los derechos humanos y la idea de democracia que sostenemos, pues comparten fundamentos basales y posibilita a la persona su plena realización.

En verdad, ciertas figuras que se instauran buscando celeridad a toda costa sólo pueden lograr sus fines por medio de actos de autoritarismo –y no de autoridad–. El precio de la rapidez se paga suprimiendo o restringiendo el derecho fundamental de defensa en juicio y desterrando la garantía del proceso. El común denominador de estas creaciones que sólo son procedimiento, tal como expresáramos, es el agravante de que su resolución afectará a una persona ajena al trámite. En consecuencia, se verá perjudicada por la conculcación de su derecho de defensa en juicio o por la necesidad de ejercer su derecho de acción procesal para demostrar su inocencia.

Estamos de acuerdo en que el procesalismo debe dar respuestas para los casos urgentes y extremos. Y puede darlas perfectamente sin tener que llegar a extirpar la garantía del proceso. Demostraremos que una cosa no quita a la otra.

Una adecuada contemplación en la legislación contingente de las medidas cautelares procesales –en puridad denominativa, *peticiones cautelares*– y de los *anticipos pretensionales provisionales* coadyuvan a que la eficacia o rapidez de la tutela no se agote en un antojadizo reparto de prestaciones desde la autoridad judicial sin que importe el debate y la defensa en juicio.

Es en base a confusiones conceptuales y de requisitos o presupuestos exigidos en relación a figuras tales como la petición cautelar y la llamada *tutela anticipada, anticipatoria, provisional o interinal* –abonado por cierta interpretación del poder cautelar genérico que consagran algunos códigos procedimentales–, que una parte de la doctrina –sobre todo en la Argentina– ha propagado herramientas sembradas en la ineficiencia judicial con el pretexto de obtener tutela judicial efectiva. Se ponen así bajo el manto de *medidas cautelares* instrumentos que nada tienen de cautela y que colisionan con principios constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos: nos referimos a lo que se conoce como *medida innovativa y sentencia autosatisfactiva*<sup>45</sup>.

No dudamos que, básicamente, desde la técnica es posible habilitar una *justicia provisional* inmediata y rápida que morigere los perjuicios que en ciertos casos ocasiona el tiempo que demanda el proceso –única vía posible hacia la *justicia de-*

<sup>45</sup> Ambas figuras, según sus defensores, se sostienen en su excepcionalidad. Así, la *medida innovativa* hace las veces de diligencia precautoria que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de que se pida su dictado, constituyendo nada más y nada menos que la injerencia de una autoridad jurisdiccional en la esfera de libertad de una parte ajena hasta ese momento al procedimiento que le dio origen. Su objetivo es lograr orden de cese de una actividad contraria a derecho o de retrotraer el resultado de un proceder antijurídico, sin que se haya proferido aún sentencia definitiva. La *sentencia autosatisfactiva*, en cambio, es un requerimiento de carácter urgente al órgano jurisdiccional que se agota con su despacho favorable, prescindiendo del inicio de un proceso principal. Si bien quienes alientan esta variante, en un comienzo, derechamente proponían que se realizara sin audiencia de la futura afectada, esta posición fue reformulada ante el aluvión de críticas. Igualmente, su inconstitucionalidad permanece intacta, dado que se dicta resolución eludiendo el proceso, vedando toda posibilidad de ejercicio amplio del derecho de defensa.

*finitiva*—. Mientras la tutela anticipada busca evitar que la demora en el dictado de una sentencia genere un daño irreparable, la petición cautelar apunta a asegurar el cumplimiento de un pronunciamiento futuro. Por lo tanto, resulta evidente que los presupuestos de una y otra no coinciden —con excepción de la caución o garantía—: las cautelares requieren la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora; en cambio, las anticipatorias o provisionales necesitan una fuerte probabilidad del derecho y un daño inminente e irreparable<sup>46</sup>.

A esto se agrega que el proveimiento o despacho de las cautelares inexorablemente se efectúa inaudita parte —siguiendo la regla de la unilateralidad— a fin de no frustrarla con, por ejemplo, una eventual insolvencia del deudor. Pero el pedido de medidas provisionales o de tutela anticipada necesariamente debe ser bilateralizado para oír a la parte que será afectada. Esta sustanciación no conlleva al fracaso de la medida, debido a las propias características de la figura ya explicadas.

En consecuencia, ha quedado demostrado que los casos urgentes bien pueden ser adecuadamente atendidos por los jueces —previo pedido de parte— con medios como los explicados, sin violar derechos humanos. Resulta a todas luces innecesario sacrificar la garantía del proceso en nombre de la eficacia y la celeridad, dejando en su lugar puro procedimiento, pues el mismísimo derecho procesal provee herramientas apropiadas que brindan respuesta rápida y eficaz sin renegar de su objeto de estudio.

## 6. CONCLUSIÓN

Los trascendentes cambios políticos, jurídicos, sociales, culturales, económicos y tecnológicos que marcan la presente era generan diversos desafíos. Sin embargo, las circunstancias no deben hacernos perder de vista la centralidad humana y el lugar preponderante que, desde lo sistémico, ocupa el respeto a los derechos del hombre. Por eso, comenzando por la persona humana, titular de derechos inherentes a su condición, es factible edificar desde lo conceptual un proceso con derechos humanos, que cumple una función democrática garantizadora. De este modo, se hace presente la importancia que tiene para el derecho procesal la distinción conceptual entre proceso y procedimiento, estableciendo como punto de lanzamiento al derecho fundamental de peticionar a las autoridades. Con él aparecen las distintas posibilidades del instar; entre ellas, la acción procesal es la única que enlaza tres sujetos y da origen a un proceso. Las restantes vinculan solamente a dos, y por consiguiente dan vida a un procedimiento.

Los actuales embates contra el proceso desde diversos sectores que fincan en ideales *posmodernos*, se cristalizan con propuestas de exclusiva procedimentaliza-

---

<sup>46</sup> Aclaremos y subrayamos que no admitimos la incorporación al proceso penal de la tutela o sentencia anticipada pues representa, lisa y llanamente, un supuesto de adelanto de pena.

ción, reviviendo antiguas creencias inquisitivas. El inmediato arribo a la meta se convierte en el objetivo principal. Un paulatino aumento del protagonismo jurisdiccional –sin el debido control institucional– acallando las voces de las partes –cuyo mejor auditorio lo encuentran en el debate procesal– apuntala una visión de justicia impulsiva más efectista que efectiva.

Un sistema social, político y jurídico preocupado por el hombre debe declarar, reconocer y promover un núcleo de derechos humanos prepositivos que nacen de la dignidad de la persona. No olvidemos que también de la dignidad humana emana un conjunto de garantías imprescindibles para su protección, las cuales funcionalmente impiden que los derechos declarados y reconocidos caigan en letra muerta. Entre estas garantías, la de mayor trascendencia es el proceso, que no se trata de una gracia que confiere a discreción el Estado, sino de una pertenencia del hombre, que se construye con derechos humanos y representa la última esperanza que posee para velar por ellos y hacerlos efectivos.

Por fortuna, el derecho procesal que reivindica su objeto de estudio continuará luchando por la obtención del fin sin dejar de respetar el método, porque en estos tiempos de pulsión, de aceleración, de irracionalidad, de logros efímeros y de consumismo, respetarlo significa más que eso: es defender los derechos humanos.

