

TEORÍA
GENERAL
DEL PROCESO
1

Omar A. Benabentos

*A todos mis alumnos de Derecho Procesal,
con quienes he compartido
la vocación de enseñar y aprender*



editorial Juris

AGRADECIMIENTOS

No podríamos avanzar en la presentación de esta primera monografía de la serie dedicada a la *Teoría General del Proceso* sin formular tres agradecimientos personales e intelectuales.

El primero de ellos ya fue expresado en nuestra obra *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal* pero, igualmente, sentimos la necesidad de exteriorizarlo nuevamente: va dirigido a Adolfo Alvarado Velloso.

Es que este humilde y renovado esfuerzo doctrinal es una pequeña devolución hacia su persona de las tantas enseñanzas humanas y científicas recibidas a lo largo de más de veinticinco años de mi vida. Sin el equipaje intelectual, que generosamente nos regalara Alvarado Velloso, ninguna de nuestras ideas procesales hubiera siquiera germinado.

Vaya, entonces, para quien siempre he considerado como mi maestro y mentor, este merecido agradecimiento.

También deseo renovar nuestros respetos por el saber jurídico de Humberto Briseño Sierra y sus esclarecidas ideas sobre la ciencia del proceso. Sin ellas, tampoco hubiéramos podido siquiera iniciarnos en estos esbozos teóricos que el maestro mexicano, desde su profundidad dogmática nos ayudó a elaborar, aun sin saberlo.

El tercer agradecimiento tiene como destinatario a las promociones de alumnos “de grado” de derecho procesal de la Facultad de Derecho de Rosario y los de la Facultad de Derecho de Belgrano, en Capital Federal. Tampoco queremos olvidarnos de los alumnos de otras facultades de Derecho esparcidos en América latina (Colombia, Perú, Panamá, Paraguay y Uruguay) quienes han sido nuestros ocasionales oyentes de la actividad académica que desplegáramos especialmente en la última década.

Todos ellos contribuyeron escuchando, debatiendo, y hasta corrigiendo nuestras ideas, a depurar el producto final que aquí se entrega.

En su juventud y, fundamentalmente, en su espíritu contestatario, encontramos, en definitiva, la principal fuente de energía que nos auxilió para concluir nuestra labor.

Omar A. Benabentos
Rosario, mayo de 2002

ÍNDICE GENERAL

<i>Agradecimientos</i>	IX
INTRODUCCIÓN	1
1. <i>Justificación de nuestra labor</i>	3
2. <i>Sobre el método adoptado para explicar la teoría general del proceso</i>	6
2.1. <i>Advertencias sobre la postergación en el tratamiento de la "Teoría General Unitaria del Derecho Procesal"</i>	7
2.2. <i>Una segunda advertencia referida al estudio del "Derecho Procesal Garantista"</i>	9
<i>Bibliografía utilizada</i>	11
Capítulo I	
EL DERECHO COMO MECANISMO DE CONTROL SOCIAL	13
1. <i>El hombre como sujeto social</i>	15
2. <i>Noción de sociedad</i>	16
3. <i>La tensión entre el individuo y la sociedad</i>	18
4. <i>Origen del derecho</i>	18
4.1. <i>Las desviaciones de las conductas</i>	21
4.2. <i>Técnicas de control social: promocionales y disuasivas</i>	22
4.3. <i>El derecho como instrumento de control social</i>	22
4.4. <i>Derecho y moral. Diferenciación</i>	25
4.5. <i>El derecho como norma reforzada por la coacción o como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza</i>	27

5. <i>El Derecho como norma, como ordenamiento y como relación</i>	32
6. <i>Nuestra opinión</i>	33
7. <i>Función del Derecho para Carlos Nino</i>	34
8. <i>Conclusiones</i>	35
<i>Bibliografía utilizada</i>	37
Capítulo II	
EL OBJETO DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO	39
1. <i>El objeto de conocimiento del Derecho</i>	41
1.1. <i>Teorías "monistas" y "trialistas"</i>	42
1.2. <i>Justificando nuestro aporte</i>	44
2. <i>La opinión de León Duguit</i>	44
3. <i>Nuestra opinión y crítica del pensamiento de Duguit</i>	48
4. <i>Carlos Cossio</i>	49
5. <i>Nuestra opinión</i>	51
5.1. <i>Sobre el contenido de la ciencia jurídica</i>	52
5.1.1. <i>Igualdad jerárquica entre la conducta, la norma y los valores</i>	53
6. <i>Las enseñanzas de Alvarado Velloso</i>	54
7. <i>Nuestra opinión</i>	57
8. <i>Abel Naranjo Villegas</i>	58
9. <i>Nuestra opinión</i>	59
10. <i>Rodrigo Noguera Laborde</i>	60
11. <i>Nuestra opinión final sobre el objeto de conocimiento del derecho</i>	60
11.1. <i>Anticipando algunos conceptos sobre el objeto de conocimiento del derecho procesal</i>	66
11.1.1. <i>Sobre los valores que tiende a realizar el derecho procesal</i>	68

Teoría general del proceso	XIII
12. <i>Últimas reflexiones</i> <i>de Norberto Bobbio y Hans Kelsen</i>	69
13. <i>Nuestras conclusiones</i>	71
<i>Bibliografía utilizada</i>	72
Capítulo III EL OBJETO DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO PROCESAL	75
1. <i>El objeto de conocimiento del derecho procesal</i>	77
1.1. <i>La relevancia jurídica</i> <i>de los conflictos y su contingencia</i>	78
2. <i>La inquietud doctrinaria para precisar</i> <i>el objeto de conocimiento del derecho procesal</i>	79
2.1. <i>Idea de conflicto y litigio</i> <i>para Francesco Carnelutti</i>	81
2.2. <i>Conflicto y litigio en los términos</i> <i>de Alvarado Velloso</i>	82
3. <i>Conclusiones</i>	83
<i>Bibliografía utilizada</i>	84
Capítulo IV LOS DISTINTOS TIPOS DE CONFLICTOS JURÍDICOS	87
1. <i>Diversidad de los conflictos jurídicos</i>	89
2. <i>El nacimiento del conflicto jurídico</i>	89
3. <i>Los conflictos jurídicamente trascendentes.</i> <i>La pretensión y la resistencia, el estado</i> <i>de incertidumbre y la violación</i> <i>de la conducta prescrita por la norma</i>	92
4. <i>Los distintos tipos de conflictos no afectan</i> <i>a la unidad del objeto de conocimiento</i> <i>del derecho procesal</i>	95
5. <i>Conclusiones</i>	98
<i>Bibliografía utilizada</i>	100

Capítulo V EL CONTENIDO NORMATOLÓGICO DE LA CIENCIA JURÍDICA Y DEL DERECHO PROCESAL	101
1. <i>Recopilación</i>	103
2. <i>La persistencia del conflicto.</i> <i>Los modos de solucionarlo</i>	104
3. <i>Análisis esquemático del nivel normativo</i> <i>del derecho (en general) y del derecho procesal</i> <i>(en particular)</i>	105
3.1. <i>La materia normativa que integra</i> <i>el derecho procesal</i>	107
3.2. <i>Acción, proceso y jurisdicción</i>	108
4. <i>Sobre la axiología del sistema procesal</i>	111
4.1. <i>Cerrando nuestras reflexiones axiológicas</i>	120
5. <i>Conclusiones</i>	124
<i>Bibliografía utilizada</i>	126
Capítulo VI PROFUNDIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS SOBRE EL CONTENIDO NORMATOLÓGICO DEL DERECHO Y DEL DERECHO PROCESAL	127
1. <i>Introducción</i>	129
2. <i>El modelo normativo en los sistemas</i> <i>jurídicos basados en el “civil law”</i>	131
3. <i>¿El ordenamiento jurídico se sirve de normas</i> <i>que asumen una determinada “estructura” y,</i> <i>por eso, lo hacen inteligible?</i>	132
3.1. <i>Introducción al tema</i> <i>de las estructuras normativas</i>	133
3.2. <i>Cuantificación y clasificación normativa</i>	134
3.2.1. <i>Normas y normas procesales</i>	135
4. <i>El problema al cual se enfrenta</i> <i>el Derecho como ciencia. La respuesta</i> <i>que debe brindar desde este plano</i>	137

5. <i>La racionalidad de la respuesta al problema científico que se le plantea al Derecho</i>	139
6. <i>Introducción al estudio de las estructuras moleculares de las normas jurídicas</i>	140
6.1. <i>Normas programáticas</i>	140
6.2. <i>Normas conceptuales</i>	140
6.3. <i>Normas estáticas-disyuntivas</i>	141
6.4. <i>Normas dinámicas procedimentales que ayudan a la actuación espontánea del derecho o prepararan la reacción institucionalizada</i>	142
6.5. <i>La norma dinámica proyectiva y necesariamente bilateral: la acción procesal</i>	145
7. <i>Conclusiones</i>	146
<i>Bibliografía utilizada</i>	148

Capítulo VII

**CONCLUSIONES SOBRE EL CONTENIDO
NORMOLÓGICO DEL DERECHO**

Y DEL DERECHO PROCESAL

1. <i>Introducción</i>	151
2. <i>Volviendo sobre las estructuras moleculares de las normas jurídicas</i>	152
2.1. <i>La primera estructura molecular: las normas programáticas</i>	152
2.2. <i>La segunda estructura molecular: normas conceptuales</i>	153
3. <i>La tercera estructura "molecular" de la norma jurídica: la que regula el cumplimiento "espontáneo del mandato jurídico" y la de la norma "sancionatoria" ante el incumplimiento de lo regulado</i>	159

3.1. <i>La norma disyuntiva en la concepción de Carlos Cossio</i>	162
3.1.1. <i>Conclusión</i>	163
3.2. <i>La "cuarta estructura molecular": las normas dinámicas-procedimentales</i>	164
3.3. <i>La quinta y última creación de la estructura molecular normativa: la acción procesal como una instancia proyectiva necesariamente bilateral</i>	170
4. <i>Apelando a un complemento histórico para captar mejor la idea de la acción procesal</i>	173
4.1. <i>Volviendo a nuestras opiniones</i>	176
5. <i>Resumen</i>	177
<i>Bibliografía utilizada</i>	180
<i>Bibliografía general</i>	181

INTRODUCCIÓN

Sumario

1. Justificación de nuestra labor. 2. Sobre el método adoptado para explicar la teoría general del proceso. 2.1. Advertencias sobre la postergación en el tratamiento de la “Teoría General Unitaria del Derecho Procesal”. 2.2. Una segunda advertencia referida al estudio del “Derecho Procesal Garantista”.

1. Justificación de nuestra labor

La serie de monografías dedicadas a la enseñanza de la “teoría general del proceso” tiene como principales destinatarios *a los alumnos que cursan las materias derecho procesal civil y derecho procesal penal*.

Nuestra experiencia docente, acumulada a lo largo de más de veinte años en las aulas de grado universitario, nos ha persuadido que, más allá de la abundante cantidad y calidad de las obras dedicadas a explicar los fundamentos de la teoría general del proceso, la constante *evolución* de esta rama del derecho producto, principalmente, de ser un apéndice científico “*joven*” si se la compara, por ejemplo, con *el derecho civil*, justifica *incursionar*, una y otra vez, en el tratamiento de sus *notiones teóricas elementales: la acción, el proceso y la jurisdicción*.

Es que la “*trilogía estructural del derecho procesal*”, como le gustaba denominarla a Francesco Carnelutti, *se encuentra*, aún hoy, en el *centro* de profundos *debates doctrinales*.

Alcalá Zamora y Castillo denunciaba, hace ya ~~muchos~~ años, que la teoría general del proceso debe ser ~~concebida~~ como la exposición de los conceptos, institu-

ciones y principios *comunes* a las distintas ramas de enjuiciamiento.

Pero, también advertía que esa teoría general, que debería lógicamente ser el *cimiento* de la dogmática procesal, cronológicamente surge *con enorme retraso*, puesto que todavía representa *más una aspiración* que una conquista definitiva.

En nuestro concepto, las críticas de antaño que formulara Alcalá Zamora y Castillo, no han perdido su vigencia.

En síntesis, si con una frase se pudiera resumir el *incierto panorama doctrinal* que envuelve a las especulaciones sobre la teoría general del proceso, es suficientemente expresiva aquella reflexión que proviene —nuevamente— de la pluma de Alcalá Zamora y Castillo “el drama de los procesalistas consiste en que *las nociones básicas* de la disciplina carecen aún *de la estabilidad necesaria* para alzar sobre ellas una construcción, cuanto menos *sólida* de la teoría general del proceso...”¹.

Y evidenciando el desencanto que experimentaba el maestro español, ante tantas frustraciones científicas, llegó a tildar *a la acción, la jurisdicción y el proceso* como “*el trípode desvencijado del derecho procesal*”.

Quizás, esa adjetivación luce hoy un poco *exagerada*, pero convengamos que las contradicciones en las que continuamente cae la doctrina a la hora de tomar

¹ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Ensayos de derecho procesal*, p. 656 y sigs., Ediciones de la Revista de JA, Buenos Aires, Argentina. 1944.

postura sobre los pilares de la ciencia del proceso avalan, en cierto modo, su escepticismo.

De otro lado, nos consta que a los estudiantes de derecho procesal les resulta sumamente difícil *comprender los temas centrales de nuestra disciplina*. Este desconcierto no resulta ajeno a la confusión dogmática que denunciarnos más arriba. Lo cierto es que existe entre los alumnos un alto grado de incertidumbre extendido a cuestiones vinculadas con:

- la “razón de ser” del derecho y del derecho procesal;
- el objeto de conocimiento,

-la noción que permita diferenciar y tornar inconfundible los conceptos de la acción, la jurisdicción y el proceso.

-las conexiones que deben darse entre el nivel sociológico del derecho procesal (las conductas), el nivel normativo y la axiología (los valores) que deben realizar los sistemas de procesamiento.

De hecho, que la incertidumbre estudiantil no se limita a los temas antes enunciados, pero ya es suficientemente grave que no alcance un entendimiento razonable sobre los ejes principales en los que se asienta la teoría general del derecho procesal.

Por cierto, que no aspiramos que con nuestro trabajo se develen las incógnitas antes detalladas. No sólo que este propósito sería demasiado pretencioso, constituiría, además, una ingenuidad epistemológica.

Pero estaríamos más que conformes si con el aporte **realizado** sentamos algunas bases elementales para **facilitar** el estudio del derecho procesal.

De lo que también estamos persuadidos es que todavía falta mucho camino para recorrer en el desarro-

llo de los institutos elementales de la teoría general del proceso y, de allí, que no consideremos ocioso proponer a nuestros lectores una nueva incursión sobre el tema.

2. *Sobre el método adoptado para explicar la teoría general del proceso*

Una breve reflexión para ilustrar sobre el método elegido en la organización de nuestro plan expositivo: el mismo consiste en desarrollar *en una serie de monografías*, los temas centrales de la teoría general del proceso.

En esta primera entrega monográfica que está compuesta de siete capítulos, abordamos los siguientes temas:

-En el capítulo primero incursionamos en la necesidad de la creación del derecho, su concepto y sus diferencias con otros sistemas reguladores de la conducta (la moral, los usos y costumbres, la religión, etc.) cerrando el discurso con los “fines” que persigue el derecho (en general) y del derecho procesal (en particular). La idea central es definir al derecho como instrumento de control social.

-En los capítulos segundo, tercero y cuarto, profundizamos la idea sobre el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica y de la ciencia procesal, buscaremos la correlación entre el derecho como instrumento de control social y lo que “controla” el Derecho: la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. A su vez, demostraremos como el derecho procesal se ocupa de la interferencia de conductas de trascendencia jurídica con un matiz propio: conductas en un “afirmado” estado de conflicto.

-Los capítulos quinto, sexto y séptimo están dedicados a los contenidos normativos. Explicaremos cómo el objeto de conocimiento del derecho procesal y los fines para los cuales ha sido creado *condicionan* todo el contenido normativo de la ciencia procesal.

-Finalmente, en alguno de estos capítulos efectuaremos unas breves reflexiones sobre los valores jurídicos que pretenden realizar los sistemas procesales.

2.1. *Advertencias sobre la postergación en el tratamiento de la “Teoría General Unitaria del Derecho Procesal”*

Como el lector advertirá no hemos abordado, *por ahora*, el tratamiento de la “Teoría Unitaria del Derecho Procesal”, y ello obedece a nuestro convencimiento que –para el alumno– la explicación de los fenómenos procesales será más accesible si suministramos, *primero*, una noción “clásica” de la teoría general del proceso y, luego, consolidados esos conceptos, volcar *en una monografía específica dedicada al tema* las razones científicas, académicas y filosóficas que nos persuaden de la bondad de sostener una Teoría General “unitaria del derecho procesal”.

Sólo queremos ratificar en esta introducción que *sostenemos firmemente la validez y utilidad científica de proponer una base teórica común para todas las ramas de la ciencia del proceso* (civiles, penales, laborales, administrativa, etc.).

En otros términos: somos sostenedores de una línea procesal que decide avanzar “*un paso más*” sobre las

ideas doctrinarias tradicionales, ya que venimos propugnando –desde hace años– la formulación de una “*Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*” que pretende, como ya lo expresamos, consagrar *la unidad de la ciencia del proceso*, poniendo especial énfasis en la *comunidad conceptual que existe entre el derecho procesal civil y el derecho procesal penal*.

Ya llegará el momento de volver sobre el tema pero, de momento, al lector que quiera interesarse en los fundamentos de la “*unidad procesal*”, le recomendamos la lectura de la obra “*Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*”². En su texto se encuentra suficientemente explicados todos los argumentos que sostienen esta línea doctrinal.

De todas formas, en esta serie de monografías se han volcado una gran cantidad de conceptos contenidos en la obra antes mencionada. No podría ser de otra forma ya que por el hecho de desarrollar bajo un formato monográfico el estudio de la teoría general del proceso, necesariamente, provoca una constante *remisión* a nuestras ideas expresadas en temas que son *comunes* en ambas obras, por ejemplo, el objeto de conocimiento del derecho procesal, la composición del nivel normativo de nuestra ciencia, etc.

² Benabentos, Omar, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*. Juris, Rosario, Argentina, 2001.

2.2. *Una segunda advertencia referida al estudio del “Derecho Procesal Garantista”*

Una justificación similar a la expresada en los párrafos anteriores explica por qué no hemos incursionado –en el inicio de nuestra labor– en un análisis sobre el soporte “*garantista*” de la teoría general unitaria del derecho procesal.

Al “*garantismo procesal*”, por la importancia que le asignamos como *sostén ius-filosófico de toda nuestra exposición doctrinaria*, le dedicaremos, también, el texto *íntegro* de una de las monografías que integra la serie.

Sin embargo, asumimos plenamente que tanto la *unidad* del derecho procesal como la postura *garantista* que sostenemos son temas *harto polémicos*.

Si nuestra intención es tratar de buscar *el mayor grado de consenso en el lector sobre los ejes doctrinarios de la teoría general del proceso*, parece oportuno *desplazar* para otra instancia futura aquellas cuestiones que *más conflictos desatan entre los estudiosos del derecho procesal*.

Sabido es que existen fuertes corrientes dogmáticas que se oponen a la “*teoría común o unitaria*” del derecho procesal (en especial a la comunidad entre los procesos civiles y penales).

Además, en el terreno ideológico, muchos doctrinarios tampoco *comparten* las ideas *garantistas* que nosotros sostenemos.

Frente a este panorama, no queremos –todavía– involucrar al alumno en esta contienda. Preferimos que, paso a paso, avance en el estudio de la teoría general del proceso y, luego, con un bagaje intelectual más consolidado, se embarque y *hasta tome partido* (a favor o en contra) frente a la postura unitaria y garantista que proponemos.

A todo evento, remitimos al lector que sienta curiosidad por los fundamentos que inspiran la idea garantista del derecho procesal, a la lectura de los capítulos dedicado a su explicación y que se encuentran incluidos en la obra mencionada más arriba.

En otros términos y para resumir: queremos agotar, en esta primera etapa, el tratamiento *dogmático* de aquellos temas “centrales” que interesan a la ciencia procesal.

En este sentido, en la segunda monografía, continuaremos con el estudio de la *acción procesal, del proceso, la “auto-tutela” y los métodos “auto-compositivos” de solución de los conflictos de relevancia jurídicos.*

Finalmente, en una tercera monografía, daremos cuenta de la *función jurisdiccional.*

Recién entonces, reiteramos, nos embarcaremos de lleno en la *exposición de las ideas unitarias y garantistas* que constituyen los *ejes teóricos y filosóficos* que sostienen a nuestra construcción doctrinal.

Bibliografía utilizada

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Ensayos de derecho procesal*, Buenos Aires, Argentina, 1944, Ediciones de la Revista de JA.

BENABENTOS, Omar, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, Argentina, 2001.

Capítulo I
EL DERECHO COMO MECANISMO
DE CONTROL SOCIAL

Sumario

1. El hombre como sujeto social. 2. Noción de sociedad. 3. La tensión entre el individuo y la sociedad. 4. Origen del Derecho. 4.1. Las desviaciones de las conductas. 4.2. Técnicas de control social: promocionales y disuasivas. 4.3. El Derecho como instrumento de control social. 4.4. Derecho y moral. Diferenciación. 4.5. El Derecho como norma reforzada por la coacción o como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza. 5. El Derecho como norma, como ordenamiento y como relación. 6. Nuestra opinión. 7. Función del Derecho para Carlos Nino. 8. Conclusiones.

1. El hombre como sujeto social

Para preservar a la propia especie humana, desde el mismo momento en que el hombre comenzó a convivir en sociedad, se advirtió la necesidad de apelar a *instrumentos que logren el "control social" de las conductas en su interferencia subjetiva*.

En este tramo seguimos *casi literalmente*, las enseñanzas de Giuseppe Lumia¹, quien explica de manera insuperable cómo el derecho es, en esencia, un "*mecanismo de control social*". Además, el sentido de esta incursión temática (trayendo al ruedo los fundamentos que explican el *origen y finalidad del derecho*) se basa en nuestra convicción que, si se comprenden *estos conceptos elementales* será más sencillo acceder, luego, a las nociones específicas vinculadas con el *nacimiento y la razón de ser del derecho procesal*.

Sinceramente, y con humildad intelectual, resolvimos apelar a la transcripción de los *párrafos íntegros* del capítulo primero de su obra, ya que la "fragmentación" de su pensamiento hubiera privado al lector del análisis completo desarrollado por el iusfilósofo italiano.

También confiamos en que el maestro Lumia nos permitirá esta "licencia" (o apropiación intelectual) justi-

¹ Lumia, Giuseppe, *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, Madrid, España, versión castellana, edit. Debate.

ficada, a nuestro entender, por el afán docente que quiere darse a esta monografía cuyos *destinatarios naturales* son los *estudiantes de derecho* y, en especial, quienes deben incursionar en sus primeros contactos con la *teoría general del derecho procesal*. Sin duda, ellos serán los directos beneficiados con la lectura del material escogido.

Afirma Lumia² que el hombre no puede *vivir* más que *asociado a sus semejantes*. Esta no es, desde luego, una constatación *reciente*, como tampoco lo es la conciencia de la *variedad y complejidad de los problemas suscitados por su naturaleza social*.

La condición "social" del individuo no sólo hunde sus raíces en las *necesidades y exigencias fisiológicas de la especie humana*, sino que desarrolla, además, un papel decisivo en la propia *formación de la personalidad del hombre*, que sólo toma "*conciencia*" de su individualidad en relación con los demás hombres y dependiendo del "*reconocimiento*" que de los otros obtenga.

2. Noción de sociedad

Entre los estudiosos del tema existen opiniones dispares a la hora de suministrar una noción exacta de "sociedad". Contribuye a la formación de este incierto panorama el hecho que la sociología, en cuanto estudio sobre bases científicas de la sociedad, de la acción social y de los sistemas sociales, tiene un origen *demasiado reciente* (surge, como es sabido, en la mitad del siglo pasado) y, por otro lado, los fenómenos sociales

² Lumia, Guisepppe, ob. cit., pág. 9 y sigs.

son *demasiado complejos y mudables* como para que haya habido oportunidad y tiempo para formar una *opinión científica "consolidada"*.

Para la ciencia sociológica ha sido muy fuerte la tentación de tomar "prestados" de *otras disciplinas* (más antiguas y organizadas) sus *modelos interpretativos* para traspasarlos y utilizarlos en el *estudio de los fenómenos sociales*.

Así, quien adoptaba el modelo ofrecido por la *física* concebía la sociedad como un "*mecanismo*", esto es, como la resultante de las acciones llevadas a cabo por los individuos para la consecución de los fines particulares perseguidos por cada uno de ellos.

En cambio, quien aceptaba el modelo de la *biología* veía en la sociedad un "*organismo*", al que los individuos están "subordinados", igual que las células están subordinadas a las funciones generales del organismo.

Estos dos puntos de vista recogen *una realidad y encubren una ideología*. En efecto, es innegable que algunos grupos (como las sociedades familiares y los clanes), caracterizados por *intereses convergentes* y por la aceptación de *una misma tabla de valores*, se acercan mucho al modelo "*organicista*", mientras que otros (como las modernas sociedades estatales), identificados por intereses "*en competencia*" y por *una pluralidad de sistemas valorativos*, se aproximan más bien al modelo "*mecanicista*".

En el plano *ideológico*, la aceptación del primero o el segundo de los modelos revela la preferencia concedida bien a sociedades de *desiguales*, fundadas en la "*subordinación*" de las partes al todo, bien a sociedades de *iguales*, fundadas en relaciones de "*coordinación*" entre los variados fines perseguidos por los individuos y las actividades orientadas a realizarlos.

En una palabra, según el rumbo seguido se revelará la *preferencia* concedida a formas de organización de la sociedad: *autocráticas o democráticas*.

3. La tensión entre el individuo y la sociedad

El contraste entre las concepciones *autocráticas o democráticas* es indicativo de la *tensión* implícita en la relación entre *individuo y sociedad*. Esta relación se presenta bajo el signo de la *contradicción* y de la *ambivalencia*. Por una parte, yo tengo *"necesidad"* de los "otros", y esta *"necesidad"* se manifiesta no sólo en el desarrollo de las facultades superiores de mi personalidad, intelectuales y morales, sino que está también condicionado por el contexto social al que pertenezco. Mi propio "venir al mundo" y mi propia supervivencia física presuponen la *"existencia"* de una sociedad, aunque sea elemental.

Ahora bien, si yo tengo *"necesidad"* de los demás, eso quiere decir que *dependo* de ellos, esto es, que estoy *sujeto a los demás*. Por otra parte, desde el momento en que *me sirvo de los demás* para satisfacer aquellas necesidades (que de otro modo no podría cubrir) tiendo a "instrumentalizarlos" (*usarlos*) para la consecución de *mis fines particulares*.

4. Origen del Derecho

Esta conflictividad potencial, típica de las relaciones sociales, si bien, por un lado, *da origen al Derecho* como "instrumento" dispuesto para la *resolución de los conflictos* por otro lado, hace también que el Derecho

mismo, como veremos luego, se cargue de ese carácter de *"ambivalencia"* (característico de las "relaciones" entre los *individuos y la sociedad*).

La necesidad de asegurar la *supervivencia* del hombre y la consecución de sus *fines esenciales* exige la *instauración de un "orden social"*. Esto es, de un "condicionamiento" de las *acciones individuales* con objeto de conseguir aquellos *fines "sociales"*.

Cuales sean los "objetivos" que se proponga (o se deba proponer el orden social) no es algo que nos interese aquí, puesto que, en último análisis, la primera cuestión depende de las *condiciones históricas concretas* y, la segunda de nuestras *preferencias personales*.

Lo que importa subrayar ahora es que *cualquier ordenamiento presupone una cierta uniformidad de comportamientos* que, en alguna medida, hace *previsibles*, esto es, *"típicas"*, las reacciones de los individuos *ante situaciones igualmente "típicas"*.

La actividad del hombre es, sobre todo, *actividad "proyectiva"*. Ahora bien, ningún "proyecto" podría ser *útilmente formulado* más que con la *previsión* de que ciertos datos *permanecerán constantes* (dentro de unos límites de tiempo razonables). Resulta evidente que, entre estos datos, ocupa un lugar privilegiado el "comportamiento" de los componentes de un grupo social.

La *"conformidad"* de los modelos *individuales*, con los *"modelos universalmente reconocidos y aceptados"* se obtiene, ante todo, mediante aquellos *procesos dinámicos* que se designan con el nombre de *socialización* (o *culturización*) y de *interiorización* (o *introyección*).

La *"socialización"* consiste en aquél *proceso educativo* —que no se limita a los años de la llamada edad evo-

lutiva sino que se desarrolla durante *toda la vida del hombre*— a través del cual primero el niño, el joven después y el adulto por fin, se hacen *aptos para asumir las tareas correspondientes a los “roles sociales” que poco a poco vayan asumiendo* (roles de estudiantes, de padre, de trabajador, de médico, etcétera), integrándose así en el contexto del grupo.

El proceso de “*socialización*” conduce a la llamada “*interiorización*” de *las normas sociales*, merced a la cual el individuo hace “*suyas*” *las normas* que la sociedad *prescribe* a sus miembros y los “*valores*” en los que *aquellas se inspiran*.

De esta forma, la “*obediencia*” a tales normas no se considera ya como el resultado de una constrictión (que proviene del “*exterior*”) sino como la *satisfacción* de una “*necesidad interior*” que encuentra *su gratificación en sí misma*.

Sin embargo, los procesos de socialización y de introyección *no son suficientes para asegurar* que “*todos*” los componentes del grupo se *conformen* —en todos los casos— a los *modelos de comportamiento deseados*.

La falta de “*conformidad*” con tales modelos da lugar a los distintos fenómenos: *la variación* (o innovación) y la *desviación* (o anomia).

La “*variación*” es un *comportamiento no conforme* que, sin embargo, se juzga *favorablemente* por el grupo, que termina *aceptándolo*, con lo que modifica, en consecuencia, los modelos de conducta. En las “*variaciones*” está el origen de las transformaciones de los usos sociales.

La “*desviación*”, en cambio, es un *comportamiento no conforme*, que el grupo *no aprueba*, y que va desde

la falta de respeto a ciertas reglas de educación y de etiqueta, hasta las acciones criminales que ponen en peligro la propia supervivencia del grupo.

4.1. *Las desviaciones de las conductas*

No cualquiera de las “*desviaciones*” de la *conducta de los hombres* suscitan la *reacción del grupo*, sino sólo aquellas que despiertan *particular desaprobación o alarma*; solamente frente a estas últimas *reacciona el grupo* (para prevenir o impedir el comportamiento desviante) o para eliminar o reducir las consecuencias consideradas “*nocivas*”.

El conjunto de instrumentos y técnicas dirigidos a *presionar* sobre los individuos para obtener de ellos la *conformidad* de su comportamiento con ciertas reglas de conducta constituye lo que se llama “*control social*”.

Los *medios* a través de los que se ejercita el “*control social*” son numerosos y dispares y van desde la *negación del cariño por los padres a los hijos desobedientes*, a la *desaprobación y el menosprecio*, hasta la *marginación, el linchamiento y la pena de muerte*.

Pero no hay que olvidar que tal control, como veremos seguidamente, se realiza también de formas *gratificantes*, que van desde el “*aprecio*” del grupo hasta la *concesión de especiales “premios o beneficios”*.

Conviene advertir, de todas formas, que *todos* los instrumentos de *control social* tienen esto *en común*: se pueden “*reducir*” (esquemáticamente) a una situación típica: a un determinado “*comportamiento*” del individuo *se hace seguir una cierta “consecuencia” por parte del grupo o por elementos cualificados del mismo*.

Cuando se trate de un comportamiento “*aprobado*” por el grupo, la consecuencia a él ligada será *favorable* al agente; cuando, en cambio, se trate de un comportamiento socialmente *reprobado*, la consecuencia será *desfavorable*.

Independientemente de las formas en que el control social se realiza, su mecanismo es, pues, idéntico y consiste en *derivar la consecuencia B del comportamiento A*, en donde B puede asumir tanto un *valor positivo*, si se concreta en una *situación favorable y, por ello, deseable* para el sujeto que realiza el *comportamiento condicionante*, o como un *valor negativo*, si se concreta en una *situación desfavorable* y, por tanto, se tiende a “evitar” por el propio sujeto.

4.2. Técnicas de control social: *promocionales y disuasivas*

Para “*inducir*” a los componentes del grupo a seguir un *cierto comportamiento* (o, lo que es lo mismo, a *abstenerse del comportamiento contrario*), se pueden utilizar, por tanto, dos técnicas: a) la técnica “*promocional*”, consistente en ligar consecuencias *favorables* al comportamiento socialmente deseado y; b) la técnica “*disuasoria*”, que consiste en ligar consecuencias *desfavorables* al comportamiento *desviante*.

4.3. El Derecho como instrumento de control social

El *Derecho* no es más que un *instrumento de control social*, una de las muchas “*técnicas*” con las que se realiza el *control social*, (y, quizás, no la *más importante*) aunque sí, ciertamente, la *más típica*.

Veamos en qué *difiere “el Derecho”* de los *otros medios de control social*.

Para hacerlo, partamos de la consideración de los sistemas sociales. Por “*sistema social*” se entiende un grupo más o menos numeroso de personas que conforman “*habitualmente*” su comportamiento *a un sistema relativamente estable de normas de conducta*.

Los sistemas sociales se distinguen en *sistemas elementales* y *sistemas estructurados*.

Sistemas sociales elementales son aquellos en los que la *unión* de varios individuos (para la consecución de los fines comunes) se realiza de manera *espontánea e informal*, sin originar una *diferenciación* interna de las *tareas y funciones* y, sobre todo, esa “*diferenciación fundamental*” entre la *minoría de los gobernantes* y la *mayoría de los gobernados*, que da lugar al fenómeno *del poder*.

Sistemas sociales estructurados son aquellos en los que *se dan tales condiciones*.

El “*poder*” es algo *distinto* de la *potencia* o de la *mera fuerza*, (presentes estas últimas también en las sociedades elementales y hasta en las sub-humanas).

“*Poder*” es la *fuerza organizada y revestida de alguna forma de legitimación*, es *potencia “institucionalizada”*.

El problema de si el poder tiene un origen “*endógeno*” —es decir, surge de un proceso *espontáneo* de *diferenciación dentro del grupo*— o un origen “*exógeno*” (deriva, por ejemplo, del sometimiento de una población vencida por una unidad étnica conquistadora) *interesa a los historiadores y a los sociólogos*.

Por su parte, a los estudiosos de las *doctrinas políticas* les preocupa el examen de las ideologías en las que el “*poder*” ha buscado, de vez en cuando, su *legitimación*.

Lo que aquí importa subrayar es que los sistemas sociales elementales *no se identifican* necesariamente con las *sociedades primitivas* pues, realmente, tampoco en estas últimas faltan a veces formas *institucionalizadas de poder*.

De otro lado, también en el seno de los *sistemas sociales estructurados* surgen y operan grupos *espontáneos informales* que, con distintos objetivos y de diversas maneras, *rehuyen las formas institucionalizadas de organización*.

Como consecuencia del nacimiento del fenómeno “del poder”, *es característica de los grupos sociales estructurados la institucionalización de la reacción frente a la desviación*.

Esto no quiere decir que todas las “reacciones” ante cualquier comportamiento “desviante” estén *“institucionalizadas”*: continúan subsistiendo formas *no institucionalizadas de reacción al lado de las formas institucionalizadas*, las cuales, por lo demás, no afectan a cualquier comportamiento “desviante”, sino sólo a aquellos comportamientos que *amenazan intereses* considerados como merecedores de una *especial tutela* por quienes *ejercen el poder*.

El proceso de *“institucionalización”* de la reacción contra el comportamiento “desviante” se suele desarrollar en dos fases sucesivas: en un primer momento, comporta la *designación* dentro del grupo de *una categoría de sujetos* a la que se le pide la *aplicación de las sanciones* contra los *violadores de las normas sociales*.

En un momento sucesivo, se llega a la determinación, con carácter de *“tipicidad y abstracción”*, de la especie y entidad de esas sanciones, así como a la de-

terminación de los casos y modalidades en los que deben aplicarse dichas sanciones por los *órganos que tienen confiada tal tarea*.

El juez que “juzga según equidad” o que aplica las costumbres sociales *precede* –históricamente– *al legislador*. Pero, cuando el proceso de institucionalización se sigue “perfeccionando” *nos encontramos en presencia de un ordenamiento jurídico*.

De este modo, el *fenómeno jurídico aparece estrechamente ligado al fenómeno social*, en cuanto que no puede darse “Derecho” en donde no exista *sociedad*; es decir, que las acciones jurídicas se presentan como un subconjunto de las acciones sociales.

Es verdad, por tanto, que *donde hay derecho hay sociedad*. No es verdad, en cambio, *lo contrario*, ya que *no todas las sociedades “producen Derecho”*, sino sólo aquellas sociedades (aunque se trate incluso de sociedades de ladrones) que hayan alcanzado *un cierto nivel de estructuración interna* caracterizada por el *nacimiento del fenómeno del poder* y por la consiguiente *institucionalización de las sanciones*.

La concepción del Derecho como técnica de control social, caracterizada –precisamente– por *un alto grado de institucionalización de la reacción frente a los comportamientos desviantes*, nos, permite *distinguir al Derecho*, por un lado, de los *preceptos morales* y, por otro, de los *usos sociales*.

4.4. Derecho y moral. Diferenciación

El Derecho se *distingue* de la moral en cuanto que esta última comprende el sistema de *normas “interiorizadas”*,

es decir, aquellas normas que han sido *aceptadas por el individuo y son sentidas por él como obligatorias por sí mismas*, independientemente de la previsión de que su violación sea seguida por una “*reacción*” del grupo.

Este punto de vista ha sido específicamente sostenido por aquellos filósofos, de Thomasius a Kant, que han puesto el acento en la *exterioridad del Derecho respecto a la interioridad de la moral* en un doble sentido: a) el Derecho se ocupa de las *acciones externas*, mientras la moral mira a la *intención* del agente y; b) el Derecho *comporta sanciones externas a la violación de sus preceptos*, mientras la moral *comporta sanciones puramente “internas”*, como la “satisfacción” por el deber cumplido y el “remordimiento” por el precepto violado.

Mientras que el problema de la *distinción* entre Derecho y moral ha ocupado sobre todo a los *filósofos*, la *distinción* entre el Derecho y los *usos sociales* ha interesado predominantemente a los *sociólogos*.

La diferencia estaría en el hecho de que las sanciones jurídicas son sanciones “*institucionalizadas*” mientras que las que siguen a la violación de los usos sociales *no lo son*.

Las sanciones sociales se confían a la *iniciativa incontrolada de los particulares* y presentan por ello un grado de aleatoriedad, de inconstancia y de arbitrio mucho mayor que las sanciones jurídicas, las cuales, *por estar institucionalizadas, disfrutan de un mayor grado de certeza, bien en lo que se refiere a su carácter y entidad bien en lo que se refiere a su efectiva aplicación*.

La *certeza* de la reacción contra lo ilícito es uno de los *valores sociales más importantes realizados por medio del aparato jurídico*.

En este punto, ha de observarse que los *tres tipos de sanción* (moral, social y jurídica) *inciden sobre una conducta* cuando ésta, al mismo tiempo, *viola una norma sentida por el agente como precepto moral*, es reprobada por la *opinión pública* y constituye un ilícito para el *ordenamiento jurídico*.

Esta hipótesis no se verifica, sin embargo, cuando la norma *no es “común”* a los tres sistemas normativos.

Lo explicaremos con un ejemplo: pongamos, por caso, el “*objeto de conciencia*” (quién se resiste a prestar el servicio militar a favor de su patria). Esta postura lo llevará a ser condenado por los tribunales del Estado.

Pero, desde el punto de vista de la “moral” del sujeto, lejos de sentir remordimiento, experimentará un sentimiento de satisfacción por haber obedecido —con su sacrificio personal— una norma que en su escala de valores individuales se encuentra en un lugar muy alto.

Por último, es socialmente mirado, no con reprobación, sino con respeto por aquel sector de la opinión pública que comparte sus ideales pacifistas o que, aún aceptando como una necesidad la defensa del país de eventuales ataques, no es indiferente a los valores humanos en los que el “objeto de conciencia” se inspira.

4.5. *El derecho como norma reforzada por la coacción o como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza*

Hasta hace algunos decenios, era opinión común que el Derecho no es más que un conjunto de normas *cuya eficacia está “reforzada” mediante la amenaza del uso*

de la fuerza contra los agresores. Se sostenía que lo “propio” de un ordenamiento jurídico es el hecho de imponer mediante la coacción la observancia de sus normas.

La idea era que debía considerarse como *característica fundamental del Derecho*, no tanto la “coacción” concreta del acto (que en algunos casos puede faltar, como cuando el autor del acto ilícito no resulta identificado, y por tanto, no es castigado), sino la posibilidad “abstracta” de la coacción (coercibilidad).

Más recientemente se ha abierto camino en la ciencia jurídica la opinión de que el Derecho *no es tanto un conjunto de normas reforzadas por la amenaza del uso de la fuerza. Más bien se presenta como el conjunto de las normas que regulan el uso de la fuerza.*

En otras palabras, “la fuerza” no se considera ya por los sostenedores de esta teoría (Kelsen, Olivecrona, Ross) como el instrumento usado, o simplemente esgrimido, para asegurar la observancia de las normas jurídicas, sino que ella misma (la fuerza) constituye el objeto de la reglamentación jurídica.

El Derecho, precisamente, no tendría más función que la de establecer las “condiciones” de legitimidad del uso de la fuerza, designando a los sujetos a los que se pide que la utilicen, y determinando los casos y modalidades en los que pueda utilizarse.

Es evidente que los sostenedores de las dos teorías utilizan el término “fuerza” dotándolo de muy distintos significados.

Realmente, cuando se dice que el Derecho es *el conjunto de normas impuestas por la fuerza* se alude a la fuerza creada por el Derecho.

En cambio, cuando se afirma que *el Derecho es el conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, se alude a la fuerza utilizada de “conformidad” con el Derecho.*

Por lo demás, la adhesión a una u otra manera de entender la relación entre “Derecho” y “fuerza” responde a una elección de naturaleza ideológica.

La teoría que ve en el Derecho un conjunto de preceptos reforzados por la amenaza de la fuerza pone el acento sobre la “función represiva” del mismo como técnica de control social tendiente, precisamente, a la represión de los comportamientos desviantes.

Por su parte, la teoría que mira al Derecho como un conjunto de normas que regulan el uso de la “fuerza”, subraya la función garantista del Derecho, es decir, la certeza que éste suministra que ninguna forma de constricción, física o de otra naturaleza, puede ser utilizada más que en los casos y modos permitidos por el ordenamiento jurídico.

En realidad, la función represiva y la garantista constituyen las dos caras de la misma moneda; en efecto, el Derecho sólo puede asegurar a cada individuo una esfera de libertad, dentro de la cual pueda actuar con plena autonomía (a condición de reprimir las actividades de los demás individuos que constituyan una interferencia indebida en esta esfera de su libertad).

Puesto que la esfera de libertad, o “espacio jurídico” de todo individuo puede ser más o menos amplio, según plazca a los que detentan el poder político, el Derecho se presenta con características intrínsecas de ambivalencia.

En efecto, el sistema jurídico, si por un lado constituye un medio eficaz para garantizar la libertad individual, por otro, representa un poderoso instrumento para el con-

trol del individuo, y de ese instrumento pueden abusar fácilmente los que manejan las palancas del poder para anular aquella misma libertad y “reforzar” sus propias posiciones de superioridad económica y social.

Se refleja, pues, en el Derecho aquella *ambivalencia* que ya vimos y que era propia de la *relación* entre el individuo y la sociedad, relación que es a la vez de integración y de tensión.

A menudo el Derecho ha sido definido como “*un sistema de límites*” y la definición puede aceptarse con la advertencia de que el problema de *fixar tales límites*, esto es, de determinar la *amplitud de las libertades individuales* en relación con las exigencias de *coexistencia y cooperación* propias del grupo. En definitiva, es un problema de *opciones políticas* y no un *problema jurídico*.

De todas formas, no todo el mundo está de acuerdo en pensar que la coacción (o más exactamente, la “*coercibilidad*”) sea un *componente esencial* de la *noción* de Derecho.

Los que rechazan tal noción ponen de manifiesto que, en la inmensa mayoría de los casos, las normas jurídicas son respetadas por sus destinatarios *espontáneamente* y no por el *temor* de incurrir en las *sanciones* previstas para los *desobedientes*.

Hay una parte de verdad en este argumento, llamado de la “*adhesión espontánea*”. Ya sabemos que el orden social presupone un *mínimo de estabilidad, de normalidad, de previsibilidad*, sin el que sería *imposible* toda forma de *convivencia pacífica y de cooperación*.

Ahora bien, el orden social *debe hacer frente* a la amenaza (siempre posible) de los *comportamientos “desviantes”*

que pueden perturbarlo y, en último término, destruirlo; de aquí la necesidad de disponer de *instrumentos aptos para garantizar una cierta uniformidad de conducta y para reducir* y, en la medida de lo posible, o bien *eliminar* los comportamientos “desviantes”.

La organización social y el poder, que es la fuerza conformadora de aquélla, se apoyan esencialmente en dos fundamentos: *el consenso y la fuerza*.

Estos dos elementos pueden estar distribuidos de diferentes formas en los diversos regímenes políticos, pero ningún régimen puede *despreciar* ninguno de los dos; así como la “dictadura” no puede prescindir de un *mínimo* de consenso, al menos por parte de quienes detentan la fuerza de las armas, tampoco la democracia puede despreciar el *uso de la fuerza para imponer la voluntad de la mayoría a minorías recalcitrantes*.

Los procesos de socialización y de interiorización —los cuales se apoyan hoy, además de en las instituciones escolares y educativas, en los llamados medios de comunicación de masas (prensa, cine, radio, televisión)—tenden a procurar este *consenso*.

Pero, precisamente, porque tales medios no son *suficientes* para *eliminar* el fenómeno de la “desviación”, *surgen los mecanismos de control social*, entre los que el Derecho ocupa, como sabemos, un *puesto privilegiado caracterizado por un alto nivel de organización*.

Y si es verdad que el Derecho se asienta sobre todo en el consenso, es igualmente cierto que, en última instancia, debe poder contar con la *fuerza* para imponer a los desobedientes el respeto a sus normas.

La “fuerza” y el “consenso” se encuentran entre sí en

una relación inversamente proporcional, de forma que cuanto más extenso es el segundo, más se puede prescindir de la primera.

La primacía de uno u otro elemento constituye uno de los parámetros más significativos para la calificación de un régimen político, ya que las democracias cuentan sobre todo con el *consenso* de los ciudadanos mientras que las dictaduras confían en mayor medida en la *fuerza* de los aparatos represivos.

5. *El Derecho como norma, como ordenamiento y como relación*

De todo lo dicho, se desprende claramente que el Derecho es, ante todo, *regla de comportamiento*. Este es, precisamente, el punto de vista llamado “normativista”, desarrollado de forma primordial en la “teoría pura del Derecho” de Hans Kelsen.

Pero, como sabemos, lo característico de la norma jurídica es el estar *institucionalizada*, es decir, que su “deber ser” no es el producto espontáneo e irreflexivo de un grupo informal (como lo son los usos sociales) sino *la creación más o menos artificial y consciente de un grupo estructurado*.

El Derecho nace cuando un sistema social ha alcanzado elevados niveles de *especialización interna en las funciones asignadas a los componentes del grupo* y se otorga una adecuada *organización* para la instauración y el mantenimiento de *un cierto orden*.

Desde este punto de vista, llamado precisamente *institucional*, el Derecho se identifica con el ordenamiento mismo de una sociedad estructurada. La teoría

“institucional” ha sido sostenida en Francia por Maurice Hauriou y en Italia por Santi Romano.

Una tercera teoría pone el acento en el dato de que la función propia del Derecho consiste en regular las relaciones intersubjetivas. La intersubjetividad, para los sostenedores de esta teoría, constituye el elemento calificativo del Derecho.

6. *Nuestra opinión*

La teoría que suscribe que el Derecho *tiene como objeto la regulación de las relaciones intersubjetivas de trascendencia jurídica*, es la que cuenta *con nuestra adhesión*.

También aceptamos que el derecho regula las relaciones de *cooperación* entre los hombres (e inclusive las fomenta) pero tiene la particularidad que —en su seno— anidan *mecanismos de control que permiten reducir o suprimir las conductas desviadas de los hombres*.

Finalmente, somos partidarios de mirar al Derecho como el conjunto de prescripciones que *limitan el uso del poder del Estado para aplicar sanciones jurídicas*. No es que no advirtamos que el derecho ejerce *una función represiva*, pero nos parece más importante marcar su costado “*garantizador*”. Al señalar con toda firmeza esta “*nota garantista*” ayudaremos a instaurar un sistema de mandatos imperativos más coherentes, que respete en todo momento los valores fundamentales de la persona humana.

Además, en el *plano procesal*, se *acentuará la vigencia de un modelo garantista de procesamiento*.

Si, en esencia, el derecho procesal *es un conjunto de “condiciones y requisitos”* (el “*método*”) para que un

funcionario del Estado –investido de “poder”– *nos priva o adjudique un “bien de la vida” (“la meta”)*, nunca debemos *abdicar* de sostener que ese conjunto de “*condiciones y requisitos*” sea –realmente– *garantizador del debido proceso* (con plena audiencia, bilateralidad, igualdad de los parciales e imparcialidad del juzgador).

7. Función del Derecho para Carlos Nino

En sentido similar a la línea sostenida por Lumia (el derecho fomenta la *cooperación* pero tiene posibilidad de *imponer la fuerza ante conductas desviadas*) se expide Carlos Nino³ al entender que las metas que debería perseguir un ordenamiento jurídico pasan por *evitar o resolver algunos conflictos entre los individuos y de proveer de ciertos medios para hacer posible la cooperación social*.

Pero decir que el derecho contribuye a superar algunos conflictos y lograr cierto grado de cooperación social no es decir mucho, puesto que también se alega que la moral cumple con la función de contrarrestar las circunstancias que llevan a los hombres a enfrentarse entre sí y no colaborar mutuamente en el grado necesario.

Lo importante es determinar *de qué forma* el derecho *satisface esta función*. Hay, a primera vista, dos elementos que parecen ser característicos de la forma en que el derecho consigue “persuadir” a los hombres que *adopten* comportamientos no conflictivos y cooperativos y generar un sistema de expectativas que faciliten esos comportamientos: *la autoridad y la coacción*.

³ Nino, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, ps. 3 y 4, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1998.

Esto hace necesario buscar la forma que la obediencia a las prescripciones jurídicas sea en interés de quienes las observan. Para que esto ocurra, aún en los casos que la conducta prescripta sea contraria al “auto-interés” del agente, debe *prometerse o bien una “recompensa” para el caso de la “obediencia” o bien un castigo para la “desobediencia”*.

Por supuesto que la promesa de recompensa debe ser efectivamente cumplida, para ser creíble, y además, ser suficientemente compensatoria para motivar “el interés” en el individuo de *abstenerse* de la acción indicada.

Por razones “prácticas”, en la mayoría de los casos, aunque no en todos, se suele preferir la búsqueda de la “*conformidad*” con las directivas jurídicas, usando la técnica de la “motivación” a “*través del castigo*” (en lugar de la que envuelve la “*promesa de premios*”).

Esta opción implica, sin más, *recurrir a la coacción*.

8. Conclusiones

A modo de resumen: hemos reflexionado a lo largo de este capítulo sobre los siguientes temas:

- Que el derecho *existe* sólo en un *marco social*.
- Por el contrario, no toda sociedad “produce Derecho”.
- La conducta social de los hombres *debe ser controlada para garantizar la preservación de la propia especie*.
- Las formas de control social son variadas (la familia, la escuela, la religión, la moral, los usos y costumbres y, claro está, *el derecho*).
- La sociedad necesita de un *mínimo de consenso sobre la conducta individual que adoptarán los hombres*. En otros términos: una cierta previsibilidad. También, es verdad, que los hombres ajustan sus conductas, en

una inmensa mayoría de los casos, a esa “previsibilidad” (cumplen los mandatos jurídicos de un modo espontáneo).

-Esa conducta típica (previsible) sin embargo puede “alterarse”. Si la alteración introduce una modificación, que es admitida por el grupo, existe *una variación consentida por el entorno social*.

-Por el contrario si la alteración no es aceptada estamos en presencia de una “desviación” de esa conducta. Ahora bien, no toda “desviación” merece la atención del Derecho. Sólo interesará “reprimir” aquella *que provoque una cierta alarma social*.

-El Derecho es *uno de los instrumentos* de los que se vale la sociedad (o los que gobiernan) para “controlar” *socialmente a los individuos*.

-Su característica esencial es que provoca, frente a la conducta desviada de relevancia jurídica, *una reacción “institucionalizada”*.

-Al derecho puede vérselo como un conjunto de mandatos imperativos que, de incumplirse, tienen el condimento de imponerse por medio de la *coerción* (función “represiva” del Derecho).

-También puede observárselo como el conjunto de normas que regulan y condicionan (ponen límites) al uso del poder jurídico de sancionar (función “*garantista*” del Derecho).

-En rigor, el Derecho presenta una *ambivalencia intrínseca*. Por un lado, *resguarda el “ámbito de libertad” de los individuos* (“todo lo que no está prohibido está permitido”). Por el otro, *garantiza a los portadores de derechos que pondrá a su disposición la coerción “en abstracto”* (para permitir su uso y goce) si es que los mismos *pretenden ser desconocidos*.

Bibliografía utilizada

LUMIA, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del Derecho*, versión castellana, Debate, Madrid, España.

NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1998.

Capítulo II

EL OBJETO DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO

Sumario

1. El objeto de conocimiento del Derecho. 1.1. Teorías “monistas” y “trialistas”. 1.2. Justificando nuestro aporte. 2. La opinión de León Duguit. 3. Nuestra opinión y crítica del pensamiento de Duguit. 4. Carlos Cossio. 5. Nuestra opinión. 5.1. Sobre el contenido de la ciencia jurídica. 5.1.1. Igualdad jerárquica entre la conducta, la norma y los valores. 6. Las enseñanzas de Alvarado Velloso. 7. Nuestra opinión. 8. Abel Naranjo Villegas. 9. Nuestra opinión. 10. Rodrigo Noguera Laborde. 11. Nuestra opinión final sobre el objeto de conocimiento del Derecho. 11.1. Anticipando algunos conceptos sobre el objeto de conocimiento del Derecho Procesal. 11.1.1. Sobre los valores que tiende a realizar el derecho procesal. 12. Últimas reflexiones. Norberto Bobbio y Hans Kelsen.

1. El objeto de conocimiento del Derecho

En el capítulo primero sentamos la premisa que *el derecho es un “instrumento” de control social*.

También hemos convenido que lo que *“controla” el Derecho es la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva*.

Ahora bien, en este capítulo el problema que nos interesa despejar se relaciona con *el objeto de conocimiento del derecho procesal*.

Desde un punto de vista *lógico* los interrogantes antes planteados (qué es el derecho, y cuál es su objeto de conocimiento) deben ser resueltos en el *orden* que han sido propuestos.

En efecto, si concebimos al derecho como *“un mecanismo de control de conductas”*, el paso siguiente será ocuparnos de examinar *si esas conductas, en sus interferencias intersubjetivas, son el objeto que “menta” la ciencia jurídica*.

Si bien nuestro interés último girará en torno a la *determinación del objeto de conocimiento de la ciencia procesal*, le pedimos al lector una cuota de paciencia, ya que antes de llegar a determinar cual es el objeto de conocimiento del derecho procesal, por estrictas razones metodológicas y docentes, debemos *“retroceder”* unos peldaños y definir, primero, *cuál es el objeto de conocimiento del Derecho*.

En definitiva: si se comprende —cabalmente— *cual es la “función” del derecho y su objeto de conocimiento*, será mucho más sencillo despejar, después, la *incertidumbre* en torno al *objeto de conocimiento del derecho procesal*.

Pues bien, entrando en materia, debemos convenir que la “inquietud” en torno al *objeto de conocimiento del derecho* forma parte de uno de los dilemas más grandes de la *iusfilosofía y de la teoría general de la ciencia jurídica*.

Queda claro que el *enigma* que pretendemos develar se ubica en fronteras propias de la *iusfilosofía* y que la respuesta, insistimos, está lejos de ser *unívoca*.

Alvarez Gardiol nos advierte que no existe en la *iusfilosofía* un tema que encienda más polémicas como aquel vinculado con la *determinación del objeto de conocimiento del derecho*. Para decirlo en sus propios términos: pocas disciplinas científicas debe haber, tal vez en ninguna, en las cuales el *objeto propio de ellas* haya sido motivo de *tanta opinión divergente*.

Casi podría afirmarse que todas las distintas regiones que cabe recortar del mundo de los objetos, han sido consideradas, en algún momento, albergue adecuado para el objeto propio de la *juridicidad*.

1.1. Teorías “monistas” y “trialistas”

Hay teorías “*reduccionistas*”, que entienden que el objeto del derecho es *sólo* la “norma” o *sólo* la “conducta” (ambas teorías serán explicadas a lo largo del presente capítulo con mayor detenimiento).

Frente a esta tesis se levantan otras construcciones doctrinarias que ubican al objeto de conocimiento del derecho en un *triple nivel*: la “conducta”, la “norma” y los “valores” (“*trialismo jurídico*”).

Monroy Cabra¹ resume, en ese sentido, la idea que sustenta el “*trialismo jurídico*”: para algunos, (como la escuela de Kelsen) la voz “Derecho” designa *a las normas*, y, para otros, *a la conducta humana en su interferencia intersubjetiva* (Cossio).

Goldschmidt, por su parte, utiliza en su reemplazo la locución “*mundo jurídico*”, con la que denomina al fenómeno jurídico en sus tres elementos: “*conductas*”, “*normas*” y “*valor*”, que componen la *tridimensionalidad*. Las conductas, para el “*trialismo*”, son *comportamientos humanos*; las normas son *descripciones y captaciones lógicas de las conductas*; y el *valor-justicia* se realiza en el *mundo jurídico* y nos permite *valorar las conductas y las normas*.

En nuestro concepto, acierta el “*trialismo*” cuando expresa que el derecho regula la interferencia de conductas a las que le asignó relevancia jurídica. Esto es innegable. También es exacto que todo ordenamiento jurídico al imponer un “deber ser” toma partido por los valores que integran esa “*idealidad*”.

Donde puede discreparse con el “*trialismo*” es en la posibilidad de alcanzar —por medio del derecho— valores absolutos, por ejemplo, la “*verdad*” total o la *justicia “pantónoma”*.

Pero, más allá de que esos valores puedan o no ser alcanzados por el orden legal, debe acordarse con el “*trialismo*” que el derecho no es un sistema normativo *neutro de valores*. En eso debemos estar contestes. Al

¹ Monroy Cabra, Juan, *Introducción al derecho*, p. 79, Temis, Bogotá, Colombia, 1998.

derecho no puede *sólo* interesarle la teoría de la norma jurídica (aislada, pura, con total relativismo de valores) como lo quería el positivismo más rancio. Y tampoco puede atravesar la otra orilla y postular que el derecho si no se ajusta plenamente a la consagración de ciertos valores (por ejemplo, la justicia) no puede ser considerado como una expresión jurídicamente válida (posición iusnaturalista).

1.2. *Justificando nuestro aporte*

Frente al inquietante panorama descrito y las profundas discrepancias que rodean a toda esta cuestión (que distan mucho de estar acalladas), creemos que constituyen “razones suficientes” para *incursionar* en un problema científico que todavía se encuentra irresuelto.

Reconocemos, desde ya, cierta dosis de “*audacia intelectual*” al asumir tal *desafío*, especialmente si tenemos en cuenta la brillantez de las mentes jurídicas que no han podido dilucidarlo. En todo caso, será un riesgo justificado si es que, con nuestra pequeña contribución conseguimos por lo menos arrojar algo de luz sobre el tema, o bien despertar en el lector nuevas inquietudes. Sin más preámbulos desplegaremos nuestros argumentos.

2. *La opinión de León Duguit*

En una suerte de *cronología* tendiente a individualizar los sostenedores de la tesis que entienden que “*la interferencia de conductas de trascendencia jurídica*” es el objeto “*mentado*” por el derecho, la ubicamos, como

referente obligado de la concepción “*sociologista*” del derecho sostenida por Duguit.

Esta corriente, en nuestro criterio, es la que comienza a *centrar* el problema en sus justos límites.

La consolidación de este pensamiento doctrinal se fue enhebrando *muy lentamente*. Desde Duguit hasta Cossio, recorrió un largo camino de perfeccionamiento, que no estuvo exento de avances, retrocesos e impugnaciones.

El precursor de esta línea de pensamiento fue, como se expresara, León Duguit. Lo extenso de su ideario nos impide traspolar su *cita textual*². De modo tal que nos hemos tomado la licencia de *contextualizar* sus palabras, tratando de no desnaturalizar su mensaje.

Duguit parte del concepto que la conducta humana es el *referente del derecho y el presupuesto de su creación*. En este sentido, explica, que las normas penales *no preceden* a los *delitos* que *sancionan*. En rigor, son las *figuras o conductas antisociales* las que dan *origen a las normas que las castigan*.

En otros términos, el *delito* es *anterior* al *derecho penal*. Ha sido el robo y el hurto, que las sociedades consideraron como contrarios a su existencia y armonía, los que han dado *origen* a las normas penales que los *castigan* y, también, a las que consagran el derecho de propiedad privada, y no a la *inversa*.

Igualmente, han sido las *lesiones personales y el homicidio*, los que han producido –como reacción– *normas penales que castigan* tales hechos.

² Duguit, León, se pueden consultar sus ideas en *Derecho Constitucional*, 2a. edic., sin datos, p. 91 y sigs.

En síntesis, según su modo de ver, en la vida en sociedad el Derecho no es más que un “*producto social*”. Las comunidades políticas crean el derecho a medida que los hechos o fenómenos sociales así lo van *exigiendo*.

Duguit y Lumia (sugerimos repasar los conceptos vertidos por este último en el capítulo anterior) comparten *muchos puntos en común* sobre el nivel sociológico del Derecho. Tan es así que algunos conceptos pueden resultar reiterativos. No obstante, insistimos en su transcripción atento a la importancia que le asignamos para comprender el fenómeno de la juridicidad.

Ambos entienden que el punto de partida que da origen al derecho es el hecho incontestable de que el hombre *vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no puede vivir más que en sociedad con sus semejantes*.

La sociedad humana, enseña Duguit, es *un hecho primario y natural* y, en manera alguna, producto o resultado de la *voluntad humana*. De aquí, agrega, que todo hombre tiene “conciencia” de su *sociabilidad*, y de su “*dependencia*” generada por la *convivencia*.

Pero, simultáneamente, el hombre tiene también conciencia de su *individualidad* y de los lazos que lo unen a los demás. Estos lazos dan lugar a lo que se llama *solidaridad e interdependencia social*.

Esta interdependencia resulta de dos hechos: 1) De las *necesidades comunes* que todos experimentan; y 2) De las *aptitudes diversas* de los seres humanos que, viéndose obligados a asegurar la satisfacción de sus necesidades optan por el intercambio de servicios recíprocos, logrados con el desenvolvimiento y el empleo de sus aptitudes diferentes.

La primera es la *solidaridad por similitud*; la segunda, por *división del trabajo*.

Pues bien, esta *solidaridad o interdependencia social* es el *verdadero fundamento del derecho*.

Si el hombre vive en sociedad, y no puede sino vivir en sociedad, y si ésta descansa en la *solidaridad que une a los individuos que la integran*, se impone entonces como *necesaria una regla de conducta* que puede formularse así: *no hacer nada que cause perjuicio a la solidaridad social* bajo cualquiera de sus dos aspectos, y *hacer todo lo que, por su naturaleza, es preciso para realizar y desarrollar la solidaridad social mecánica y orgánica*.

Queda claro que la conducta del hombre *debe ser regulada* (para que la convivencia sea posible y se garantice la propia preservación de la especie humana). Esa *conducta es encausada* mediante *normas morales, éticas, religiosas, sociales* y, claro está, por el *derecho*.

Es pertinente, entonces, plantearse el siguiente interrogante *¿cuándo una regla económica o moral, contenida de modo general por la norma social, se convierte en norma jurídica?*

La respuesta sería la siguiente: una regla social, sea económica o moral, adquiere el carácter de *norma jurídica* en el momento en que, por razones que *pueden ser diversas*, la masa de los espíritus, en una sociedad determinada, adquiere la conciencia de que *la sanción de esta regla debe ser asegurada de una manera permanente por una reacción social más o menos desarrollada*.

Es, pues, en ese momento cuando “*nace el derecho*” (por obra de la misma sociedad), *sin intervención del Estado*, y ésta es la causa por la cual la *norma jurídica se impone con la misma fuerza tanto a los individuos que forman el conglomerado social como al Estado mismo*.

3. Nuestra opinión y crítica del pensamiento de Duguit

Nos parece claro que el pensamiento de Duguit está demasiado influido por la sociología. Desde su punto de vista "todas" las normas, sean cuales fueren, son la obra de la sociedad, el producto de la interdependencia y solidaridad social.

A la hora de definir al derecho lo entiende como una regla de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, es decir una "regla" cuyo respeto se considera, en un momento dado, por una sociedad, como la garantía del interés común y cuya violación ocasiona una reacción colectiva contra el autor de dicha violación.

A modo de síntesis, y también de crítica del pensamiento de Duguit: podría decirse que tiene el mérito de ubicar a la conducta como la "materia", es decir el "objeto" o "contenido" del Derecho.

El reparo que puede formularse es, como ya se expresó, el excesivo tono sociológico que le impone a sus ideas. Está ausente en Duguit el estudio de las estructuras normativas (que regulan, precisamente, la interferencia de conductas), examen que no puede omitirse si se quiere llegar hasta la médula en el entendimiento del "fenómeno" de la juridicidad.

De otro lado, tampoco existió en Duguit una preocupación especial por desentrañar los valores que el derecho pretende realizar como instrumento de control social.

En definitiva, de los tres tramos que abarcan la estructura de la ciencia jurídica (según la visión del "tria-

lismo jurídico") el pensador francés se concentró en uno sólo de estos segmentos (el nivel sociológico del derecho).

En cierta medida, no reparó que la conducta, el sistema normativo que la regula (plano normológico) y el "deber ser" que persigue el Derecho (axiología del sistema) es un todo indisoluble que "integra", pero, fundamentalmente, "explica" el fenómeno jurídico.

4. Carlos Cossio

Consideramos al genial filósofo Argentino Carlos Cossio como un "tributario" (parcial y contemporáneo) de las ideas de Duguit.

Cossio, creador de la teoría egológica, logró dejar en claro que lo que se interpreta por el jurista no es la ley, sino la conducta humana normada a través de la ley³.

El derecho, para Cossio⁴, es conducta en interferencia intersubjetiva. A su turno, la norma es un pensamiento exteriorizado que se refiere a esa conducta.

La circunstancia de que el derecho sea "mentado" por las normas, no debe alterar el punto de inserción de lo jurídico, que es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, o la libertad metafísica fenomenalizada de la experiencia.

El intérprete, sea que se encuentre frente a un caso concreto (como en el ejemplo del juez que debe resolver mediante la creación de una norma individual el con-

³ Cossio, Carlos, *Radiografía de la Teoría Ecológica*, p. 106 y sigs., Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987.

⁴ Álvarez Gardiol, Ariel, *Manual de Filosofía del Derecho*, p. 305, Juris, Rosario, Argentina, 1998.

flicto jurídico envuelto en *el litigio*), o bien, examine la norma con fines de *mero estudio*, siempre estará *interpretando* el objeto “*mentado*” por la *norma*, es decir, la *conducta humana en su interferencia intersubjetiva, regulada por el derecho*.

Si bien, en el primer caso, será una conducta *concreta y particular*, mientras que en el segundo, será una conducta *abstracta y genérica* esquematizada en la norma, el concepto general es el mismo y *válido* para ambos ejemplos.

En suma, para Cossio el derecho *es conducta*, o más exactamente, reiteramos, *conducta en su interferencia intersubjetiva*.

Las normas, por su parte, constituyen los *pensamientos* con que “*mentamos*” la conducta, o dicho en otras palabras: los *conceptos o representaciones intelectuales de esa conducta*.

Por tanto, sigue razonando Cossio, puede afirmarse que la relación entre norma y conducta es la de “*concepto*” a “*objeto*”. Si la norma es un *concepto* (—el concepto del *deber ser*—) entonces, entre “*norma*” y “*conducta*” existe —sencillamente— una relación de “*conocimiento*”, es decir, *la relación de “concepto” a “objeto”*.

Se trata de una relación significativa analizada por Husserl⁵; *la norma “mienta” la conducta* y, con mayor precisión diremos: la norma es el *único modo de “mentar” conceptualmente una conducta* porque la “*mienta*” en su *libertad*. Sintetizando, las normas son *los esquemas lógicos o conceptos en los cuales el jurista subsumirá la conducta humana*.

⁵ Cossio, Carlos, ob. cit. p. 107.

Pero, remarca Cossio, que *el objeto de conocimiento del derecho* está en *la conducta* y no en *la norma*.

Por tanto, la tarea del científico del derecho *no es el estudio de las normas* (como lo quería Kelsen en su “*teoría pura del derecho*”), sino de la conducta o vida humana, desde un enfoque particular: *el de la interferencia intersubjetiva normada por el derecho*.

Para resumir el pensamiento de Cossio sobre este punto: las normas son los “*conceptos*” con los cuales el científico del derecho “*piensa*” y “*expresa*” esa conducta.

Expresa Herrendorf⁶ (discípulo de Cossio) que esta “*relación*” entre la *conducta y norma* descrita por Cossio ha sido un hito fundamental para la filosofía jurídica. Agrega, también, que resulta un episodio altamente curioso que, hasta el advenimiento de la “*Teoría Ecológica*”, no se hubiera visto con claridad *que no hay derecho, ni ciencia política posibles sin conducta*, y que es ella, entonces, el *punto central* de las investigaciones si quieren destinar su tiempo a la ciencia de la verdad.

5. Nuestra opinión

Ya lo hemos dicho: suscribimos la idea que *la norma jurídica “capta” a la conducta humana en su interferencia intersubjetiva*.

Pero esa captación se realiza de un modo *diferente* a cualquier otra *ciencia social*. En efecto: el derecho toma a la conducta y la regula *de un modo imperativo*, es decir,

⁶ Herrendorf, Daniel Esteban, *Las Corrientes Actuales de la Filosofía del Derecho*, p. 54, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1990.

le impone un “deber ser” que de, “no cumplirse” dispara la *coacción externa* (para imponer esa adecuación entre la conducta “desviada” y el “querer” normativo).

Es esta posibilidad de *coacción externa*, es decir, la alternativa de *sanción heterónoma* que amenaza al sujeto, advertimos que no está presente en ninguna de las otras expresiones que se ocupan de regular la conducta humana (por caso en la moral, la ética, la religión y los convencionalismos sociales).

Queda claro, entonces, que desde esta posición filosófica (que, insisto compartimos) la “materia” sobre la que opera el derecho, es decir, la “sustancia” que regularán –“imperativamente”– las prescripciones legales es la “interferencia de conductas de relevancia jurídica”.

5.1. Sobre el contenido de la ciencia jurídica

Parece obvio enunciar que la ciencia del derecho no se agota con el estudio del objeto que regula. La epistemología jurídica no puede contentarse sólo con investigar un tramo de su ontología.

Cae por su propio peso que el Derecho, en cuanto ciencia, no puede, ni debe, omitir el estudio de las estructuras normativas que integran el sistema jurídico. Pero también es verdad que no corresponde “reducir” el mundo de lo jurídico al mundo de las normas, como lo quiere Kelsen.

Y, por último, es exacto que todo ordenamiento jurídico “impone valores” que le son inherentes (para algunos la justicia, para otros, la certeza, paz social, etc.).

Por lo pronto, al imponer un “deber ser” sobre la conducta de los hombres ya está “priorizando” ciertos va-

lores: precisamente los que encarnan el “ideal” de ese “deber ser” (por lo menos lo que se entiende por “ideal” para una comunidad jurídicamente organizada en “cierto tiempo y lugar”).

Luego volveremos sobre el tema axiológico, pero queremos recalcar que para comprender o, mejor aún, para explicar el mundo de la juridicidad debe escaparse de todo “reduccionismo”.

5.1.1. Igualdad jerárquica entre la conducta, la norma y los valores

En este tramo nos interesa señalar que la conducta, la norma y los valores deben ser vistos en un plano de igualdad científica. Nos explicamos: asumir que el derecho tiene como objeto de conocimiento la interferencia de conductas no supone que las conductas ocupen un plano estelar (o excluyente) para la ciencia jurídica.

La conducta será, en todo caso, el “problema” del cual se parte y provoca el desafío de regular (eficazmente) ese objeto de conocimiento (para lograr las máximas chances de cooperación jurídica en las relaciones humanas o proveer de la más eficiente y garantizadora “sanción institucionalizada”).

Pero la conducta, reiteramos, en cuanto “problema” del cual parte la ciencia del derecho no es, por ello, más importante (epistemológicamente hablando) que el mundo de su regulación (universo normativo).

A su vez, la normatividad no tiene una jerarquía superior o excluyente si se la compara con los valores que aspira realizar un ordenamiento legal.

A modo de conclusión: proponemos impugnar los reduccionismos científicos. En lugar de ello sugerimos ex-

pandir nuestro pensamiento y ubicar, en *un mismo plano de importancia epistemológica*, la determinación del objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, la estructura del nivel normativo y los valores que deben realizarse mediante el Derecho.

Si razonamos así habremos ganado, y mucho, en la *explicación* del intrincado mundo de la juridicidad.

6. Las enseñanzas de Alvarado Velloso

La determinación del objeto de conocimiento de la ciencia jurídica le debe mucho a las *enseñanzas* de Adolfo Alvarado Velloso. Nuestro maestro demuestra, con esa especial capacidad docente que le asiste, las razones que lo llevan a considerar a la *interacción humana de relevancia jurídica como el objeto de conocimiento del derecho*. Su línea doctrinal es tributaria de las ideas de Carlos Cossio, como se desprende de la similitud que exhibe su pensamiento comparándolo con el del filósofo argentino, que ya fuera sintetizada en los párrafos anteriores.

Para no *desnaturalizar el pensamiento de Alvarado Velloso*⁷, nos hemos tomado la licencia de transcribir sus valiosas ideas de un modo *textual*. Lo que sigue, a partir de aquí, es la cita *íntegra* del tramo de su obra referido al objeto de conocimiento de la ciencia jurídica.

Luego de su lectura aspiramos a que se comprenda la importancia de no “mutilar” el núcleo de sus argumentos haciéndoles perder, con transcripciones parciales, el sentido exacto que Alvarado Velloso quiso imprimirle.

⁷ Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal, primera parte*, p. 32 y sigs., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1989.

Comenzamos con la transcripción (que queda debidamente “individualizada” con el “encomillado” inicial y final) A su vez, nos hemos permitido remarcar con letra cursiva lo que considerábamos más importante resaltar de sus ideas “...lo primero es ponerse de acuerdo en cuál es la materia propia del conocimiento jurídico.

Para mí resulta claro que es la *interacción humana*: es decir la acción que se ejerce recíprocamente entre dos agentes que, por ello, se convierten en los extremos de la relación respectiva.

Así concebida, puede advertirse que la interacción es una figura *reversible* pues se presenta necesariamente tanto de un lado como del otro, manteniendo su vigencia y significación por la referencia recíproca.

Así es como en la mayoría de las interacciones no hay *pretensión* a la que no corresponda una *prestación*; y porque ésta es exigible es que aquella existe (por ejemplo: si Juan es vendedor es porque Pedro es comprador. Y viceversa).

Si lo que cabe regular jurídicamente es la interacción, parece claro que resulta factible determinar *a priori* y en un nivel absolutamente racional, cuáles son las *totales posibles interacciones humanas*:

a) la primera y más elemental es la que se presenta entre el hombre, aisladamente considerado, y el resto de los hombres; en otras palabras, *la de un hombre con la sociedad en la cual convive*, donde requiere ser individualizado, identificado, capacitado, etc. Y es que el *estado* de una persona es el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirle efectos jurídicos.

Todas las normas que regulan esta interacción pueden unirse en lo que podría llamarse estatuto *de la per-*

sona o personal, en el cual ingresan todas las reglas referidas al nombre, capacidad, estado civil, nacionalidad, domicilio, profesión, etc.;

b) la segunda interacción posible es la que se da entre un hombre y una mujer para y por efecto de procrear. Obviamente diferente de la anterior. Esta interacción tiene como consecuencia lógica la formación de una familia, por lo que las normas que la regulan bien pueden constituir lo que podría llamarse *estatuto familiar*; en el cual ingresan todas las reglas referidas al matrimonio, filiación, alimentos, sucesiones, etc.;

c) la tercera posible interacción es consecuencia natural de la existencia del grupo: alguien debe *dirigirlo* y el resto debe ser *dirigido*. También diferente de las anteriores, se presenta aquí una interacción de carácter vertical entre *gobernantes y gobernados*, por lo que las normas que la regulan bien podrían conocerse como *estatuto gubernativo o del poder*, en el cual ingresan todas las reglas que hoy integran el derecho constitucional, el administrativo, el registral, el penal, el real, etc.;

d) la cuarta interacción que es posible imaginar es la del *hombre pactando con otro hombre*, que podría llamarse *estatuto de los pactos o convencional* y en el cual ingresan todas las reglas referidas a las obligaciones y sus diversas fuentes contractuales.

Como se ve, son cuatro interacciones absolutamente diferentes entre sí y que, conforme con la lógica racional, constituyen todas las que son factibles de imaginar. En otras palabras: *no existe otra interacción similar que permita ampliar el número de las cuatro ya descriptas*.

Corresponde acotar ahora que de una misma interacción pueden emerger diversas relaciones (que, en principio, no admiten un número que las limite).

Un ejemplo permitirá comprender la afirmación: *dentro de la interacción hombre pactando con hombre*, se puede imaginar que Juan entrega una cosa a Pedro; a su turno, Pedro puede entregar a cambio: a) dinero; b) otra cosa; c) nada; d) el compromiso de devolverla después de haberla usado; e) el compromiso de devolverla sin usarla; etc.

Cada una de estas hipótesis configura un fenómeno distinto de los demás y, por ello, recibe una designación propia y precisa: *compraventa* cuando la relación se presenta como cosa a cambio de dinero; permuta, cuando es cosa a cambio de cosa; *donación* cuando es cosa a cambio de nada; *comodato*, cuando es cosa para usar y devolver; *depósito* cuando es cosa para guardar y devolver en las mismas condiciones, etcétera.

Cada uno de los fenómenos enunciados es inconfundible e irrepetible en el mundo jurídico: por ejemplo, siempre que Juan entregue en propiedad una cosa a Pedro y este le dé a cambio un precio cierto en dinero, habrá *compraventa* y no otra figura jurídica...".

El cierre de las comillas marca el final de la transcripción textual del pensamiento de Alvarado Velloso. Creo que el lector compartirá ahora que la didáctica empleada para explicar el objeto de conocimiento del derecho no merecía ser "mutilada".

7. Nuestra opinión

El pensamiento de Alvarado Velloso es *impactante*. Demuestra, con razones muy precisas, que *la interfe-rencia de conductas de relevancia jurídica es la materia "mentada" por el derecho*.

Pero, además, *cuantifica y clasifica* las posibles interacciones humanas que asumen “*relevancia*” para el derecho y que no pueden dejar de ser reguladas por los sistemas legales.

Es que si se *careciera* de la regulación legal de la interacción de a) hombre frente a la sociedad, b) del hombre y la mujer a los fines de la procreación, c) del hombre al lado del hombre obligándose y d) del hombre frente al Estado, en la mutua relación de gobernante y gobernado, *no sería posible la organización jurídica de una sociedad*. Así de simple.

De allí, la enorme trascendencia que tiene haber cuantificado y clasificado las interacciones humanas del modo que lo hace Alvarado Velloso.

8. Abel Naranjo Villegas

En la misma línea de pensamiento, (aquella que sostiene que el objeto de conocimiento del derecho es la conducta humana en interferencia subjetiva de trascendencia jurídica), afirma Abel Naranjo Villegas⁸ que “...objeto es todo lo que puede ser sujeto de un juicio, esto es, todo lo que podemos predicar de algo, sería lógicamente hablando, todo aquello sobre lo cual podríamos añadir un predicado...”.

Nos enseña Naranjo Villegas “...existe un círculo vicioso en lo que es habitualmente la consideración especializada del objeto del derecho. Porque si pregunta-

⁸ Naranjo Villegas, Abel; *Filosofía del Derecho*, p. 19, Temis, Bogotá, Colombia, 1992.

mos a un *civilista* cuál es el objeto de su disciplina dirá que es el conocimiento de las *normas* que dirigen las relaciones del *derecho privado*.

Pero como se trata de saber *cuál es el objeto de las normas*, seguiremos ahondando hasta encontrar *que el objeto de lo que ellas contienen es la conducta*⁹...”. Su objeto, pues, es lo social.

Si bien es cierto que el *hecho sin el derecho queda privado de sentido*, por otra parte, *el derecho no surge si el hecho no se cumple*...”.

9. Nuestra opinión

Las conclusiones de Naranjo Villegas son de una gran hondura filosófica. Acertadamente nos advierte que ese objeto (la conducta en su interferencia) es *campo propio de “lo social”* (y, por eso, se presenta como *un objeto tan esquivo de captar*). La complejidad del problema se agiganta si tenemos presente que la conducta humana es el centro material de muchas ciencias *la psicología, la sociología, la economía, etc.*

Pero cada una de estas disciplinas científicas toma a la conducta desde *una determinada perspectiva*. En definitiva, lo que *distingue* una ciencia de otra es su *objeto formal*, es decir, la “*forma*” en que *el entendimiento lo aprehende*.

Si partimos de la base que el objeto último del derecho es *conducta humana* y que, por lo tanto, *la ciencia del derecho constituye un sistema de conducta humana nor-*

⁹ Naranjo Villegas, Abel, ob. cit., p. 24.

mativamente determinado, de suyo que no se pretende que “todo” el universo de la conducta humana pueda absorberse en lo jurídico¹⁰ ...”.

10. Rodrigo Noguera Laborde

Rodrigo Noguera Laborde se expide en sentido similar. El filósofo colombiano nos ilustra que “...las normas pueden referirse a nuestro obrar *individual* o al obrar *social*...”. Dentro de las *primeras* están las normas religiosas y morales. Pertenecen a las *segundas* las normas jurídicas. La norma jurídica es, entonces, una regla de conducta social en forma imperativa...¹¹.

11. Nuestra opinión final sobre el objeto de conocimiento del derecho

Una explicación *ontológica* sobre la ciencia del derecho no podría *limitarse*, como ya lo expresamos, a un examen reducido a la interrelación de conductas que, en todo caso, nos ubica sólo en el estudio del componente “*sociológico*” del mundo jurídico.

En rigor, ninguna ciencia alcanzaría el nivel de tal, si se limitara *solamente* a determinar cuál es su objeto *cognoscible*.

Por tanto, precisar el “objeto de conocimiento” de la ciencia jurídica (más allá de la trascendencia que su-

¹⁰ Naranjo Villegas, Abel, ob. cit., p. 30.

¹¹ Noguera Laborde, Rodrigo. *Introducción General al Derecho*, p. 70, Institución Universitaria Arboleda, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

pone lograr una univocidad doctrinaria en ese punto), no alcanza para explicar la *totalidad* del “*contenido*” que gnoseológicamente involucra la idea “*del derecho*”.

En otros términos: para presentar una idea *inteligible* sobre “qué es el derecho” se torna imprescindible interrelacionar *la conducta* (como objeto “*mentado*” por el sistema jurídico) con el estudio de las *estructuras normativas* que lo regulan, es decir con las *prescripciones* que lo “*mentan*”.

Si ponemos nuestra atención en la *interrelación* que en otras ciencias se da entre el “*objeto mentado*” y la *materia científica* que *menta* al mismo, creo que se entenderá mejor lo que queremos expresar.

Por ejemplo: la “*ciencia médica*” tiene como objeto de conocimiento el *cuerpo humano*. Pero, claro está, que la medicina, *observa el cuerpo humano ligado de un modo indisoluble con la propia finalidad que encarnan los conocimientos médicos-científicos sobre ese objeto*.

La medicina, como ciencia, maneja la *sistematización*, *metódica*, *crítica* y *reflexiva* de los conocimientos sobre el “*objeto*” que estudia. Este *conocimiento científico* es el que permitirá el *diagnóstico*, la *prevención* o la *curación*, de las *enfermedades que acechan al hombre*.

Similar reflexión cabe si el análisis reposa sobre la ciencia psicológica. Para la psicología su “*objeto de conocimiento*” es la *psiquis* de las personas.

Nuevamente, ese *objeto “mentado”* se integra con el estudio sistemático de los conocimientos científicos que permiten lograr el diagnóstico, la prevención o la cura de las enfermedades del aparato psíquico de los hombres.

Volviendo *a lo jurídico*, ya expresamos nuestro *conocimiento* de que es elemental para la construcción

de una teoría general del derecho *fixar con toda precisión, el objeto de conocimiento de nuestra ciencia.*

Pero, insistimos, que también es imprescindible determinar, con igual exactitud, en qué consiste la totalidad del “*contenido*” de la ciencia jurídica.

Mirado el problema desde las posturas filosóficas que ubican a la conducta, la norma o los valores como el objeto de conocimiento del derecho, lo que aquí se postula es una *superación* de las tesis antagónicas (que pecan por un “*reduccionismo*” *injustificado*), impidiendo la explicación completa del fenómeno de la juridicidad.

Así como Cossio se hizo fuerte en la idea de que el derecho es un “*predicado*” que “*predica*” de un objeto; *la conducta*, Kelsen, como ningún otro iusfilósofo del siglo XX, dedicó todos sus esfuerzos intelectuales a desentrañar la esencia y forma de ese “*predicado*” (la norma), preocupándose en “*explicar*” cómo *funciona* y se *interconecta* todo el sistema jurídico (en su estricta dimensión normativa).

Es más, puede decirse, paradójicamente, que esa visión epistemológica, (reducida exclusivamente al tramo normativo de la ciencia jurídica) es lo que terminó por *desacreditar* —en parte— su “teoría pura del derecho”.

Un tramo del pensamiento de Kelsen es representativo del *reduccionismo* filosófico —ceñido a la normativa— que venimos denunciando “...La *teoría pura del derecho*, afirma Kelsen, constituye una teoría sobre el *derecho positivo*. Se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas judi-

ciales particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación.

En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, *distinguir su objeto*. Intenta dar respuesta a la pregunta que “*es*” el derecho; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho “*deba ser*”. Es *ciencia jurídica*; no *política jurídica*. Al caracterizarse como una doctrina “*pura*” con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento *orientado hacia el derecho*, y porque desearía *excluir* de ese conocimiento lo que *no pertenece al objeto* precisamente *determinado como jurídico*.

Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que *le son extraños*: este es su *principio fundamental* en cuanto al *método*. Pareciera tratarse de algo comprensible de suyo. Sin embargo, la consideración de la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente que lejos esa ciencia ha estado de *satisfacer la exigencia de pureza*.

En manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la *psicología* y la *sociología*, con la *ética* y la *teoría política*.

Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a *objetos* que, indudablemente, *se encuentran en estrecha relación con el derecho*.

Cuando la teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por *ignorancia* o *rechazo de la relación*, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la cien-

cia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto...”.

Reiteramos el concepto: Kelsen *reduce* el fenómeno jurídico a *un fenómeno de normas*. Sin embargo, más allá de ese recorte arbitrario, *los aportes de Kelsen al progreso de la ciencia jurídica son innegables*.

Por lo pronto, es correcta su idea de que todo sistema legal ostenta una estructura lógica y *piramidal*. Se parte de normas *fundamentales* (que constituyen el estadio supremo de la legalidad) descendiendo hacia normas de jerarquía menor, conforme un orden jerárquico preestablecido.

También es exacto otro postulado de su teoría: que las normas *inferiores* deben guardar *coherencia intrínseca con las normas superiores*¹².

¹² Siguiendo al jurista chileno Máximo Pacheco concuerdo con el resumen que él mismo hace de la teoría pura del derecho creada por Kelsen. En apretada síntesis puede decirse que el iusfilósofo vienés sostiene que el derecho. 1) Es una ciencia normativa cuyo único objeto es el Derecho. 2) Es una ciencia del Derecho Positivo lo que excluye de su ámbito todo tipo de problemas que se refiera a órdenes ideales, los cuales nada tiene de jurídico. 3) Como consecuencia de las características mismas del derecho, la ciencia jurídica es una ciencia formal, cuya preocupación fundamental es el estudio de las formas posibles del derecho y las conexiones esenciales de ellas. En este sentido su misión puede ser comparada con la que corresponde a la geometría respecto de los cuerpos. Ello no excluye en absoluto el estudio del contenido del derecho, pero tal estudio ha de ser el contenido presentado dogmáticamente por el derecho positivo. A lo sumo puede ser objeto de la ciencia jurídica el contenido posible del Derecho, pero ello, en todo caso, como resultado del análisis y comparación de los ordenamientos positivos. 4) En tanto estudio de las formas esenciales del derecho la ciencia jurídica

El pensamiento de Kelsen ha sido expuesto con toda lucidez, paradójicamente, por quién ha sido uno de sus principales contendientes: Carlos Cossio¹³ en los siguientes términos: la teoría del ordenamiento jurídico de Kelsen, ha alcanzado universal difusión con la feliz imagen de la *pirámide jurídica*.

Las normas de un sistema positivo no están *yuxtapuestas en un montón*, por el contrario, *se escalonan en gradas jerárquicas* de tal modo que *la validez de una norma inferior* consiste en *ser dictada de acuerdo con la norma superior*.

Los ligámenes entre las normas son pues, también *ligámenes lógicos* de “deber ser” y ordenamiento conjunto de ese “deber ser”.

Estimamos que no es este el momento de profundizar las críticas que merece la teoría pura del derecho que, pese al esfuerzo desplegado por el propio Kelsen y sus seguidores, en especial después de la impugnación de esa tesis realizada en forma magistral por Carlos Cossio, no pudo mantener su empuje originario.

Pero, en todo caso, no interesa remarcar que la *visión exclusivamente normativa de la juridicidad* se encuentra *irremediablemente superada*.

Sin embargo, y como ya lo llevamos dicho, para “*explicar*” la *totalidad del “contenido de la ciencia jurídi-*

es, finalmente, una ciencia lógica, y como tal persigue estructurar su objeto en un sistema unitario y sin contradicciones. Pacheco, Máximo, *Teoría General del Derecho*, p. 757 y sigs., Temis, Santiago de Chile, Chile, 1990.

¹³ Cossio, Carlos, ob. cit., p. 104.

ca" queda claro que no podemos desentendernos de la *dimensión normológica* desde la que —ahora— estamos mirando al Derecho.

Desde este punto de vista, un estudio sistemático sobre el Derecho debe abarcar la "interrelación" de esas "normas" reguladoras de conductas: la constitución, los pactos internacionales, los tratados, las leyes, los decretos, etc. como así también de toda otra fuente jurídica que regule en —forma imperativa— las interacciones humanas de relevancia jurídica (por ejemplo la costumbre, la jurisprudencia obligatoria, etc.).

Pero, a riesgo de caer en la *tautología* que denunciaba Naranjo Villegas, no puede sostenerse que el *objeto de conocimiento del derecho son las normas*, por cuanto esta idea, lo decimos una vez más, deja fuera de la ciencia jurídica al objeto que mentan las normas. Esta hipótesis, por la auto-contradicción que encierra ya quedó definitivamente descartada.

11.1. *Anticipando algunos conceptos sobre el objeto de conocimiento del derecho procesal*

Sin perjuicio que el objeto de conocimiento del derecho procesal será abordado con todo detenimiento en el capítulo siguiente, aquí, una breve incursión en su "ontología" nos servirá para apoyar las ideas que venimos sosteniendo a lo largo de esta exposición.

Ubicados ahora en la "explicación del fenómeno procesal, si quedamos anclados (erróneamente) en la idea que el objeto de conocimiento son las normas, y si esta concepción se traslada a esta rama de la ciencia jurídica, indefectiblemente caeremos en una nueva tautolo-

gía al sostener que *el objeto de la ciencia del proceso son las "normas" que regulan el inicio del debate, el método de discusión, la composición del órgano, los actos procesales, cómo debe heterocomponerse la cuestión, los recursos que se disponen, etc.*

En otros términos: de "atrincheramos" en este segmento (normativo) de la ciencia del proceso, es obvio que estamos dejando afuera del campo de estudio al litigio (como el objeto "mentado") y, a partir de este recorte arbitrario, todas las ideas empezarían a oscurecerse.

Hace muchos años Alcalá Zamora y Castillo¹⁴ advirtió que existe una convención elemental a la que debemos adherir, si es que queremos acceder a la idea central a partir de la cual gira el derecho procesal. Dicho en sus términos: es evidente, so pena de encerrarnos en un círculo vicioso, que *el proceso no surge del proceso sino de una situación extra y meta procesal, que él está llamado a resolver.*

Esta situación de "conflicto", originadora del proceso puede ser denominada *litigio*, entendida en la misma dirección de Carnelutti, pero, en términos más amplios, como *conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución jurídica.*

Volviendo a nuestras ideas, no dejaremos de enfatizar la importancia que el *litigio* entre en escena en la ciencia procesal, ya que posibilita una relación armónica de esta disciplina con su objeto de conocimiento.

¹⁴ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 12, edit. Textos Universitarios, Ciudad de México, México, 1970.

En efecto:

-Si la acción existe es para permitir la afirmación del conflicto.

-El proceso ha sido concebido para discutir acerca del litigio afirmado.

-Y, cuando la jurisdicción heterocompone la contienda, en rigor, soluciona el conflicto afirmado en el plano jurídico.

De otro lado, los medios autocompositivos, los llamados medios "anormales" de extinción del proceso: desistimiento, allanamiento o transacción sólo se podrán hacer "operativos" teniendo en cuenta la naturaleza del litigio (por ejemplo no podría transarse un litigio que verse sobre la nulidad de un matrimonio civil).

En fin: el derecho procesal es un mundo de normas, pero es un mundo de normas "predispuesto" para regular el objeto que le da sentido: el conflicto de trascendencia jurídica afirmado en el plano jurídico.

11.1.1. Sobre los valores que tiende a realizar el derecho procesal

Por último, no queremos cerrar este tramo relacionado con el objeto de conocimiento del derecho procesal, sin dejar de tratar el polémico tema de "los valores" que pretende "realizar" de esta rama de la ciencia jurídica (sin perjuicio de volver en otras de nuestras monografías, dedicada en forma exclusiva a este tema).

El derecho procesal tiene como finalidad esencial erradicar *la violencia ilegítima de la sociedad*. Es que al momento de estallar un conflicto de relevancia jurídica está siempre latente la posibilidad que las partes pretendan dirimirlo *por la fuerza*, de suyo, *ilegítima*.

Desatada la contienda, se trata, entonces, *de impedir la "auto-tutela" de los derechos* y, además, otorgar certeza y, por tanto, la paz social *mediante el uso de la "reacción institucionalizada"*.

En definitiva, si al término de un litigio *se privará u otorgará "un bien de la vida" a un sujeto*, lo mínimo que puede aspirarse es que *se respeten ciertos mecanismos (garantías procesales)* que doten a ese terrible acto de autoridad de *racionalidad y motivación*.

12. Últimas reflexiones

de Norberto Bobbio y Hans Kelsen

Volviendo a la escala de valores que maneja el Derecho (en general) son muy expresivas las palabras de Norberto Bobbio¹⁵ quien entiende que al imponer el Derecho un sentido *en la conducta* de las personas, apuntala, a su vez, ciertos *valores* en los que se apoya ese "deber ser" buscado.

En otros términos, al determinar una cierta dirección en la conducta jurídica que deben asumir los destinatarios se está priorizando una escala de valores como meta querida por el ordenamiento jurídico.

El positivismo ético afirma que el derecho posee un valor *en cuanto tal*, independientemente de su contenido; pero (a diferencia de la versión "extremista") no es porque el Derecho *siempre sea justo de por sí* (o incluso porque sea el supremo valor ético) sino porque es

¹⁵ Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, p. 233, Debate, Madrid, España, 1993.

el medio *necesario* para realizar un *valor*, el valor *orden* (y la ley es la forma más perfecta de derecho, aquella que mejor realiza en *orden*).

Que si los valores que el derecho pretende realizar se ajustan al ideal de “*justicia absoluta*” es, quizás, el punto que ha sido más difícil de despejar para la iusfilosofía.

Kelsen¹⁶ sostiene sobre el particular que si hay algo que podemos aprender de la historia del conocimiento humano es lo estéril que resultan los esfuerzos por encontrar a través de medios racionales una norma de conducta justa que tenga *validez absoluta*, vale decir, una norma que excluya la posibilidad de la conducta *opuesta*.

La experiencia espiritual del pasado indica que la razón humana puede concebir *sólo valores relativos*, en otras palabras, que el juicio con que juzgamos *algo justo* no puede jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor *opuesto*.

La *justicia absoluta* configura una perfección suprema *irracional*.

Desde la perspectiva del conocimiento racional sólo existen intereses humanos y, por consiguiente, *conflicto de intereses*.

Zanjar los mismos supone dos soluciones posibles: o satisfacer a uno de los términos a costa del otro o restablecer el equilibrio entre ambos. Resulta imposible demostrar cual es la *solución justa*. Dado por supuesto que la paz social es el valor supremo, el equilibrio representa la solución justa.

¹⁶ Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, p. 109, Leviatán, Buenos Aires, Argentina, 1981.

De todos modos, también la justicia de la paz es meramente una justicia relativa que, en ningún caso, puede erigirse en absoluta.

Volviendo a nuestras reflexiones, se le imputa a Kelsen que su teoría padece de un “relativismo” de todos los valores. Es posible que sea así. Pero sus ideas tiene el valor de “desmistificar” la apelación a valores como “la verdad” y “la justicia” en términos absolutos.

13. Nuestras conclusiones

En el curso del presente capítulo desarrollamos las siguientes ideas centrales:

-El objeto de conocimiento del derecho es la *interferencia de conductas de relevancia jurídica*.

-La determinación del objeto de conocimiento del derecho procesal implica ubicarnos *en el plano sociológico del mundo jurídico*.

-Conforme lo sostiene la teoría del *trialismo* jurídico la ciencia del derecho se integra *con el objeto de conocimiento, el nivel normativo y los valores que realiza* (axiología del sistema).

-Ninguno de los tres niveles que conforman el mundo de la juridicidad tiene *prevalencia* sobre el otro. Para poder explicar el fenómeno jurídico se deben colocar a los mismos *en un mismo plano de importancia epistemológica*.

-Las teorías *reduccionistas*, que fijan como objeto de conocimiento sólo la norma o sólo la conducta, no satisfacen las exigencias cognoscitivas mínimas que permitan explicar racionalmente los ejes del sistema sobre el que se asienta la ciencia jurídica.

-El objeto de conocimiento del derecho procesal es la interferencia de conductas de relevancia jurídica en afirmado estado de conflicto.

-Se caería en una *tautología* al sostener que el objeto de conocimiento del derecho procesal está constituido por las normas que regulan, por caso, el inicio el proceso, su trámite, la actuación de los sujetos procesales, el modo de decidir la causa, los recursos que pueden interponerse, etc.

-El nivel normativo del derecho procesal "menta" (regula jurídicamente) su objeto de conocimiento (el litigio). Además, la existencia del litigio justifica, la "razón de ser" de esta rama de la ciencia jurídica (al evitar que el mismo se resuelva por el uso de la fuerza ilegítima) pero no debe confundirse con el objeto mentado.

Bibliografía utilizada

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Textos Universitarios, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, México, 1970.

ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de Filosofía del Derecho*, Juris, Rosario, Argentina, 1998.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal, primera parte*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1989.

BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, España, 1993.

COSSIO, Carlos, *Radiografía de la Teoría Ecológica*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987.

DUGUIT, León, se pueden consultar sus ideas en *Derecho Constitucional*, 2 edic., sin datos.

HERRENDORF, David, *Corrientes actuales de la Filosofía del Derecho*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1989.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, Leviatán, Buenos Aires, Argentina, 1981.

MONROY CABRA, Juan, *Introducción al derecho*, Temis, Bogotá, Colombia, 1998.

NARANJO VILLEGAS, Abel, *Filosofía del Derecho*, Temis, Bogotá, Colombia, 1992.

NOGUERA LABORDE, Rodrigo, *Introducción General al Derecho*, Institución Universitaria Arboleda, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

PACHECO, Máximo, *Teoría General del Derecho*, Temis, Santiago de Chile, Chile, 1990.

Capítulo III
EL OBJETO DE CONOCIMIENTO
DEL DERECHO PROCESAL

Sumario

1. El objeto de conocimiento del derecho procesal. 1.1. La relevancia jurídica de los conflictos y su contingencia. 2. La inquietud doctrinaria para precisar el objeto de conocimiento del derecho procesal. 2.1. Idea de conflicto y litigio para Francesco Carnelutti. 2.2. Conflicto y litigio en los términos de Alvarado Velloso. 3. Conclusiones.

1. El objeto de conocimiento del derecho procesal

En el capítulo anterior acordamos con Duguit, Cossio, Alcalá Zamora y Castillo, Naranjo Villegas, Herrendorf, Alvarado Velloso, Noguera Laborde, entre otros, que el *objeto de conocimiento del Derecho es la conducta humana en su interferencia subjetiva*.

Ahora bien, el derecho procesal, una de las ramas científicas en que se divide el “derecho” (tomado a éste como “género”) *no puede tener un objeto distinto* –por lo menos *en un tramo*– de ese género del “tronco común” del cual *forma parte*.

Para expresarlo en términos propios de la *lógica formal*: constituyendo *ambos* –el derecho y el derecho procesal– una típica relación, reiteramos, de “*género a especie*”, que el objeto de conocimiento del derecho procesal debe *coincidir*, por lo menos *en un segmento*, con el mismo *objeto de conocimiento del “género”* (derecho) del cual *se desprende*.

Si el objeto de conocimiento del derecho (tomado como “género”) es, como ya se dijo –y permítasenos la reiteración–, *la interferencia de conductas de relevancia jurídica*, para *configurar el objeto de conocimiento del derecho procesal* debemos encontrar el elemento que *lo diferenciará* de ese “género” y, a su vez, *lo convertirá en “especie” del mismo*.

Y ese elemento *diferenciador del “género”* terminará por *colorear y dar la distinción científica al derecho procesal*.

¿Cuál será ese elemento *diferenciador*? Puede ensayarse la siguiente respuesta: lo que “*menta*” el derecho procesal es (nuevamente) *la interferencia de conductas humanas pero ahora “impregnadas” con un matiz propio*: son interferencias de conductas *en estado de conflicto* o, mejor aún, *en un “afirmado” estado de conflicto*.

En efecto: al *afirmar* el “pretendiente” en el plano *jurídico-procesal* y ante los *órganos jurisdiccionales* (públicos o privados) la existencia de un *conflicto de “relevancia jurídica”* se *cristaliza el objeto de conocimiento del derecho procesal*.

De modo que el Derecho (en general) se ocupa de un segmento de la conducta del hombre (una vez más: la interferencia de conductas de relevancia jurídica).

A su turno, el derecho procesal *reduce* aún más su *campo de acción* por cuanto parte, como objeto propio de su conocimiento, como ya se vio, *de un afirmado choque de intereses (litigio) de relevancia jurídica sostenido en el plano jurídico*.

1.1. La relevancia jurídica de los conflictos y su contingencia

En la definición del objeto de conocimiento del derecho procesal hemos introducido el término “relevancia jurídica”. Para comprender cuando un conflicto jurídico es relevante (le interesa al derecho procesal) es necesario formular una aclaración respecto a que debe entenderse por “*relevancia legal*” de los conflictos.

¿Cuándo un conflicto es *jurídicamente relevante*?

Por lo pronto no existe una respuesta *unívoca* a este interrogante, por cuanto esta “*relevancia*” jurídica es

contingente, puesto que *varía según las pautas, morales, sociales o éticas*, generadas en el seno de una *sociedad*, “recibiendo” la legislación positiva estas pautas, *que puede otorgar o quitar “relevancia jurídica” a los conflictos*.

Un ejemplo aclarará lo expuesto: un Estado puede disponer *despenalizar el aborto* (perdiendo ese “conflicto”—que sancionaba la muerte provocada a la persona por nacer— *su tipicidad penal*).

El conflicto, por cierto, no deja de existir *en el plano de la realidad social* (la muerte de una persona por nacer, provocada voluntariamente *no le hace perder al hecho su dramática dimensión “humana”*).

Pero la *supresión del interés jurídico* en penalizarlo, traslada el problema a otros *marcos normativos de “control social”* (que pueden ejercer una “*censura*” de esa conducta, pero ya *sin la amenaza de la coercibilidad jurídica*) por caso, el reproche *moral*.

Si, por el contrario, en otro país, se decide mantener la *penalización de la práctica abortiva*, la *relevancia legal* del conflicto lo *torna jurídicamente trascendente* (es decir, un delito típico penal)

En definitiva, debe quedar clara la idea que “la relevancia jurídica” de los conflictos, más allá de su *contingencia*, de su *variabilidad* o de su distinta *composición*, no invalida la idea que mientras mantengan esa *trascendencia*, configuran *la materia o sustancia sobre la que opera el derecho procesal*.

2. La inquietud doctrinaria para precisar el objeto de conocimiento del derecho procesal

En el campo del derecho procesal, la *inquietud* sobre *la determinación de su objeto de conocimiento* acompa-

ño, con la misma intensidad el debate instalado en torno al objeto de conocimiento de *“todo” el derecho*.

De la necesidad de develar este trascendental problema epistemológico se hizo eco, por ejemplo, la escuela italiana de derecho procesal, en especial a Francesco Carnelutti.

Pero también en España, y en toda América Latina, la cuestión agitó las aguas entre los procesalistas más importantes del siglo XX. Evoco las contribuciones realizadas por Alcalá Zamora y Castillo, Couture, Carlos, Clemente Díaz, Briseño Sierra, Alvarado Velloso, Palacio, Alsina, entre tantos otros ilustres maestros.

Es que la construcción de la teoría general del proceso *fallaría desde sus mismos cimientos* si es que no comienza por fijar —con toda precisión— su *“propio” objeto de conocimiento*.

Alcalá Zamora y Castillo, hace ya muchos años, advirtió sobre la necesidad científica de hacer teoría *“comenzando por los principios”*. En ese sentido, el maestro español no dudó en ubicar como el objeto de conocimiento del derecho procesal *“...al conflicto jurídicamente trascendente, que constituye el punto de partida causa determinante de un proceso...”*¹.

A su turno, Humberto Briseño² expresa que si se busca una *“causa”* (lógica-jurídica) del proceso se la encontrará *en la pretensión (conflictiva)*.

¹ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 18, edit. Textos Universitarios, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, México, 1970.

² Briseño Sierra, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, p. 333, Humanitas, Ciudad de México, México, 1989.

Sin conflicto no tiene sentido el proceso, y sin pensar en éste no es factible la rama derecho procesal.

Si el legislador no parte de la *base del conflicto*, su construcción institucional carece de *utilidad*: un proceso para descubrir el significado de ciertas normas podría ser práctico, pero *no vendría a resolver el problema social del conflicto jurídico*.

Tampoco, remata Briseño, cabe hablar de proceso como *juego*, como *ensayo* o como *pieza literaria*, pues estas manifestaciones *no son las que regula el derecho positivo*.

2.1. *Idea de conflicto y litigio para Francesco Carnelutti*

Francesco Carnelutti³ edificó buena parte de su formidable *“sistema procesal”* sobre la noción de *“litigio”*.

Sostuvo que el *“litigio”* es el objeto *“mentado”* por el derecho procesal. En sus términos: *“...el litigio es el conflicto de intereses cualificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro...”*.

En definitiva, para Carnelutti, el *litigio equivale al conflicto de intereses* (sin hacer distingo alguno entre los planos sociológicos o jurídicos en donde el mismo pueda insertarse).

En su idea, en la medida que exista *una pretensión y una resistencia de índole jurídica* merece tal denominación, aunque todavía *no se hubiera judicializado el caso* (es decir trasladado del plano sociológico al plano jurídico).

³ Carnelutti, Francesco, *Sistema, número 14*. Citado por Alcalá Zamora y Castillo en *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 17, edit. Textos Universitarios, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, México, 1970.

2.2. *Conflicto y litigio en los términos de Alvarado Velloso*

Alvarado Velloso⁴ también advirtió que era necesario (en rigor, *imprescindible*) precisar la idea sobre *objeto de conocimiento* que refiere o “*menta*” el derecho procesal.

En su concepción estamos en presencia de un conflicto de relevancia jurídica “...cuando existe un *choque intersubjetivo de intereses* (coexistencia de una pretensión y de una resistencia) por *desconocimiento o violación de un precepto que preordena una conducta que, en los hechos, no se cumple*.”

Por ejemplo, el comprador *no paga el precio de la cosa adquirida*, no obstante ser ésta la conducta que el precepto legal ordena expresamente; a raíz de ello, el vendedor *pretende cobrar dicho precio y el comprador se resiste a pagarlo*.

Ya se sabe, continúa explicando Alvarado, que este conflicto puede tener diversas soluciones *autocompositivas*; pero si éstas *no pueden ser logradas*, al vendedor-pretendiente *no le queda otro camino que incoar un proceso*, mediante una demanda en la cual *debe afirmar* (es una regla de juego) *la existencia de un conflicto en la realidad social...*”.

De modo tal que, en la idea de Alvarado, recién cuando *se afirma* (en el plano *jurídico-procesal*) la *existencia de un conflicto de trascendencia jurídica*. Esa afirmación (auto-atribución de un derecho) es la que constituye el *objeto del derecho procesal*.

⁴ Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit. p. 24.

3. Conclusiones

Luego de recorrer el pensamiento de la doctrina nos interesa que quede claro que el derecho procesal *existe* (tiene su “*razón de ser*”) en la medida que propone *soluciones pacíficas* para ayudar, de un lado *a los litigantes a “auto-componer” el conflicto intersubjetivo de intereses de relevancia jurídica afirmado en el plano jurídico*.

Este “*auxilio normativo*”, por medio del cual se insta a que las partes arriben a la auto-composición de los intereses litigiosos (todos los códigos procesales civiles regulan las figuras del desistimiento, el allanamiento y la transacción), sólo puede darse en ciertas condiciones.

En efecto: sólo puede lograrse siempre que el litigio comprometa intereses transigibles y, por tanto, permita la *aplicación* de estas fórmulas.

Ahora bien, sea porque el litigio desatado *no ha querido o no puede ser auto-compuesto* (procesos penales, cuestiones de familia, etc.) sólo quedará un camino: la disolución del mismo mediante *la resolución heterocompositiva de un tercero*: el órgano jurisdiccional (público o privado) que, previo proceso, pondrá fin a la contienda fallando la causa.

En apretada síntesis, los conceptos fundamentales de este capítulo son las siguientes:

-La *interferencia de conductas de relevancia jurídica*, como ya lo hemos dicho más de una vez, constituye el *objeto de conocimiento del derecho*.

-Esta noción sobre el objeto de conocimiento del derecho (en general) es el “*género*”. Si queremos precisar cuál es el *objeto de conocimiento del derecho procesal*

advertiremos que existe *un dato adicional* que provoca una *distinción* entre el objeto de conocimiento de esta rama científica y del derecho en general.

-El dato adicional es el siguiente: el objeto de conocimiento del derecho procesal es la interferencia de conductas de relevancia jurídica *en afirmado estado de conflicto*. En términos de la "lógica formal" el derecho y el derecho procesal, *en cuanto su objeto, deben verse como una relación de género a especie*.

-La relevancia jurídica del conflicto es un dato "*contingente*". En algunos regímenes jurídicos un conflicto asume esta relevancia y en otros sistemas legales el mismo conflicto deja de interesar al orden jurídico.

-Carnelutti entiende al conflicto *como la existencia de una pretensión y una resistencia (sin distinguir si ese estado de conflicto se produce en el plano de la realidad social o en el ámbito jurídico-procesal)*.

-Alvarado Velloso diferencia las nociones de *conflicto y litigio*. El conflicto se da en el plano de la realidad social. *El litigio es la afirmación de la existencia de ese conflicto en el plano jurídico-procesal*. Nosotros suscribimos esta idea.

Bibliografía utilizada

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Ciudad de México, México, 1970, Textos Universitarios, Universidad Autónoma de México.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1989.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, Humanitas, Ciudad de México, México, 1989.

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema*, número 14. Citado por Alcalá Zamora y Castillo en *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Textos Universitarios, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, México, 1970.

Capítulo IV
LOS DISTINTOS TIPOS
DE CONFLICTOS JURÍDICOS

Sumario

1. Diversidad de los conflictos jurídicos. 2. El nacimiento del conflicto jurídico. 3. Los conflictos jurídicamente trascendentes. La pretensión y la resistencia, el estado de incertidumbre y la violación de la conducta prescrita por la norma. 4. Los distintos tipos de conflictos no afectan a la unidad del objeto de conocimiento del derecho procesal. 5. Conclusiones.

1. Diversidad de los conflictos jurídicos

En el capítulo anterior se fijó la idea que *la afirmación de la existencia de un conflicto de relevancia jurídica en el plano jurídico-procesal constituye el objeto de conocimiento del derecho procesal.*

En este capítulo examinaremos los tres “tipos” de *conflictos jurídicos* que le “*interesan*” al Derecho Procesal.

El deslindar la diferencia entre estos conflictos nos ayudará a comprender mejor *los mecanismos procesales* predispuestos para la solución pacífica de los mismos (a cada tipo de conflicto le corresponde una respuesta procesal “distinta”).

Volveremos luego sobre el tema. De momento, nos interesa explicar cómo y por qué nacen los conflictos de relevancia jurídica en el plano de la realidad social.

2. El nacimiento del conflicto jurídico

Cuando el hombre comienza a coexistir, a vivir en sociedad, nacen, como efecto connatural de esta coexistencia social, *distintos tipos de conflictos* originados en la *colisión de intereses de la más variada índole* (que involucran cuestiones patrimoniales, familiares, penales, etc.).

Desmond Morris¹ explica este hecho desde la socio-

¹ Morris, Desmond, *El Mono Desnudo*, p. 154, edit. Plaza y Janes, Barcelona, España, 1968.

logía en los siguientes términos: naturalmente no hemos *evolucionado* para vivir en *enormes conglomerados de miles de individuos*. Nuestro comportamiento fue orientado para operar en *pequeños grupos tribales*.

De modo tal que el hombre ha debido *adaptarse* (como ha podido) a una situación de *cohabitación* en sociedades cuyas poblaciones son cada vez más numerosas, en las que fue alcanzando un grado de confort más elevado, pero en las que también se encontró expuesto, paradójicamente a *situaciones conflictivas cada vez más numerosas y complejas*.

Reflexionemos, por caso, sobre la multiplicidad de *fuentes potenciales de riesgos* que amenazan a la vida o a la integridad psicofísica de las personas, y que se ciernen, especialmente, sobre los habitantes de las grandes urbes: los accidentes de la circulación vial, del transporte, de la energía nuclear, de la contaminación, los manejos de los grupos económicos que dejan indefensos a los consumidores, etc.

En suma, en esta era de la pos-modernidad, los *“bienes de la vida”* (las cosas materiales, inmateriales, los objetos culturales, etc.) sobre los que podemos *proyectar* nuestras *apetencias* (cada vez más *crecientes* y *variadas*, impulsadas entre otras causas por los estímulos del *“consumismo”*) son *finitos* y, nuestras *aspiraciones sobre ellos*, en muchos casos *desbordan* —desde todo punto de vista— las *posibilidades de ser satisfechas*.

Además, aunque hubiera *coincidencia cuantitativa* entre los *bienes* y las *pretensiones de los hombres* (suposición manejada como una *simple hipótesis de trabajo*, ya que sabemos que no es así), la propia *“naturaleza humana”* hace que, muchas veces, entremos en conflic-

to por perseguir —simultáneamente— (y hasta irracionalmente) algo que también otra persona aspira.

Citando nuevamente a Desmond Morris, el autor nos ilustra que *los animales luchan entre sí por una de dos razones*: para establecer su *dominio* sobre una *jerarquía social* o para hacer valer sus *derechos territoriales* sobre un *pedazo determinado de suelo*. Es decir, que los animales *luchan* cuando lo que se encuentra amenazada es *su propia existencia*.

De hecho, el hombre provoca —muchas veces— situaciones conflictivas *no por un “estado de necesidad”* sino que la disputa *se origina en motivos, circunstanciales o ficticiamente generados*.

En efecto, el hombre entra en estado de conflicto por intereses mucho más variados y complejos que aquellos que afectan a los animales. En algunos casos la conflictividad es inevitable (por caso, siempre existirán deudores que no es que no quieran, sino que no pueden pagar, por haberse empobrecido, haber perdido su trabajo, etc.).

Pero, en otros casos la *“pugna jurídica”* se provoca *“artificialmente”* por causas que son difíciles de explicar, por lo menos desde un análisis *racional*.

Estadísticamente, reiteramos, es fácil comprobar el número cada vez más creciente de conflictos jurídicos de diverso origen. Es que el choque de intereses que desembocan, a su vez, en nuevas formas de *“judicialización”* tienen, como se dijo, una distinta y cada vez más compleja naturaleza jurídica (por ejemplo: los intereses difusos, los reclamos derivados de las diversas formas que asume la responsabilidad civil por productos elaborados, la mala praxis profesional, los derechos de los consumidores, etc.).

3. Los conflictos jurídicamente trascendentes.

La pretensión y la resistencia, el estado de incertidumbre y la violación de la conducta prescrita por la norma

Más allá de la *sustancia material* que puede emparar al conflicto (civil, penal, laboral, administrativo, familiar) pueden establecerse *“categorías”* de las *variantes conflictivas de relevancia jurídica* que se presentan en el plano de la realidad social y que admiten su *“judicialización”* (estatal o privada).

Estas variantes conflictivas, asumen, a nuestro juicio, las siguientes formas:

Primer conflicto: pretensión-resistencia: este tipo de conflicto (quizás el más típico) se origina en la *existencia*, en el plano de la realidad social, de una *pretensión* por parte de un pretendiente –gente o ente– y, frente a ella, la coexistencia de una *resistencia* de aquél frente a quién se pretende *“un bien de la vida de trascendencia jurídica”*.

En otros términos, el requerimiento jurídico *no es satisfecho* (voluntariamente) por aquél contra quién va encaminado. El *“pretendido”* –lejos de someterse a la voluntad ajena– le opone al *“pretendiente” una resistencia a su cumplimiento*.

Este primer tipo de conflicto acordamos en denominarlo (como lo viene haciendo la doctrina más calificada) como *“pretensión-resistencia”*.

Pues bien, el conflicto, que se ubica como dijimos en el plano de la realidad social, puede desembocar (en el caso de quedar irresuelto, y decidir el presunto afectado llevar la cuestión al plano jurídico) en una *“preten-*

sión procesal” (ejercitada por medio del derecho de acción y documentada en una *“demanda”*) por la que se perseguirá el dictado de una sentencia *“favorable”* (previa formación del proceso judicial) que sea *“declarativa de condena”*, *“constitutiva de estado”* o *“de ejecución”*.

Ahora bien, si el contenido jurídico de *“lo pretendido”* y *“resistido”* se remite a intereses *“transigibles”* podrá ser procesado y sentenciado (indistintamente) por *jueces o árbitros* (en la medida que no está en juego sino intereses disponibles por los propios contendientes) y, también, como ya se vio en el capítulo anterior, *“auto-compuesto”* por las propias partes.

Pero nos interesa remarcar que ese tipo de pretensión (signada por la naturaleza de conflicto que le toca procesar) no es el *único conflicto que puede desatarse* y, por tanto, frente a *otro tipo de conflictos* no puede ser igual la naturaleza resolutoria que se le *“requerirá”* al órgano jurisdiccional.

En otros términos, el sistema procesal se *“interesa”*, no por *uno*, sino por *tres tipos de cuestiones conflictivas* (cuya distinta naturaleza condicionarán, insistimos, el tipo de proceso y la respuesta que se brinde desde la jurisdicción).

Segundo conflicto: estado de incertidumbre: el conflicto consiste en un *“estado de incertidumbre jurídica”*.

En este supuesto la función jurisdiccional pasa (exclusivamente) por *hacer cesar ese estado de duda* que, en sí, constituye *la situación conflictiva* (por ejemplo: *pretensiones mere declarativas* y los llamados *“actos de jurisdicción voluntaria”*).

Luego, el pronunciamiento del órgano jurisdiccional cumplirá con su cometido *disolviendo*, simplemente, *ese estado de “duda”*.

Cierto es que, una pretensión que encierre una *incertidumbre inicial* (por ejemplo la inscripción tardía de nacimiento que requiere la judicialización del caso para evitar dudas sobre la filiación de la persona) puede desembocar en un conflicto del tipo pretensión-resistencia, en la medida que, precisamente esa pretensión sea contradicha, por ejemplo, por el Ministerio Público Fiscal.

Si se da este supuesto, el conflicto se “reconvertirá” y lo que el Tribunal resolverá, en definitiva, será una pretensión (que se inscriba tardíamente el hijo presuntamente matrimonial de quien así lo solicita) y una resistencia (que puede ser ejercida por el Estado) aduciendo, por ejemplo, que la inscripción tardía esconde una intención de inscribir un hijo que no es propio.

Por cierto que la índole del conflicto es, de origen, obviamente distinta: se inicia con un estado de incertidumbre que si no es contradicho de igual modo provoca una decisión judicial *haciendo cesar esa incertidumbre* y, si se presenta oposición, adopta la forma del primer tipo de conflicto: pretensión-resistencia.

Tercer tipo de conflicto: la conducta que viola una prescripción normativa: el conflicto puede asumir aquí otro cariz: el mismo se produce al verificarse que una *conducta humana* entra en *colisión* con el “molde patrón” que el sistema jurídico “previsionó” para ese supuesto (caso de la conducta delictiva que queda comprendida en uno de los tipos penales sancionados por el código penal).

El *conflicto* supone un *quiebre* entre la conducta del sujeto y el “molde patrón” previsto por el ordenamiento legal.

La índole de este conflicto explica el sentido, la razón de ser, y la intervención de los órganos jurisdiccionales estatales que desenvuelven su actuación aplicando, por caso, el derecho penal sustantivo por medio del derecho procesal penal.

En principio, este tipo de conflictos (penales) sólo puede ser disuelto, insisto, por la *heterocomposición estatal*.

4. *Los distintos tipos de conflictos no afectan a la unidad del objeto de conocimiento del derecho procesal*

Parece claro que la distinta naturaleza de los conflictos no altera el objeto de conocimiento del derecho procesal ni afecta *el desarrollo armónico de la teoría general del proceso*.

El conflicto puede tener más o menos vinculación con el interés público (es decir, trascender al mero interés privado de las partes) y, sin embargo, las formas procesales y sustanciales permiten resolverlo de un modo similar de aquel que compromete intereses “transigibles”.

En efecto hoy, en el ámbito del derecho procesal penal, son cada vez más numerosos los supuestos en donde el conflicto penal se disuelve, por ejemplo, sin aplicación de la pena por parte del Estado.

En otras palabras, la solución de un conflicto penal asume formas directamente “*autocompositivas*”. La mediación se está imponiendo, cada vez más como un modo eficaz de concluir las controversias penales. La reparación a la víctima en muchas legislaciones penales provoca la extinción del interés estatal para perseguir el delito.

La mera posibilidad de que el modo heterocompositivo no sea el único camino para redefinir los conflictos penales descalifica el dogma basado en que la heterocomposición pública de la pretensión punitiva del Estado, es la única salida para dirimir un conflicto penal (otros ejemplos: en el derecho penal Argentino: la “suspensión del juicio a prueba”).

Además, no debemos olvidar que hoy, en casi todos los sistemas penales de América latina rige el principio de “legalidad” (todo delito que toma conocimiento el órgano de la acusación estatal –Ministerio Público Fiscal– debe ser perseguido y castigado “oficiosamente”).

Pero ese principio empieza a ser *desplazado* por el llamado principio “de oportunidad” (se persiguen sólo los delitos que se estiman de relevancia para la sociedad, se amplía el elenco de delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se eliminan los delitos de bagatela, etc.).

Esta progresiva sustitución del sistema de legalidad por el de oportunidad constituye otro fuerte indicio de la “civilización”, en el sentido que el conflicto de índole penal se lo trata (a la hora de disolverlo) de un modo cada vez más *similar* al conflicto de índole civil.

Me auxiliaré con un ejemplo: en un accidente de tránsito –provocado culposamente– y que ocasione heridas graves a la víctima, el conflicto que se genera es producto de la violación del deber de “no dañar” y de la protección a la integridad física de las personas reconocida por el ordenamiento jurídico, que ha sido quebrada por la conducta del victimario.

Los sistemas jurídicos (sustanciales y procesales) permiten que al victimario se le impute una doble res-

ponsabilidad legal: a) civil, a los fines de indemnizar el daño provocado y; b) penal, para responder ante la sociedad (o el Estado) frente al reproche ético-jurídico que emana del tipo penal que castiga el delito de lesiones graves culposas.

Ahora bien: en la antigüedad ambos carriles se transitaban por vías separadas.

Hoy no ocurre lo mismo. Se ubica como conflicto principal, no ya el interés exclusivo y excluyente del Estado para “castigar” a quien por su imprudencia le provoca un daño a otro, sino que se “estimula” al victimario a la reparación concreta (indemnizatoria) de ese daño.

Y si esa finalidad se consigue, los sistemas penales modernos “preman” al autor del hecho punible con la extinción de la pretensión punitiva penal.

Wolfgang Schöne² nos habla “...de la satisfacción del interés de la persecución penal por otras vías. El autor del ilícito penal evita la acusación y –esto es por lo menos en muchos casos su interés– condicionado por el cumplimiento de mandatos como reparar daños, fomentar la beneficencia pública, por el trabajo personal o donación de dinero o cumplir con los deberes de sostenimiento...”.

Además, hoy ni siquiera es correcto hablar de pena como el modo “típico” en que debe concluir un proceso penal. Nuevamente nos ilustra Schöne³ “...el concepto de reacción penal es más amplio que la pena, cubre también una

² Schöne, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico penal paraguayo*, p. 199, Intercontinental, Asunción, Paraguay, 2000.

³ Schöne, Wolfgang, *ob. cit.*, p. 39.

medida de mejoramiento o de seguridad que a pesar de ser introducida por una ley penal no es, *stricto sensu*, una pena. Emplear la palabra pena en vez de “reacción penal” reduciría, entonces, el alcance de la garantía...”.

De las reflexiones de Schöne volvemos a las nuestras para cerrar este tramo: este tercer tipo de conflictos que estamos analizando (la conducta de un sujeto que viola la prescripción normativa) nos sirve para completar la exposición “del cuadro conflictivo” (si se nos permite la expresión) que le “interesa” al derecho procesal.

Es que la “sanción institucionalizada concreta” que supone la emisión de un mandato jurisdiccional quedará capturada en toda su extensión si comprendemos que puede estar encaminada a resolver alternativamente un conflicto que encierre la fórmula “pretensión/resistencia”, o disolver la “incertidumbre jurídica” o “penar” la conducta humana jurídicamente “desviada” de las prescripciones normativas.

5. Conclusiones

Compendiando nuestras ideas en este tramo:

-Los distintos tipos de conflictos *no desvirtúan la idea* que el objeto de conocimiento del derecho procesal *es la afirmación –en el plano jurídico– procesal de la existencia de un conflicto que no pudo o no quiso ser resuelto por las partes.*

-Existen tres tipos de conflictos: pretensión y resistencia; estado de incertidumbre jurídica y la conducta que viola el molde patrón fijado por el ordenamiento jurídico.

-El conflicto pretensión-resistencia es el más típico, pero no es el único que le “interesa” al derecho procesal.

-La diferencia de estos tipos de conflictos tienen decisiva influencia en el tipo de proceso y prestación jurisdiccional que le pondrá fin.

-En la pretensión y resistencia la hetero-composición pasará por una sentencia declarativa de condena, constitutiva de derechos y de ejecución otorgando o privando de un “bien de la vida” alguna de las partes.

-En los conflictos en que se resuelve un estado de *incertidumbre*, la resolución despejará la incertidumbre jurídica respecto de ese “bien vida”.

-Si hubiera oposición el conflicto se *reconvierte* en un típico supuesto de pretensión/resistencia.

-El conflicto suscitado entre una conducta que *viola el molde patrón previsto por el ordenamiento legal*, da lugar (cuando esa conducta, por caso, viola un tipo penal) a un proceso penal, que también supone *la adjudicación o privación de “un bien de la vida”* (por caso, una condena a pena privativa de la libertad o la absolución del delito que se le imputa al reo).

-La hetero-composición como fórmula de concluir un proceso penal *no es el único modo de hacer cesar este tipo de conflicto*. Hoy existen fórmulas auto-compositivas y formas sustitutivas de la pena, en especial, aquellas que tienden a mitigar las penas privativas de la libertad (suspensión del juicio a prueba, reparación a la víctima que extingue la pretensión punitiva, mediación, auto-composición, etc.).

Bibliografía utilizada

MORRIS Desmond, *El Mono Desnudo*, Plaza y Janes, Barcelona, España, 1968.

SCHÖNE, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico penal paraguayo*, Intercontinental, Asunción, Paraguay, 2000.

Capítulo V

**EL CONTENIDO NORMOLÓGICO
DE LA CIENCIA JURÍDICA
Y DEL DERECHO PROCESAL***Sumario*

1. Recopilación. 2. La persistencia del conflicto. Los modos de solucionarlo. 3. Análisis esquemático del nivel normativo del derecho (en general) y del derecho procesal (en particular). 3.1. La materia normativa que integra el derecho procesal. 3.2. Acción, proceso y jurisdicción. 4. Sobre la axiología del sistema procesal. Conclusiones.

1. Recopilación

En el capítulo segundo precisamos cuál es, a nuestro juicio, el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, y aquí lo reiteramos: *la interferencia de conductas de trascendencia jurídica*. La conducta en su interferencia jurídica es, entonces, la “materia” o “sustancia” a que se refiere el derecho positivo.

En el capítulo tercero definimos el objeto de conocimiento del derecho procesal como la afirmación en el ámbito jurídico-procesal de la existencia de un conflicto de trascendencia jurídica.

Adelantamos, también, que la ciencia del derecho y, en particular el derecho procesal, no se integra solamente con el objeto sobre el cual “predica”. Se dejó aclarado que el fenómeno de la juridicidad no quedaría debidamente captado si está ausente el análisis de los “mandatos imperativos” (en sentido amplio) que regulan ese objeto a los fines de dar la respuesta jurídica más adecuada al problema que la convivencia humana le plantea al derecho.

En otros términos, el ordenamiento jurídico se “dirige” hacia la *interferencia de conductas* que le “interesa” regular y *les impone un “deber ser”*. A ese “deber ser” los destinatarios de las normas deben adecuar su comportamiento, para no exponerse a las sanciones que el orden legal “prevé” si se produce un *desacople* entre

la conducta realizada –el “ser”– y la conducta querida por la norma –“el deber ser”–.

Por eso, se suscribió la idea que el derecho es *una herramienta de control social* (por cuanto les impone un orden coactivo heterónomo que las personas “deben respetar”), ya que sus prescripciones de no ser acatadas voluntariamente por sus destinatarios, los expone a *sufrir las sanciones previstas para el supuesto de desoír el mandato legal (genérico)* y, en su caso, de *persistir la resistencia, padecer los efectos del mandato jurisdiccional coactivo (concreto)*. Se restablece así, mediante el uso de la fuerza legítima, la paz social quebrada por el conflicto.

2. La persistencia del conflicto.

Los modos de solucionarlo

Si el incumplimiento del “deber ser” operado en el plano sociológico (en rigor, el afirmado incumplimiento) *persiste* –y éste *se afirma* por ante los órganos jurisdiccionales– nace *el litigio* que podrá extinguirse sólo de dos formas:

a) *Autocompositivamente* (por desistimiento, allanamiento o transacción, cuando la índole de la cuestión lo permita) o;

b) De continuar la resistencia, se impondrá, finalmente, la *heterocomposición* (pública o privada) –según la elección hecha por las partes–, que está condicionada por la índole de conflicto que debe ventilarse.

Lo cierto es que el litigio (“cáncer del derecho”) debe necesariamente disolverse porque, valiéndonos del parangón con esa enfermedad, su continuidad compromete la propia vida del tejido social.

Si el litigio lo “autocomponen” las propias partes, va de suyo que esa salida conciliada será más beneficiosa, ya que la contienda cesa por voluntad de los propios interesados involucrados en la misma, es decir, no viene impuesta por un tercero y la “pacificación” se produce por la mutua conveniencia de poner fin a la disputa.

En cambio, si las fórmulas autocompositivas no se producen, la “lucha procesal” –luego de consumirse el trámite previsto para cada tipo de procesos– culminará mediante una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Por cierto que el grado de “insatisfacción” –generado por una fórmula “heteroimpuesta”– será mucho mayor para el “perdidoso” del pleito (al que pierde en un litigio de ordinario le cuesta asumir esa “derrota” ya que se produce en el marco de un paradigma muy penoso: vencedor/perdedor).

3. *Análisis esquemático del nivel normativo del derecho (en general) y del derecho procesal (en particular)*

Nuestro análisis apuntará a desentrañar la estructura que asume el ordenamiento jurídico y la normativa procesal para cumplir los fines antes vistos y que aquí reiteramos: provocar la autocomposición o disolver el conflicto intersubjetivo de intereses heterónomamente.

Nuevamente, proponemos al lector un análisis previo, observando de cómo funciona el ordenamiento jurídico –en general– para poder explicar, luego, cómo opera el sistema procesal en la consecución de sus metas.

Este orden de prioridades se asemeja a la necesidad que tuvimos de explicar, primero, cuál era el objeto de

conocimiento del derecho (en general) para poder desarrollar, a posteriori, el objeto de conocimiento específico del derecho procesal.

Se trata, en última instancia, de demostrar “la razón de ser” de las respuestas que, desde este plano normativo, se aplican al “objeto de conocimiento” que “regulan” las prescripciones procesales.

Como ya lo llevamos dicho, una visión abarcadora de la ciencia del derecho (para explicar en toda su amplitud el fenómeno de la juridicidad) descalifica toda postura reduccionista.

En efecto, el compromiso epistemológico impone un análisis sistemático y entrelazado de los tres planos que integran la “experiencia jurídica” (sociológico, normativo y axiológico).

El conocimiento científico, como lo afirma Popper¹, no pasa ni por parcializar cuestiones (que requieren un estudio de conjunto) ni mucho menos, atenernos a una simple observación (acrítica) de los fenómenos que le “interesan” a la ciencia.

La esencia del conocimiento científico supone el planteamiento de los problemas relativos al objeto formal de la que se ocupa cada una de las parcelas del saber científico, brindando la correspondiente solución a los fenómenos observados.

Entonces, si la interferencia de conductas de trascendencia jurídica es observada por el derecho como un problema científico, la “respuesta” que se intente pasa por dos caminos: 1) prohijar la cooperación jurídica de

¹ Popper, Karl, op. cit., p. 21.

los individuos para evitar conflictos, o bien, 2) frente al conflicto desatado (que generará la aplicación concreta de una “sanción institucionalizada”) buscar el método más racional, garantista y efectiva que torne legítima la aplicación de esa sanción.

En todo caso, la solución a ese problema atañe a la organización de los “medios” conducentes para garantizar que los sujetos ajusten su comportamiento a las prescripciones legales (mediante normas vigentes, válidas y eficaces), o bien disponer un orden eficiente de sanciones (genéricas o concretas) en el supuesto de producirse un quiebre del “deber ser” prescrito por el sistema legal.

Y debe quedar claro que la estructura normativa de un Estado de derecho, en la medida que *no provea* la respuesta sistemática y metódica para ordenar la cooperación de los hombres o garantizar la coacción, habrá fracasado en su método y en sus fines.

3.1. *La materia normativa que integra el derecho procesal*

Por lo que hemos expuesto, la materia propia de la ciencia jurídica y, en lo que nos interesa la ciencia procesal, está condicionada por el problema que debe resolver: el restablecimiento de la paz social fracturada por el conflicto.

Por tanto, el “contenido” del derecho procesal no puede omitir todo lo atinente:

- Al derecho de *acción*, su continente, el acto *preten-sional*, y la exteriorización del mismo: *la demanda*.

A los *sujetos* que intervienen en el proceso y su actividad: las partes, los terceros, los auxiliares de la justicia y,

por cierto, la composición del órgano jurisdiccional y a su específica labor (deberes, derechos y facultades);

- A la sistematización del método de *discusión* (organizando el “proceso” de un modo lógico: afirmación; posibilidad de negación; confirmación; alegación; sentencia e instancias recursivas);

- A los *actos procesales* (de cualquier índole) que se realicen, su validez y eventual ineficacia (que se conecta con los remedios procesales imaginados para purgar los vicios de injusticia e ilegitimidad).

- A las formas de *autocomposición* y *heterocomposición* del litigio,

-A la *cautela* de personas, derechos y bienes.

-A la *ejecución* forzada de lo decidido

- A los *remedios* y los *recursos* procesales;

Todos estos elementos exigen de la ciencia del derecho procesal no sólo su necesario tratamiento normativo sino también el mayor grado de coherencia posible en el entramado de esas prescripciones, teniendo presente que se debe buscar dar una respuesta sistemática y con el menor grado de antinomias a las situaciones conflictivas puestas en conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

3.2. *Acción, proceso y jurisdicción*

En función de lo antes visto podemos afirmar que un sistema procesal que se concilie con sus propios fines debe suministrar a los justiciables:

a) una *norma dinámica* que permita el “instar” del particular ante el órgano jurisdiccional (*la acción pro-*

cesal), sin necesidad de que acredite la legitimación del derecho material que se afirma violado (abstracción del derecho de acción);

b) Pero también tiene la misma importancia brindar el método de discusión (*proceso*) que facilite un tránsito adecuado hacia la sentencia (meta final hacia donde se dirige);

c) Por último, y con igual jerarquía, el interés debe centrarse en el deber estatal de garantizar la existencia de una estructura: *el poder jurisdiccional*, predispuesto para procesar toda suerte de litigios y, eventualmente, poner fin a esas contiendas.

En resumen: la acción, el proceso y la jurisdicción constituyen *“todo” el pertrecho del derecho procesal*, y deben actuar en una adecuada correlación (*e igualdad*) para lograr la consecución de sus fines.

Luego, científica y lógicamente no se debería *“escindir”* u *“otorgar prevalencia”* a ninguno de los *elementos* que integran su trilogía estructural: el derecho de acción, el proceso y la jurisdicción. Es que no se encontraría justificativo (dogmático y práctico) para hacer prevalecer uno cualquiera de esos elementos sobre los otros dos.

En efecto: la acción, el proceso y la jurisdicción conforman *las partes de un “todo”* (el *sistema procesal*) ideado para hacer cesar (*pacíficamente*) las conductas en estado de conflictos de trascendencia jurídica.

Y es, precisamente, *ese “todo”* el que puede realizar los fines procesales, no sus *componentes aislados*.

Si se *“fraccionara”* (artificialmente) este continente se provocarían los siguientes efectos negativos:

a) Una de las nociones fundamentales del derecho

procesal ciencia: la acción procesal, quedaría *conceptualmente trunca* si no se la *conecta* con el método de debate (*el proceso*) que pone en *“movimiento”* el ejercicio de la acción.

b) También la teoría procesal quedaría desarticulada si el tratamiento de la acción y el proceso *no se la enlaza con la función jurisdiccional*.

Por tanto, si *privilegiásemos el concepto de la acción procesal* quedaríamos *“anclados”* sólo en el análisis de *“qué es”* y cómo se *“inicia”* la judicialización del conflicto, ya que, en definitiva, a esta idea responde la noción científica de la *“acción”*.

En el mismo sentido, reducir el interés de la ciencia del proceso al método (*el proceso*) dejaría *inconclusa* la explicación de cómo se *inicia* el mismo o cómo *termina* la heterocomposición del litigio.

No se nos escapa que sin *la figura del órgano jurisdiccional* (predispuesto para procesar y, eventualmente, sentenciar, cautelar y ejecutar el litigio sometido a su tratamiento) tanto la acción como el proceso *no se sostendrían a sí mismas*. Es obvio que ambos institutos *necesitan del auxilio de esta “tercera pata”* (que forma el trípode que estamos mentando).

Se advierte, también, que el ejercicio de *la función jurisdiccional* si no es *“estimulado”* por el derecho de acción, y si no está precedido de un debido proceso, *pierde toda legitimidad*. Sería, en todo caso, un acto de *pura autoridad*.

En definitiva: es la *integración* de estos tres elementos, insistimos (y no la preeminencia de uno de ellos) lo que *fortificará la categoría científica del derecho procesal*.

A su vez, la respuesta normativa que otorgue credibilidad (y eficacia) a un sistema procesal dependerá del *acierto* con que el legislador implemente el ejercicio de la acción, idoneidad del método de discusión y la respuesta de los órganos jurisdiccionales.

A modo de resumen de lo expresado: el aspecto normativo del derecho procesal requiere la construcción de un esquema en el que se garantice la *funcionalidad* del mismo: que se pueda accionar y pretender y defenderse, que el proceso sea el método idóneo para discutir con plena audiencia entre las partes, y, por último, que la jurisdicción cumpla con la finalidad para la que fue creada: heterocomponer los conflictos intersubjetivos de intereses mediante un acto de decisión *motivado*, que guarde correlación con lo afirmado, negado y probado en el proceso, y que sea respetuoso del orden jerárquico normativo.

Se trata, en definitiva, de suministrar a las partes las herramientas (la acción), el método (el proceso) y los órganos (la jurisdicción) que, debidamente armonizados, garanticen la solución pacífica y legítima del litigio.

4. Sobre la axiología del sistema procesal

En cuanto a la *axiología* que pretende instaurar un sistema legal (y en este caso la *axiología* propia del *derecho procesal*), la cuestión implica un problema dogmático y iusfilosófico de tono mayor. Es que la pérdida en la elección de los valores que presidirían el modelo de procesamiento puede desbaratar –totalmente– las garantías mínimas que en este plano se le deben a los justiciables.

Acertar o equivocarse en la elección del valor (o los valores) que mejor coadyuven al fin que persigue el derecho procesal supondrá potenciar la *validez* o provocar la *deslegitimación de todo el sistema*.

En nuestro concepto, el derecho procesal cumple con sus fines si concreta *metas sencillas de alcanzar*, comparadas con finalidades “más trascendentes” que muchos doctrinarios y legisladores latinoamericanos entienden como el “norte” de los sistemas de procesamiento, por caso, la resolución de los conflictos “*con justicia absoluta*” o “*verdad jurídica objetiva*”.

Y esas metas simples o realistas suponen lograr un delicado equilibrio: restablecer el orden y generar la paz social resolviendo la “tensión” con la mayor eficacia posible pero, y esto es lo trascendente, *sin vulnerar jamás la “garantía” de la defensa en juicio*.

Y un camino para que el poder judicial se evada de las garantías que se le deben a quién litiga es apelar, a la hora de fundar los pronunciamientos judiciales, a justificaciones “*externas*” al propio sistema legal (“la justicia”, “la verdad”).

Es que “justicia y verdad” son valores, *meta-legales*, en el sentido de que están fuera del sistema jurídico y su manipulación genera una permanente “*subjetivización*” del sistema procesal que lo vuelve altamente inestable.

Si el derecho procesal puede restaurar el orden jurídico quebrado por el conflicto y, además, hacerlo de un modo “*justo*”, es el norte más *pretencioso* que puede auto-atribuirse un sistema. De hecho, todos pretendemos que un litigio sea resuelto con “justicia” y ajustado a la “verdad procesal”, el problema es ser conscientes

que existen severos límites que impiden acceder a “toda la verdad” y “toda la justicia”.

Sin embargo el control de la racionalidad de las decisiones judiciales se vuelve muy endeble si se lo remite a valores externos al ordenamiento jurídico. Afirma Serrano² que la validez (de una norma o de una decisión judicial) debe estar *sometida a una dinámica de control interno, tiene un componente de racionalidad que la “justicia” no tiene o no, al menos, no en el mismo grado.*

El juicio de “validez” depende *de los mecanismos internos de control de los sistemas jurídicos*, en mucha mayor medida que el juicio de justicia que puede depender de *mecanismos de control de los “sistemas morales”*. Los sistemas jurídicos están más diferenciados y son, en ese sentido, mucho más cerrados que los sistemas morales.

La norma jurídica superior sirve de *parámetro para determinar la validez o invalidez de la norma inferior, es una disposición normativa del mismo sistema jurídico.*

El concepto también es aplicable a las decisiones judiciales ya que las mismas deben guardar validez con lo actuado en la causa y con las garantías constitucionales-procesales prometidas al justiciable (por ejemplo, la sentencia debe ser congruente, no se debe haber privado del derecho de audiencia en todo el curso del proceso, etc.).

La validez, por tanto, es una función *interna* del “sistema”. Por el contrario, la norma moral que sirve de

² Serrano, José Luis, *Validez y Vigencia (La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica)*, p. 53, Trotta, Madrid, España, 1999.

criterio para medir la “justicia” de una regla jurídica es necesariamente *externa* al sistema jurídico. A diferencia del juicio de justicia/injusticia de la norma jurídica, *el juicio de validez no debe y no puede salir del interior del ordenamiento jurídico.*

Va de suyo que, más allá de “asomarnos” a este tema, el asunto excede totalmente el contenido de esta primera monografía.

Es más, le asignamos tanta trascendencia a la cuestión que dedicaremos *íntegramente una de las monografías que integra esta serie a la axiología del derecho procesal.*

Por tanto, aquí, solo queremos cerrar la cuestión con algunos esbozos de nuestras reflexiones.

El derecho (en general) ante el problema que desata la convivencia social nos enfrenta a los siguientes interrogantes científicos:

¿Cómo regular del modo más eficaz posible esa interferencia de conductas que asumen relevancia jurídica a los fines de garantizar la convivencia pacífica de los hombres?

En su caso ¿cómo restituir la paz social quebrada por el conflicto que genera las violaciones del deber ser jurídico?

¿A qué tipo de amenazas (abstractas y concretas) debe apelar un sistema jurídico para solucionar los conflictos de esta índole?

Los interrogantes plantean cuestiones muy complejas.

Por lo pronto, los “hacedores” de un ordenamiento jurídico que pretendan que sus prescripciones gocen, en primer lugar, del mayor grado de “eficacia” posible (es decir, que sean aceptadas como “válidas” por el mayor

número de sus destinatarios) y, por tanto, se logre un alto grado de cumplimiento espontáneo de los mandatos, deben asumir *que cuanto más masiva sea la aceptación (espontánea) de los imperativos jurídicos, mayor pacificación social ganará el entramado social y será menor el número de conflictos que se desaten.*

Pero ya sabemos que lo máximo a que puede aspirar un sistema legal es que haya pocos conflictos, pero no *que estos no se produzcan* (sería una meta idílica que choca con la naturaleza humana y con los roces naturales que provoca la convivencia).

Tampoco debe aguardarse que los conflictos una vez producidos se auto-compongan (ya vimos que la permanencia del conflicto se produce porque no se “requiere” hacerlo cesar o porque el propio orden legal impide esa fórmula auto-compositiva).

Ahora bien, frente a los conflictos jurídicos que, por los motivos ya apuntados, se suscitan una y otra vez en el seno de las comunidades organizadas, el derecho debe reaccionar. Lo hace *imponiendo conductas en forma heterónoma (“deber ser” externo).*

Para lograrlo se ponen en juego los mecanismos procesales a fin de buscar que el conflicto suscitado (y no resuelto) sea heterocompuesto (previo el debido proceso) por los órganos jurisdiccionales predispuestos para ese fin.

El derecho, razona Alvarado Velloso, es, en definitiva, un acto de fuerza. Fuerza legítima, pero fuerza al fin.

Ejemplificando lo que llevamos expuesto hasta aquí, cerraremos mejor la idea: “las normas del derecho sustantivo que se ocupan de los daños a las personas”. Estas normas se basan en un modelo de responsabilidad que nos viene desde el derecho romano: aquel que

por su culpa o negligencia provoque un daño a otro, debe resarcirlo.

Luego, ante el “deber ser” legal de no dañar, nos enfrentamos a la hipótesis que la conducta de un sujeto (victimario) no se adecua a esa prescripción: daña por su imprudencia, negligencia o impericia a la integridad física de una persona (víctima).

Puede ocurrir que ese victimario, luego de haber quebrantado el deber jurídico de no dañar, y frente a la amenaza abstracta de tener que indemnizar los daños y perjuicios cometidos, acuerde (voluntariamente) con la víctima *una indemnización que la satisfaga.*

Si esto ocurre, la amenaza abstracta de la norma *cumplió su fin preventivo.*

En otros términos, el conflicto nació y se extinguió de un modo autocompositivo recomponiendo los bienes jurídicos afectados mediante *el pago de una indemnización* que las partes consideraron reparatoria de los perjuicios provocados y sufridos.

Pero también es posible que el victimario *no atienda* (espontáneamente) a la reparación patrimonial que le debe a la víctima.

En este caso, la *amenaza genérica de la norma no está surtiendo el efecto querido.*

El victimario (o quien tiene a su cargo reparar los daños, por ejemplo, la aseguradora que asumió el riesgo de responsabilidad civil hacia terceros) no quiere o no puede disolver autocompositivamente la cuestión.

También puede ocurrir que la víctima se niegue a ser reparada por considerar, por ejemplo, insuficiente el monto de la indemnización ofrecida.

Por los motivos que fuera, si la persona damnificada lleva ese conflicto al plano jurídico se iniciará un proceso y, si al término del debate, el pretendiente acredita todos y cada uno de los presupuestos del daño resarcible entonces, la amenaza del sistema jurídico *se concretará en un mandato jurisdiccional de condena que impondrá al victimario la obligación de satisfacer la pretensión resarcitoria (a riesgo de sufrir la ejecución coactiva sobre su patrimonio)*.

Con el ejemplo dado queda claro que los mandatos genéricos (es decir la amenaza en “abstracto”) deben tratar de surtir el mayor efecto “disuasivo” posible (sería ideal que, por ejemplo, todas las víctimas de los accidentes de tránsito conciliaran sus intereses con los dañadores, disolviendo rápidamente el conflicto).

Y un estímulo adecuado para incentivar el “cumplimiento” espontáneo del “débito de responsabilidad” supondría, por ejemplo, acentuar las sanciones (pecuniarias) para aquellos deudores que claramente se han desentendido de su “deber de cooperación”.

En California, Estados Unidos de Norteamérica, los jueces, además de la reparación que conceden a la víctima (en correspondencia con los corporales provocados) cuando se demuestra que la aseguradora que amparaba al conductor del vehículo que provocó el “daño” (y ante un caso de clara culpabilidad) *no formuló ninguna propuesta seria y documentada, para evitar que el conflicto llegara a las “cortes”, aplican sanciones muy duras bajo la simple fórmula de “daños punitivos”*.

Y conste que no pretendemos la exportación automática de esa idea, pero creemos que debemos tomar conciencia de que muchos “deudores profesionales” (las

aseguradoras asumen este carácter) tomarían mucho más en cuenta el valor de los precedentes jurisprudenciales, para evitar, en el futuro, repetir una conducta que redunde en su propio perjuicio patrimonial.

En América latina, paradójicamente, muchas veces se usa la dureza normativa y la severidad judicial en ámbitos en donde no corresponde.

Se apela, por caso, a este rigor para, supuestamente, disuadir a los hombres de la comisión de ilícitos penales (prevención positiva general).

Pero debería quedarnos en claro que el delincuente marginal, que sale dispuesto a jugar su vida en un robo a mano armada, no piensa en los montos mínimos o máximos de una pena para entrar en el camino del delito o no hacerlo. Ni aun la pena de muerte ha demostrado, estadísticamente, que tenga esos efectos disuasivos. Por cierto, que no estamos postulando la abolición del sistema penal, sólo decimos que se requieren respuestas jurídicas mucho más integrales que el aumento de las penas ante la comisión de los delitos.

En definitiva, y para no perdernos en nuestras reflexiones, lo que queremos expresar es que un sistema jurídico (con pretensiones de mayor acatamiento espontáneo y, por ende, menor nivel de conflictos) debe tratar de estructurar del modo más racional posible el entramado de sus normas (y de los “premios y “castigos”), ya que el cumplimiento voluntario de las mismas refuerza la validez del sistema y su desobediencia (en especial, cuando los destinatarios las consideran inválidas) perjudica su eficacia.

Y la falta de *consenso o legitimidad de un sistema legal* afecta seriamente a su “credibilidad” impidiendo

(y hasta algunas veces potenciando) a la generación de conflictos que atenta contra la convivencia pacífica que el derecho pretende imponer.

Un ejemplo paradigmático de un derecho que “victimizó” a sus destinatarios fue el creado en la Alemania nazi, en la Italia fascista o en la Rusia comunista. Sus ominosas prescripciones, violatorias de los más elementales derechos humanos, detentaban sólo la máscara de un ordenamiento jurídico, pero, de hecho, nunca asumió la condición de tal.

Esas “máscaras deformes de la juridicidad” no solo no previnieron los conflictos, sino que los potenciaron. Y, cuando debían resolverlos, los criterios jurisdiccionales terminaron por destruir todo viso de legitimidad del sistema por cuanto sus decisiones se “apoyaban” en valores “meta-jurídicos” (como la obediencia ciega al “conductor”, el culto a la patria, la superioridad étnica, etc.).

Es evidente que todo sistema legal que no establezca como base de sustentación *la preservación de todos los derechos inalienables de la persona*: el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, al honor, a la intimidad, al estado de inocencia, a no ser privado de un “bien de la vida” sin un debido proceso que justifique esa condena, no merece ser llamado sistema jurídico, *no tiene ninguna legitimidad*.

Al derecho procesal le corresponde, quizás, *el aspecto más sensible de las respuestas que debe dar un sistema legal*. Esto es así por cuanto actúa cuando el derecho no alcanzó *su finalidad primaria: la prevención de los conflictos*.

Si es exacto que la ciencia (toda ciencia) “predica” sobre un objeto problemático (y esto supone, en el caso

de la ciencia jurídica, solucionar los problemas jurídicos que genera la interferencia de conductas), *la disolución de los problemas debe ser la constante (el norte) del derecho procesal*. Es más, la “razón de ser” del mismo no puede ser otra que buscar “soluciones” a esos “problemas”.

Por último, como ya se dijo, esta solución de los problemas legales estará orientada por criterios, pautas, ponderaciones, etc., que condicionarán al legislador a resolverlos, privilegiando, para ello, una cierta escala de valores.

Esa “*alternatividad jurídica*”, como lo enseña Briseño Sierra y Alvarado Velloso, se presenta como una constante a la que se enfrenta cotidianamente el “hacedor” del Derecho.

La idea de *alternatividad* en un sistema legal impone *optar* (privilegiar) escogiendo una solución entre varias posibilidades y, de la elección acertada de esas “*alternatividades*”, dependerá que se infunda pautas *legitimantes* a todo el sistema procesal.

4.1. Cerrando nuestras reflexiones axiológicas

Insistimos que a la *axiología* del sistema procesal le dedicaremos íntegramente el *contenido* de una de las monografías que integra esta serie. Pero, para cerrar nuestras reflexiones en este tramo, deseamos dejar fijada nuestra postura en los siguientes términos:

A nuestro juicio la figura del juez, la estructura y finalidad del proceso judicial debe formularse desde un ángulo descargado de omnipotencia y plenamente garantizador de la defensa en juicio del litigante.

La aproximación a este modelo “ideal” puede comenzar a construirse asumiendo que un juez *no puede* (más allá que *no debe*) convertirse en un superhombre jurídico (que investiga, prueba y además falla la causa que le toca resolver).

La apuesta –sencillamente– es transitar por el camino de lo razonable y lo posible.

Para imaginar las penurias que puede sufrir un justiciable sometido a un modelo de proceso de corte autoritario les proponemos al lector una suerte de juego de imaginación, en el que deberíamos dejar de lado la ingenuidad de suponer que un proceso del tipo “inquisitivo” (penal o civil), cuyo molde se encuentra disseminado por toda América Latina, puede ser *sufrido* por los “*otros*” y no “*por nosotros*”.

La idea es internalizar –por un momento– la posibilidad de ser “nosotros” la parte *material* de ese proceso. Si la cuestión se mira *como justiciable*, (no como juez o abogado), es más que obvio que los puntos de referencia (o la angustia que puede embargarnos) cambia radicalmente.

De hecho, cada uno de “nosotros” podría estar expuesto a sufrir las penurias de un proceso, aún de tipo penal.

¿Quién está exento de quedar involucrado, por ejemplo, en un accidente de tránsito que provoque lesiones o la muerte de terceros?

Así pues: cuándo nos toque estar como imputados frente a la eventual comisión de un ilícito penal, cuando nuestros razonamientos ya no sean académicos, sino que se involucren con nuestra *situación personal*.

¿Nos gustará que el juez penal *investigue de oficio la comisión del delito de lesiones culposas u homicidio culposo que se nos imputa?*

¿No preferiríamos un sistema acusatorio, en donde *el fiscal investigue y acuse, y el juez sea, nada más y nada menos, que el custodio de las garantías de regularidad y legalidad del trámite*, concretamente: que las pruebas “de cargo” que pretenda el fiscal se realicen sin violar nuestras garantías constitucionales?

¿No defenderíamos la lógica que en un proceso penal *en el que fuera el Ministerio Fiscal el único que puede proponer pruebas o, en su caso, el querellante conjunto?*

¿Apoyaríamos la idea que además de las imputaciones y prueba de cargo que realiza el fiscal, *fuera el juez el que sume en esa faena?*

Todas estas preguntas tienen una respuesta que cae casi por decantación: el día que personalmente tengamos que sufrir un proceso en “carne propia” y que acontezca el resultado más penoso: que resultemos condenados (si es que se acredita nuestra culpabilidad) pretenderíamos ser amparados por varias “garantías”.

Frente a una condena la elemental aspiración que llevará tranquilidad a nuestro espíritu es que la maquinaria procesal y judicial:

-nos aplique la pena, si es que debe hacerlo;

-pero respete, previamente, todas y cada una de las garantías del debido proceso que se nos debe (debida audiencia, igualdad de armas, estado de inocencia, beneficio de la duda, etc.).

En definitiva, la cara “procesal” de un Estado de Derecho supone montar los mecanismos idóneos para preservar a los ciudadanos de la *arbitrariedad* del poder, de cualquier poder, en este caso del judicial.

Y para ello deben montarse todas las garantías procesales para prevenir las eventuales *arbitrariedades*

del poder jurisdiccional. Debe evitarse, a todo trance, que se transite por un peligroso desfiladero en donde podrían desbarrancarse muchos de los portentosos esfuerzos realizados hasta hoy para poder controlar, en general, el poder sancionador del Estado.

No debemos perder de vista que al desembocar en un litigio (mal necesario, pero, de suyo menor que resolver los conflictos jurídicos por el uso de la fuerza) los sujetos que intervienen como partes en el mismo (actor-acusador-demandado-reo) precisan que se hagan *efectivas* las garantías del “debido proceso” prometidas por las cartas constitucionales de un modo programático, pero que sólo se convierten en realmente “operativas” mediante mandatos procesales que estén en consonancia con la letra y el espíritu de nuestras constituciones liberales.

Esto parece una verdad de perogrullo. Sin embargo, las constantes violaciones a la igualdad de las partes y a la imparcialidad del órgano judicial, en aquellos procesos concebidos bajo un modelo autoritario, no autorizan a tomarla como algo *tan obvio*.

Adrián Ventura, abogado y periodista argentino nos alerta sobre los peligros del poder. Refiriéndose al poder del Estado (sin necesidad de especificar a cuáles de los tres poderes le cabe el “sayo”) sostiene “...el poder corrompe. El poder absoluto corrompe en forma absoluta. Si, además, pretende ser eterno, ahoga”³.

³ Ventura, Adrián, “Argentinic”. *Una Democracia que hace Agua*, Diario La Nación, Buenos Aires, Argentina, Edición del día 20 de marzo de 1988.

La frase, por cierto, sobrecoge. La historia de la humanidad ha sido un triste fresco de los continuos *excesos del poder*, y exhibe —descarnadamente— el alto precio que se ha pagado por lograr la limitación de los “iluminados de turno”. El fascismo, el nazismo, el comunismo, es decir, las distintas caras del “fundamentalismo”, son los ejemplos más patéticos de adonde nos conduce el exceso del poder.

Y queda claro que el *poder judicial* no puede ni debe quedar fuera del *marco de contención* que le impone las reglas y los sistemas de un estado de derecho. La apelación a frases simbólicas —lo decimos una vez más— como la “verdad” y la “justicia” son sólo envoltorios fáciles que *no autorizan* a mellar ninguna garantía procesal que el Estado de derecho les debe reconocer a los destinatarios de las mismas.

5. Conclusiones

Se detalla, a continuación, una síntesis de los temas más relevantes tratados en este capítulo:

-La afirmación de la existencia de un conflicto de relevancia jurídica ante los órganos jurisdiccionales supone el inicio de un *litigio*.

-El litigio, una vez que estalla, puede concluir sólo de dos formas: *autocompositivamente* (por desistimiento, allanamiento o transacción, cuando estas formas son posibles de aplicarse) o por la *heterocomposición privada o pública* (según la *indole* del conflicto)

-El *contenido* del derecho procesal se halla condicionado en función del objeto litigioso al que “atiende”. Por tanto, ese contenido necesariamente deberá incluir:

-Al derecho de *acción*, su continente, el acto *preten-sional*, y la exteriorización del mismo: la *demanda*.

A los *sujetos* que intervienen en el proceso y su actividad: las partes, los terceros, los auxiliares de la justicia y, por cierto, la composición del órgano jurisdiccional y a su específica labor (deberes, derechos y facultades);

-A la sistematización del método de *discusión* (organizando el "proceso" de un modo lógico: afirmación; posibilidad de negación; confirmación; alegación; sentencia e instancias recursivas);

-A los *actos procesales* (de cualquier índole) que se realicen, su validez y eventual ineficacia (que se conecta con los remedios procesales imaginados para purgar los vicios de injusticia e ilegitimidad).

-A las formas de *autocomposición* y *heterocomposición* del litigio,

-A la *cautela* de personas, derechos y bienes.

-A la ejecución forzada de lo decidido

-A los *remedios* y los *recursos* procesales;

-La acción, la jurisdicción y el proceso conforman las partes de un "*todo*" (el sistema procesal) ideado para hacer cesar (pacíficamente) las conductas en estado de conflictos de trascendencia jurídica.

-Se trata de suministrar a las partes en contienda las herramientas (la acción), el método (el proceso) y los órganos (la jurisdicción) que debidamente armonizados garanticen la solución pacífica del litigio. También se advierte que ninguno de los tres elementos que conforman la trilogía estructural del derecho procesal *debe ser colocado en un plano de superioridad epistemológica o científica*. Por el contrario su relación es de estricta *igualdad*.

-En cuanto a la axiología a la que debe apuntar el derecho procesal entendemos que cumpliría con sus fines si concreta *metas sencillas de alcanzar* (comparadas con finalidades más trascendentes que algunos entienden como el norte de los sistemas de procesamiento, por caso, resolver los conflictos "con justicia absoluta o verdad jurídica objetiva").

-Y esas metas simples o realistas igual suponen alcanzar un delicado equilibrio: restablecer el orden y generar la paz social resolviendo la "tensión" con eficacia y sin apelar a justificaciones "*externas*" al "*mundo jurídico*" (la moral, la justicia, la verdad, son valores meta-legales, en el sentido de que están fuera del "control" jurídico), cuya manipulación genera una permanente *subjetivización* del sistema procesal que lo vuelve *altamente inestable*.

Bibliografía utilizada

KARL POPPER, *La responsabilidad de vivir*, edit. Paidós, Estado y Sociedad, Madrid, España, 1995.

SERRANO, Jose Luis, *Validez y Vigencia (La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica)*, Trotta, Madrid, España, 1999.

VENTURA, Adrián, "*Argentinic*". *Una Democracia que hace Agua*, Diario La Nación, Buenos Aires, Argentina, Edición del día 20 de marzo de 1988.

Capítulo VI

PROFUNDIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS SOBRE EL CONTENIDO NORMATIVO DEL DERECHO Y DEL DERECHO PROCESAL

Sumario

1. Introducción. 2. El modelo normativo en los sistemas jurídicos basados en el *civil law*. 3. ¿El ordenamiento jurídico se sirve de normas que asumen una determinada “estructura” y, por eso, lo hacen inteligible? 3.1. Introducción al tema de las estructuras normativas. 3.2. Cuantificación y clasificación normativa. 3.2.1. Normas y normas procesales. 4. El problema al cual se enfrenta el Derecho como ciencia. La respuesta que debe brindar desde este plano. 5. La racionalidad de la respuesta al problema científico que se le plantea al Derecho. 6. Introducción al estudio de las estructuras moleculares de las normas jurídicas. 6.1. Normas programáticas. 6.2. Normas conceptuales. 6.3. Normas estáticas-disyuntivas. 6.4. Normas dinámicas procedimentales que ayudan a la actuación espontánea del derecho o prepararan la reacción institucionalizada. 6.5. La norma dinámica proyectiva y necesariamente bilateral: la acción procesal. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Para “aprehender” de un modo global el contenido de la ciencia jurídica (en su tramo normativo, que es el que aquí nos interesa) resulta necesario (en rigor imprescindible) *individualizar las diferentes “estructuras normativas” que se imponen a los destinatarios del sistema legal (todos y cada uno de nosotros) es decir, la conducta jurídica que se ordena realizar, de la que nos debemos abstener, o está prohibido violar.*

El término “estructuras normativas”, utilizado en el párrafo anterior, debe entenderse en sentido amplio: la Constitución, los pactos supranacionales, la ley, los decretos, etc.

De hecho, no se nos escapa que existen otras *fuentes jurídicas* que también *regulan* –en forma imperativa– las interacciones humanas de relevancia jurídica (por ejemplo, la costumbre, la jurisprudencia, etc.).

Sin embargo, en este tramo dedicado al *nivel normativo del derecho y del derecho procesal* esas fuentes no asumen, para nosotros, en orden a la construcción de una teoría general del proceso, el mismo *interés científico*, por lo cual desestimaremos su tratamiento.

Otra salvedad: antes de entrar de lleno en el núcleo de nuestro análisis se impone una aclaración prelimi-

nar: los estudios de la teoría de la norma jurídica supusieron un desarrollo científico sumamente complejo, que llevó siglos de decantación.

Esta evolución del pensamiento jurídico encontró su punto más alto en la corriente doctrinaria del “*positivismo jurídico*” (ayer de la mano de Kelsen y su “positivismo clásico”, hoy, entre otros, bajo la conducción de Bobbio y su “positivismo crítico”).

Reflexionar sobre la hondura del pensamiento filosófico de estos dos juristas, como así también en tantas otras obras dedicadas al análisis del derecho positivo, da cuenta de la *absoluta imposibilidad de agotar el tema*, principalmente, si la aproximación al mismo se realiza en el contexto de una monografía cuya finalidad no es penetrar en la teoría de la norma, *sino realizar una labor descriptiva y esquemática de los tres niveles del ordenamiento jurídico*, orientada –directamente– a la finalidad que aquí se busca: *enlazar todos los elementos esenciales que permitan la comprensión de la teoría general del derecho procesal*.

Por tanto, toda pretensión que excedería los modestos límites en los que enmarcamos nuestra labor, supondría, de nuestra parte, una irresponsabilidad intelectual.

En definitiva, el sentido que queremos darle a esta monografía nos condiciona (mejor dicho, nos *impide*) profundizar, por lo menos con la hondura que quisiéramos, en las inquietantes y tentadoras aguas de la teoría de la norma jurídica.

Pero, con las prevenciones del caso, la idea, igualmente, es brindar algunas *mínimas nociones* sobre el *aspecto normativo de la ciencia jurídica*, propósito que

se encuentra especialmente *justificado* por la utilidad que ellas prestan, insistimos, a la teoría general del derecho procesal.

2. *El modelo normativo en los sistemas jurídicos basados en el “civil law”*

Si consideramos el sistema jurídico del *civil law*¹, en su formulación contemporánea, éste registra una constante: está compuesto *por una cadena piramidal de “prescripciones imperativas”* que asumen la forma de “*normas*” o “*reglas jurídicas*”.

En efecto, gran parte de esos “mandatos imperativos” provienen de normas escritas contenidas en las Constituciones, Tratados Internacionales, Códigos, Leyes, Decretos, etc.

A estos mandatos legales (en sentido amplio), que contienen prescripciones normativas, se le suman, como ya se expresó, otros imperativos legales (siempre y cuando resulten “admitidos” por el propio ordenamiento jurídico). En ese sentido, los usos y costumbres, así como la jurisprudencia “obligatoria”, también son fuentes positivas del derecho vigente de un Estado.

¹ Eduardo Couture enuncia que una ordenación de los sistemas jurídicos vigentes ha detectado hasta diecisiete tipos distintos, aunque en la actualidad algunos sostienen que solo quedan dos: el sistema del “civil law” y el del “common law”. Couture sugiere no ubicarse ni “tan alto ni tan bajo”. Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 13, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1958.

3. *¿El ordenamiento jurídico se sirve de normas que asumen una determinada “estructura” y, por eso, lo hacen inteligible?*

Aclarado el interés que depara para nosotros el conocimiento del “mundo normativo”, comenzaremos con el examen de *los distintos tipos de normas* que son *necesarios* para arribar a la “construcción” de un sistema jurídico.

Para impulsar el desarrollo del tema, nos ayudaremos con la formulación de las siguientes preguntas:

¿Es imprescindible para asegurar los fines del derecho (lograr la cooperación jurídica o imponer sanciones institucionalizadas a la conducta desviada) que el legislador se sirva de diferentes “tipos” de normas?

¿Las diferentes “estructuras moleculares” (si se nos permite la expresión) son un imperativo inherente a lo lógico de un sistema jurídico, ya que es sólo a partir de esa diferenciación que pueden regularse todas las interacciones que “al derecho” le interesa captar?

Si la respuesta a estas dos preguntas es *afirmativa*, es decir, si se acuerda que *con un solo tipo de normas no se podría –de ningún modo– regular la interferencia de conductas de trascendencia jurídica*, esa conclusión *positiva* derivará en la formulación de nuevas preguntas:

¿Cuál es la “razón de ser” de la creación de distintos tipos normativos?

¿Cuántos tipos de normas se necesitan para construir un sistema jurídico que cumpla con los fines que se propone “el Derecho”?

¿Qué prelación deben tener unas normas con relación a otras?

¿Cómo se coordinan?

¿Se pueden llegar a estipulaciones lingüísticas, que permitan denominar a los distintos tipos legales, normas programáticas, conceptuales, estáticas -disyuntivas y dinámicas?

¿Cuál sería la utilidad científica de esta estipulación o identificación semántica?

¿Cuál es la correlación que se genera entre el esquema normativo general y el andamiaje jurídico propio del derecho procesal?

Los interrogantes son muchos y de gran hondura. Veamos si podemos ir despejando una a una las incógnitas propuestas.

3.1. *Introducción al tema de las estructuras normativas*

Alvarado Velloso demostró que *es posible cuantificar y definir el objeto de conocimiento de nuestra ciencia jurídica* (recordemos aquí las cuatro interacciones humanas que necesariamente deben ser reguladas por el sistema jurídico):

- el hombre frente a los demás hombres;
- el hombre al lado de la mujer a fin de procrear;
- los individuos (gentes o entes) que se obligan recíprocamente;
- y el hombre frente al Estado, en su mutua relación de gobernante y gobernado).

Ahora bien, nosotros afirmamos *que también es posible* (en rigor, *imprescindible*) *clasificar y cuantificar*

cada una de las estructuras normativas que regulan, a su vez, esas interacciones.

Y esta clasificación se funda en la *lógica interna* que deben asumir los ordenamientos jurídicos inspirados en modelos normativos *piramidales*, para arribar a los fines del Derecho que, como instrumento de control social, se propone lograr.

Como ya se expresó las normas se colocan en una "escala jerárquica" frente a la regulación de las interacciones de relevancia jurídica.

Esa escala normativa y jerárquica sólo en la medida que tenga coherencia y racionalidad se tornará *comprendible* para los destinatarios del sistema. Este dato es de la mayor importancia, toda vez que a los hombres les debe quedar bien en claro:

-que están obligados a hacer;

-o abstenerse de realizar;

-y cuáles son las sanciones que sufrirían en el supuesto de violar el "deber ser" normativo.

En ese sentido, la contribución fundamental del positivismo jurídico al progreso de la ciencia del derecho fue, precisamente, la elaboración sistematizada y jerárquica de la estructura de los sistemas normativos que alcanzaron, especialmente después de Kelsen, un alto grado de plenitud.

3.2. Cuantificación y clasificación normativa

Partiendo entonces de la premisa de que *es posible cuantificar y clasificar "el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica"*, y habiendo demostrado la importancia científica que tiene tal propósito, insistimos que *asume igual trascendencia epistemológica* (para expli-

car acabadamente el fenómeno de la "juridicidad" y cómo el derecho instrumenta "sus mecanismos" para alcanzar sus fines) *realizar la tarea de cuantificación y clasificación del "ordenamiento jurídico"*.

Se trata, en definitiva, de desentrañar las diferentes "estructuras internas" de las *normas jurídicas* que integran un sistema legal y ubicar su encadenamiento dentro del mismo.

3.2.1. Normas y normas procesales

El análisis que se propone no es ocioso, es más: se trata de un paso previo y necesario para poder explicar, luego, el carácter "dinámico" de las *normas procesales*. Ese "dinamismo" está presente en la norma que regula a la "acción procesal" ("*instancia proyectiva necesariamente bilateral*") y también en la norma que moldea al "proceso" (*serie "consecuencial de instancias proyectivas"*, en la terminología Briseñana).

Todos estos términos ("*instancia proyectiva*", "*serie consecuencial*"), que pueden aparecer semánticamente extraños para el lector: esperamos que sean debidamente comprendidos a medida que desarrollemos el tema y quede clarificado el pensamiento de Briseño Sierra. Como siempre, se pide un poco de paciencia en la lectura para que en el tramo final de este capítulo y el que le sigue se puedan cerrar los conceptos que aquí se anticipan.

A modo de anticipo, sostenemos que *no podría entenderse en que consiste la estructura "molecular" de la norma "dinámica procesal"* si no se la *contrasta*, previamente, *con otro tipo de normas* (que tienen otro "formato" distinto y una finalidad diferente).

También subrayamos que *“todas” las normas*, en conjunto, son las que coadyuvan a dar eficacia al sistema legal. De allí que deviene necesaria la explicación de la *totalidad del fenómeno normativo* (y no sólo el “tipo” que asumen las normas puramente procesales.)

Aunque luego volveremos sobre el tema, recalcamos que fue la inspiración científica de Humberto Briseño Sierra la que distinguió, por primera vez, *el carácter “dinámico” de las normas procesales y su diferencia con los otros tipos de estructuras normativas*.

A partir de haber detectado el *“dinamismo”*, como dato *excluyente de las normas puramente procesales*, la Teoría general del proceso de Briseño ganó un sello único y, en especial, marcó la diferencia con el resto de la dogmática, *al lograr tipificar la acción procesal desde un contexto doctrinal radicalmente diferente*.

Parfraseando a Eduardo Couture, ese descubrimiento de Briseño Sierra vino a tener la misma significación científica que, para la física moderna, asumió la división del átomo.

Resumiendo: para llegar al estudio *del dinamismo que encierran las normas procesales*, insistimos, es de trascendental importancia analizar *“todas” las “estructuras moleculares” de las normas jurídicas*.

Si bien el norte final de nuestra investigación será la identificación y explicación de las *“normas dinámicas”* (o puramente procesales) no nos asisten dudas que serán mejor comprendidas si se las pone, lo decimos una vez más, *“en contraste”* con las otras estructuras normativas.

Es que el fenómeno del *“dinamismo”* que encierran las normas procesales es de tal importancia que *ilumina íntegramente la noción de la acción y del proceso, permitiendo su plena comprensión*.

4. *El problema al cual se enfrenta el Derecho como ciencia. La respuesta que debe brindar desde este plano*

En este tramo, como lo venimos advirtiendo seguimos puntillosamente las enseñanzas de Briseño Sierra² y Alvarado Velloso³.

Ahora bien, buscando la mejor comprensión en un terreno dogmático que sabemos es muy árido, le proponemos al lector una suerte de juego académico: suponemos que hoy, aquí y ahora debemos *“crear”* un sistema jurídico que, como ya sabemos, debe permitir que ese *“mundo normativo”* que pretendemos construir facilite 1) la *aceptación espontánea de sus mandatos*, fomentando la cooperación jurídica de los hombres y; 2) la *reacción institucionalizada* para los supuestos que se produzcan conductas jurídicas desviadas (conflictivas) con relación al *“deber ser”* normativo.

Ya explicamos que el carácter social del hombre, que lo lleva inexorablemente a la convivencia, disparará la necesidad de controlar o regular la conducta jurídica de los mismos conviviendo en *“sociedad”*.

También dijimos que resulta imperioso asegurar (*va en ello la propia subsistencia de la sociedad*) la pacificación social (bien previniendo o bien disolviendo los

² Briseño Sierra, Humberto, op. cit., vol. 11, ps. 165 y sigs.

³ Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, parte primera, ps. 34 y sigs.

conflictos jurídicos en las interferencias de conductas de trascendencia jurídica).

Si el conocimiento *científico*, lo reiteramos, se *diferencia* del conocimiento *“vulgar”* porque el primero plantea la cuestión, frente al objeto de conocimiento que debe atender, de *una manera problemática*.

En este sentido, para el derecho, la interferencia de conductas de relevancia jurídica *es el problema que el Derecho, como ciencia, debe solucionar (en rigor, el problema es mantener la pacificación de esa interferencia de conductas)*. Y ese problema el derecho lo soluciona (insistimos a riesgo de ser reiterativos) de dos formas posibles: *previniendo los conflictos o sancionándolos*.

La pregunta que se impone, entonces, es la siguiente *¿cómo (de qué manera) el mundo jurídico logrará —científicamente— solucionar el problema que, precisamente, justifica la razón de ser del derecho?*

En definitiva, el problema científico que se les plantea a los “hacedores del derecho” podría resumirse así: *dado que los hombres, que van a resultar afectados por “el deber ser normativo” (que busca, en esencia, la paz social) tienen que ser “colocados” en condiciones de poder acatarlo. Y, para ello, es elemental que los individuos alcancen a comprender todos y cada uno de los términos prescriptivos del sistema legal.*

Además, deben tener bien claro cuándo su comportamiento está vulnerando la conducta prescrita por la norma y, por tanto, *se exponen a sufrir las sanciones de la “reacción institucionalizada”* (abstracta y concreta) que el ordenamiento legal “previsionará”.

5. *La racionalidad de la respuesta al problema científico que se le plantea al Derecho*

Para solucionar el problema expuesto en el párrafo anterior se debe diseñar una “diversidad estructural” de las normas jurídicas y, a su vez, establecer una correlación armónica y jerárquica entre ellas.

Ambas exigencias son necesarias para permitir que un sistema legal, lo decimos una vez más, pueda ser “respetado” (o, mejor aún, comprendido) por quienes deben someterse al mismo.

Y el modelo científico-jurídico que suministrará la adecuada solución al problema debe proponer regular las conductas de los hombres mediante:

-Un plan jurídico general, contenido en normas *programáticas* (de ordinario, expresado en las constituciones, pero no en forma excluyente).

-Normas *conceptuales*, que complementen ese plan programático general.

-Normas que estipulen qué deben hacer los hombres para ajustar su conducta a las prescripciones legales y, también, a que sanciones jurídicas institucionalizadas (en abstracto) a las que se exponen los individuos en el supuesto de violar esa conducta prescripta (*estáticas / disyuntivas*).

-Normas *dinámicas* que permiten, en casos especiales, ajustar el cumplimiento de la conducta (en rigor una serie de conductas, de allí la necesidad de este tipo de normas) al deber ser legal.

-Finalmente, un tipo especial de *norma dinámica* (la *acción procesal*) que también regula una serie de con-

ductas (de tres sujetos, como ya veremos) y que es la que posibilita poner en movimiento la reacción “institucionalizada y concreta” del Estado, activando los mecanismos jurisdiccionales, *siempre que se afirme en el plano jurídico-procesal la existencia de un conflicto de relevancia jurídica.*

Hemos decidido cerrar este capítulo efectuando una suerte de introducción explicativa de cada uno de estos tipos normativos.

En el capítulo siguiente procederemos a examinar, en detalle, la estructura íntima de los mismos.

El desdoblamiento en dos capítulos de un tema único se justifica por la extraordinaria complejidad que asume el tema.

6. Introducción al estudio de las estructuras moleculares de las normas jurídicas

6.1. Normas programáticas

Para lograr el *cumplimiento espontáneo de los mandatos jurídicos* y organizar el sistema de “*sanciones institucionalizadas*” lo primero que debe hacerse es dotar al sistema legal de normas que “*programen*” (de un modo muy general) los lineamientos de esa “juridicidad” que quiere imponerse a los co-asociados de un determinado Estado (normas programáticas).

6.2. Normas conceptuales

Ahora bien, sentado ese “plan general” nace la “necesidad” (racional) de integrar esos “mandatos abier-

tos” con una gran cantidad de normas “*conceptuales*” que contribuyen a perfeccionar el entendimiento del “deber ser general” impuesto por aquella norma fundamental “programática”.

Ejemplificando:

- si la norma fundamental “programática” reconoce la propiedad privada” (genéricamente);

- la norma “conceptual” debe explicar (en concreto) de qué modo se estipula el intercambio de “propiedades privadas” (entrega de la cosa contra pago del precio).

Se distingue así, conceptualmente, a la compraventa de otras expresiones que también representan variables de ese intercambio de “propiedades” (por ejemplo, la permuta, el depósito, etc.).

6.3. Normas estáticas-disyuntivas

Pero aquí (teniendo siempre la razón de ser del derecho) no puede detenerse la cadena de mandatos imperativos. También es esencial para los destinatarios de las normas jurídicas conocer exactamente cuándo se perfecciona (o, mejor aún, cuándo se cumple jurídicamente con las mutuas obligaciones que la compraventa genera).

Dicho en otros términos: qué pasos son necesarios para cumplir y dar por agotado ese negocio jurídico.

Por ejemplo, ¿cuándo debe entregarse la cosa y pagarse el precio, en qué lugar debe hacerse el pago, qué ocurre si no hay ningún lugar estipulado en el contrato?, etc.

Entonces, vinculado con lo antes expuesto, el “hacedor del derecho” que viene organizando y conceptualizando el “programa jurídico” debe fijar (en defecto del

cumplimiento) cuáles son las sanciones (genéricas) si es que las partes no ajustan su conducta a lo que indican las previsiones normativas.

En otros términos, si para dar por cumplido el contrato de compraventa, la conducta de las partes “debe darse” de determinada manera. Ahora bien, si la conducta no se ajusta a ese “deber ser normativo”, la estructura de la norma debe contener una sanción genérica (amenaza) para el incumplidor (cumplimiento compulsivo del contrato, resolución del mismo, pago de daños y perjuicios, etc.).

Es que *sin esta amenaza abstracta de sanción institucionalizada el derecho no superaría el nivel coactivo de las normas morales o de los usos sociales*.

De modo tal que la norma jurídica observa la siguiente estructura lógica:

- dado A (compraventa);
- es B (cumplimiento);
- si no es B (cumplimiento);
- será C (sanción).

La estructura de esta norma, como lo enseña Alvarado Velloso, es “estática” (contempla tanto el cumplimiento como la *previsión de una sanción*), pero es también “disyuntiva” (si se *cumple*, no se *transita por el tramo de la “sanción genérica”*).

6.4. Normas dinámicas procedimentales que ayudan a la actuación espontánea del derecho o prepararan la reacción institucionalizada

También es posible que los individuos deban realizar (para actuar espontáneamente el derecho o prepa-

rar la reacción institucionalizada) “*conductas en serie*” (no una sola conducta) debidamente concatenadas entre sí. Para lograr este propósito se apela a un modo dinámico (que enlaza secuencialmente varias conductas) “el deber ser” que quiso el legislador.

Ejemplificando: a quien decide habilitar un negocio comercial se le “impone” el deber de acudir a quien tiene la potestad de conceder o denegar esa habilitación.

Y se le impone, también, una serie de conductas encaminadas a que esa finalidad pueda conseguirse, en la medida que se cumplan con los requisitos exigidos para esa habilitación, pero, además, que se agote el “procedimiento” regulado por una norma dinámica, y, recién al final, se decidirá la suerte del peticionario.

Así, el peticionante deberá seguir, insistimos, “*un trámite*” (en rigor, *un procedimiento regulado por normas dinámicas*).

Este particular dinamismo normativo enlazará, secuencialmente, las conductas *del particular y, en este caso, la “autoridad municipal”* (quien, en el ejemplo, es la “autoridad” que debe resolver la petición).

En otros términos, el “cumplimiento” de las prescripciones legales ya no dependerá de una conducta, sino de una serie de conductas que, a su vez, están programadas dinámicamente por la norma.

Y también el incumplimiento (en este caso municipal de su deber de responder al requerimiento del particular, suponiendo que se produzca el silencio o la denegatoria ante el pedido de habilitación), *requeriría de ese procedimiento que, al llegar a su final, puede concluir con esa actitud reticente o negativa de la “autoridad”*.

En todo caso, se tratará de un “presupuesto de admisibilidad procesal” para dejar expedita la vía judicial (por ejemplo, reclamo administrativo previo, pronto despacho, recursos jerárquicos, etc.), es decir, para preparar la “reacción institucionalizada concreta” que se producirá por la intervención de los órganos jurisdiccionales.

Pero, remarcamos la idea, que sin “procedimiento” el derecho no puede cumplirse o dejar preparada la vía para que se cumpla.

Entonces, para “actuar el derecho”, en esta particular situación, queda claro que el particular debe valer-se en esta oportunidad de normas dinámicas (petición) que desarrollan esta secuencia lógica:

- dado A (petición de habilitación);
- es B (recepción del pedido);
- continuando con C (traslado a las oficinas técnicas, jurídicas, etc., para que se pronuncien)
- Finalmente, es D (dictamen, por ejemplo, favorable de la municipalidad).

-Pero podría ocurrir que el dictamen (D) fuera negativo.

-Entonces, el dinamismo normativo llevaría a una *reconsideración* en instancias administrativas (es decir, la continuación de procedimiento) que, en los términos de Briseño Sierra, la denomina “*reacertamiento*”.

-También puede ser que “D” implique *el silencio municipal*, es decir, que “la autoridad” que “debe expedirse” calla, nada dice.

-Pues bien, la “*queja*” será el modo dinámico de continuar la serie para que el funcionario se manifieste.

Se advierte, entonces, que “el deber ser” normativo impuesto por el derecho supone, muchas veces, *conductas*

continuas y normas dinámicas que –con su propia estructura– posibiliten la “actuación” de las normas jurídicas.

Si la “petición”, “el reacertamiento” o la “queja” llega a buen puerto, entonces el derecho habrá conseguido “sus fines” “sin conflicto”, y esta actuación espontánea, se habrá logrado –apelando al uso de “normas dinámicas”– que, insistimos, tienen una especial estructura:

- a partir de alguien que pide ante la autoridad;
- previo procedimiento (*serie dinámica entre dos sujetos*);
- se llega a la satisfacción de lo pedido.
- o queda preparado el requisito de admisibilidad para acceder a la vía jurisdiccional.

Por eso, las normas que regulan el “procedimiento” *sirven a dos fines*: a) para actuar sin conflictos el derecho; b) para “preparar” la vía judicial en el supuesto de insatisfacción (por delegación u omisión) de la pretensión.

6.5. *La norma dinámica proyectiva y necesariamente bilateral: la acción procesal*

Por último, si la reacción institucionalizada abstracta contenida en la norma “estática-disyuntiva” *no surte efectos disuasivos*

-Si el conflicto estalla (pretensión-resistencia no satisfecha, estado de incertidumbre, conducta que viola el molde-patrón normativo);

-Si la petición que generaba el procedimiento antes descrito termina en un rechazo del poder administrador (nuevo caso de pretensión resistencia insatisfecha, pero previo procedimiento);

Entonces, el sistema jurídico *debe proveer a los usuarios de una norma* (que permitirá la sanción institucio-

nalizada “en concreto”) *similar* a la que genera *el procedimiento antes visto*, (en el sentido de que es *dinámica*), pero con una característica fundamental que la diferencia: *esa norma es dinámica, pero “proyectiva”*.

Este carácter *proyectivo* se desprende del dato que *la conducta prestacional, que es requerida ante el órgano jurisdiccional, debe ser satisfecha por un sujeto distinto de la autoridad (juez o árbitro) que recibe esa “instancia”*.

En efecto: el ejercicio del derecho de acción contiene una *pretensión* que debe ser *satisfecha* por un sujeto *distinto del juez*, por cuanto no va encaminada “contra la autoridad” sino *frente a la autoridad y contra el demandado en el proceso civil, o el reo en el proceso penal*.

De allí, es fácil comprender que esta última estructura normativa asume una configuración propia, insistimos: *es “dinámica-proyectiva” y, por tanto, “necesariamente bilateral”*.

7. Conclusiones

Los puntos más relevantes tratados de este capítulo son los siguientes:

-Es posible, como lo enseña Alvarado Velloso, *clasificar las interacciones de relevancia jurídica que le interesan al derecho*:

- el hombre frente a los demás hombres;
- el hombre al lado de la mujer a fin de procrear;
- los individuos (gentes o entes) que se obligan recíprocamente;
- y el hombre frente al Estado, en su mutua relación de gobernante y gobernado).

Los sistemas jurídicos, a los fines de lograr *los dos fines que persigue el derecho*: lograr el *cumplimiento espontáneo de los mandatos o concretar la reacción institucionalizada ante una conducta desviada*, deben servir de *diferentes estructuras normativas*.

Las estructuras normativas que se “sirve” el derecho para la consecución de sus fines son las siguientes:

-Un plan jurídico general, contenido en normas *programáticas* (de ordinario, contenido en las constituciones, pero no en forma excluyente)

-Normas *conceptuales*, que complementen ese plan programático general.

-Normas que estipulen qué deben hacer los hombres para ajustar su conducta a las prescripciones legales y, también, a que sanciones jurídicas institucionalizadas se exponen en el supuesto de violar esa conducta prescripta (*estáticas / disyuntivas*).

-Normas *dinámicas* que permiten, en casos especiales, ajustar el cumplimiento de la conducta (en rigor una serie de conductas, de allí la necesidad de este tipo de normas) al deber ser legal.

-Finalmente, un tipo especial de *norma dinámica* (la *acción procesal*) que también regula una serie de conductas (de tres sujetos, como ya veremos) y que es la que posibilita a poner en movimiento la reacción “institucionalizada y concreta” del Estado, activando los mecanismos jurisdiccionales, siempre que se afirme en el plano jurídico-procesal la existencia de un conflicto de relevancia jurídica.

La razón de ser de la acción procesal debe verse de la siguiente forma:

-Si el conflicto estalla (pretensión-resistencia no sa-

tisfecha, estado de incertidumbre, conducta que viola el molde-patrón normativo);

- Si la petición que generaba el procedimiento antes descrito termina en un rechazo del poder administrador (nuevo caso de pretensión resistencia insatisfecha, pero previo procedimiento);

- Entonces, el sistema jurídico debe proveer a los usuarios de una norma (que permitirá la sanción institucionalizada "en concreto") similar a la que genera el "procedimiento" (en el sentido de que es dinámica), pero con una característica fundamental que la diferencia: *esa norma es dinámica, pero "proyectiva"*.

- Este carácter proyectivo se desprende del dato que la *conducta prestacional*, que es requerida frente el órgano jurisdiccional, *debe ser satisfecha por un sujeto distinto de la autoridad (juez o árbitro) que recibe esa "instancia"*.

Bibliografía utilizada

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, República Argentina (1989 y 2000).

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, Humanitas, Ciudad de México, México, 1989.

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1958.

Capítulo VII

CONCLUSIONES SOBRE EL CONTENIDO NORMOLÓGICO DEL DERECHO Y DEL DERECHO PROCESAL

Sumario

1. Introducción. 2. Volviendo sobre las estructuras moleculares de las normas jurídicas. 2.1. La primera estructura molecular: las normas programáticas. 2.2. La segunda estructura molecular: normas conceptuales. 3. La tercera estructura "molecular" de la norma jurídica: la que regula el cumplimiento "espontáneo del mandato jurídico" y la de la norma "sancionatoria" ante el incumplimiento de lo regulado. 3.1. La norma disyuntiva en la concepción de Carlos Cossio. 3.1.1. Conclusión. 3.2. La "cuarta estructura molecular": las normas dinámicas-procedimentales. 3.3. La quinta y última creación de la estructura molecular normativa: la acción procesal como una instancia proyectiva necesariamente bilateral. 4. Apelando a un complemento histórico para captar mejor la idea de la acción procesal. 4.1. Volviendo a nuestras opiniones. 5. Resumen.

1. Introducción

En los dos capítulos anteriores examinamos cómo funciona el nivel normativo del derecho y del derecho procesal, poniéndose énfasis en la estructura piramidal, lógica y diferenciada que adoptan las normas en el seno de los sistemas jurídicos.

En este capítulo, que es el último de los tres dedicados al nivel normológico del derecho, cerraremos nuestro análisis con importantes “agregados”. Es que una vez presentado el funcionamiento del sistema legal –desde una perspectiva global– sentimos la necesidad de realizar un examen más minucioso de los conceptos ya anticipados. Y este retorno temático, aun a riesgo de caer en alguna repetición, es un error que igual vale la pena asumir, atento a la *importancia* que le atribuimos a comprender cómo funciona el nivel *normológico del mundo jurídico*.

Además, centramos nuestras reflexiones en la estructura normativa que es propia del derecho procesal, hipótesis que sólo fue tratada anteriormente de un modo muy esquemático. Por lo que llevamos expresado, existen razones suficientes para completar nuestra exposición sobre el “mundo normativo”.

2. Volviendo sobre las estructuras moleculares de las normas jurídicas

2.1. La primera estructura molecular: las normas programáticas

Ya explicamos que las normas “*programáticas*” suponen la construcción de un plan jurídico general que permite la *organización legal* de una comunidad.

Ese “programa general” (que es una constante en todos los Estados tributarios del derecho continental de raíz romana) se organiza según un *sistema jerárquico de normas*. Ese dato de la realidad le permitió a Kelsen la sistematización de la idea, apelando a la creación de la teoría de la “pirámide jurídica” apoyada sobre la “norma jurídica fundamental”.

En efecto: la necesidad de plasmar en un cuerpo “orgánico” el “*plan general de organización jurídica*” es la razón de la existencia de las Cartas Magnas o Constituciones nacionales que, precisamente, *programan* (“globalmente”) el funcionamiento de las interacciones jurídicas de los hombres.

La planificación general permite que el sistema avance de lo “*general a lo particular*”, pero, se llega a lo “particular”, previa creación de las normas *programáticas* (que otorgan a los hombres un “*marco jurídico referencial*”).

Nos parece gráfico llamar normas *programáticas* a aquellas que conforman ese marco jurídico “referencial”.

El maestro Alvarado Velloso prefiere denominarlas “*normas determinativas*”¹ y Kelsen la llama “*norma fundamental*”.

¹ Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Parte I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1989.

En síntesis, la diversa *terminología* referida a un mismo tipo de normas no es trascendente, lo importante es resaltar la idea de que “sin normas” programáticas, determinativas, o fundamentales, *es imposible edificar la base de un sistema jurídico*.

Como bien lo expresa Schöne², la Constitución (es decir, la norma programática) es la ley fundamental para la convivencia de todos. Sirve a todos y afecta a todos.

Por ejemplo, entre el orden constitucional y el orden jurídico -penal existe una interrelación muy peculiar y casi paradójica. El orden constitucional requiere protección por el derecho penal (y procesal) y, al mismo tiempo, debe prestar protección frente al derecho penal.

La constitución, remarca Schöne, buscar construir *las pautas de convivencia de los hombres y significa reconocer valores fundamentales y ordenar su relación*.

Los valores fundamentales se caracterizan por su vigencia general y por reclamar respeto general, no solo por parte de cada ciudadano.

Las ideas del jurista alemán dejan bien en claro la *necesidad de un programa jurídico general y la correlación* entre el “programa” y las normas de jerarquía inferior.

2.2. La segunda estructura molecular: normas conceptuales

Ahora bien, ya vimos que los hombres por el mero hecho de convivir en sociedad, generan cierto tipo de

² Schöne, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico penal paraguayo*, Asunción, p. 15, Intercontinental Editora, 2000.

interacciones humanas que, por la necesaria *trascendencia jurídica* que asumen para el mundo del derecho no puede ser *omitidas* de su *tratamiento legal* (dato que es objetivo, o, mejor aún, universal, ya que no existe sistema jurídico que se desentienda de la regulación del hombre frente a los demás, del hombre al lado de la mujer en su relación familiar, del hombre al lado del hombre “obligándose” y del hombre ante la autoridad, en la mutua relación entre el gobernante y el gobernado).

Si esta es la “materia” sobre la que opera el derecho, se impone definir las *directrices centrales* sobre las que se apoyará la regulación de estas interacciones.

Por ejemplo, desde el “*programa constitucional*” se deben establecer las *líneas rectoras* que amparan *los derechos fundamentales de las personas*: el derecho a la vida, a la intimidad, a la integridad personal, a la inviolabilidad del domicilio, la propiedad privada, la igualdad ante la ley, a que nadie puede ser penado sin un debido proceso, o condenado dos veces por el mismo delito, o juzgado por jueces que no son los naturales, o sometido a torturas, o obligado de declarar contra sí mismo, etc.

Pero queda claro que los hombres *no pueden ajustar todas sus conductas jurídicas* ciñéndose –exclusivamente– a las *pautas generales que emergen del “plan programático”*.

Necesitan otras “*certezas legales*” o, dicho en otros términos, “*señales concretas*” (emitidas por el propio ordenamiento jurídico) que precisen cuál es “el deber ser” del derecho exigido en los *casos concretos*.

Por ejemplo, para preservar el *ámbito de libertad de las personas* (dentro del cual el derecho y su potestad sancionadora queda excluido) se deben fijar límites muy

precisos que amparen el “*ámbito de reserva legal*” (de allí, por caso, la exigencia de la estricta *adecuación* a la tipicidad penal de una conducta para que éste pueda ser considerado un ilícito penal).

En este contexto de “comprensión del sistema legal” los destinatarios de esas prescripciones necesitan de *otro tipo de “normas”* (además de las *programáticas*) que les permitan entender—exactamente—cuál es “toda” la “cadena del deber ser”; en otras palabras: cuáles son sus derechos subjetivos, sus intereses jurídicamente protegidos y cuáles sus deberes y obligaciones.

Y como esa “*necesidad jurídica*” no puede *soslayarse*, le compete al ordenamiento jurídico dar la respuesta adecuada para establecer un “deber ser racional” que sea plenamente interpretado por todos los destinatarios del sistema.

Y esto sólo se logra al prescribir conductas, primero *de una manera general* y, luego, en forma *más particular* (elaborando *conceptos*) y, después, fijando *las condiciones* para poder *cumplir el mandato* o estableciendo *las sanciones* (genéricas) para el supuesto de su *incumplimiento*.

En definitiva esa racionalidad que le exigimos al mundo del “deber ser normativo” exige establecer las prescripciones de la *coercibilidad* (en abstracto y en concreto) para restablecer la paz social que el conflicto (en el plano de la realidad social) y el litigio (en el plano jurídico-procesal) quiebran.

Y ambas “reacciones institucionalizadas” deben, además, estar presididas por la racionalidad, la proporción y *ser auxiliadas de los mecanismos garantizadores que limiten la potestad sancionadora del Estado*, pues-

to que si el legislador se “excede” en esa potestad de “sancionar” caeremos en un Estado de Derecho *autoritario*, en lugar del Estado de Derecho *garantista y liberal* prometido desde las *cartas constitucionales*.

¿Y cómo se consigue armonizar un objetivo tan complejo?

Creo que, ejemplificando, ayudaremos a nuestra exposición: en el capítulo anterior escogimos un ejemplo de la inter-relación entre las normas programáticas, conceptuales y estáticas disyuntivas referidas a la consagración de la propiedad privada, en general y, particularizando, usamos la compraventa como “modelo” para desplegar esos “juegos normativos”.

Aquí, dado que queremos centrar nuestra exposición sobre la materia procesal, buscaremos un ejemplo más específico.

Veamos: Cuando se establece, por caso, la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio amparado en las prescripciones generales “constitucionales”, el enunciado se resume en la siguiente idea “madre”: nadie podrá ser penado sin ser oído, sin un previo y debido proceso, fundado en una ley anterior al hecho que se imputa y juzgado por jueces naturales.

Pero esta directiva general, necesita, nuevamente de una “conceptualización” que integre las ideas generales.

Y cada una de estas necesarias “particularidades” (que conceptuando auxilian a comprender por los destinatarios de las normas cuales son sus derechos y obligaciones procesales) no pueden estar contenidas en un texto constitucional (que por esencia es general y programático).

Es natural que tendrá que ser complementado por otras normas (que afinen todos y cada uno de los con-

ceptos de la norma general que ampara el derecho de defensa en juicio).

Por eso, no resulta extraño que algunos códigos procesales de moderna factura, animados en esa finalidad explicativa, contengan definiciones conceptuales, que auxilian, en alguna medida, al programa general que promete, en forma muy abierta, garantías, al “acceso a la jurisdicción”, a ser sometidos a un “debido proceso”, etc.

Por ejemplo, el nuevo Código Procesal Civil de Perú, que entró en vigencia en el año 1993, se dedica a conceptualizar los mandatos constitucionales emergentes de su carta magna.

Así, en su artículo 3°: “...El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver el conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas de trascendencia jurídica...”; artículo 4° “...el proceso se promueve solo a iniciativa de parte...”; artículo 7°: “...el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes...”.

Otro ejemplo, ahora de características universales, se encuentra inserto en todos los códigos procesales: la creación del trámite “ordinario” o “plenario” que supone que los intereses debatidos (sean estos económicos, familiares, penales,) son complejos o muy graves y, por tanto, los justiciables deben tener a su disposición un trámite con la mayor amplitud de plazos para afirmar, confirmar, alegar y recurrir.

En el mismo sentido, se le deben dar al imputado, en materia penal, ciertas garantías en orden a la im-

parcialidad del juez: por ejemplo, en los delitos más graves nunca el juez que intervino en la etapa instructoria debe ser el juez del “juicio o plenario” que condena o absuelve al imputado.

De allí, que en los códigos procesales penales siempre se ha dividido la función instructoria (a cargo de un juez, aunque siempre, por un elemental respeto la igualdad de las partes debería estar a cargo del Ministerio Fiscal) de la función de juzgar (a cargo de otro juez o Tribunal Oral).

Es decir, se pretende que mediante, el concepto del trámite de conocimiento más amplio que la “privación de un bien de la vida” o la imposición de la “pena” se aplique previo un *debido proceso* que, en este contexto, solo se considerará así en la medida que la suficiente amplitud del plazo para responder, confirmar, alegar y recurrir y, además, se garantice siempre la *imparcialidad del Tribunal*, es decir, que contenga previsiones procesales que tornen *operativa* la efectiva defensa en juicio de los derechos litigiosos prometida constitucionalmente.

De allí que los *distintos tipos de trámite* (ordinario o plenario, sumario o plenario abreviado, etc.) deben verse como las normas “conceptuales” que los códigos procesales disponen para acompañar al mandato genérico de la garantía del “debido proceso”.

Un ejemplo más: la promesa constitucional del juez natural se torna en “*garantía concreta*” con la fijación en los códigos procesales de las pautas para atacar la incompetencia “objetiva” del juez (material, territorial, personal, funcional, cuantitativa, de grado y por turno) y subjetiva (causales de recusación con expresión de causa o deber de excusación por parte del funcionario).

Luego, sólo un juez que reúna *la suma de todas esas competencias* (objetivas y subjetivas) será el juez que, *en concreto, efectiviza la promesa constitucional del juez natural.*

Con estos ejemplos, creemos que el lector puede entender cómo opera la “integración” de los mandatos “programáticos” con los mandatos “conceptuales”. En otros términos: cómo se hace inteligible y racional las líneas rectoras impuestas por las normas “fundamentales” mediante el auxilio de otro tipo de mandatos imperativos.

3. La tercera estructura “molecular” de la norma jurídica: la que regula el cumplimiento “espontáneo del mandato jurídico” y la de la norma “sancionatoria” ante el incumplimiento de lo regulado

En el párrafo anterior (y quedándonos también en este tramo con el ejemplo elegido, que entendemos nos auxilia a comprender por qué son necesarios distintos tipos normativos) detallamos como los mandatos constitucionales garantizan, *genéricamente*, la prestación del servicio de justicia como un deber del Estado, correlativo con el monopolio de la fuerza (legítima) que ostenta.

Ahora bien, para garantizarlo (de un modo “concreto”), es decir, para que la administración de justicia se *brinde efectivamente*, el ordenamiento jurídico impone, además, “deberes funcionales” a los órganos jurisdiccionales para que esa labor sea *cumplida en tiempo y forma.*

En efecto, en el supuesto de ser *incumplidos* esos “deberes funcionales”, *la omisión* puede ser denuncia-

da por los justiciables y por el propio Estado, y, finalmente, *sancionada por éste.*

Aparecen así, en la cadena procesal, las *prescripciones propias de las normas estáticas-disyuntivas* que ordenan, por ejemplo, una secuencia de plazos en la actividad de sentenciar que los órganos de la jurisdicción tienen que acatar: por ejemplo, *el dictado de sentencias en un determinado plazo procesal.*

Si el juez cumple con el mandato procesal, la norma se agota, precisamente, en el tramo del *cumplimiento.*

Luego, queda claro que la amenaza de “sanción genérica” tuvo *eficacia*, puesto que el órgano jurisdiccional cumplió su labor en los términos impuestos. De suyo, si la actividad se cumple en tiempo y forma, no se llegó a instalar conflicto alguno.

Ahora bien, si ese juez *no pronuncia la sentencia en los tiempos previstos*, las normas procesales que, insistimos, en este caso revisten la estructura “*estática-disyuntiva*” (y como en toda norma de este tipo despliega la posibilidad cumplimiento o de sanción ante el incumplimiento) *amenazan* con la pérdida de la competencia para fallar la causa y, además, exponen al juez a perder su cargo por mal desempeño de sus funciones.

Y si, pese a esa amenaza genérica, agotados los mecanismos legales para que el juez dicte la sentencia, de igual forma *no lo hace*, entonces, ese magistrado quedará expuesto a la *sanción concreta* que puede caberle: el *apartamiento como juez de la causa* y, eventualmente, previo proceso, su *remoción del poder judicial por mal desempeño de su función.*

Dicho en otros términos: la norma procesal (que hace *operativa* la garantía del servicio de justicia prometido

a los justiciables) “fotografía” (se detiene) en uno de los dos posibles y antagónicos supuestos: le indica al juez cual es el plazo legal para el dictado de la sentencia o previsiona la sanción (abstracta y concreta) frente a la conducta desviada del juzgador que no falla en tiempo.

Apelamos a otro ejemplo para dejar más clara nuestra idea: este ejemplo se presenta en toda sentencia de “condena” que imponga al vencido el cumplimiento de una prestación (por caso, el pago de una suma de dinero).

Si el obligado acata el mandato judicial concreto y *cumple la prestación*, la norma (en función de su estructura “estática-disyuntiva”) se “agotó” (alcanzó su “razón de ser”) realizando el primer tramo de la fórmula (cumplimiento espontáneo del demandado a la orden judicial).

Pero si el condenado *se resiste a obedecer la orden judicial*, se hará efectiva la sanción mediante una reacción institucionalizada concreta (desapoderamiento y remate de sus bienes, etc.).

Entonces, ya llegando al final de nuestros razonamientos en este tramo, si reiteramos la pregunta sobre la “necesariedad” (lógico - jurídica) de la presencia de normas (en el ámbito procesal) con la diferente estructura “molecular” para poder cumplir con los fines propios de esta rama científica (disolver pacíficamente el afirmado conflicto intersubjetivo de intereses) la respuesta debe ser *necesariamente afirmativa*: sin normas estáticas-disyuntivas la estructura legal, y de suyo la procesal, pierde toda eficacia.

En resumen, sirviéndose el sistema jurídico de normas “programáticas” y “conceptualizadoras”, “estáticas-disyuntivas”, la lógica del sistema jurídico (y del

sistema procesal) se comprende: 1) se trata de “programar”, de establecer un “patrón o modelo general”; 2) de “conceptualizarlo” en sus detalles y; 3) de establecer las reglas para “cumplirlo” o determinar las “sanciones” frente al incumplimiento.

3.1. *La norma disyuntiva en la concepción de Carlos Cossio*

No podríamos culminar nuestro análisis sobre la estructura de la norma estática-disyuntiva sin hacer mención a su genial descubridor: Carlos Cossio, quien estudió la norma jurídica en todos sus aspectos (de cumplimiento o de sanción).

Monroy Cabra³ explica —docentemente— la concepción de Cossio sobre la estructura de este tipo de normas: Para Cossio las normas jurídicas no son órdenes, ni tampoco juicios hipotéticos, sino “juicios disyuntivos”.

Y sostiene la formulación con el siguiente esquema:

-dado A debe ser P (cumplimiento);

-no dado P (incumplimiento) debe ser S (sanción).

Mientras la norma jurídica de Kelsen (erróneamente) solo consistía en la conceptualización de la sanción;

-dado P (incumplimiento)

-debe ser S (sanción.)

En contrario a la idea de Kelsen (que ya vimos es equivocada) la formulación disyuntiva de la norma que postula Cossio muestra, inequívocamente, cómo los dos

³ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Introducción al derecho*, ps. 73 y sigs., Temis, Bogotá, Colombia.

términos del juicio hipotético *no son separables* ya que la cópula que los vincula hace ver que *son dos tramos de una sola unidad significativa*.

Conforme a Kelsen, la norma jurídica expresa un acto coactivo “condicionado”.

Según Cossio, y esto es correcto, lo *fundamental* es la *norma secundaria o “endonorma”* (ya que posibilita el *cumplimiento espontáneo del derecho*.) La norma es un juicio disyuntivo cuyos términos se encuentran unidos por la conjunción “y/o” en que la *endonorma* se refiere a la *conducta lícita*, y la *perinorma*, al *acto ilícito o entuerto*.

Para Cossio, la norma se enuncia de la manera siguiente:

-dado un hecho con su determinación temporal, debe ser la prestación, por un sujeto obligado, frente a un sujeto pretensor;

-o dada la no prestación (es decir, la transgresión), debe ser la sanción, por un funcionario obligado, ante la comunidad pretensora.

3.1.1. Conclusión

Tiene real importancia para la teoría de la norma y su aplicación directa al derecho procesal, ratificar la idea de que las prescripciones legales captan el tramo de cumplimiento de la conducta y, si éste no se produce, dispara la sanción ya prevista por el propio orden legal.

La concepción de Cossio sobre la norma jurídica *hizo inteligible a todo el sistema legal*.

Por el contrario, la visión reducida de Kelsen (remitida solo al binomio “incumplimiento-sanción”) no solo mutilaba el concepto completo de la norma, sino

que, además, y esto es lo más grave, no consideraba uno de los fines (quizás el principal) que persigue el derecho, según lo explicara Nino: *la cooperación jurídica entre los hombres*.

3.2. La “cuarta estructura molecular”: *las normas dinámicas-procedimentales*

Si fuera *posible* articular el pleno funcionamiento de un ordenamiento jurídico solo con crear y aplicar normas “programáticas”, “conceptuales” y “estáticas-disyuntivas”, se agotaría aquí nuestro análisis sobre el nivel normológico del derecho y del derecho procesal.

Si así fuera (pero no lo es) no tendría sentido indagar sobre una cuarta estructura “molecular normativa” adjetivada como “dinámico-procedimental”.

Demostraremos cómo esta nueva modalidad (en rigor, la “forma molecular” que adopta la norma) *es tan útil y necesaria como las tres anteriores para lograr los fines que se propone el ordenamiento jurídico*.

Veamos: Es una “necesidad verificable” (que se produce en el “mundo de la realidad social”) que los individuos, en ciertos casos, para que puedan realizar el “cumplimiento espontáneo” de lo prescrito por el sistema legal, requieren servirse de otro tipo de normas (a la par de las ya estudiadas) que le posibiliten concretar tal finalidad.

Estas normas tienen, entonces, una función y una estructura propia y distinta a las antes examinadas y se caracterizan por *asumir la forma de “dinámicas-procedimentales”*.

¿En qué consisten?

¿Cuál es la razón de ser de su creación?

Despejaremos estos interrogantes que, en alguna medida, ya tuvieron respuesta en el capítulo anterior. En efecto, ya hemos brindado una visión esquemática de cómo operan estas normas y, también, se ejemplificó el funcionamiento de una norma dinámica (en un imaginado trámite de habilitación de un comercio, peticionado por un particular ante la autoridad municipal o comunal).

Aquí, nos interesa, para llegar a una mejor comprensión la idea de dar otro ejemplo distinto de neto corte procesal o pre-procesal.

El caso supone analizar el conflicto jurídico que alcanza a una persona que, a causa de un accidente de tránsito, ha sido dañada en su integridad física *por un vehículo que es de propiedad del Estado nacional*.

Casi todas las legislaciones procesales de América Latina, como una suerte de “prebenda” a favor del Estado, exigen que, *previa a la deducción de la pretensión resarcitoria en vía judicial, se deduzca, antes, un reclamo administrativo* (como requisito de “admisibilidad” de la pretensión procesal).

Pues bien, para cumplir este requisito del previo administrativo, que tiene como fundamento que el Estado Nacional, en vía extrajudicial, responda a la petición del particular (dándole la chance de solucionar el conflicto sin ser sometido a litigio, *privilegio que no tienen los particulares*) es necesario que la víctima ponga en marcha un “procedimiento”.

Y para ello, precisamente, es preciso que se valga de “normas dinámicas procedimentales” que lo posibiliten.

En efecto, para que el Estado nacional responda al reclamo extrajudicial resarcitorio (en sentido positivo o negativo), es requisito que dicha respuesta se genere *luego de haber transitado una serie de instancias, según un orden preestablecido*, es decir, recorrer un procedimiento ya predeterminado por un tipo especial de normas: *dinámicas-procedimentales*.

En este supuesto, el derecho solo puede “actuarse” (en el sentido de permitir la solución “cooperativa” entre las partes o dejar preparada la vía litigiosa) en la medida que *desarrollemos, necesariamente, ese procedimiento*, agotando todas y cada una de sus etapas.

Y este trámite procedimental, que permitirá –insistimos– *la actuación espontánea del derecho o preparará la posibilidad de acceder a la jurisdicción*, se origina a partir de una conducta dinámica de dos sujetos:

- a) el peticionario (particular) y;
- b) el destinatario de la petición (la autoridad).

Esta nueva estructura molecular (que permite enlazar a “quien pide” y frente a quien se realiza “el pedido”) para que, luego de un procedimiento le responda:

-en sentido positivo o negativo,

-o bien calle, que también es un modo de posibilitar para el peticionario seguir adelante;

-se encuentra regulado por una norma dinámica-procedimental (petición).

Entonces, frente a una “petición”, que es la norma dinámica que nos ocupa, se enlazaran una serie de conductas de un modo consecuencial, y cada una de estas conductas son antecedentes y –a su vez– consecuentes de las siguientes.

El dinamismo se encuentra *previsto en la norma*, pero, reiteramos, “capta” la actividad de los sujetos *que también es dinámica por cuanto no se agota en un solo acto*.

Y dicho dinamismo tiene “su razón de ser” en posibilitar, insistimos, la actuación espontánea del derecho, cuando esta actuación espontánea *no puede materializarse con el cumplimiento de una sola conducta, sino, por el contrario, por una serie de conductas entrelazadas y secuenciales entre sí que nos lleven al fin buscado*.

La norma dinámica, en definitiva, regula un tránsito continuo de conductas bajo una estructura propia que puede enunciarse de la siguiente forma:

- dado A, es B1 o B2;
- dado B1, es C1 o C2;
- y así sucesivamente...

Aplicada la fórmula sobre el ejemplo de la preparación de la vía judicial contra el Estado por un reclamo de lesiones incapacitantes se comprenderá mejor lo que queremos expresar:

- presentado el reclamo extrajudicial indemnizatorio por la víctima contra el Estado (A);
- será la recepción del reclamo por parte de la mesa de entrada de la repartición estatal correspondiente (B1);
- o su rechazo por razones formales (B2);
- de admitirse el reclamo, provocará la derivación a las oficinas competentes para que se expidan (C1);
- generando el dictamen pertinente (en este caso jurídico) (DI),

y, si se encuentran cumplidos los pasos previos para el dictado de la resolución que debe emitirse, *estimatoria* o no del pedido, se dictará la misma (E).

-si la resolución fuera estimatoria y la indemnización que el Estado ofrece a la víctima es aceptada por la misma se extinguirá a nivel extrajudicial el conflicto de intereses.

-pero si la respuesta es desestimatoria, o el monto ofrecido es insuficiente en criterio del damnificado, o, por fin, nada responde frente al requerimiento del peticionario, será necesario agotar las vías recursivas administrativas, para dar firmeza en esta instancia a lo resuelto o quebrar el silencio en el que ha caído la Administración (F);

-en cuyo caso debe pronunciarse el superior jerárquico (G);

-o bien, un pronto despacho (H);

-que deje expedita la vía judicial.

De modo tal que toda norma de estructura dinámica-procedimental prevé la iniciación y prosecución de un procedimiento (instancia) que *es imprescindible para obtener la actuación del derecho objetivo cuando el mismo no puede “actuarse” sino es consumiendo una serie de actos*.

Resumiendo y por lo que llevamos visto, además de:

1) el programa legal;

2) la conceptualización jurídica;

3) las normas estáticas-disyuntivas;

4) *se requiere de normas dinámicas-procedimentales que complementan la eficiencia del sistema legal*.

Lo que queremos expresar, en definitiva, es que si no existiera esta estructura normativa el derecho dejaría sin regulación (desentendiéndose de su finalidad) una gran cantidad de conductas jurídicas (no una sola conducta) que se enlazan de un modo dinámico.

Y esto es tan así que podemos detectar en el seno de

un sistema jurídico la existencia de normas dinámicas en los siguientes supuestos⁴:

a) La *petición* ante la autoridad, cuando se requiera de esta una respuesta, previo procedimiento (es el ejemplo antes visto).

b) También cuando se pone en *conocimiento* de la misma un hecho que para su determinación e investigación requiere también de un previo procedimiento, que debe necesariamente ser transitado para poder obtener una respuesta adecuada del órgano (*denuncia*).

c) Es imaginable la existencia de normas dinámicas cuando acudimos al superior jerárquico de la autoridad que *no respondió*, frente a un procedimiento iniciado, con el *dictado de la correspondiente resolución*. En este caso el fundamento de nuestra petición busca que se rompa el silencio y se nos responda (*queja*).

d) Por último, puede concebirse el auxilio de normas dinámicas cuando la autoridad *nos responde*, pero de un modo que no es satisfactorio a nuestras pretensiones y, por ello, buscamos *el re-examen* de su decisión por ante su superior jerárquico (*reacertamiento*).

Ahora bien, todas estas normas *dinámicas-procedimentales* tienen dos denominadores comunes;

1) fueron pensadas para la actuación “voluntaria o espontánea” del derecho;

2) o bien son usadas como preparatorias de la vía administrativa que, una vez que se agote posibilita llevar el caso ante los órganos jurisdiccionales.

Se advierte la gran utilidad que para el sistema jurídico representa la recepción de este esquema normativo.

⁴ Conf. Humberto Briseño Sierra, op. cit., ps. 168 y sigs.

3.3. *La quinta y última creación de la estructura molecular normativa: la acción procesal como una instancia proyectiva necesariamente bilateral*

El tránsito realizado, desmenuzando las estructuras normativas insertas en los sistemas legales, nos coloca *casi en el final del camino*. Nos toca abordar, entonces, el análisis de la última estructura normativa que se inserta en el puro plano de nuestra disciplina: *la acción procesal*.

Ya explicamos que ante la eventualidad del incumplimiento por parte del destinatario de la norma (que no adecua su conducta al “deber ser legal”) está previsto (como reacción genérica institucionalizada) una “amenaza” de sanción que se desprende de las normas estáticas-disyuntivas.

Pero si el incumplimiento del “deber ser” es mantenido por el sujeto (pese a la amenaza de sanción abstracta contenida en las normas estáticas-disyuntivas), la única alternativa jurídica-procesal que se puede imaginar (erradicada la opción en los Estados de derecho de apelar al uso de la fuerza o autotutela de los derechos que pueden ejercer los particulares) debe provenir del manejo *de una estructura normativa que posibilite el tránsito desde “la sanción genérica” a la “sanción concreta”*.

Esta posibilidad de pasar de la reacción abstracta institucionalizada a la reacción concreta institucionalizada solo será posible *trasladando el conflicto instalado en el plano de la realidad social al plano jurídico, por medio del derecho de acción*.

En suma se trata de “*permitir*” discutir civilizadamente:

- 1) a dos partes en un plano de perfecta igualdad;
- 2) ante un tercero imparcial, imparcial e independiente (juez o árbitro);
- 3) mediante el inicio de un proceso, puesto en marcha por el ejercicio de la acción procesal, que contiene una pretensión (manifestación de voluntad por la que pretendo someter la voluntad del resistente),
- 4) asumiendo ese proceso la forma de un debate dialéctico, compuesto de seis fases: a) afirmación; b) posibilidad de negación; c) confirmación; d) valoración (alegatos), e) sentencia y f) recursos;
- 5) ese debate culminará en la heterocomposición del conflicto intersubjetivo de intereses de relevancia jurídica, por medio de un juez o un árbitro que va a privar u otorgar “un bien jurídico de la vida” a alguna de las partes.

En otras palabras:

- el conflicto judicializado (litigio);
- previo proceso;
- concluirá en una heterocomposición del mismo, en suma, en un acto de fuerza legítima ejercida por el Estado y por intermedio de sus órganos jurisdiccionales;
- restituyendo la paz social rota por el conflicto.

Esa hipótesis (la de la solución pacífica de los conflictos mediante el debate procesal), es “*razón de ser*” de la creación del último “tipo” estructural de las normas que integran el sistema jurídico —como ya se dijo— es diferente de las anteriores.

En efecto: la “*acción procesal*” (con su estructura “dinámica-bilateral”) es la única que *permite* la iniciación, desarrollo del proceso judicial y su hetero-composición.

Si con las cuatro estructuras normativas que ya analizamos se pudiera resolver los litigios, el “fundamento” de la creación de la quinta estructura normativa: *la acción procesal* (dinámica y necesariamente bilateral) *perdería su sentido científico*.

Pero, lo cierto es que sin forma normativa “apta” que permita el enlace continuo de tres sujetos (el actor, el juez y el demandado) la eficacia del sistema legal (cuando el mismo entra en una etapa de conflicto judicializado) sería imposible de mantener.

La acción procesal tiene —entonces— una estructura normativa *única*: dinámica-bilateral porque es la *única* estructura molecular *que permite discutir a dos partes frente a un tercero para que éste resuelva la contienda*.

Y la norma es dinámica-bilateral porque, reiteramos:

- capta la conducta de tres sujetos involucrados;
- en una relación dinámica
- del pretendiente o acusador;
- el órgano jurisdiccional
- y el demandado o reo;

Ejemplificamos, para una mayor comprensión del lector, la relación dinámica que venimos señalando:

-dada la presentación de la demanda (documento que contiene la pretensión y que es la exteriorización del derecho de acción) —etapa que convencionalmente denominaremos con la letra A—;

-surge el deber de proveer por el tribunal, emplazando al demandado a comparecer (A1);

-si este comparece se le correrá traslado de la demanda (A2);

-si no comparece puede declararse su rebeldía (B) y corrérsele traslado de la demanda en ese estado (B1);

- en el caso que conteste la demanda y niegue los hechos artículos por el actor se abrirá la causa a prueba (C);
- pudiendo las partes ofrecer la misma (C1);
- o entender que la cuestión es de puro derecho y solicitar que se formulen sólo las conclusiones de la causa (D);

Y así, podríamos seguir desarrollando todas las hipótesis de un trámite procesal cuyas variantes pueden ser transitadas, precisamente, por el dinamismo que encierra la acción procesal.

Se advierte, en consecuencia, que la acción, *como norma dinámica bilateral*, permite el desarrollo de un proceso en el que se enlazarán dinámica y secuencialmente a los tres sujetos principales del mismo (su *estructura intrínseca, ideada a esos fines, así lo posibilita*).

A riesgo de ser reiterativos, sin esta estructura de la norma, *que capta simétricamente el dinamismo de la conducta de los tres sujetos que intervienen en todo juicio* (actor-acusador-juez-demandado o reo), la realización del proceso, y, por ende, del derecho en estado de conflicto, no podría materializarse.

4. Apelando a un complemento histórico para captar mejor la idea de la acción procesal

Asumiendo que la *noción de la acción procesal* es un dato de esencial importancia para acceder a la comprensión total de la teoría general del proceso, nos hemos permitido la licencia de deslizar algunas reflexiones que reflejan el ideario clásico de la doctrina sobre la forma que debe explicarse la evolución de la teoría de la acción.

En cierta medida, no estamos en desacuerdo con una explicación histórica que ilustra la elaboración del concepto de la acción procesal a través del tiempo.

Pero nos ratificamos en la idea que fue sólo a partir de las ideas de Briseño Sierra y de Alvarado Velloso que la teoría de la acción se transformó en un fenómeno único y irreplicable para la ciencia del proceso.

En efecto, sin la idea del “dinamismo procesal” y la “proyectividad de la acción” toda noción dogmática de la acción que no considere estos datos le hace perder “volumen científico”.

Con las salvedades realizadas, compartimos en un todo la lúcida exposición retrospectiva de quién es, a nuestro juicio, máximo procesalista argentino: el Dr. Lino Palacio, quien reflexiona (y en este tramo nos hemos permitido la transcripción textual de sus ideas) sobre el curso cronológico que ha tomado la teoría de la acción procesal desde sus inicios hasta su actual concepción.

Las doctrinas elaboradas en torno a la naturaleza jurídica de la acción, enseña Palacio, se dividen en dos grandes grupos *el tradicional* y *el moderno*, que responden a puntos de vista fundamentalmente distintos.

Dentro de la concepción tradicional, que predomina hasta mediados del siglo XX, se advierten a su vez dos posiciones:

- la que considera a la acción como el *mismo derecho subjetivo material* alegado ante los tribunales de justicia;
- y la que la concibe como *un elemento o una función del derecho material*.

Ninguna de ellas, como se puede observar, reconoce *la autonomía de la acción*.

Para la concepción moderna, en cambio, que surge a mediados del siglo pasado, la acción y el derecho subjetivo material constituyen *dos entidades jurídicas independientes*, criterio que, para algunos autores, implica

un punto de partida de la autonomía del derecho procesal como disciplina jurídica. Dentro de esta última orientación, un grupo de teorías considera a la acción;

-como un *derecho concreto* dirigido a la *obtención de una sentencia favorable*, y que sólo corresponde, por lo tanto, a quienes son *los efectivos titulares de un derecho subjetivo substancial*;

Esta línea conceptual se escinde, a su vez, en dos tendencias:

-la que define a la acción como un *derecho público subjetivo a la tutela jurídica, deducido frente al Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales*, sobre los cuales pesa el deber de impartir la tutela jurídica reclamada por el titular del derecho (Muther, Wach);

-y la que le atribuye el carácter de un *derecho potestativo* que se ejerce frente al adversario, encaminado a que este soporte “el efecto jurídico de la actuación de la ley” (Chiovenda). Un segundo grupo de teorías, dentro de la *concepción moderna*, concibe a la acción como un *derecho abstracto a la tutela jurídica*.

Contrariamente a lo que sostiene el primer grupo, aquella constituiría un *derecho público subjetivo que corresponde a todos los ciudadanos por el sólo hecho de serlo y cuyo objeto consistiría, simplemente, en la prestación de la actividad jurisdiccional, cualquiera sea el contenido (favorable o desfavorable) del fallo en que esa prestación se concrete*.

Todas estas teorías han sido objeto de *críticas*:

-a las comprendidas dentro de la concepción tradicional se les observa la *identificación* que sostienen entre el *derecho subjetivo material y la acción*, pues tal identificación es *inconciliable* con la falta de coinciden-

cia que separa a ambas entidades jurídicas en lo que atañe a sus respectivos sujetos y contenido; a lo que se suma *la existencia de derechos sin acción* (obligaciones naturales) y *de acciones sin derecho* (acciones declarativas y constitutivas, acciones cautelares, etc.).

-a la concepción concreta se le critica que, de acuerdo con sus postulados, el derecho a la tutela jurídica o a una sentencia favorable, *sólo nacería al término del proceso*, pues con *anterioridad* sería *imposible afirmar, con plena certeza, la efectiva existencia del derecho de acción*, tanto más cuanto que el contenido de la sentencia depende, fundamentalmente, de la conducta que tanto el actor como el demandado hayan observado durante el desarrollo del proceso. Además, esta concepción no logra demostrar que la acción configure un verdadero derecho, pues el deber final del órgano jurisdiccional consiste, simplemente, en dictar una sentencia que dirima el conflicto suscitado entre las partes, la que puede o no ser favorable al pretendido titular de la acción.

-Tampoco es *convinciente* la opinión de quienes sostienen que la acción es un *derecho potestativo dirigido contra el adversario*, ya que carece de sentido práctico concebirla como un derecho que engendraría, en todo caso, un *deber genérico de abstención a cargo de toda la comunidad*.

4.1. Volviendo a nuestras opiniones

Entendemos que la teoría correcta es aquella defendida brillantemente por Eduardo Couture, quien describe a la acción procesal como *derecho público y de carácter constitucional* (integrante del derecho de *petición a las autoridades*).

Este derecho cívico, instrumentado en una norma, es un derecho *distinto al derecho material violado (autonomía del derecho de acción)* y puede ser ejercitado *con total prescindencia de la existencia del derecho material que se afirma tener (abstracción del derecho de acción)*.

Hasta aquí, estamos en un todo de acuerdo con la tesis que sostiene la autonomía y abstracción del derecho de acción.

Pero esta tesis, más allá de su exactitud parcial, no logró completar toda la idea científica que terminaron por desarrollar Briseño Sierra y Alvarado Velloso. A la dogmática tradicional les faltó decir que ese derecho público, constitucional, autónomo y abstracto se encuentra contenido en *una norma cuya estructura dinámica bilateral*, y es ese dato y no otro, el que permite *explicar todo el fenómeno*:

- que la acción procesal parte de un sujeto emisor (el actor, el Ministerio Público Fiscal);

- es recibida por el órgano jurisdiccional;

- pero al solo fin que sea *proyectada* hacia el demandado o el reo;

- posibilitando así el *inicio de la serie procesal, su continuación, y el dictado de la sentencia de mérito y, aún después de la misma, cuando se ejercita la actividad recursiva*.

Sólo con esta adición doctrinal, fruto de la inspiración de Briseño Sierra y Alvarado Velloso, se puede comprender cabalmente el fenómeno que se quiere explicar.

5. Resumen

Los conceptos que nos interesa marcar en este capítulo son los siguientes:

- La acción procesal es un derecho público, constitucional, autónomo y abstracto. Pero es, también, *una norma dinámica*, que capta la conducta de tres sujetos (actor/acusador-juez-demandado/reo) y que impulsa la actuación jurisdiccional (pública o privada) poniendo en marcha el proceso.

- Sin esta estructura normativa (*dinámica-bilateral*) el sistema jurídico, y, de suyo, el sistema procesal, no podría desarrollarse en forma eficaz.

- Adviértase que en el derecho procesal pueden (en rigor deben) coexistir normas “programáticas, conceptuales” y “estáticas-disyuntivas”.

- Aquello que marca la esencia y distinción de las normas procesales “puras” de las otras estructuras normativas, es el “dinamismo” y “la proyectividad”, atributos que permiten el inicio y el desarrollo de la serie procesal.

- Esta afirmación reafirma la idea del necesario “complemento” y “coexistencia” de los distintos tipos de normas que aseguran el correcto funcionamiento del sistema legal, y, en especial, del sistema procesal.

- En este contexto toma pleno sentido la frase de Briseño Sierra cuando sostiene que la acción es “... *una instancia proyectiva necesariamente bilateral*”.

- Esto debe interpretarse de la siguiente forma: ha querido expresar que se trata de una norma de estructura molecular dinámica (prevé la formación de un proceso) pero con una peculiaridad que la distingue de las restantes normas dinámicas: *tiene en su génesis estructural la posibilidad de regular la actividad –también dinámica– de tres sujetos (el actor, el juez y el demandado)*.

- Las restantes normas dinámicas (petición, denuncia, queja, reacertamiento) solo prevén (porque con ello

les basta para ser eficaces) *una relación de dos personas* (el peticionante y por ante quien se peticiona).

-Sólo a partir de la construcción dogmática que *diferencie las estructuras normativas*, puede edificarse el estudio científico que explique correctamente el funcionamiento del plano normológico del derecho y del derecho procesal.

-Si se obtuviera el esperado consenso doctrinario acerca de “qué es” la acción procesal (su estructura molecular), creemos que la sistematización de las nociones sobre el proceso (*serie consecucional de instancias bilaterales y que se compone de la misma “estructura molecular” que ostenta la acción*) sería, también, más sencilla.

-Las reflexiones respecto de la teoría de la acción y del proceso, desde el punto de vista de Humberto Briseño Sierra y Adolfo Alvarado Velloso, que compartimos, allanan el camino para la consolidación de una teoría general del derecho procesal.

-El derecho de acción, con sus notas tipificantes (autonomía, abstracción y dinamismo bilateral), con prescindencia de la materia sustancial que encierra la pretensión jurídica que lleva en su seno, es *idéntico* bien sea para iniciar o continuar la serie procesal (civil o penal).

-La estructura del debate (proceso) es similar en ambos campos, puesto que, en esencia, se trata de un método de discusión dialéctico, mantenido entre dos partes en un pie de igualdad (actor/acusador/demandado/reo), ante un tercero imparcial, imparcial e independiente, utilizando el mecanismo de la afirmación; posibilidad de negación, confirmación, alegación, sentencia e instancias recursivas.

-Finalmente, la función y atribuciones de los órganos jurisdiccionales supone una actividad básicamente igual ante pretensiones civiles o penales. La actividad jurisdiccional se compone de:

-una necesaria “conexión de instancias” (durante todo el curso del proceso para permitir la “bilateralidad de la audiencia”)

- y tres tareas “contingentes”, a saber:

- 1) Heterocomposición del litigio;
- 2) Cautela de derechos y;
- 3) Ejecución de lo decidido.

Bibliografía utilizada

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, Humanitas, Ciudad de México, México, 1989.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Introducción al derecho*, ps. 73 y sigs., Temis, Bogotá, Colombia.

SCHÖNE, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico penal paraguayo*, p. 15, Intercontinental Editora, Asunción, 2000.

Bibliografía general

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Textos Universitarios, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, México, 1970.

ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de Filosofía del Derecho*, Juris, Rosario, Argentina, 1998.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal, primera parte*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1989.

BENABENTOS, Omar, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, Argentina, año 2001.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Compendio de derecho procesal*, Humanitas, Ciudad de México, México, 1989.

BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, España, 1993.

CARNELUTTI Francesco, Sistema, número 14. Citado por Alcalá Zamora y Castillo en *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Textos Universitarios, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, México, 1970.

COSSIO, Carlos, *Radiografía de la Teoría Ecológica*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987.

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1958.

DUGUIT, León, se pueden consultar sus ideas en *Derecho Constitucional*, 2a. edición, sin datos.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Conducta y norma*, edit. Librería Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, Argentina, 1955.

HERRENDORF, David, *Corrientes actuales de la Filosofía del Derecho*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1989.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, Leviatán, Buenos Aires, Argentina, 1981.

MONROY CABRA, Juan, *Introducción al derecho*, Temis, Bogotá, Colombia, 1998.

LUMIA, Giuseppe, *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, Debate, Madrid, España, 1993.

MONROY CABRA, Juan, *Introducción al derecho*, Bogotá, Colombia, 1998, Ed. Temis.

MORRIS Desmond, *El Mono Desnudo*, Plaza y Janes, Barcelona, España, 1968.

NARANJO VILLEGAS Abel, *Filosofía del Derecho*, Temis, Bogotá, Colombia, 1992.

NINO, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1998.

NOGUERA LABORDE Rodrigo, *Introducción General al Derecho*, Institución Universitaria Arboleda, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

PACHECO, Máximo, *Teoría General del Derecho*, Temis, Santiago de Chile, Chile, 1990.

POPPER, KARL, *La responsabilidad de vivir*, edit. Paidós, Estado y Sociedad, Madrid, España, 1995.

SERRANO, Jose Luis, *Validez y Vigencia (La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica)*, Trotta, Madrid, España, 1999.

SCHÖNE, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico penal paraguayo*, Intercontinental, Asunción, Paraguay, 2000.

VENTURA, Adrián, "Argentinic". *Una Democracia que hace Agua*, Diario La Nación, Buenos Aires, Argentina, Edición del día 20 de marzo de 1988.