

TEORIA GENERAL DEL PROCESO

Prof. ADOLFO ALVARADO VELLOSO

UNIDAD 1

LAS NOCIONES PRELIMINARES

PRIMERA PARTE

EL ORIGEN DEL PROCESO

LECCION 1

LA CAUSA Y LA RAZON DE SER DEL PROCESO

Sumario:

1. La causa del proceso: el conflicto de intereses
2. Las posibles soluciones del conflicto de intereses
3. La razón de ser del proceso

1. La causa del proceso: el conflicto de intereses

Es fácil de imaginar que un hombre viviendo en soledad (Robinson Crusoe en su isla, por ejemplo) –no importa al efecto el tiempo en el cual esto ocurra– tiene al alcance de la mano y a su absoluta y discrecional disposición todo bien de la vida suficiente para satisfacer sus necesidades de existencia y sus apetitos de subsistencia. En estas condiciones es imposible que él pueda, siquiera, concebir la idea que actualmente se tiene del Derecho.

Fácil es también de colegir que este estado de cosas no se presenta permanentemente en el curso de la historia; cuando el hombre supera su estado de soledad y comienza a vivir en sociedad (en rigor, cuando deja simplemente de *vivir* para comenzar a

convivir) aparece ante él la idea de *conflicto*: un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros y, así, varios lo quieren contemporánea y excluyentemente (comida, agua, techo, etcétera).

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

Si una pretensión es satisfecha (porque frente al requerimiento "¡dame!" se recibe como respuesta "te doy"), el estado de convivencia armónica y pacífica que debe imperar en la sociedad permanece incólume. Pero si no se satisface (porque frente al requerimiento "¡dame!" la respuesta es "no te doy") resulta que a la pretensión se le opone una *resistencia*, que puede consistir tanto en un *discutir* como en un *no cumplir*.

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

Hasta aquí he contemplado la idea de un pequeño e incipiente grupo social. Claro es que cuando él se agranda, cuando la sociedad se convierte en nación, también se amplía –y notablemente– el campo conflictual. Si se continúa con la hipótesis anterior, ya no se tratará de imaginar en este terreno la simple exigencia "dame" con la respuesta "no te doy" sino, por ejemplo, de determinar si existe una desinteligencia contractual y de saber, tal vez, si hay incumplimiento de una parte, si ello ha sido producto de la mala fe, si es dañoso y, en su caso, cómo debe medirse el perjuicio, etcétera.

El concepto sirve también para el campo delictual: ya se verá por qué en la Lección 18.

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

2. Las posibles soluciones del conflicto intersubjetivo de intereses

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

Pero es obvio que la fuerza debe ser erradicada de modo imprescindible para lograr la sobre vivencia de la sociedad misma como tal, pues descarto que el bíblico triunfo de David en su desigual lucha contra Goliath es una mera anécdota muy difícil de repetir en la historia. Y es que el uso indiscriminado de la fuerza no asistida por la razón genera destrucción.

No creo que haya posibilidad cierta de saber cómo hizo el débil para convencer al fuerte en el sentido de eliminar el uso de la fuerza y suplantarla por un medio no violento: el uso de la razón. En otras palabras: cómo hizo para lograr que la *fuerza de la razón* sustituyera a la *razón de la fuerza*, reemplazando el brazo armado por la palabra, que ostenta la innegable ventaja –como medio de discusión– de igualar a los contendientes.

Pero es indudable que ello ocurrió en algún momento de los tiempos. Y al aceptar todos los coasociados la posibilidad de *dialogar* surgió como natural consecuencia la probabilidad de autocomponer pacíficamente sus conflictos.

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

Conforme con lo visto precedentemente, desencadenado un conflicto intersubjetivo de intereses, puede ser *disuelto* o *resuelto*, en definitiva y ya en un plano racional-lógico, mediante:

1) *Autodefensa*: la parte afectada por el conflicto no acepta el sacrificio del propio interés y hace uso de la fuerza cuando el proceso llegaría tarde para evitar la consumación de un daño.

En el Derecho argentino se pueden ver ejemplos de autodefensa: en el Código Penal, en cuanto autoriza la legítima defensa

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

en el Código Civil, en tanto se permite el uso de la fuerza para proteger la posesión:

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

o para cortar raíces de árboles vecinos

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

o para mantener expedita una propiedad

- (Código Civil, art. 2517: "Poniéndose alguna cosa en terreno o predio ajeno, el dueño de éste *tiene derecho para removerla sin previo aviso si no hubiese prestado su consentimiento...*"), etcétera.

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

2) *Autocomposición*: pudiendo ocurrir que ella opere:

2.1) *directamente* (sin ayuda de nadie): son las propias partes quienes llegan a la composición a base de una de tres posibles soluciones dependientes exclusivamente de la voluntad de ellas mismas:

2.1.1) el pretendiente renuncia unilateralmente al *total* de su pretensión;

2.1.2) el resistente renuncia unilateralmente al *total* de su resistencia;

2.1.3) ambos contendientes renuncian simultánea y recíprocamente *a parte* de sus posiciones encontradas.

Este juego de renunciaciones origina tres instituciones jurídicas: el *desistimiento*, el *allanamiento* y la *transacción*. Y todas ellas constituyen distintas formas mediante las cuales las partes pueden conciliar sus intereses, en frase que utiliza el verbo *conciliar* en su preciso significado castizo de "componer o ajustar los ánimos que estaban opuestos entre sí; conformar dos o más proposiciones contrarias".

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

2.2) *indirectamente* (con la ayuda de otro): sin disolver el conflicto planteado, las partes llegan a un acuerdo mediante el cual permiten que un tercero (la palabra *tercero* está aquí cronológicamente considerada y elegida: *primero* es el pretendiente, *segun-*

do es el resistente y *tercero* es quien ayuda a disolver o resolver el conflicto) efectúe actividad conciliadora ante ellas. Esta actividad puede presentarse como tarea de:

2.2.1) *simple intento de acercamiento o amigable composición*: el tercero, espontáneamente o acatando pedido expreso de los interesados, se limita a intentar su conciliación, dando consejo y haciendo ver los inconvenientes que puede engendrar el litigio, pero *sin proponer soluciones que, de haberlas, surgirán de las mismas partes* en conflicto. En este caso, como resulta obvio, la actividad que cumple el tercero constituye sólo un *medio* de acercamiento para que los interesados lleguen por sí mismos al *resultado de la autocomposición* (el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva);

2.2.2) *mediación*: el tercero, acatando pedido expreso de las partes, asume un papel preponderante en las tratativas y, por ende, diferente del caso anterior: ya no se limita a acercar amigablemente a los interesados sino que asume la dirección de las tratativas y hace proposiciones que, nótese bien, ellos tienen plena libertad para aceptar o rechazar. De lograrse el acuerdo y al igual que en el supuesto anterior, se ve que la actividad desplegada por el tercero sólo es un *medio* para que los contendientes lleguen por sí mismos al resultado de la composición (el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva);

2.2.3) *decisión*: el tercero, a pedido expreso de las partes y dentro de los límites que ellas fijan al efecto, asume un papel aún más preponderante: no sólo intenta el acercamiento, no sólo brinda propuestas de soluciones, sino que, luego de escucharlas en pie de perfecta igualdad, *emite decisión que resuelve* definitivamente el conflicto, pues las partes se han comprometido en forma previa a acatarla. Como se ve el caso es por completo diferente de los anteriores: aquí, la actividad del tercero –al igual que la del juez en el proceso judicial– muestra una verdadera *composición privada* que deja de ser *medio* para convertirse en *resultado*: el arbitraje.

3) *Heterocomposición pública* (pura o no conciliativa): cuando no media acuerdo de las partes interesadas y, por tanto, se descarta la autocomposición (directa o indirecta) la solución del conflicto pasa exclusivamente y como alternativa final por el *proceso judicial*: el pretendiente ocurre ante el órgano de justicia pública requiriendo de él un pro-

ceso susceptible de terminar en sentencia. De tal modo, su decisión opera como *resultado*. Este es el único supuesto de *resolución* que escapa al concepto genérico de *conciliación*.

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

a) *por el uso de la fuerza*, que debe descartarse a todo trance para mantener la cohesión del grupo social. Claro está, la afirmación tiene algunas excepciones que mencionaré en el número siguiente;

b) *por el uso de la razón*, que iguala a los contendientes y permite el diálogo: éste posibilita lograr una *autocomposición directa* que se traduce en una renuncia total del pretendiente (cuando ello se juridiza recibe el nombre de *desistimiento*) (el supuesto comprende también el del *perdón del ofendido* en materia penal); en una renuncia total del resistente (*allanamiento*) y en sendas renunciaciones recíprocas y parciales (*transacción*);

c) *por el uso de la autoridad de un tercero*, que permite lograr una *autocomposición* (desistimiento, allanamiento, transacción) *indirecta* gracias a la *amigable composición* o a la *mediación* de tal tercero, cuya intervención al efecto aceptan los interesados. También permite llegar a una *heterocomposición privada* cuando el tercero (que no es juez sino *árbitro*) adopta una actitud de *decisión*;

d) *por el uso de la ley*: siempre que los contendientes descarten las soluciones autocompositivas, y dado que no pueden usar la fuerza para disolver el conflicto, deben lograr la *heterocomposición pública* con la resolución de un tercero que es juez. Ello se obtiene exclusivamente como resultado de un proceso. Como es fácil de imaginar, esta es la única alternativa posible en materia penal.

Al final de esta Lección presento un cuadro sinóptico conteniendo las distintas formas de componer el conflicto y el litigio a fin de facilitar al lector una más rápida fijación del tema.

3. La razón de ser del proceso

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

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

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

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

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

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

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

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

a) es *ilegítima* cuando la realiza un particular;

b) es *legitimada* cuando excepcionalmente el Derecho acuerda al individuo la posibilidad de su ejercicio en determinadas circunstancias y conforme a ciertas exigencias o requisitos que en cada caso concreto se especifican con precisión;

c) es *legítima*, por fin, cuando la realiza el Estado *conforme con un orden jurídico esencialmente justo y como consecuencia de un proceso*.

De tal modo, y a fin de completar la idea inicialmente esbozada, ya se puede afirmar que la *razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada*.

No importa al efecto que una corriente doctrinal considere que el acto de juzgamiento es nada más que la concreción de la ley, en tanto que otras amplían notablemente este criterio; en todo caso es imprescindible precisar que la razón de ser del proceso permanece inalterable: se trata de mantener la paz social, *evitando que los particulares se hagan justicia por mano propia*.