

Teoría del Proceso

El Juzgamiento.

En la formación del derecho procesal, la actividad de los órganos judiciales es tan importante como la tarea legislativa.

La trascendencia del juzgar no se limita al caso cuestionado, al litigio o controversia que antecede al proceso, sino que asciende hasta la creación normativa.

La situación doctrinaria y judicial de los últimos tiempos podría explicarse en breves palabras: asimilación de la inferencia deductiva con la corriente exegetica y reacción contra la tesis de que el juez resuelve silogísticamente sin facultades para crear reglas de conducta.

La idea, y el precepto positivo que prohíben al juez interpretar el derecho, no sólo contra, sino *prater legem*, exigiéndole una solución estrictamente *secundum legem*, no son recientes.

El movimiento contrario no tiende, realmente, a la aniquilación de la lógica; los conceptos básicos de la ciencia del derecho subsisten, pero su carácter formal no impide, sino que excita el afán de humanizar o de rebajar la creencia en la exactitud casi matemática de las reglas vigentes.

La jurisprudencia ha llevado al derecho a metas desconocidas, no sugeridas por las viejas legislaciones.

La idea del juez como mero aplicador del derecho y la sentencia como un silogismo judicial es un grave equívoco, pues en su contra está el hecho mismo de las sentencias materiales.

Razón del ser del Proceso.

La sentencia viene a ser la conclusión de un silogismo en que la premisa mayor está formada por la ley. En el criterio opuesto, la sentencia también es una conclusión, pero la premisa mayor ya no es la ley en su expresión literal.

El contraste más visible en esta oposición proviene del papel que juega la certeza. La ley es el modelo al que deben ajustar su vida todos los que moran en la República. La ley manda las cosas que se han de hacer y prohíbe las que no se deben realizar.

La certeza, pues, es la cuestión que separa a las corrientes doctrinarias. Si se estima que la seguridad en las soluciones proviene de su previo conocimiento, se tendrá que admitir que para mantenerla, corresponde al legislador hacer la ley y al juez decidir de conformidad.

El derecho procesal.

Las definiciones del derecho operan con el mismo sentido pragmático de las fórmulas en las ciencias naturales, de manera que no puede suponerse que determinada concepción, hecha frente a un cierto fenómeno y en las condiciones que prevalecían al ser estudiado, le sea, ya no consustancial, sino generadora de su mismo ser. Las definiciones no pueden impedir la modificación del objeto de conocimiento.

Si la ley procesal regula los modos y condiciones de una actuación y el proceso es un conjunto de actos coordinados, entonces el concepto de ley es regresivo respecto al de proceso, que contiene referencias más inmediatas al hecho investigado. En una definición que surge como producto de otras, lo menos que puede

exigirse es que mantenga la unidad significativa, que respete al método; pero cuando por proceso se entiende coordinación y por ley procesal la actuación de la norma sustantiva, la desconexión es evidente, y ello sin mencionar que en el concepto de proceso se habla de la función jurisdiccional y en el de ley procesal se olvida.

Las definiciones evolucionistas cumplen un cometido indispensable, el destacar un avance doctrinario y legal, pero suelen comprometer su importancia, al observar parcial o intencionadamente el fenómeno que describen. El rubro del derecho procesal después de todo, no pasa de ser una etiqueta colocada sobre un objeto, cuya consistencia no está dependiendo del nombre que se elija.

El derecho procesal es la rama jurídica que estudia, como ciencia la categoría del proceso y los problemas que le son conexos. Este derecho tiene una parte general o meramente teórica, en la que se consideran los conceptos fundamentales, los que apoyan toda la construcción institucional; pero también cuenta con capítulos especiales relativos a los datos que hacen posible el proceso: parte orgánica, parte procedimental, nociones elementales y principios directrices.

Deslinde frente a otras disciplinas.

Del deslinde se encuentran dos cuestiones peculiares al tema. En primer lugar la determinación *a contra sensu* de lo que no es derecho procesal, y luego, la obvia vinculación entre lo no procesal (teórico) con lo jurídicamente procesal. El tratamiento que recibe el segundo tema en la doctrina, es por demás simplista, rutinario y muchas veces ingenuo.

Es incuestionable que los postulados de una han de recibir en las otras la consideración semejante, a menos de errores en las connotaciones.

El deslinde, pues significa que lo mismo el derecho procesal como ciencia, que el derecho procesal como normatividad positiva, deben precisar su capitulado, su temario; y no tanto para evitar duplicidad de consideraciones, sino para resolver en lo básico, en el fundamento del sistema, la pertenencia efectiva de las nociones.

El problema del deslinde; cabe hablar de la conexión entre las ramas, o aspectos positivos del problema; como también es factible ofrecer una determinación negativa, indicando la autonomía de las ramas.

Fuentes del derecho.

El término fuente se entiende lo que motiva o de lo que proviene algo; su núcleo generador.

La palabra fuente se refiere primariamente a la vertiente que genera el derecho; pero este manantial tiene varios sentidos o significaciones para los autores. Lo mismo se hace referencia a toda forma de manifestarse la concepción jurídica (normativa y doctrinaria), a todo hecho que contiene una materia jurídica que a lo específicamente originador de una relación.

Lo que sea fuente, no es objeto de conocimiento que deba averiguar el derecho procesal, pero sin llegar a dudas, dependerá de la noción de fuente el que en esta rama se considere como tal o a la ley o a la doctrina, a la jurisprudencia o a la costumbre.

Las fuentes formales son los procedimientos de manifestación de las normas jurídicas. Son fuentes los modos de manifestación de la voluntad social preponderante. Habla de dónde y cómo los justiciables y los jueces pueden tomar conocimiento de las reglas de derecho.

Fuentes del derecho procesal en particular.

La diferencia entre la certeza jurídica y la seguridad jurídica, que es el planteamiento más adecuado al tema de las fuentes, contemplado desde el ángulo del derecho procesal, viene a resumirse en la indagación de la positividad en los diferentes sistemas políticos.

La certeza sobre la norma procesal deja supuesto el conocimiento de lo que es procesal. No se trata de caracterizar exclusivamente el proceso o los actos procesales, sino el campo propio o perteneciente a la rama, porque innumerables materias no son estrictamente procesales.

Los conceptos fundamentales.

Los términos elemental, básico y fundamental suelen emplearse como sinónimo sin razón suficiente. Lo elemental es no solamente lo unitario sino indivisible. Un concepto elemental es un objeto de conocimiento singular simple y no complejo aunque pueda ser de difícil caracterización.

Básica es una noción que se encuentra en el fondo del fenómeno. Si procede a indagar la causa de un acontecimiento, si se lleva a cabo la investigación de una regla, son básicas u originales las premisas. En una reflexión se encuentra la base, el apoyo en el antecedente primario.

El fundamento tiene con otros conceptos datos comunes, pero sus diferencias son insalvables. Lo fundamental está en el apoyo recíproco, es la constante línea de mantenimiento que sostiene la construcción.

Los conceptos básicos.

La idea de dinamismo en la normatividad procedimental es un dato que coloca al investigador en posición de identificar el objeto de conocimiento aludido.

Por ser lo fundamental en el derecho procesal el dinamismo de las reglas que determinan la conducta de sujetos organizados como tribunales y sujetos autorizados para instar ante ellos, se trata de una idea, de un conocimiento cuya adquisición permite encontrar el objeto mencionado y distinguir de otros.

El derecho procesal se encuentra en la idea fundamental del dinamismo. El conflicto se compone de otros datos, el juzgador implica nociones de sujeto, potestad, relación y hasta composición o estructura; de la misma manera se pueden analizar los restantes conceptos, para concluir su complejidad.

La regla de derecho que se refiere al conflicto o a las partes, al juzgador o a los auxiliares, no manda una sucesión de manifestaciones sino que se limita a precisar sus límites o contenidos.

El dinamismo jurídico no es sinónimo del dinamismo empírico. En la materialidad toda conducta se expresa en el tiempo y el espacio. La conducta misma es un hacer y el no hacer de ella permite el cambio experimental.

Una regla que exprese que la mayoría de edad se alcanza con los veintiún años, no es dinámica aunque se esté refiriendo al transcurso del tiempo, a algo que se mueve en la materialidad.

La norma dinámica es aquella que enlaza la sucesión y o las conductas mismas. Para que haya sucesión es menester que existan conductas, pero vincular éstas no es hacer reglas dinámicas.

Es la sucesión de conexiones lo trascendental en el procedimiento, que no tiene naturaleza de una pista o carretera por donde se desplazan los actos, sino de un encadenamiento que fuerza los actos a significar el eslabón indispensable para que se produzca la conexión.

Pero el conflicto es básico para el derecho procesal, porque sin él, carece de sentido la tendencia a solucionar

que se plasma el pronunciamiento. Es básica la subjetividad, porque el derecho procesal opera con determinadas personas que eventualmente pueden faltar aunque no es posible partir de su ausencia, ni total definitiva.

Por tanto, sin conflicto no tiene sentido el proceso, y sin pensar en éste no es factible la rama del derecho procesal. Se advierte entonces, que lo básico no da la naturaleza de la institución, ni siquiera es siempre el mismo fenómeno para todo proceso, pues en unos casos será litigio, en otros controversia, acuerdo en el compromiso y desacuerdo en lo administrativo y aún en lo constitucional.

Los llamados procesos voluntarios, si son verdaderos procesos como el de nulidad de matrimonio que debe alcanzarse en una serie de instancias bilaterales, no pasan de ser aquellas figuras impuestas legalmente. El legislador ha querido que no se constituya la nulidad del matrimonio sin debate procesal. Aunque las partes estén de acuerdo, deben presentar demanda y contestación pretendiendo el fallo.

En cambio, ahí donde el conflicto no aparece ni siquiera por exigencia legislativa, sino todo lo contrario, la ley supone que cuando no haya contienda se puede sustanciar un procedimiento judicial para acreditar hechos o constituir derechos; entonces se estará ante un procedimiento negocial de atribución judicial, llamado de jurisdicción voluntaria.

El litigio es el conflicto entre la pretensión demandada y el interés público,; en tanto que controversia es la discusión formada por dos intereses del mismo rango. Por ende, que la palabra causa para el fondo sustancial.

La causa estaría también en lo penal, administrativo, constitucional, laboral, castrense, canónico, internacional o laboral.

Causa es el complejo del material de cognición sobre el que se decide el juez, y que le es presentado por las contrapuestas deducciones de las partes.

La fase de cognición se llama así, porque en ella el juez, antes de poder formular el mandato que es la conclusión de su largo razonamiento, debe desarrollar una paciente actividad intelectual, que consiste en el conocimiento. Este no se tiene sino un objeto y la causa es precisamente el objeto del conocimiento del juez.

La causa no se confunde con la acción, de la misma manera que el problema no se confunde con la solución; para poder aceptar o rechazar la demanda, es preciso indagar si merece ser aceptada, el problema que en cuanto a la existencia de la acción constituye de por sí un tema de investigación, aún cuando finalmente el juez se convenza de que no existe tal acción.

El fenómeno no es insólito, ni extraprocesal, al grado de que cuando se ha defendido la existencia de las sentencia constitutivas o de las meramente declarativas, se ha llegado a decir que sirven para prevenir el posible pleito; y es claro que esas sentencias se alcanzan procesalmente.

Por ende, lo que teoría general llama al hecho, es la causa. Pero naturalmente no es la causa del proceso, sino de la relación sustantiva.

Las nociones elementales.

La acción, a la jurisdicción y al proceso, han sido calificados de trilogía estructural. Esta ha sido reconocida por la generalidad de la doctrina y se han elaborado diversas monografías sobre el tema, con independencia de su tratamiento sistemático en las obras generales.

Si la secuencia es procedimiento, los actos son lo elemental de la conexión. La relación natural y lógica está entre lo elemental y lo complejo, porque lo primero es la noción indivisible mientras lo segundo es la noción

resultante de la combinación o mezcla.

Complejo y elemental son semejantes en un dato: la unidad. Lo contrario de unidad es multiplicidad, de manera que cuando se habla de un fenómeno complejo no se hace referencia a muchos fenómenos sino a uno solo, pero como suma o resultado, no como sumando o multiplicando. El complejo es unitario en su apariencia, en su intuición, pero divisible material o intelectualmente.

Si el dinamismo, idea fundamental del derecho procesal, implica la secuencia de conexiones prevista por la norma, el procedimiento que es el fenómeno significado viene a ser un complejo, pues requiere de los siguientes datos: secuencia, conexiones, actos, diversas personas.

Procedimiento es una serie, vale decir, una secuencia graduada y no un conjunto como puede ser la votación en las elecciones populares. Aquí no hay serie de votos, sino un conjunto de pluralidad de votos.

Se trata de instancias cuando vienen del justiciable y proveimientos cuando los emite la persona que dirige la serie. Las palabras juzgable, juez y auxiliares pueden ser complejas en su significado, porque la primera atañe a una persona que tanto reviste la calidad de gente como de ente y lo mismo acontece con el juez que puede ser monocrático o colegiado, así como los auxiliares pueden ser individuo o una institución.

Instar es ejercer un derecho de provocación en una secuencia dinámica. La instancia no tiene carácter complejo, en su interior no existe otro dato, no puede ser continente de algo más. De alguna instancia, por ejemplo, de la acción procesal se ha dicho que contiene tres elementos: capacidad, instancia y pretensión.

La condición es un accidente, algo que viene de fuera, de modo que la acción podrá estar condicionada y sin satisfacer las condiciones carecerá de eficacia, pero no sería factible hablar de acción ineficaz si por faltar capacidad no prosperara, y al mismo tiempo sostener que hubo acción.

Se llega a una conclusión, y es que para la rama procesal, para su sistematización, los únicos conceptos elementales son: instancia, conexión y proveimiento. Si instancia es el derecho de provocar, proveimiento es la facultad o el deber de responder y conexión es el hecho de correlacionar estas conductas.

Cap. IV Clasificación de las instancias.

Si toda norma dinámica regula un procedimiento, no todo procedimiento se conforma con las conexiones de actos de los justiciables. En algunos casos, el procedimiento es estrictamente oficioso, vale decir, se constituye con órdenes, instrucciones, cumplimientos y realizaciones.

La variada gama de intervención del particular, no elimina el dato central de este procedimiento oficioso: que comienza por iniciativa de la autoridad.

La circunstancia de que sea la autoridad quien comienza un procedimiento reglado o discrecional, explica que la intervención o participación del justiciable constituya por lo general una instancia.

Si en el procedimiento oficioso se llama particular, su intervención es exigida, y no espontánea, es convocada y no libre. Cabe, pues, la conexión de actos de autoridad con actos del particular y puede hablarse de procedimiento cuando aparezca una secuencia de conexiones.

La instancia es siempre una conexión que hace al justiciable. Se dirige al titular una función pública y no a otro particular. Lo trascendental viene a ser la progresiva referencia de una conexión a otra y, si bien parece contradictorio que se hable de conexión cuando un sujeto se abstiene de responder la incitación ajena, debe tenerse presente que lo conectado es la conducta y no una especie de ella.

El acto jurídico denominado instancia tiene forzosamente como presupuesto al procedimiento. porque significa la conducta que al conectarse con un sujeto distinto al emisor de la instancia, provoca una respuesta, representado un primer grado o momento de una secuencia de conexiones de nuevos actos.

El procedimiento resulta calificable en dos sectores: a instancia de parte y de oficio. En cuanto la instancia es jurídicamente un acto que condiciona la realización predeterminada por la norma, no puede hablarse de actos indiferenciados, sino de verdaderos y positivos derechos individuales.

Facultad lleva a suponer el otorgamiento de un derecho, lo único que distingue a la facultad es la ubicación, no la naturaleza de la pretensión.

La petición, en la aplicación de la relación de la dependencia funcional, podría decirse que en toda instancia viene implicado el procedimiento. Se significa con ello que el movimiento normativo precedente o posterior a cualquier instancia, está previsto y no es casual.

Hay una instancia que muestra, frente al resto, una consistencia peculiar, irrepetible e inconfundible: la acción. Fuera de ella, de las instancias no cabe expresar sino que son el derecho que tiene el particular para provocar la respuesta autoritaria a través de una relación dinámica.

Lo que permite separar a la petición de otras instancias es el objeto que se busca solicitando la intervención de la autoridad. Ese objeto es pretendido por el particular y de ahí el término utilizado para denominar la nota distintiva: la pretensión.

La pretensión del derecho de petición es, ante todo, una declaración de voluntad, porque el particular ha de expresar por escrito su solicitud, a fin de que la autoridad responda.

La denuncia. La más simple pretensión es la solicitud, se debe a que la pretensión está formada por preceptos que deben considerarse sustantivos respecto a la regla constitucional, la cual se limita a establecer la implicación procedimental en la instancia.

Pero en seguida se presenta una pretensión diversa: la denuncia, que, a diferencia de la petición, no es declaración de voluntad sino participación de conocimiento.

Quien denuncia no pretende que se acceda a lo pedido, simplemente hace saber a la autoridad la realización de un hecho o de una acto, a los que la ley condiciona la emisión de una resolución.

La denuncia tiene generalmente como base una obligación, pero en cuanto instancia, hace referencia a una pretensión específica: la participación de conocimiento, como un derecho a obtener una resolución favorable.

Basta que se inste para dar a conocer una circunstancia de trascendencia jurídica a la autoridad; y será esta quien dicte las providencias adecuadas y, en su oportunidad emita la resolución que proceda.

La querella tiene estrecha afinidad con la acción. Naturalmente que se trata de un nuevo acto provocatorio, y es manifiesto que su pretensión contiene una declaración de voluntad, puesto que el querellante ejerce la instancia para propiciar que se aplique una sanción al querellado.

La querella, como las demás instancias, recibe su nombre específico por la índole de la pretensión, no por la clase de instancia, ya que en todas es igual. Solo la acción, como instancia, tiene diferencia palpable que luego se verá.

Lo importante es la querella es la índole y la posición de los sujetos. Querellante y querellado, ante la ley, tienen igual calidad. La querella viene generalmente contra un particular, pero también cabe enderezarla como

autoridad.

La querella es una instancia y, al parejo de la denuncia, llevan implícito el procedimiento; lo que equivale a sostener que no son actuaciones indiferenciadas, intrascendentes.

El querellante tiene ciertas facultades, hasta el perdón del indiciado; pero cuando ello acontece, ya no se está en un procedimiento de querella sino en un verdadero proceso.

La queja tiene con la querella la similitud de la pretensión sancionatoria. Pero si en la querella los sujetos alcanzan una posición igualitaria ante la ley, en la queja se encuentra una disparidad, porque mientras el titular de la instancia es un particular, o por lo menos ajeno a jerarquía del sujeto pasivo, éste es una autoridad o persona que actúa en una función pública.

La queja es también declaración de voluntad, pues la pretensión es disciplinaria. La queja recibe también el nombre de amparo y es en realidad un procedimiento seguido a instancia de parte, por medio del cual el Poder Judicial de la Federación, aplica, desaplica, o inaplica el acto reclamado.

Lo importante radica en el hecho de que la queja controla, o sea, verifica un resultado previsto y uno realizado, a fin de establecer su adecuación.

La queja es un término que alude indistintamente a situaciones tan disímolas como la instauración de un procedimiento disciplinario y uno procesal.

La queja es una pretensión impugnativa, puesto que combate la conducta de una autoridad, conviene intentar una reducción hacia la simplicidad y la uniformidad de las reglas, estableciendo de una manera precisa la correspondencia de la queja con el control que va de la medida disciplinaria a la casación o el amparo.

El reacertamiento lo básico es un acertamiento. Por acertamiento ha de entenderse la operación de la autoridad que determina los hechos tipificados por la norma.

Este acertar autoritario, en el supuesto de un acto reglado, tiene que satisfacer los datos del supuesto jurídico para llegar a la conclusión de que su realización implica cierta conducta preordenada jurídicamente.

Si se pretendiera la nulidad de la sanción, no tendría que ejercerse una instancia de reacertamiento, sino una petición de nulidad. Pero en tanto que se sostiene una inadecuación entre el acto y la norma, lo pertinente es un nuevo acertamiento.

La funciones del secretariado.

La presencia del secretario en la casi totalidad de los órganos, de los órdenes y actividades del oficio judicial, ha hecho pensar en que se trata de un auxiliar, permanente, técnico y perito en derecho. Dentro de las actividades se han destacado la auteticadora, la certificadora o documental, la procesal, la de conservación y custodia de documentos, la recaudadora y administrativa, y la de dirección o mando.

- La actividad autenticadora: hablan de levantamiento o extensión de actas.
- La actividad certificadora y documental: puede ir desde el atestado puesto al margen, hasta el cotejo de letras, libros y papeles, sin olvidar que el secretario conoce al promovente.
- La actividad procesal: consiste en recibir pruebas, muestra el ejercicio de la función jurisdiccional en el secretario, técnica que puede discutirse mirando a la pureza teórica de la institución, pero que no puede negarse en la realidad legal.

- La conservación y custodia: es un rubro muy amplio, como el depósito ante el secretario de dinero o bienes y que por asociación, dan lugar al señalamiento de las actividades del depositario, el interventor o el administrador. Además de la custodia el primer secretario tiene a su cargo los libros pertenecientes a la oficina y designa entre los subalternos quien debe llevarlos.
- La actividad recaudadora: netamente fiscal, corresponde a la obligación de retener los gravámenes fiscales cuando lo determina el régimen tributario.
- La actividad administrativa: Se incluyen materias calificadas de administrativas.
- Los actos de dirección y mando: se trata de facultades administrativas y de gobierno interior.
- Los actos de mediación: viene desde una recepción de los escritos hasta las anotaciones relativas al día y hora en que se presentan.