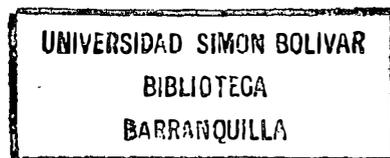


T
347.05
T 649.



EL PROCESO CIVIL

MARILUZ TOLEDO VERGARA

Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar al título
de Abogado.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS JURIDICAS
BARRANQUILLA, 1987

4034254

DE=0714

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
BIBLIOTECA	
BARRANQUILLA	
No. INVENTARIO 333	
PRECIO	
FECHA	29 FEB 2000
GANJE	DONACION



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

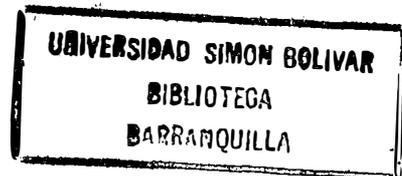
Juan Pablo Arrieta Guerra
ABOGADO

Arrieta y Arroyo

Calle 39 No. 41-72 - Oficina 3-B
Tels. Oficina 311-440 - Res. 35-58-25
Barranquilla-Colombia

Gloria Arroyo de Arrieta
ABOGADA

Barranquilla, mayo 26 de 1.987



DOCTOR
CARLOS LLANOS SANCHEZ
DECANO UNIDAD ACADEMICA DE DERECHO
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO " SIMÓN BOLIVAR "
La ciudad.-

Atentamente me permito comunicarle que, atendiendo la designación - que se me hizo como Director de la Tesis de Grado presentada por la egresada MARILUZ TOLEDO VERGARA, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.869.723 de Ciénaga de Oro, bajo la denominación " EL PROCESO CIVIL", con la finalidad de optar el título de ABOGADA de la Facultad de Derecho de esa institución, emito el siguiente concepto:

Después de leer el anterior trabajo, expreso que reúne los requisitos de un tema interesante y actualizado, de contenido teórico y metodológico bastante ordenado y aceptable, en especial en cuanto al aspecto doctrinario.-

Estimo que este trabajo reúne pues, los elementos mínimos académicos exigidos por la Universidad al respecto y, en lo que toca al suscrito, le imparte su aprobación en todas sus partes.-

Atte.,


JUAN PABLO ARRIETA GUERRA

C.C. No. 6.573.982 Montería.-

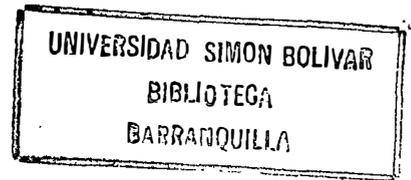
Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, 1987



DEDICATORIA

A mi esposo y a mi hijo que esta por nacer, a mis padres por su oportuna ayuda y el gran esfuerzo que hicieron para que alcanzara mi meta; y por supuesto a mis hermanos por su apoyo.

MARILUZ

AGRADECIMIENTOS

- Al director de Tesis asignado, Doctor JUAN PABLO ARRIETA, catedrático de la Facultad de Derecho.
- A todos los profesores por transmitirme sus conocimientos, y
- A la Universidad Simón Bolívar.

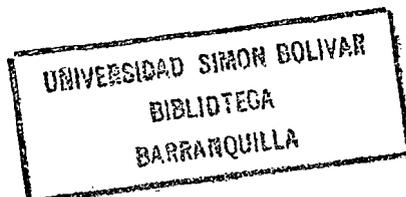


TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. HISTORIA DEL PROCESO HASTA NUESTROS DIAS	5
1.1. GRECIA	5
1.2. GERMANICO	6
1.3. ROMANO	8
1.4. CANONICO	13
1.5. ROMANO-CANONICO	13
1.6. SUMARIO	16
1.7. LEGISLACION ESPAÑOLA	17
1.8. PROCESO CIVIL COLOMBIANO	18
1.8.1. Colonia	18
1.8.2. Después de la independencia	19

	Pág.
2. CONCEPTO GENERAL DEL PROCESO	24
2.1. CONCEPTO DEL PROCESO	24
2.2. OBJETO DEL PROCESO	31
2.3. FINALIDAD DEL PROCESO	35
2.4. FINES ANORMALES DEL PROCESO	46
2.4.1. Proceso aparente	46
2.4.2. Proceso simulado o fraudulento	47
2.5. FUNCIONES DEL PROCESO CIVIL-LABORAL-CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y PENAL	51
2.5.1. Funciones del proceso civil laboral y contencioso administrativo	51
2.5.2. Funciones del Proceso Penal	53
2.6. DIFERENCIA ENTRE PROCESO, LITIGIO Y PROCEDIMIENTO	55
3. NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO	56
3.1. PROBLEMAS DE LA NATURALEZA DEL PROCESO	56
3.2. EL PROCESO COMO CONTRATO	58
3.3. EL PROCESO COMO CUASICONTRATO	64

	Pág.
3.4. EL PROCESO COMO RELACION JURIDICO PROCESAL	68
3.5. EL PROCESO COMO SITUACION JURIDICA	80
3.6. EL PROCESO COMO ENTIDAD JURIDICA COMPLEJA	85
3.7. EL PROCESO COMO INSTITUCION JURIDICA	86
4. CLASES DE PROCESO	91
4.1. CLASIFICACION DE LOS PROCESOS	91
4.2. PROCESO DISPOSITIVO	97
4.3. PROCESO DECLARATIVO	98
4.3.1. Proceso declarativo puro	100
4.3.2. Proceso de condena o prestación	102
4.3.3. Proceso de declaración constitutiva	106
4.3.4. Proceso mixto	108
4.4. PROCESO DE EJECUCION	108
4.5. EL PROCESO CAUTELAR	113
4.6. PROCESO REPRESIVO Y PROCESO PREVENTIVO	116
4.7. PROCESO SINGULAR Y PROCESO COLECTIVO	117
4.8. PROCESO CONTENCIOSO Y PROCESO VOLUNTARIO	117

	Pág.
5. LOS SISTEMA PROCESALES	122
5.1. HISTORIA DE LOS SISTEMAS PROCESALES	122
5.2. CARACTERISTICAS DEL DISPOSITIVO	125
5.3. CARACTERISTICAS DEL INQUISITIVO	129
5.4. CARACTERISTICAS DEL MIXTO	130
5.5. SISTEMA PROCESAL EN COLOMBIA Y CARACTERISTI CAS DISPOSITIVAS E INQUISITIVAS	133
6. CONCLUSIONES GENERALES	141
6.1. DEL CONCEPTO GENERAL DEL PROCESO	141
6.2. DE LA HISTORIA DEL PROCESO	141
6.3. DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO	143
6.4. DE LAS CLASES DE PROCESO	145
6.5. DE LOS SISTEMAS PROCESALES	146
BIBLIOGRAFIA	148

INTRODUCCION

La complejidad y amplitud del tema escogido para desarrollar en nuestra tesis de Grado, lógicamente implica que no pretenderemos una absoluta originalidad en él, como tampoco que con nuestro trabajo se agote el tema elegido.

Nuestro trabajo no es más que la concentración de los diversos conceptos que los más eminentes tratadistas han emitido sobre la materia, a los que modestamente hemos agregado los nuestros.

Mi interés sobre el Proceso Civil, nos llevó a investigar sobre su historia, concepto, naturaleza jurídica, clasificación y sistemas procesales, para terminar con algunas conclusiones sobre el tema.

El tema tratado es amplio y difícil de sintetizar en un trabajo de este tipo, pero consideramos que su importancia es vital en el ejercicio de nuestra futura profesión, ya que constituye la verdadera "herramienta" con que el abogado se desempeña en su labor profesional.

sional.

Hubieramos querido que nuestro enfoque sobre el Proceso Civil, fuera más crítico, pero la rigidez de la materia tampoco lo ha permitido con holgura.

La finalidad del proceso civil dentro de nuestra sociedad en crisis, no es sino un concepto teórico filosófico. La división en clases de nuestra sociedad, repercute necesariamente en todas las actuaciones dentro del sistema; una de ellas es la actuación procesal. Esa teórica igualdad de las partes dentro del proceso, necesariamente está determinada por factores políticos, económicos y sociales.

Si bien es cierto, que hemos avanzado un gran trecho desde la época en que los particulares dirimían sus conflictos por medio de la fuerza bruta, no es menos cierto que esa fuerza sigue existiendo solo que aplicada por el órgano jurisdiccional con un criterio clasista.

El objetivo último del actual Estado de Derecho, es la protección y mantención del Sistema. Eso implica, protección de la propiedad privada individualista.

Discutir jurídicamente el problema de los Sistema Procesales, es seguir teorizando sobre pompas de jabón. Para pretender imponer un sistema procesal adecuado, es necesario empezar por cambiar las condiciones políticas y sociales que han determinado que en la actualidad la ley es manejada por los dueños del capital y aplicada solo a los desposeídos.

Ante la existencia de nuevas formas de convivencia social podremos hablar también de nuevos sistema procesal.

El Estado de Derecho Vigente solo busca garantizar de manera efectiva los intereses privados, pero no buscando el bienestar de toda la comunidad, ya que la base de ese sistema es justamente la desigualdad y la explotación de muchos por unos pocos.

En la actualidad nuestro sistema procesal es la combinación de los sistemas dispositivos e inquisitivos. Pero cualesquiera que al final sea el sistema que se aplique, debemos luchar por mantener alguno que aunque sea en escasa forma, ofrezca a las partes cierta igualdad de condiciones ante el poder u órgano jurisdiccional. De nada o de muy poco servirían aportes como el nuestro, si mediante cuerpos legales dictados en situaciones de excepción, se llega a transformar todo nuestro sistema procesal en una farza mal mon

tada, como lo es la Justicia Penal Militar, cuya intromisión en los actos civiles cada vez es mas creciente y peligrosa, si lo que pretende lograr la justicia es la Paz y Convivencia Social.

Por último queremos decir, que entregamos nuestra modesta obra como un aporte a quienes se interesen por una sana y positiva crítica al sistema procesal vigente en nuestro medio, con el deseo que del análisis efectuado se puedan sacar conclusiones o reflexiones que puedan positivamente servir a su mejoramiento.

1. HISTORIA DEL PROCESO HASTA NUESTROS DIAS

1.1. GRECIA

Solamente se tiene conocimiento de Grecia a través del estudio de la prueba que realizó Aristóteles en su Retórica, en ella se encuentra una concepción lógica, ajena a prejuicios de orden religioso y fanatismo de otra índole.

Rigió en Grecia la oralidad tanto en el proceso civil como en el proceso penal, impero el principio dispositivo de las partes quienes eran obligadas a la carga de la prueba, sólo en casos especiales estaba facultado el Juez. Analiza Aristóteles en su retórica los medios de prueba principales que eran para él, el testimonio, los documentos y el juramento, en el testimonio existían restricciones a las mujeres, niños y esclavos, en la prueba documental se otorgaba mérito ejecutivo directo, a los libros de los banqueros que gozaban de este privilegio, el jurament tuvo un valor importantísimo, más tarde en la época clásica disminuyó. Para el valor de los anteriores medios de prueba existió la crítica lógica y razonada de

la prueba y no existió la tarifa legal para determinar el valor.

1.2. GERMANICO

Este proceso se caracterizó porque no decidía la controversia un tercero, sino que se resolvía la controversia con el conjunto de los diferentes elementos, los cuales eran manifestaciones de una voluntad divina. Este tenía lugar ante el pueblo reunido en asamblea y su sentencia con base en fórmulas solemnes, El proceso se dividía en dos etapas, una para las afirmaciones y otra para la prueba, la citación del demandado correspondía al demandante, el cual exponía su demanda ante el tribunal (asamblea) si se negaba el demandado, se pasaba a las pruebas que eran muy pocas y en ellas no se trataba de lograr la convicción de un hombre, sino la de expresar el juicio de la divinidad.

Estas pruebas consistían en el juramento de purificación o sea testigos que sólo declaraban sobre la credibilidad de la parte en cuyo favor declaraban, otra clase de prueba el juicio de Dios que consistía en un duelo judicial, y en ciertas experiencias prácticas en las cuales se manifestaba la intervención divina, ejemplo las ordalías, así un sujeto era culpable o inocente de un acto ilícito que se le acusara, según tomara con los ojos vendados uno de dos objetos

colocados para que escogiera, otras ordalías, eran la prueba del agua caliente, del fuego, del hierro caliente, del duelo, etc.

En este proceso germánico no se buscaba la verdad real o material, sino una verdad puramente formal, que era la que aparecía en el proceso, mediante medios artificiales y absurdos basados en la intervención de una divinidad. El juez no emitía juicio, su función quedaba limitada a verificar los efectos de aquella intervención divina, la resolución final no era expresión del juez sino una declaración de la verdad absoluta, la cual no sólo tenía valor entre las partes sino también frente a todos los individuos (sentencia *facit jus etiam adversus tortius*), la intervención del juez era casi nula y solo se limitaba a abrir y cerrar las sesiones y a publicar la sentencia.

Tan absurdos eran estos procesos que Jeremías Benthan¹ los calificaba así:

Los procedimientos eran un juego de azar o escenas de junglaría, y en vez de lógicos existían exorcistas y verdugos; el hombre vigoroso podía defender a cien injustos con el hierro en la mano.

¹ BENTHAN, Jeremías. Tratado de Pruebas. Buenos Aires, 1959. p. 45.

Por otro lado Tarde² en una cita de Gorphe, los califica como "peritaciones divino legales del pasado".

Este sistema perduró hasta bien entrada la edad media y prevaleció en los lugares donde se había extendido el dominio lomgobardo, correspondiéndole el derecho canónico la misión de combatirlo y remplazarlo. El influjo del derecho romano también se sintió en el germánico, es importante la observación de Mittermaier³

Que hubo ciudades en que una precoz civilización consiguió muy pronto abandonar las ordalías y duelos y en donde se infiltraron antes las ideas del derecho romano... así durante mucho tiempo los scabinos-scabi administraron justicia sin tener base distinta para sus sentencias que la de su personal convicción, orientada por el cumplimiento de las reglas generales.

Este fue un antecedente valiosísimo que sirvió para la expansión de los principios del proceso canónico cuya fuente era del proceso romano.

1.3. ROMANO

² GORPHE. De la Apreciación de la Prueba. Buenos Aires. 1955. p. 9.

³ MITTERMAIER. Tratado de la Prueba Materia Criminal. Madrid 1987, p. 12.

Se presenta en éste una evolución, inicialmente el juez es una especie de arbitro, que decidía de acuerdo a su criterio cuando la Ley no daba soluciones. Pero luego ésta se deriva a la soberanía del Estado, se consideraba el proceso como un instrumento de paz indispensable, presentaba el proceso un verdadero carácter de un juicio, el juez estaba entre las partes con un principio de autoridad y decidía la controversia surgida. La sentencia tiene valor únicamente respecto de quienes forman las partes en el proceso, decidía el juez según su convicción y sobre las bases de las pruebas que le habían suministrado, es decir todos los medios de prueba van dirigidos a formar la convicción del juez, para obtener de él el reconocimiento de un derecho. Era la prueba una carga que incumbía al actor (la carga de probar incumbe a quien afirme, no a quien niega). Se diferencia del germánico, ya que no tenía por finalidad decidir la controversia con un tercero imparcial, en la que concurrían una serie de elementos. En el proceso romano se efectuó una evolución, distinguiéndose en él varias etapas entre las cuales están :

a- Procedimiento Per-Legis acciones, en ella la función judicial era ejercida por el senado, el pueblo y el rey, eran el juez y el rey, los cónsules y el pretor, distinguiéndose en él dos etapas, una ante el magistrado (in jure) y la otra ante el juez. Las acciones de la ley eran cinco: 1) Actio sacramente; 2) La indices

postulatio; 3) La pignoris capio; 4) La manus injectio y 5) La conditio.

El juez tenía carácter de arbitro, con la facultad de la absoluta libertad para apreciar la prueba, en un principio el testimonio fue la prueba exclusiva, admitiéndose más tarde los documentos, el reconocimiento personal por el juez, el juramento o inclusive los indicios, impera el principio de la libre apreciación de la prueba;

↳ Luego vino la fase extra ordinem, en esta etapa el juez deja de ser arbitro y pasa a representar el Estado en la función de administración de justicia, en un principio el juez tenía iniciativa, con el transcurso del tiempo fue perdiéndola y algunos tratadistas sostienen que el juez no tenía la facultad de la libre apreciación de la prueba. Se fue imponiendo poco a poco el imperio de la tarifa legal, más sin embargo Mittermaier opina que si bien bajo el imperio caen en desuso los tribunales populares, no se encontraba aún un sistema riguroso de la tarifa legal, ya que los jueces continuaban obedeciendo a la libre convicción. Sostiene el tratadista que ni siquiera en los últimos tiempos del imperio existió un sistema completo y detallado de reglas probatorias que vincularan al juzgador.

Por su parte Ciceron ⁴ agrega que la función del juez no se limitaba a:

Una labor mecánica de contar testimonios, sino que debe examinar el grado de credibilidad... por eso el deber del juez es profundizar el examen del testimonio y condenar sólo a aquellos que producen un real convencimiento de que son culpables, declarándolos en caso contrario en libertad.

c- Procedimiento Formulario. En un principio el proceso solo se aplicaba a los ciudadanos romanos, poco a poco fue prosperando el comercio y los extranjeros empezaron a tomar influencia y de esta manera surgió el procedimiento formulario que era aplicado entre ciudadanos y peregrinos, o entre peregrinos. Se llamaba formulario porque el magistrado redactaba a las partes una fórmula, es decir una especie de instrucción escrita que indica al juez la cuestión a resolver, dándole el poder de juzgar. El pretor peregrino, encargado especialmente para esta jurisdicción, resumía brevemente en un escrito los hechos a comprobar para la solución del litigio. Eugene Petit en su obra Tratado Elemental de Derecho Romano refiriéndose al procedimiento formulario, anota que la fórmula petitoria se distingue por las características siguientes:

⁴ CICERON. Cita de Silva Malero. La Prueba Procesal. Madrid, 1963. T. M., 1, p. 6.

- No hay spensio, la fórmula es entregada sin ninguna formalidad previa y contiene la verdadera causa del proceso: El demandante reclama la misma cosa de la cual se dice propietario;

- El juez está investido de poderes más extensos, no se limita solamente a decir de que lado está el derecho.

Una vez reconocida como fundada la pretensión del demandante debe el juez sacar las consecuencias de su declaración y fijar las restituciones debidas al demandado, ordenándole efectuarlas. Si el demandado no obedece, le condena a pagar una cantidad equivalente.

Agrega el autor, esta fórmula tenía la ventaja de hacer el procedimiento más rápido y sencillo, aparte de que si la condena era aún precaria, según la regla general, existía ya cierta tendencia para obtener un resultado, más perfecto, puesto que el juez antes de ordenar, ordenaba la restitución del mismo objeto del proceso.

Antes de la caída del imperio romano existió el período justiniano, en el cual se elaboró para la época de la edad media la lógica de la prueba, influjo y producto del derecho canónico.

1.4. CANONICO

En el año 331 en la Constitución de Constantino se le dió fuerza legal a la sentencia de los obispos, éstos tenían una notable influencia.

El proceso canónico ofrece un aspecto de ligazón, era severo y lento, las partes tenían que ser activas, se contriñen a las partes, bajo amenaza para que concurran al proceso. El procedimiento es escrito y se divide en una serie de períodos, cada uno de ellos destinados a una clase determinada de actos. Las partes aportan el material al proceso y el juez valora las probanzas con sujeción a la prueba a legal o tarifa de pruebas, que es la dominante.

1.5. ROMANO-CANONICO

Con las invasiones bárbaras, se encontraron en Italia dos tipos de procesos diferentes, por un lado el romano y por otro lado el germánico, surgió entonces el proceso mixto, de base romana con elementos germánicos, que se llamó proceso común o también proceso romano canónico. Naturalmente que este proceso fue producto de la infiltración de los elementos germánicos en el romano y que

según Rocco⁵ esta infiltración vino a realizarse en forma concreta por los siguientes motivos:

a- Fueron los intérpretes del proceso romano quienes fueron penetrando los elementos germánicos en el romano, costumbres que se consolidaron con el dominio de los invasores, en fin se trató de legitimarlas, ya en Roma existía la influencia escolástica y los cánones como fase predominante en Roma, para luego darle paso al derecho romano-canónico;

b- Como segunda medida, las instalaciones procesales estuvieron reguladas por los estatutos de los municipios y por las constituciones de los príncipes, y éstos no hacían más que modificar las costumbres judiciales locales por las costumbres germánicas;

c- Como tercer caso debemos destacar la gran influencia que tomó la iglesia, con motivo de la caída del imperio, fue tanto ésta que los obispos tenían una verdadera supremacía en los tribunales.

Según Chiovenda⁶ dice:

⁵ ROCCO. Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Bogotá. Edit. Temis, 1969 T.M., p. 232.

⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil. Edit. Revista Derecho Privado, Madrid. T.M., p. 39

Que el proceso común o romano-canónico tenía estas características: eran romanos los principios de la prueba y la sentencia; germana era la división del proceso en dos partes y germanas también eran la solemnidades de la contestación de la litis".

Para Rocco⁷ el proceso romano-canónico, tenía conceptos propios romanos así:

Era romano el concepto del juez, tercero entre las partes y personas distinta de ellos, era romano el concepto de las pruebas, no intervenía la divinidad sino al buscar la verdad de los hechos la sentencia era válida entre las partes.

Por otro lado eran numerosos los elementos germánicos; falta absoluta de iniciativa por parte del juez, que está pasivamente entre las partes; en la naturaleza de la prueba que se dirige ciertamente a formar la convicción del juez, pero no según su libre juicio, sino según normas establecidas, por lo cual el sistema de la libre convicción del juez lo sustituye el de la prueba legal, en virtud del cual se establecen condiciones cuya observancia es indispensable para que la prueba produzca sus efectos. De igual origen es también la necesidad de una declaración solemne de las partes para fundar

⁷ ROCCO, op. cit. p. 233.

un litigio; el concepto de la contumacia con las correspondientes sanciones de carácter jurídico al contumaz.

Este proceso era singularmente complicado, precisamente por el formalismo que había tomado del proceso germánico, era un proceso escrito y por lo tanto, largo y dispendioso.

1.6. SUMARIO

Debido a los inconvenientes del proceso romano-canónico, hubo la necesidad de un proceso más rápido y menos complicado y surgió el proceso sumario, de origen canónico, en el cual el Pontífice, en la autorización consentía al juez decidir la litis. El fundamento legal de este proceso se encuentra en la célebre bula de Clemente V de 1305 denominada Clementina Saepe, en virtud de ella se procedía simple y llanamente, y sin estrépido, ni ostentación de juicio, se dispensaba del libelo, de la contestación de la litis y toda discusión se concentraba en una audiencia, se establecía la oralidad del juicio, se aumentaban los poderes e iniciativa del juez en la dirección del proceso. A esta clase de proceso se le llama sumario indeterminado y al lado de él surgieron otros procesos especiales, en la cual la abreviación del procedimiento no se obtenía a merced a la simplificación de la forma, sino con la base de de claración del derecho, tales formas de proceso, que se dirigían es

pecialmente a la ejecución del derecho y no a la declaración de él, tenían el carácter de procesos eminentemente ejecutivo y fueron llamados procesos sumarios determinados.

La primera forma de este proceso fue el pactum executivum, que era cuando las partes habían establecido en un documento una obligación, no se procedía entonces a la declaración del derecho, sino que se tenía como base para el proceso sumario ejecutivo.

Otra forma el proceso documental, cuando provenía del notario o de otro oficial público, se obtenía sentencia prescindiendo de la sentencia de declaración de derecho, luego este proceso se extendía a los documentos comerciales.

Otro proceso era el mandato, llamado también mandatum de solvendo, consistía en que una parte demandaba exigiendo pago y ésta no tenía más requisitos que la ejecución, la otra parte después de pagar oponerse y da lugar a un proceso de declaración de certeza del derecho.

1.7. LEGISLACION ESPAÑOLA

Hablaremos de la legislación española ya que de ella se deriva



nuestro sistema procesal. El derecho nacional español comienza con la Lex visigothorum, caracterizándose por ser un proceso oral, público, con impulso oficial e inmediación de las partes, luego vienen los fueros municipales, que establecían preceptos procesales.

Posteriormente a partir del siglo XII, en reacción al derecho foral aparecen las "Siete Partidas" de las cuales tres tratan de materia civil, más tarde se promulgó el Ordenamiento de Alcalá de 1348; Ordenamiento Real, de 1845; Ordenamiento de Medina, 1849; Ordenanzas de Madrid, 1502; Ordenanzas de Alcalá, 1503; Leyes de Toro, 1505.

1.8. PROCESO CIVIL COLOMBIANO

Nosotros tomamos como fuente el español, pues durante la colonia rigieron las leyes de ese país. Este punto lo dividiremos en dos partes: a) nuestro proceso en la colonia y b) Después de la independencia.

1.6.1. Colonia

Inicialmente tuvieron vigencia el conjunto de preceptos jurídicos

que imperaron en España, que fueron el Forum iudicium, posteriormente las siete partidas llamadas en principio "Libro de las leyes o Fuero de las Leyes".

En el año de 1567 se hizo una recopilación de las leyes vigentes que se conoció con el nombre de Nueva Recopilación, el libro segundo trataba de la organización judicial y el cuarto de los procedimientos.

En el año de 1680, se publicó una nueva recopilación especialmente destinada para las colonias de América, que se llamó Recopilación de Indias.

Por último en el año de 1804 y 1805 se hizo una nueva recopilación, de las leyes vigentes y se denominó Novísima Recopilación de las leyes de España, que trata del procedimiento en los libros II, IV, V, y XI.

Las anteriores leyes españolas rigieron durante la colonia, con las limitaciones y excepciones que para las colonias americanas establecían las leyes españolas.

1.8.2. Después de la Independencia

Con la proclamación de la independencia siguió rigiendo la ley del 15 de mayo de 1825, se empezaron las modificaciones y se dejaba algunos aspectos siempre y cuando no contrariaran nuestra legislación, con base en esa Ley Lino de Pombó en el año 1845 hizo la llamada "Recopilación Granadina", ésta constaba de siete tratados, el segundo libro está destinado a la marcha judicial (procedimiento), esta recopilación era de una marcada procedencia española y en el año de 1850 se le complementó con la obra llamada "apéndice de la Recopilación Granadina".

A raíz de la organización de los Estados Federales, en 1853 cada uno de ellos se dió su propia organización y en el año de 1858 vino la Ley 29 orgánica del poder judicial de la confederación. En el año de 1872 apareció el código judicial de la nación, que fue tomado del Estado soberano de Cundinamarca, el cual a su vez era tomado del de Chile y este último de la Ley Española de 1855.

Más tarde en el régimen centralista, vino la Ley de 1887, por la cual se adoptó el código de 1872, que fue remplazado luego por la Ley 147 de 1886 la cual ordenó el poder judicial de acuerdo con las nuevas instituciones políticas, éstas rigieron en materia procesal, siendo modificadas más tarde por la Ley 105 de 1890 y la Ley 40 de 1907.

Hernando Morales ⁸:

Esta legislación fraccionada llegó a presentar graves inconvenientes para la recta administración de justicia. Además constituyendo la tradición de antiguos sistemas de derecho español, se sentía la necesidad de adoptar nuevas normas de acuerdo con las exigencias de la vida moderna.

Vino entonces el primer fracaso de nuestra reforma procedimental, cuando el doctor Ismael Arbelaez elaboró el proyecto, que se promulgó con la Ley 103 de 1923. Se trató de corregirla pero debido a sus múltiples errores, se le suspendió indefinidamente mediante la ley 26 de 1924.

Por tal motivo se nombró una comisión nombrada por la Corte Suprema de Justicia y se promulgó la Ley 105 de 1931, Ley que vino a ser un avance respecto a las anteriores.

Más tarde la Ley 4 de 1969 confirió poder al gobierno para expedir un nuevo Código de Procedimiento Civil. La comisión creada por la Ley 4 presentó en julio de 1970 el proyecto al gobierno y

⁸ MOFALES M., Hernando. op. cit. p. 163.

de esta manera se adoptó por el decreto 1400 de Agosto de 1970 quedando derogada la Ley 105 de 1931. El decreto 1400 fue corregido y modificado por el 2019 de octubre 26 de 1970.

El anterior es nuestro actual Código de Procedimiento Civil y empezó a regir el 1 de julio de 1971, expedido por el Presidente de la República en el ejercicio de las facultades especiales que le confirió la Ley 4 de 1969. Formaron parte de esta comisión redactora entre otros los tratadistas Hernando Devis Hechandía y Hernando Morales.

Afirma Hernando Morales:

Que nuestro código sigue el concepto publicista del proceso de acuerdo a la ordenanza Austriaca de Franz Klein de 1895, la cual ha ejercido in flujo en la época moderna, en tales circunstancias el proceso es una institución encaminada a lograr el bienestar social y mantener el orden jurídico, y no puede servir para medir habilidades de las partes y sus apoderados. El estatuto confiere al juez facultades de director del proceso, ya que es representante del Estado y ejercer la función jurisdiccional.

Agrega Hernando Morales reconoció el criterio liberal, al reconocer que tanto el Estado como las partes, tienen un interés en el litigio, de tal manera estableció que el impulso procesal correspon

de al juez, sosteniendo lo dicho por la Ley 105 de 1931. En él se dan los medios para excluir el fraude procesal y el proceso simulado, y en los últimos se entierra por completo el concepto de que los litigantes son los dueños del proceso, ya que en éste interviene el Estado que lo gobierna.

Termina diciendo Hernando Morales: "más para aplicarlo es obvio que debe cambiarse la mentalidad, pues el paso del sistema privatista al publicista así lo exige. Quien pretenda interpretarlo inspirado en los principios de la Ley anterior, nunca lo podrá entender."

2. CONCEPTO GENERAL DEL PROCESO

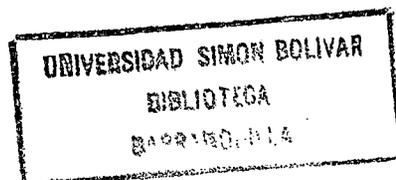
2.1. CONCEPTO DE PROCESO

El término proceso viene del latino processus que en forma más elemental es "transcurso del tiempo".⁹ Aceptión que no tiene nada que ver con el proceso, ya que este no necesariamente implica su solución en el tiempo, también en sus acepciones no jurídica significa secuencia, avance y continuación de momentos hacia un final.

El equivalente de proceso en español es juicio término clásico, significa trabajo lógico jurídico que realiza el juez para obtener un fin, según Rocco¹⁰:

⁹ REAL ACADEMIA. Diccionario de la Lengua Española. Madrid, Ed:1936, p. 1033.

¹⁰ ROCCO, op. cit. p. 113.



Es un término genérico que no es propio ni exclusivo del lenguaje jurídico, y en particular del lenguaje referente a la ciencia del derecho civil, según una acepción general, se llama proceso el momento dinámico de cualquier fenómeno, es decir, todo fenómeno en su devenir, tenemos sí un proceso físico, un proceso químico, un proceso fisiológico, un proceso patológico, modos todos ellos de decir que sirven para representar un momento de evolución de una cosa cualquiera.

Para Enrico Redenti¹¹, quien afirma que por proceso se entienda cualquier conjunto de actos coordinados para producir un fin, en el caso nuestro la serie de actos coordinados para el logro del jurídico.

Proceso procesal es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener mediante la actuación de la Ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que se pretendan tener por parte de las personas privadas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, laboral o contencioso administrativo).

Con la anterior definición está de acuerdo al maestro Devis

¹¹ REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, 1957. T. I. p. 87.

Hechandiá¹², quien agrega:

O para investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal) y para tutela del orden jurídico y de las libertades individuales y la dignidad de las personas, en todos los casos (civiles, penales, etc.

Eduardo Couture¹³, proceso desde el punto de vista jurídico, es un cúmulo de actos, de orden temporal, que avanza hacia un fin y concluye, y define el proceso judicial así "en una primera acepción como una secuencia de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver mediante juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión". Agrega el autor que éstos constituyen una unidad, la simple secuencia no es proceso, sino procedimiento, lo que caracteriza el proceso es el fin. La unidad la define a través de su carácter esencial y es para él una relación íntima que conlleva a una relación jurídica.

Kisch¹⁴

¹³ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Edit. Depalma 1973, p. 121.

¹⁴ KISCH, Elementos de Derecho Procesal Civil. Madrid, 1940, p. 17.

El proceso consiste en una serie de actos diversos y sucesivos, tanto de los funcionarios que conocen de él, como de los particulares que lo ventilan, razón por la cual denominamos procedimiento a los distintos métodos, que la ley establece para su regulación. Pero como todos esos actos están íntimamente relacionados entre sí, a pesar de aquella variedad y multiplicidad; el proceso forma en todo uniforme, dotada de sólida naturalidad.

Es decir que no solamente están ligados, coordinados entre sí, sino que también la ley le otorga un valor a cada acto, un acto que genera otro acto y la nulidad de uno vicia la de los otros que dependen de él. Pero obstante no debe confundirse el proceso con el procedimiento.

Calamendrei dice que el proceso es una serie de actos coordinados y regulados por el derecho, a través de los cuales efectúa el ejercicio de la jurisdicción. O sea que el proceso exterioriza ésta, sabemos que la función jurisdiccional se realiza por los órganos especialmente adscritos a ella, empleando como medio instrumental el proceso.

I. Prieto-Castro y Fernández¹⁵ el proceso está regulado por ade

¹⁵ PRIETO CASTRO I. y FERNANDEZ. Derecho Procesal Civil. parte general. Edit. ABC, Bogotá 1978. p. 158.

cuadas normas que constituyen el derecho procesal, ellos definen el proceso de la siguiente forma:

Como el conjunto de actividades reguladas por el derecho procesal, que realizan las partes y el tribunal, iniciado por una petición de otorgamiento de justicia a la jurisdicción, para alcanzar una sentencia o acto por el cual el Estado realiza su deber y derecho de defensa jurídico objetivo privado, que implica la protección del derecho o del interés ajusticiable, que se ampara en tal derecho objetivo.

La anterior definición lleva consigo la finalidad del proceso.

Ugo Rocco¹⁶ concibe el proceso civil como un momento dinámico del desenvolvimiento de la jurisdicción, o sea es el desenvolvimiento de una de las tres funciones fundamentales del Estado. La función jurisdiccional civil. Siendo el objeto de la función jurisdiccional la realización de los intereses tutelados por el derecho en caso de incertidumbre, podemos decir que el proceso civil es el conjunto de las actividades necesarias para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional civil. Según Rocco:

¹⁶ ROCCO, Ugo. op. cit. p.p. 113 y 114.

El conjunto de las actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes necesarias para la realización coactiva de los intereses tutelados por las normas jurídicas en caso de falta de certeza o de inobservancia de esas mismas normas.

Guasp define el proceso, como la sucesión de actos que tienden a la actuación de la pretensión mediante la intervención de los órganos instituidos especialmente para ellos.

Hernando Morales¹⁷ proceso

Genéricamente es el momento dinámico de cualquier fenómeno y así se habla de proceso físico, intelectual, fisiológico, etc., jurídicamente es un medio para realizar la exigencia de pretensión jurídica y para que pueda efectivizar la Ley.

Hernán Favio López Blanco¹⁸ :

El proceso es una relación jurídica que busca mediante una serie de actos preordenados por el legislador resolver sobre las pretensiones que en ejercicio del derecho de acción se someten a la consideración de la rama jurisdiccional del Estado

¹⁷ MORALES M., op. cit. p. 158,

¹⁸ LOPEZ BLANCO, Hernán Favio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Edit. Temis Bogotá 1974, p. 154.

por los sujetos de derecho.



Giuseppe Chiovenda¹⁹ : "El proceso civil es el conjunto de actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria".

Carnelutti²⁰ parte de que la norma jurídica contiene la hipótesis y la sanción, cuando sucede un hecho al cual la ley vincula una sanción y dice "el proceso frente a la violación del precepto, constituye el cumplimiento de la promesa que garantiza la Ley".

Marco Gerardo Monroy Cabra²¹ acertadamente refiriéndose al proceso le da un toque final al concepto de proceso

Todas las definiciones del proceso reconocen que se trata de resolver un conflicto mediante la actuación de la Ley a caso concreto a través de dos fases: la declaración y la ejecución forzosa, el conflicto se puede resolver voluntariamente mediante auto de composición (renuncia, desestimiento, transacción) o heterocomposición, en que la intervienen

¹⁹ CHIOVENDA, op. cit. p. 95

²⁰ CARNELUTTI. Sistema del Proceso Civil. Buenos Aires, 1959. T. I. p. 158.

²¹ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Principios de Derecho Procesal Civil. Edit. Temis 1974, p. 66.

ción de un tercero puede ser voluntaria (buenos oficios o mediación) o provocada (conciliación o arbitrariamente),pero, si no hay resolución del conflicto en forma voluntaria, surge el proceso como medio para lograr la composición del litigio.

2.2. OBJETO DEL PROCESO

Según Devis Echandía²² el objeto del proceso "es la relación jurídica o los actos jurídicos o los hechos, a la cual o a los cuales debe aplicarse en el caso concreto las normas que las regulan, para decidir sobre su existencia y sus efectos jurídicos". Es decir, sucede un hecho al cual la ley vincula una sanción por medio de una norma jurídica, viniendo a constituir el proceso la garantía del cumplimiento.

James Goldschmidt en su obra, Derecho Procesal Civil, dice, que el objeto del proceso civil es investigar si se dan los requisitos de la existencia de la pretensión que corresponde al demandante y como ésta tiene que ser satisfecha, implica necesariamente una actividad judicial. Hemos dicho que una cosa es el proceso en sí y otra cosa es el procedimiento, pero para saber si los hechos se

²² ECHANDIA, Devis. op. cit. p. 136.

acomodan a la pretensión es indispensable tener en cuenta las siguientes observaciones de Golsdchmidt:

a- La reunión de los hechos necesarios para articular la sentencia, esto es la audiencia o el trámite escrito y la asunción de los medios de prueba equivalente a la auscultación y a la persecución;

b- La sentencia o resolución final se descompone en tres distintos grados a saber: 1) La fijación de los hechos precisos para provocarla sobre la base del debate y el resultado de la prueba, equivalente a la determinación de los síntomas; 2) La subsunción de los hechos a las normas legales pertinentes, o sea la determinación de la cuestión jurídica, al diagnóstico y 3) La acomodación de las secuencias jurídicas que la Ley atribuye a los hechos probados, a la terapéutica.

I. Prieto Castro y Fernández²³ conciben como objetos generales del proceso: "La condena con fines ejecutivos; mera declaración de la existencia de un derecho, de un hecho o de una relación jurídica; medidas cautelares o de aseguramiento; ejecución del derecho" sos

²³ PIETRO CASTRO, I. y FERNANDEZ. op. cit. p. 24.

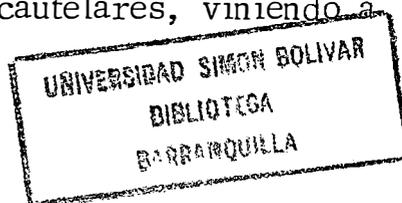
tiene que el objeto principal no es el derecho subjetivo, que éste solamente es uno de los objetos posibles y la sustenta de la siguiente manera :

a- Numerosos procesos tienen por objeto que el órgano que ejerce la jurisdicción dilucide y declare en una sentencia el derecho que se pretende, ejemplo si el actor es acreedor de la suma que se reclama ;

b- Puede suceder que la pretensión del demandante consista sólo en que en el proceso se declare si existe un hecho, un derecho o una relación jurídica, o no existe; es decir una mera declaración, o por ejemplo de la existencia de un derecho de resolución de contrato;

c- Así mismo cabe que el objeto del proceso sea la determinación y declaración de la existencia de las condiciones exigidas por la Ley para que se origine el cambio de un estado jurídico actual, como el de matrimonio o sociedad, constituyéndose otro nuevo que sería en este caso, el de separación de conyuges, y el de disolución de la sociedad;

d- Otro caso sería la adopción de medidas cautelares, viniendo a



ser el objeto, el examen, de declaración y ejecución del derecho de una persona a que se le conceda una medida de esa clase, antes que se haya producido la violación de un hecho material o para prevenir que en el futuro pueda tener efectividad la sentencia, por ejemplo el embargo preventivo para el aseguramiento de créditos;

e- Otro objeto del proceso es el correctivo o sanatorio, mediante la privación de la eficacia de cosa juzgada a las sentencias dictadas en base a materiales viciados (documentos falsos) - siendo éste el objeto del recurso de revisión;

f- Por último dentro del proceso cabe lograr el otorgamiento de la dispensa del pago de los derechos y costas de justicia; beneficio llamado de pobreza legal o de justicia gratuita.

Para Chiovenda²⁴ el objeto del proceso es la voluntad concreta de la Ley, de la cual se pide la afirmación y la actuación, así como el mismo poder de pedir su actuación, es decir, la acción,

Una relación jurídica origina distintas voluntades

concretas de la Ley, objeto del proceso puede ser la singular voluntad o el complejo de las voluntades. Según la demanda, pedida la actuación de determinada voluntad, puede hacerse sucesivamente objeto del litigio el complejo de las voluntades, de otra suerte, el objeto del proceso permanece limitado a la determinada voluntad concreta de Ley cuya actuación se pide.

2.3. FINALIDAD DEL PROCESO

Vimos anteriormente que para uno gozar de un bien garantizado por la ley se necesita de la actuación de los poderes públicos, que se ponen en ejercicio mediante la jurisdicción. Veamos ahora en que consiste la finalidad del proceso según los tratadistas, ya que son en dos grupos en la que se clasifica las distintas concepciones del fin del proceso; el primero que el fin del proceso es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto; y el segundo concibe el fin del proceso como la tutela de los derechos subjetivos y de la libertad y dignidad humana.

Ambos conceptos encierran verdad, pero tomándolos separadamente desvirtuando la verdadera naturaleza del proceso jurisdiccional, pero si se toma de cada uno aspectos fundamentales, tenemos entonces una verdadera noción de la finalidad del proceso.

Ugo Rocco²⁵ refiriéndose a la pugna de la doctrina procesalista, sobre la finalidad del proceso civil, conceptúa que ésta ha sido agitada solo en el campo teórico y que por lo tanto no presenta utilidad práctica, hace las siguientes anotaciones:

a- La concepción puramente objetiva tiene defecto fundamental de ser exclusivamente abstracta y formalista, y de no tener en cuenta la función especial de las normas jurídicas. El derecho objetivo no es el fin en sí mismo, es garantía de finalidades o tutela de intereses. Lo que quiere decir, es que no es concebible una actuación pura y simple del derecho.

El Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional civil, no propone como finalidad exclusiva contraer las voluntades individuales a fin de inducirles que se ajusten a la norma. La jurisdicción no tiende tanto a coartar la voluntad a fin de plegarla a la observancia de la norma, pero el ejercicio de la jurisdicción, lógicamente y prácticamente no es más que actuación de finalidades o satisfacción de intereses tutelados por el derecho, lo que nos da la noción de que la fórmula de la actuación del derecho objetivo es ine-

²⁵ ROCCO, op. cit. p. 114.

xacta;

b- Igualmente manifiesta Rocco, que no es perfectamente exacta la otra fórmula de tutela de derechos subjetivos, ya que concibiendo el proceso como tutela de derechos subjetivos de los individuos se pierde de vista un concepto importantísimo que debe ser puesto de relieve en la teoría del proceso. Y es de que la actividad de los fines garantizados por el derecho sean conseguidos. El Estado tiene interés en la satisfacción de los intereses singulares privados tutelados por el derecho objetivo, por lo tanto es a la satisfacción de ese interés donde tiende la actividad de la función jurisdiccional de manera que es justa la crítica hecha contra la fórmula tutela de los derechos subjetivos, por cuanto sostiene que confunde la finalidad de la acción con la finalidad del proceso.

Por último Rocco expresa su propia teoría, de que es lo que se debe entender por finalidad del proceso;

c- El proceso como conjunto de actividades subordinadas a determinadas condiciones y ligada a determinadas formas, no tiene por sí una finalidad, cuando se hable de ella hay que referirse a un sujeto voluntario que se la proponga. Vemos que en el proceso son varios los sujetos, y las partes, es natural que cada una de ellas pro

ponga su fin.

Sostiene Rocco, que en realidad no hay finalidad del proceso, sino que hay finalidad de los sujetos procesales, agrega que la discrepancia de las dos teorías consiste en que la objetiva sólo atiende a la finalidad de una de las partes, y concretamente, a la del actor, que quiere que se realicen los derechos subjetivos que cree poder alegar.

Resumiendo los anteriores puntos de vista, define la finalidad del proceso así:

"Desde nuestro punto de vista, puesto que la actividad jurisdiccional es actividad del Estado, y la intervención de las partes en el proceso constituye una condición, un presupuesto y una delimitación de los confines de esa actividad, debe considerarse como preponderante y absorbente en el proceso la finalidad pública del Estado".

Giuseppe Chiovenda²⁶ define el proceso como "conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la Ley (en relación a un fin que se encuentra garantizado por ella)

²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit. p. 39.

por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria". A través de esa definición hace un análisis de la finalidad :

a- En el proceso civil se desarrolla una actividad de los órganos públicos, encaminados al ejercicio de una función estatal. En una controversia entre dos individuos acerca de la atribución de un bien de la vida, no se admite que ellos mismos puedan dirimirla por sus propias fuerzas y medios, esto sucedió en un principio, pero con el tiempo el poder público interviene para garantizar la armonía social e impedir cualquier perturbación. Es un contrato entre el particular y el Estado, convirtiéndose de esta manera el proceso en un instrumento de la justicia en manos del Estado.

Todas las leyes modernas castigan el ejercicio arbitrario de las razones propias, en sí, la violencia privada es reprimida con energicas sanciones, como la pérdida del derecho. Excepcionalmente, la ley le permite al individuo provocar por sí mismo a la conservación o a la adquisición de un bien jurídico, realizando actos que normalmente están prohibidos como la legítima defensa ante una agresión injusta y proporcionada; una necesidad de salvarse o salvar a otro de peligro actual de un daño grave en la persona, del cual no sea voluntaria o que se pueda evitar con otros medios.

Agrega Chiovenda²⁷ que en régimen jurídico:

La regla general es que en el proceso civil, puede pedirse la actuación de cualquier voluntad de la Ley que garantice un bien, ya frente a los particulares, ya frente a la administración pública, en otros países (Alemania) se asigna al proceso civil las controversias de derecho privado, y a la jurisdicción administrativa, las de derecho público.

La presencia del órgano público diferencia el proceso del arbitraje, el se convierte en figura procesal cuando es sometido a la convalidación del órgano del Estado.

b- La función pública que se desenvuelve en el proceso consiste en la actuación de la voluntad concreta de la Ley, en relación a un bien de la vida que el actor pretende garantizado por esa voluntad. La actuación del juez se dirige, por tanto necesariamente a dos objetivos distintos; examen de la norma como voluntad abstracta de Ley (cuestión de derecho) y examen de los hechos que hacen se convierta en concreta voluntad de la Ley (cuestión de hecho).

²⁷ CHIOVENDA. op. cit. p. 39

Hernán Favio López Blanco²⁸ la finalidad (es resolver sobre las pretensiones que en ejercicio del derecho de acción se someten a la consideración de la rama jurisdiccional del Estado por los sujetos de derecho”.

I. Prieto Castro y Fernández²⁹ “El Estado realiza su deber y su derecho de defensa del orden jurídico objetivo privado, que implica la protección del derecho o del interés del ajusticiable, que se ampara en tal derecho objetivo”. El proceso tiene asignados por su naturaleza dos fines que persiguen la función jurisdiccional, a la que se halla adscrito;

a- El primer fin es la conservación y defensa del orden jurídico a privado es decir, el fin que institucionalmente persigue el proceso, es un fin inmediato, supone el reconocimiento del derecho a quien aparece que lleva la razón y la negación al que resulte que carecen de ella;

b- De la protección a ese fin inmediato resulta la protección del

²⁸ LOPEZ BLANCO, Hernán. p. 154 .

²⁹ PRIETO CASTRO y FERNANDEZ, op. cit. p. 23

derecho y de los intereses del individuo.

Concluyen los autores anteriores la descripción que del fin medio del proceso civil se ha hecho y la colocación del fin de tutela del orden jurídico general (fin inmediato) en el lugar preeminente , excluye la posibilidad de que se considere que este fin es exclusivamente la protección de un derecho subjetivo material lesionado . O lo que es idéntico que el objeto del proceso sea siempre un derecho subjetivo, y que el fin del mismo sea la protección de ese derecho. Cuando en realidad ese es solamente uno de los objetos posibles, si bien el más importante y frecuente.

Davis Echandía³⁰ Está de acuerdo con Rocco y sostiene refiriéndose a las dos teorías :

Que la actuación de la Ley no puede ser el fin, sino el medio que utiliza el Estado en el proceso, para la tutela del orden jurídico y para resolver el problema que presenta la incertidumbre, la violación, etc..... por otra parte si se concibe el fin del proceso como la simple tutela de los derechos subjetivos, se le viene a dar un contenido de interés particular y se le convierte en simple instrumento de protección a los fines

³⁰ ECHANDIA, op. cit. p. 136

que las partes persiguen, lo cual se halla reñido con el concepto moderno del proceso.

Lo que dice Devis Echandiá es que no se debe confundir el fin principal de la satisfacción de interés público y general, por el sólo hecho que se beneficie una de las partes. Concluye que la realización del derecho mediante la actuación de la Ley, para satisfacer el interés público, es el fin principal y su fin secundario es lograr cuando existen intereses contrapuestos. La justa composición de un litigio, o en caso contrario el interés por la norma tutelada, que sería el caso de jurisdicción voluntaria.

Marco Gerardo Monroy Cabra³¹ refiriéndose a la pugna existente entre las dos teorías, está de acuerdo con Ugo Rocco y define el fin del proceso así "el fin del proceso es, pues, la satisfacción de un interés público, el fin secundario es la composición del litigio". La intervención de las partes en el proceso constituye una condición.

Según Carnelutti³² "El fin del proceso es la composición del litigio

³¹ MONROY CABRA, op. cit. p. 68

³² CARNELUTTI. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires Eteha 1944, T. I. p. 115.

para el logro de la paz social". Esta definición se ha criticado por que se refiere al criterio filosófico de los justos, no teniendo en cuenta que hace referencia al sistema legal de cada país. En toda forma el fin principal del proceso es la paz social.

Hernando Morales M.³³ está de acuerdo con la teoría objetiva y dice:

El proceso es, pues, un instrumento de la Ley que es puesto en manos del juez para la actuación del derecho objetivo, la misión del juez, como se ha repetido consiste en declarar si una voluntad de la Ley ampara una situación concreta y en caso de hacer efectiva su realización, inclusive por la fuerza pública.

El proceso viene a ser un servicio que el Estado presta al individuo proporcionándole medio para que ampare su derecho subjetivo.

Eduardo J. Coutre. El concepto del profesor Coutre, es que el interés personal y el interés social concurren de manera uniforme al proceso sin que éste pueda anteponerse a aquel. Sobre el particular el autor expone su pensamiento así:

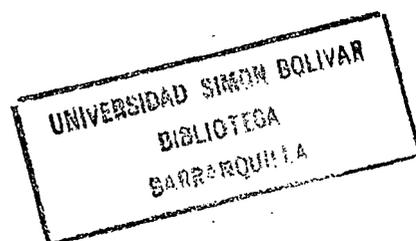
³³ MORALES M. op. cit. p. 158

El Estado no tiene en el proceso un interés superior a la suma de los intereses individuales, lo que ocurre es que el proceso sirve al derecho como un instrumento de creación vivificante como una constante emanación de nuevas soluciones históricas forjadas en el pasado.

La corte ha dicho "El proceso civil tiene por fin el cumplimiento del deber judicial del Estado, de tutelar jurídicamente al demandante definiendo la existencia de su derecho en caso de que éste exista". Desde luego que como lo hemos visto, ya, esta finalidad apuntada por nuestro tribunal no es la única, porque si bien es cierto que contiene una función privada, también lo es que conlleva una función pública, y la mayoría coinciden en que la pública es de mayor entidad que la privada. Con razón anota Schunke que para él, el proceso civil como institución está en primer lugar el interés de la colectividad, ya que sus fines son la realización del derecho y el afianzamiento de la paz jurídica, en tanto que los particulares pueden ocupar el tiempo y la energía de los tribunales estatales solamente siempre y cuando exista la necesidad de tutela jurídica.

Podemos concluir este punto con la definición que al respecto de Rocco³⁴ y que con anterioridad ya hablamos de ella

34 ROCCO, op. cit. p. 114



Desde nuestro punto de vista, puesto que la actividad jurisdiccional es actividad del Estado, y la intervención de las partes en el proceso constituye una condición, un presupuesto y una delimitación de los confines de la actividad, debe considerarse como preponderante y absorbente en el proceso la finalidad pública del Estado.

2.4. FINES ANORMALES DEL PROCESO

Ya hemos visto cual es el objeto del proceso, según Devis Echandía³⁵ "es la relación jurídica o los actos jurídicos o los hechos, a la cual o a los cuales debe aplicarse en el caso concreto las normas que la regulan, para decidir sobre su existencia y sus efectos jurídicos". El proceso es garantía de cumplimiento, pero ocurre que las partes, desvirtúan su verdadera finalidad y utilizan el proceso para fines distintos a los fundamentales. Entre ellas se encuentran el proceso aparente y el proceso simulado, que adelante veremos por separado cada uno.

2.4.1. Proceso aparente

Para Chiovenda³⁶

³⁵ ECHANDIA, op. cit. p. 136

³⁶ CHIOVENDA, op. cit. p. 50

El proceso aparente es una figura puramente histórica, consiste en el empleo de formas procesales con la finalidad de constituir negocios jurídicos, como medio consentido por el mismo derecho, de suplir deficiencias de éste, ejemplo la in jure cessio romana; la declaración de deuda bajo la forma de confesión, para tener un título ejecutivo, origen de los instrumentos garantizados.

Por su parte Hernando Morales³⁷ dice

Actualmente no queda mayor vestigio del proceso aparente o empleo de formas procesales con el objeto de constituir negocios jurídicos, como medio aceptado por el derecho mismo para suplir imperfecciones legales, y no para decimir un conflicto de intereses, llamado también proceso sin litigio.

Carnelutti, duda del valor puramente histórico que le atribuye Chiovenda al proceso aparente y prefiero llamarlo constitutivo impropio.

2.4.2. Proceso simulado o fraudulento

Chiovenda³⁸ proceso simulado

³⁷ MORALES, op. cit. p. 50.

³⁸ CHIOVENDA, op. cit. p. 98

Es el empleo del juicio con la finalidad de conseguir el resultado práctico correspondiente a un negocio que no se puede válidamente constituir (por ejemplo donación entre cónyuges) o con la finalidad de conseguir la anulación de una relación por Ley indisoluble; o de hacer pasar por inexistente un Estado jurídico que las partes entre sí reconocen inexistente, colusión en fraude de acreedores.

En los dos primeros casos las partes tienden a un resultado real y simulado es solamente el aparato de los medios de ataque y de defensa, acto para hacer creer al juez, y que éste declare, la afectiva existencia de una voluntad concreta de la Ley. Que valdrá para todos sus efectos como verdadera, mientras que en realidad es inexistente. En el tercer caso, las partes tienden a un resultado no real, sino destinado a aparecer como tal a los ojos de los terceros, éste es hecho con fraude y se habla en estos casos de proceso fraudulento.

Hernando Morales³⁹ Proceso simulado

Es el empleo de las formas procesales con el fin de obtener un resultado correspondiente para hacer creer la existencia de un estado jurídico que

³⁹ MORALES, op. cit. p. 159

las partes entre sí conocen inexistente. Se puede presentar con frecuencia con el fin de perjudicar a terceros, la cual configura el proceso fraudulento, como en el caso del ejecutivo para perseguir deudas ficticias con el propósito de causar daño a los verdaderos acreedores.

Carnelutti afirma que la expresión proceso fraudulento es preferible a la de proceso simulado. Expresa que el elemento característico del fraude procesal es el fin, que consiste en desviar el proceso de su curso, o lo que viene a ser lo mismo de su fin natural, el cual radica en la decisión de la litis según justicia, es decir la justa composición.

Pero en relación con el fraude hay necesidad de distinguir según que a esa perversión del proceso tienda cada una de las partes, o lo hagan, por el contrario, ellas dos de acuerdo. El primer caso de fraude debe ser examinado con cuidadoso esmero, porque al fin al cabo el proceso implica una lucha en donde no toda tentativa de cada una de las partes de hacerse dar la razón aunque no la tenga, puede llamarse fraude.

Contra esa conducta que mientras no llegue a ciertos extremos intolerables, puede llamarse solo fraude en el sentido impropio, el remedio se encuentra en la aplicación amplia del contradictorio de tal manera que tan señalado principio procesal se cumpla en

conurrencia con los no menos importantes de la igualdad de las partes y de la lealtad de éstas la cual se deben de un modo inflexible, más el fraude bilateral, es como dice Carnelutti "un fenómeno patológico" que produce el efecto de reducir el contradictorio a una simple apariencia.

La solución del problema, el del fraude bilateral dice Carnelutti que debe inspirarse, por el contrario, en la tendencia del proceso a la decisión y por consiguiente a procurarse con los medios que consistan una reacción, preventiva y represiva, contra las fuerzas tendientes a apartar la justicia del juez.

En cuanto al régimen procesal colombiano, las múltiples hipótesis de simulación o fraude que puedan presentarse, están colocadas al margen de la ley civil sustancial y es posible que casi todas, cobren esa posición con respecto a la ley penal. Ellas entrañan en muchas oportunidades un agudo problema ético del cual el legislador no debía desentenderse, concediendo al acreedor o a los perjudicados acciones eficaces que tiendan a neutralizarlas; y al juez, efectivos poderes para moderar la conducta de quienes concurren al proceso para convertirlo en vehículo de desconocimiento de derecho de terceros, del fisco. Los casos de simulación o fraude procesal revisten una variedad tan rica como la imaginación recursiva y mali

ciosa de quienes en un momento dado disputan el proceso como un burladero de la Ley en perjuicio de terceros y de las instituciones de origen.

Tales procesos que son verdaderas trampas puestas al juez, nacen al amparo del principio dispositivo, esto es lo que ocurre por ejemplo, cuando actor y demandado están de acuerdo en decir que el crédito existe. Pero obstante este tipo anormal de proceso lo combate nuestro código al imponer al juez el deber de prevenir, remediar y sancionar por los medios que aquel consagra los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, propiedad y buena fé que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude (art. 37 numeral 3), además, estatuye el deber de decretar pruebas de oficio en busca de la verdad.

2.5: FUNCIONES DEL PROCESO CIVIL-LABORAL-CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y PENAL

2.5.1. Funciones del proceso civil laboral y contencioso administrativo

Chiovenda⁴⁰ señala las siguientes funciones del proceso civil, labo

⁴⁰ CHIOVENDA, op. cit. p. 98

ral o contencioso administrativo:

a- Servir de medio para la declaración de los derechos y situaciones jurídicas cuya incertidumbre perjudique a su titular o a uno de sus sujetos, con ausencia total de litigio o controversia (proceso declarativo puro y de jurisdicción voluntaria);

b- Tutelar los derechos subjetivos, siempre que sea necesario, mediante el pronunciamiento de lo que en cada caso sea justo para la composición de los litigios que se presenten entre los particulares o entre éstos y entidades públicas en el campo civil. Por su intermedio se traduce en voluntad concreta la voluntad abstracta de la ley, mediante el examen que el juez hace de la norma aplicable y de los hechos que van a regular, es decir, de la cuestión de derecho y de hecho (proceso contencioso);

c- Lograr la realización de los derechos en forma de ejecución forzosa, cuando no se persigue la declaración de su existencia sino simplemente su satisfacción (proceso ejecutivo);

d- Facilitar la práctica de las medidas cautelares que tiendan al aseguramiento de los derechos que van a ser objeto del mismo, evitando la insolvencia del deudor, la pérdida o deterioro de la cosa, o simplemente la mejor garantía (proceso cautelar).

Nuestro código de procedimiento civil, art. 4, señala relacionándose se al proceso civil, laboral que debe darse a los interesados, todo y solo aquello a que tienen derecho a conseguir.

Al respecto agrega Davis Echandiá⁴¹ que las cuatro funciones corresponden a cuatro clases de procesos y que se pueden presentar autónomos si lo hacen separadamente, pero lo común y corriente es que en un mismo proceso se obtienen dos o más de ellos.

El proceso contencioso administrativo tiene las dos primeras funciones, la primera se presenta en la acción pública, ya que hay ausencia de litigio, no se pretende una reparación del derecho ni de perjuicios, sino la declaración de nulidad del acto administrativo o sea se pide la reparación del derecho. En ambos casos el proceso es contencioso, en la cuarta se presenta la suspensión provisional de la vigencia del acto acusado.

2.5.2. Funciones del Proceso Penal

Para los tratadistas Vélez Mariconde, Jorge Claria Olmedo, Giona

⁴¹ ECHANDIA. op. cit. p. 139

ni Leone, Vincenzo Manzini, Devis Echandía y otros, el proceso penal tiene las siguientes funciones:

a- La investigación de los posibles hechos ilícitos punibles penalmente y la determinación de sus autores, cómplices y encubridores, lo mismo que de la responsabilidad penal que a ellos pueda corresponder;

b- La tutela del orden jurídico y por lo tanto de la paz y la armonía social, mediante la imposición y aplicación de sanciones o los medios de seguridad correspondientes, a las personas responsables de tales hechos ilícitos;

c- La tutela de la libertad individual, mediante garantías procesales que contienen para que sea posible su privación por causas concretas;

d- El reconocimiento y la indemnización de tales perjuicios materiales y morales que dichos hechos ilícitos hayan ocasionado a las víctimas de los mismos o a sus herederos o familiares (acción civil en el proceso penal). El art. 26 de la C. N. tutela la libertad individual "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto en que imputa, ante tribunales competentes, y

observando la plenitud de las formas propias a cada juicio".

2.6. DIFERENCIA ENTRE PROCESO, LITIGIO Y PROCEDIMIENTO

Ya hemos visto qué es el proceso y es importante no confundirlo con la noción del litigio y procedimiento. El proceso es el continente y la litis es el contenido, por el cual la litis puede originar varios procesos y un proceso puede contener varias litis. En los procesos civil, laboral, contencioso administrativo es común la existencia de personas con intereses opuestos, se produce una especie de lucha judicial en la cual una parte ataca y la otra se defiende y viceversa, el litigio existe desde antes entre las partes y puede ocurrir que no se inicie proceso.

El litigio tiene que acogerse a la fase o etapas que el proceso comprende con el objeto de dirimir sus pretensiones, se tiene que someter a las instancias que es lo que viene a ser el procedimiento y por lo tanto esto nos lleva a la conclusión que el proceso no se identifica con el procedimiento, pues el primero es el conjunto de actos necesarios para la declaración o ejecución del derecho y el segundo es cada una de las etapas o fases que el proceso comprende.

3. NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO

3.1. PROBLEMAS DE LA NATURALEZA DEL PROCESO

Según Eduardo Coutre ⁴²

El estudio de la naturaleza jurídica del proceso consiste, en determinar si el fenómeno forma parte de alguna de las figuras del derecho o si por el contrario constituye una categoría especial, es decir se trata de saber cual es el vínculo que une a las partes con el juez, si es un contrato o un cuasicontrato u otra figura semejante.

Si se aceptara la teoría que sostiene que el juicio es un contrato, habría que admitir que, ante el silencio de la Ley procesal, las disposiciones y normas del derecho civil en esta materia serían aplicables. El Código Civil sería subsidiario del de procedimiento,

⁴² COUTRE, Eduardo . Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición postuma. Editorial Depalma Buenos Aires, 1973, p. 124.

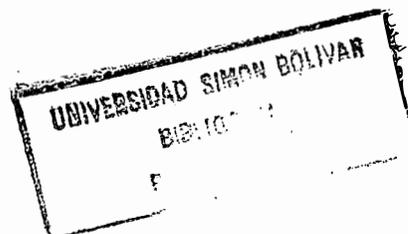
en materia de capacidad, de consentimiento, de efectos de la voluntad, etc., una conclusión muy natural de esta actitud sería por ejemplo, la de que las disposiciones relativas a la nulidad de los contratos serían aplicables en caso de silencio del derecho procesal positivo.

Si no fuera por razones de ciencia, siempre sería necesario pues, analizar la naturaleza jurídica del proceso, por razones de conocimiento del sistema legal vigente.

Dice Couture que para contestar la pregunta sobre la naturaleza jurídica del proceso, la doctrina ha dado diferentes respuestas.

1- Una primera considera el juicio como un contrato. La relación que lige al actor y al demandado, que se sigue llamando, aunque ya nada tenga de tal, *litis contestatio*, es de orden contractual, y ambos se encuentran involucrados con el mismo lazo que une a los contratantes.

2- Una segunda teoría considera que el juicio si es un contrato, lo es imperfecto y queda desnaturalizado el proceso, es, por eso, un Cuasicontrato.



3- Una tercera respuesta advierte que las dos anteriores son artificiales; que lo que hay en realidad no es ni un nexo contractual, ni un cuasicontrato, sino una Relación jurídica típica, característica regida por la Ley, que tiene un estatuto propio, que es el cúmulo de leyes procesales, y con una determinación que le es peculiar.

4- Una cuarta respuesta, niega la existencia de una relación jurídica, sosteniendo en cambio, la realidad de una Situación jurídica.

5- Una quinta respuesta habla del proceso, como una Entidad Jurídica Compleja.

6- Una sexta respuesta, tendiendo a agrupar elementos de las anteriores, ha concebido el proceso como una Institución.

En los siguientes puntos a desarrollar examinaremos el alcance de las distintas proposiciones tendientes a determinar la naturaleza jurídica del proceso.

3.2. EL PROCESO COMO CONTRATO

La doctrina contractualista del proceso deriva de ciertos conceptos

tomados del derecho romano, que sobrevivieron a su aplicación práctica. "La litis contestatio" supone en forma implícita, un acuerdo de voluntades, la litis contestatio tuvo inicialmente en Roma un carácter de un contrato por el que, en cuanto a las partes se refería, quedaban comprometidos a realizar las actividades (procesales) necesarias y a prestar su colaboración para que el trabajo común del iudex y de ellas lograre su meta, la sentencia, obligándose también a someterse a ésta.

Añota Couture⁴³:

Que al comienzo el proceso se desenvuelve como una deliberación, más que como un debate, las partes exponen su derecho ante el pretor, hablando libremente, tanto entre sí, como con el magistrado. De estas circunstancias, y del carácter de la fórmula, se infiere que durante esta etapa del derecho romano, no puede existir litis contestatio si las partes de común acuerdo solo quieren un juicio, este fenómeno debe considerarse como un arbitramento ante el pretor.

Agrega el autor que en el siglo V tales formas se van despojando de su primitivo contenido, el derecho justiniano lo hace subsistir, sin embargo, la idea de la litis contestatio como ficción jurídica

⁴³ Ibid., p. 126

con efectos semejantes es la misma que la de la etapa anterior.

Hernán Fabio López Blanco⁴⁴ dice:

Esta teoría, de origen romano, parte de la base de que los litigantes, al acudir ante el juez, manifiestan acuerdo de voluntades encaminadas a someter sus controversias a la decisión que el juez tome, por lo cual lo que realizan no es nada diferente que un contrato.

Marco Gerardo Monroy Cabra⁴⁵ anota que: "conforme a esta teoría contractual, el proceso surgiría del consentimiento de las partes acerca del objeto común. Esta teoría tuvo auge en los siglos XVIII y XIX con la doctrina de Pothier, Demolomba, Rousseau".

La adopción de la idea del proceso como contrato, corresponde a los pensadores del siglo XVIII. Es una particular disposición de este siglo la de configurar como contrato las más diversas formas de orden social. Es un acto en virtud del cual los individuos renuncian a su voluntad particular y traspasan cada uno su voluntad al soberano, con la condición de que los demás también lo hagan.

⁴⁴ LOPEZ B., Hernán F. Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano. Parte General. Edit. Temis 1974. p. 154.

⁴⁵ MONROY, Marco G. Principios de Derecho Procesal. Edit. Temis, Bogotá, 1974. p. 68.

Pothier concibe microscópicamente la sujeción de la voluntad individual a la autoridad dentro del proceso, bajo la forma de un contrato.

Rousseau observa este fenómeno de la sujeción de la voluntad individual a una voluntad superior, en la escala microscópica de la sociedad. Su razonamiento sirve igualmente para la sumisión de los particulares a la justicia de la autoridad "mientras los ciudadanos se someten a las condiciones que ellas mismas han acordado, o que ellos podrán haber aceptado por decisión libre y racional, no obedecen a nadie mas que a su propia voluntad".

Muchas son las críticas a esta teoría, veámoslas.

I. Prieto Castro y Fernández⁴⁶ refiriéndose al concepto romano de la litis contestatio dice: "la litis contestatio queda sin sentido cuando aparece un poder estatal de jurisdicción, al que las partes quedan sometidas sin contrato, y a partir de entonces simplemente viene a denotar el comienzo de la relación jurídico litigiosa".

⁴⁶ PRIETO CASTRO, I. y FERNANDEZ. op. cit. p. 30

Guas⁴⁷ anota que a esta teoría se le han hecho dos objeciones:

La primera, que el órgano del poder público que interviene en el proceso no está ligado en su actuación por la voluntad de las partes ni la fuerza de su mandato nace de tal voluntad, sino de la soberanía del Estado, a cuya organización pública pertenece el juez. La segunda, que muchas veces el consentimiento unánime de las partes en litigar no existe y, sin embargo, no por ello dejan de producir los vínculos procesales, especialmente la su misión del demandado al pronunciamiento jurisdiccional.

Hernán Fabio López Blanco⁴⁸ dice:

Como fácilmente puede observarse resulta por entero inaceptable la base de la anterior teoría, pues como característica esencial del proceso está precisamente la de poder lo iniciar sin que exista acuerdo de voluntades de las dos partes, y más aún contra la voluntad expresa de la parte demandada, la cual está obligada a comparecer al proceso, so pena de que si no lo hace, se obtendrá su vinculación a él mediante el emplazamiento y nombramiento de un curador, se hará que las decisiones tomadas tengan efecto obligatorio respecto de ella.

Hernando Morales Molina⁴⁹ sostiene que no es contrato. Carece del ele

⁴⁷ GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Madrid Instituto de Estudios Políticos 1968, p. 32.

⁴⁸ LOPEZ BLANCO. op. cit. p. 155

⁴⁹ MORALES M., op. cit. p. 191.



mento esencial de todo contrato consistente en el acuerdo de voluntades o en el cambio de consentimiento.

El demandante fórmula la demanda, porque le está prohibida hacerse justicia por sí mismo, al demandado se le contriñe por medio de la notificación de la demanda, contra su voluntad generalmente, a establecer una relación jurídica procesal. El demandado se ve obligado a defenderse so pena de que si no lo hace siempre será juzgado, como anotaron los prácticos para destruir la tesis contractualista. Y por último, ambas partes quedan obligadas a la veracidad de la cosa juzgada. La teoría contractualista del proceso sostiene que las disposiciones sustanciales son supletorias de las procesales, lo cual no es evidente, ya que las normas procesales han adquirido completa autonomía y son las únicas que regulan el proceso.

Podemos concluir que los casos han sucedido históricamente bajo el aspecto de un contrato. La primitiva concepción romana de la *litis contestatio*, que respondía exactamente a un procedimiento judicial, sino arbitral, cuyo aspecto contractual existe en buena parte en el derecho moderno.

La doctrina francesa, que es sin duda, la que ha permanecido más fiel a esta concepción, reconoce ya que la idea del contrato judicial sólo es una subsistencia histórica llamada a desaparecer.

Mendez de Castro en su obra *Práctica Lusitana* dice que no debe,

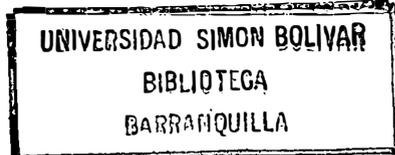
sin embargo, perderse de vista que aun dentro de su error, la concepción contractualista del proceso constituyó un intento de sistematización. Algunos autores antiguos entrevieron intuitivamente a través del contrato, el fenómeno de la relación jurídico procesal, dando a sus construcciones un valor no despreciable actualmente.

Fuera del valor puramente histórico, la concepción del proceso como contrato ha perdido en el derecho moderno toda significación.

3.3. EL PROCESO COMO CUASICONTRATO

Para autores como Arnault Guenyueau, el proceso es un cuasicontrato, por cuanto se trata de la voluntad unilateral de un sujeto, el cual, con su conducta unida a ciertos hechos, liga válidamente a personas distintas.

Para Eduardo Couture la notoria debilidad de la concepción contractual del proceso, propendió a que, como concepto subsidiario y en más de un caso solidario, se hablara de un cuasi contrato judicial, las doctrinas de los siglos XVIII y XIX utilizaron este término el cual se ha venido manteniendo hasta nuestros días.



Sostiene Couture que no es posible hallar justificación razonable a esta tesis. Crítica a Guenyveau diciendo que en su obra es posible hallar el extraño fundamento de esta concepción, allí resume el autor la tesis de que es necesario ver en la *litis contestatio*, un acto bilateral en su forma, es decir el hecho generador de una obligación bilateral en si misma. No se presenta el carácter de un contrato puesto que el consentimiento de las partes no es enteramente libre, ni el de un delito o de un cuasidelito, puesto que los litigantes no han hecho más que usar de su derecho, lejos de violar los de los otros. Los autores alemanes, valiéndose del texto de Ley 311 de *peculio*, le han reconocido un valor de cuasicontrato in *judicio quasi contrahimus*. En el tiempo del procedimiento formulario, dice Guenyveau, el cuasicontrato es necesario para introducir la instancia y hacer posible la decisión del juez, también se producen en el antiguo *ordo judiciorum*, un sistema de medidas destinadas a asegurar la comparecencia de los litigantes al pie del magistrado. La *vocatio in jus violenta*, las *vadimonia*, la *missio in possessionem bonorum* tienden a este objeto, que no se puede alcanzar completamente, puesto que todos estos rigores vienen a estrellarse contra la inercia del demandado. La *litis contestatio*, exige, en efecto, de su parte, una manifestación exterior y sensible de voluntad, a la que nadie puede ser contrariado; de suerte que no hay, bajo el imperio de las fórmulas, ningún medio de establecer el debate a

pesar del demandado, ninguna vía abierta para llegar contra su deseo a la conformación del contrato judicial, el procedimiento por contumacia mismo, supone la litis contestatio, sin la cual no podría haber allí instancia ni proceso.

Lo que quiere decir el autor es que la concepción del juicio como cuasi contrato procede por eliminación, partiendo de la base que el juicio no es contrato, ni delito, ni cuasidelito, analizadas las fuentes de las obligaciones, se acepta por eliminación, la menos imperfecta.

Termina Couture⁵⁰ diciendo que las críticas que pueden hacerse a esta concepción son muy numerosas.

Lo primero que debe anotarse es que el pasaje clásico citado no dice *in iudicio quasi contrahimus*. Probablemente el autor no leyó el texto de sus fuentes, pues de haberlo hecho habría advertido que literalmente consigna: *nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi, proinde non originem iudicium spectandum sed ipsam iudicati velut obligationem*, como se ve, el fragmento de *peculio* no dice lo que se le atribuye. La fórmula no es pues, la del cuasicontrato, sino más llanamente la del con

⁵⁰ COUTURE. op. cit. p. 131.

trato. Además el autor llega a la conclusión de que el proceso es un cuasicontrato sinalagmático aun, en el código de Napoleón, no son cuatro si no cinco. La doctrina no ha tenido en cuenta la Ley, y es la ley, justamente, la que crea las su puestas obligaciones que la doctrina estaba bus cando.

Marco Gerardo Monroy Cabra⁵¹ crítica la teoría de que el proce so es un cuasicontrato y manifiesta: "El proceso es una institución de derecho público que no puede entenderse con criterio civilista de regalambre romana y ya superados en el moderno derecho civil."

Hernando Morales M. afirma no es un cuasicontrato porque no res ponde a la definición que de éste dá el derecho contemporáneo. En efecto, el cuasicontrato es el resultado del acto de la voluntad de una persona que se obliga (C. C. art. 1494), y quien acude al proceso a nada se obliga. El cuasicontrato pertenece al derecho pri vado, y exige que la demanda haya sido contestada, pues antes no hay vinculación entre las partes y el juez, y no podrá haber cuasi contrato en ausencia de una de las partes, lo que no es cierto pues el contumaz se le juzga siempre.

⁵¹ MONROY CABRA., op. cit. p. 69.

3.4. EL PROCESO COMO RELACION JURIDICO PROCESAL

Eduardo Couture⁵²: "El proceso es una Relación Jurídica en cuanto a los varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, en vista de la obtención de un fin". Los sujetos son el actor, el demandado y el juez, sus poderes son las facultades que la Ley confiere para la realización del proceso.

Esta teoría de la relación jurídica procesal es la que cuenta con más adhesiones. La paternidad directa de esta teoría es de Bulow, afirma Bulow que desde el punto de vista dogmático esta teoría hace posible la contemplación del revestimiento que llevan los diversos elementos constitutivos del proceso, a saber personas entre los que se establece la relación, objeto a los que se extiende, hechos y actos que son necesarios para que pueda surgir y quienes tienen capacidad para la realización de dichos actos.

I. Prieto Castro y Fernández⁵³ dice:

⁵² COUTRE. op. cit. p. 132.

⁵³ I. PRIETO CASTRO y FERNANDEZ. op. cit. p. 31.

El surgimiento de esta teoría se debió al interés jurídico procesal que se tenía sobre los temas centrales que se suscitan en el proceso, esto es; La posición del Estado y del individuo en él, que implica los exámenes de la iniciativa para incoar lo o teoría de la acción, los principios rectores del derecho procesal, la teoría de la jurisdicción, las relaciones entre el derecho subjetivo material y el proceso y las potestades del órgano jurisdiccional en el proceso frente a los deberes (cargos) y derechos de las partes.

Hernán Fabio López Blanco⁵⁴ dice que si se tiene en cuenta que las interrelaciones entre los sujetos del derecho constituyen relaciones jurídicas, no existe en nuestro concepto, duda acerca de que el proceso es una relación jurídica procesal, que establece relaciones directas entre el juez y las partes, e indirectas entre las partes mismas, al paso que el juez sirve de intermediario entre ellas.

El proceso consiste en una relación jurídica que se propone, mediante una serie de actos preordenados por el legislador; resolver sobre las pretensiones que en ejercicio del derecho de acción se someten a la decisión de la rama jurisdiccional del Estado los sujetos de derecho.

Sustenta el autor su tesis afirmando que dentro del proceso se es

⁵⁴ LOPEZ BLANCO, op. cit. p. 154.

establece una serie de vinculaciones entre los sujetos de derecho, de manera directa entre las partes, demandante y demandado y el juez, e indirectamente entre ellas mismas. Constituye una serie de actos que el legislador ha señalado de antemano por cuanto es esencial para el mantenimiento del orden público, que los asociados sepan previamente cuales son los pasos que se deben dar para obtener la efectividad de sus pretensiones, sin que el trámite pueda quedar al capricho del juez en cada caso concreto y en forma variable de acuerdo con las circunstancias.

Decis Echandiá⁵⁵ el proceso constituye una relación jurídica que se denomina relación jurídico procesal, relación que implica la unidad del proceso y su estructura. Refiriéndose a la naturaleza de la relación jurídica dice:

Lo primero que debe afirmarse es que no se pueden concebir como autónoma e independiente del proceso. De aquí se deduce la pluralidad de sus sujetos, que son, además del juez, en representación del órgano jurisdiccional del Estado, el actor, el demandado y posteriormente los terceros intervinientes en los procesos civiles y laborales; el actor y el ministerio público y el particular que se constituya en parte civil, en el proceso penal. Y se trata de una re

⁵⁵ ECHANDIA. op. cit. p. 147.



lación compleja, no solo por constar de dos relaciones jurídicas (acción contradicción), sino por que cada una de ellas se desenvuelve a través de una serie de facultades y obligaciones, que se suceden cronológicamente y cuyo ejercicio y prestación constituyen el desarrollo de la relación.

La mayoría de los procesalistas modernos están de acuerdo con la noción de la relación jurídica y de su unidad, perteneciendo esta noción ya a la cultura jurídica. Devis Echandía agrega que se acoge a esta tesis porque el proceso no solo es en si mismo una relación jurídica, sino porque de él se originan derechos y obligaciones, cargas y facultades distintas de las que pueden surgir de las relaciones jurídico sustanciales que en él se ventilan.

Arreal y Fenochietto⁵⁶ refiriéndose al nacimiento de la tesis del proceso como una relación jurídico procesal señala que antes de Bulow ya se tenía una noción de ella, al respecto dicen:

Esta concepción del proceso nació sobre la idea de Hegel, seguida por Bethaman Hollweg (Geisen 1868), desarrollada finalmente por Bulow y continuada posteriormente por Kohler (1888). Concebida como una relación jurídica según las cuales

⁵⁶ REAL, Jorge y FENOCHIETTO, Eduardo. Manual de Derecho Procesal. Buenos Aires. Edit. La Ley 1966. T. I. p. 69 y 70.

las actividades que realizan el juez y las partes en el proceso establecen nexos y ligámenes jurídicos, que los vinculan entre sí, por cuanto la Ley les confiere deberes y derechos recíprocos.

Para Marco Gerardo Monroy Cabra⁵⁷ la relación jurídico procesal tiene las siguientes características:

a- Es de derecho público que tiene su fuente en la Ley; además, la relación se desenvuelve entre las partes y el Estado, que actúa soberanamente;

b- Es una relación autónoma respecto del derecho sustancial, por cuanto tiene condiciones de ejercicios diferentes a ésta;

c- Los sujetos de la relación procesal son tres: actos, demandado; y Estado como órgano de función jurisdiccional;

d- Es compleja según Rocco:

Es un doble sentido, ya porque consta de la relación de acción y de la relación de contradicción en juicio, ya porque cada una de estas relaciones

⁵⁷ MONROY CABRA. op. cit. p. 69.

constan de una serie de facultades de pretender y de actuar y de una serie de obligaciones jurídicas correspondientes que constituyen, precisamente el contenido del derecho de acción y de contradicción en juicio.

e- Es una relación única, puesto que una vez constituida con la notificación de la demanda, se desenvuelve a través de las etapas del proceso hasta la sentencia.

Agrega Monroy Cabra, que es conveniente dejar en claro que la relación jurídico procesal es de derecho formal, pues tiene su fuente en formas de derecho procesal y tiene vida, condiciones y modalidades autónomas respecto de la relación sustancia, que viene a ser objeto sustancial del proceso.

Se afirma que la relación jurídico procesal es compleja, por cuanto la relación de acción se entabla entre el actor y el Estado y la de contradicción entre el demandado y el mismo Estado, es decir, de la relación jurídico procesal manan múltiples relaciones entre las partes y entre éstas y el juez, en forma progresiva y no simultánea, a medida que el proceso avanza y hasta llegar a su terminación normal con la sentencia, o anormal con la nulidad total o la transacción o el desistimiento, pero sin que su unidad se afecte por ello. Y una relación de derecho público, unitaria y singular, en

cuanto existe separadamente en cada proceso, de carácter sui generis y de interés público.

Eduardo Couture⁵⁸ refiriéndose a la relación afirma que ésta es la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí, relación es vínculo que aproxima una cosa a otra, permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad "cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende sino a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales."

Se habla del sentido apuntado de ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y facultades en que se hallan unos respecto de los otros, pero no existe acuerdo respecto a quienes sean los sujetos de la relación jurídica procesal, unos sostienen que lo son únicamente las partes; otros, que las partes y el juez.

Chiovenda sostiene que tiene tres sujetos cuando es contencioso :

⁵⁸ COUTRE, op. cit. p. 133.

el Órgano jurisdiccional (representado por el juez) y cada una de las partes (actor y demandado), que pueden constar de varias personas, en lo civil y laboral y en algunos procesos contenciosos administrativos; sindicado o imputado y parte civil, cuando existe ésta, en lo penal.

Hernando Devis Echandía⁵⁹ está de acuerdo con el maestro Chiovenda y agrega "existen casos en que un tercero interviene en el proceso y entonces entra a ser sujeto de la relación. O puede suceder que existe una sola parte como en los casos de jurisdicción voluntaria."

Fuera de los inconvenientes que existen entre los autores sobre los sujetos del proceso, también se presenta diferencia entre los ligámenes que unen a las partes.

Chiovenda desarrolla el concepto de la relación jurídico procesal. Los derechos y deberes de las partes no son sino el sentido de una relación jurídica que se llama relación jurídica procesal. El esquema de esta relación es el deber del juez de proveer, agrega, las partes tienen deberes respecto del juez y derecho y deberes entre

⁵⁹ ECHANDIA. op. cit. p. 149.



si. Goldschmidt crítica el anterior concepto, argumentando que la obligación del Estado de proveer no tiene correlatividad con ningún derecho subjetivo ni requiere fundarse en la noción de la relación procesal. Afirma Goldschmidt que en el Estado moderno no existe obligación del demandado de someterse a la jurisdicción, sino un estado de sujeción a ella.

Goldschmidt no está de acuerdo con la teoría de la relación procesal, sostiene que el proceso es una situación jurídica. Para Carne lutti el proceso origina relaciones jurídicas, pero es propiamente una relación jurídica. Otros como Guasp y Viana sostienen que es una institución. Pero en favor de ella están los siguientes tratadistas: Hugo Alsina, Rafael de Pina, Manuel de Plaza, Couture, Devis Echandía, Hernando Morales, Monroy Cabra, Hernando Morales, Monroy Cabra, Hernán Fabio López y muchos otros. Devis Echandía estima que las objeciones a la doctrina de la relación jurídica se basan en su mal planteamiento.

Veamos los esquemas que pone de ejemplo Couture⁶⁰ para mostrar los ligamentos de las partes entre sí, según las diferentes concepciones de los tratadistas:

⁶⁰ COUTURE. op. cit. p. 134.

a- Por un lado, se halla la primera corriente de ideas que concibe esta relación como dos líneas paralelas que corren del actor al demandado y el demandado al actor.

(Kehler) Gráficamente puede presentarse así:

ACTOR

DEMANDADO

b- Por otro lado se sostiene que tales vínculos no puede expresarse con líneas paralelas, sino en forma de ángulos. En la relación debe comprenderse al juez, que es un sujeto necesario de ella y hacia la cual se dirigen las partes y el cual se dirige a las partes. No existe en cambio, para esta tendencia, ligamen ni nexos de las partes entre si; ellos están unidos solo a través del magistrado.

(Hellwing) Se presenta de la siguiente forma:

JUEZ

ACTOR

DEMANDADO

c- Por otro, una tercera corriente considera la relación procesal

en forma triangular, no se trata solamente de relaciones de partes a juez y de juez a partes, sin nexo de las partes entre ellas; por el contrario, existen vínculos entre las partes que vienen, en cierto modo a cerrar el triángulo.

(Nach) La representación es entonces :

JUEZ

ACTOR

DEMANDADO

Estos simples signos gráficos demuestran, a su vez, que el hecho de que el proceso sea una relación jurídica, no obsta a que en su unidad, se halla compuesto de un conjunto de relaciones jurídicas. Toda unidad intrínsecamente es una pluralidad, digamos que la relación jurídico procesal se compone de relaciones menores y que ellas como en el último de los esquemas, no sólo ligan a las partes con los órganos de la jurisdicción, sino también a las partes entre sí.

Couture termina diciendo que el último esquema es el correcto

La idea de una relación angular es insuficiente, ya que excluye nexos y ligámenes procesales como el que surge entre las partes con motivo de la respon

sabilidad procesal. Por ejemplo, luego de la condena en costas surge derechos de restitución, específicamente procesales, de las partes entre sí.

Ugo Rocco⁶¹ al respecto afirma :

Que en efecto hay quien concibe la relación como existente entre las partes, o como existente entre las partes entre sí y ellas y el Estado, o entre las partes y las diversas personas físicas que actúan como jueces, o finalmente como una relación que media únicamente entre las partes y el Estado, a fin de comprender la naturaleza de esta relación, es necesario ante todo, proceder a hacer distinciones entre los sujetos procesales.

El carácter público de la relación jurídico procesal no puede ponerse en duda en el campo del ordenamiento judicial, lo mismo que el de la acción y del proceso. En la función de cognición, como en la función de ejecución, el Estado se presenta siempre como sujeto jurídico cuya voluntad y cuya acción están reguladas por normas de derecho objetivo. Frente al Estado, como persona jurídica, y por tanto como sujeto capaz de derechos y obligaciones jurídicas, encontramos al ciudadano, sujeto también de derechos y provistos de una capacidad pública, respecto de aquellas especiales relaciones de la

⁶¹ ROCCO. op. cit. p. 117.

vida que emanan del ordenamiento judicial y de la función jurisdiccional. De aquí una serie de especiales relaciones, mutuos derechos y deberes jurídicos de derecho público que, puesto que surgen con ocasión del proceso, pueden llamarse relaciones jurídico procesales.

3.5. EL PROCESO COMO SITUACION JURIDICA

Para Goldschmidt⁶² :

El proceso es el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial , que se espera con arreglo a las normas jurídicas. Las partes no están vinculadas entre sí, sino que existen estados de sujeción de ellas al orden jurídico, en su conjunto de posibilidades, de expectativas y de cargas. El proceso es una situación, o sea, el estado de una persona frente a la sentencia judicial.

Goldschmidt sostiene :

Que no puede encontrarse en la relación jurídica procesal el origen de obligaciones y de derechos del juez y de las partes, en cuanto allí donde se habla inexactamente de obligaciones que nacen de

⁶² GOLDSCHNIDT, Cita de Calamandrei, en estudios sobre el proceso civil, Buenos Aires. Edit. Bibliografía Argentina, 1961. p. 220.

la relación procesal, se debería con mayor exactitud hablar de cargas procesales, o bien, si trata de verdaderas y propias obligaciones, su origen debe buscarse no en la relación jurídica procesal, sino en la relación de derecho público que tiene lugar, antes y fuera del proceso, entre el Estado y las personas que en el proceso actúan como juez y parte.

Agrega que a las categorías del derecho subjetivo y obligaciones jurídicas, propias del derecho sustancia corresponde en derecho procesal las categorías de la expectativa y de carga, las cuales no se integran en el concepto de relación jurídica, sino en el concepto de "relación establecida por el derecho entre una persona y una futura sentencia" esto es bajo el concepto de una situación jurídica.

Esta teoría nace con base en la crítica a la doctrina de la relación jurídica procesal, según este particular modo de ver, no es una relación sino que es el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial.

Según Eduardo J. Couture :

Para comprender la diferencia entre una doctrina y otra, es menester remontarse hasta ciertos efectos de la teoría general, y hasta lo que el autor llamó con anterioridad "derecho justicia material" La presencia de este derecho en sus relaciones con el derecho privado y el derecho político

I. Pietro Castro y Fernández⁶⁴ refiriéndose a la teoría de James Goldschmidt anota que este

Dogmática y jurídicamente significa el abandono de la idea del proceso como una relación jurídica, con deberes y obligaciones de las partes, poniendo en lugar de estas categorías las de las cargas, de un lado, y expectativas y posibilidades de otro, según el caso y el comportamiento de cada uno de los litigantes, es decir, elimina en el proceso las categorías civilísticas que, sobre todo en su comienzo, hacen propias los partidarios de la teoría de la relación jurídica procesal, con todas las consecuencias que de ello se derivan en cuanto a la posición del estado rector de la juricidad y la ética del proceso, a la del juez, y al interés de las partes por vencer en él.

Para Goldschmidt, la concepción jurídica y jurídico política del proceso, propia de los creadores y seguidores de la teoría de la relación jurídica es un modo de ver metafísico, estático o material, e intenta sustituirlo por otro modo dinámico que conduce a un concepto empírico del proceso que no es otra cosa en la vida real, la lucha por vencer con todos los medios lícitos y aun los ilícitos.

⁶³ COUTURE. op. cit. p. 136

⁶⁴ I. PRIETO CASTRO Y FERNANDEZ. op. cit. p. 30.

La doctrina de la situación jurídica, no ha logrado obtener entre los autores latinos y americanos una adhesión considerable, se le reprocha porque no describe el proceso como debe ser técnicamente. No se puede hablar de una situación sino de un conjunto de situaciones que subestiman la condición del juez, que pierde en la doctrina la condición del juez que realmente le corresponde. Destruye sin construir, el hacer perder la visión unitaria del juicio en su integridad.

Marco Gerardo Monroy Cabra⁶⁵, la critica diciendo que para Goldschmidt, la obligación de fallar del juez no es obligación procesal sino obligación que le corresponde frente al Estado al respecto dice "en la concepción dinámica del derecho, las relaciones jurídicas, categoría del derecho estático, se convierten en simples situaciones jurídicas al venir al plano dinámico en que el proceso está situado". Termina diciendo Monroy que él considera que sí existen verdaderos deberes y derecho procesales".

Jaime Guasp⁶⁶ sostiene:

⁶⁶ MONROY CABRA. op. cit. p. 72.

⁶⁷ GUASP. op. cit. p. 21.

Las posibilidades y cargas, no son categorías autónomas desligadas de los deberes y derechos, sino, por el contrario, elemento de los mismos; así, la posibilidad es realmente la posición favorable en que se encuentra el titular de un derecho subjetivo respecto a su ejercicio, como la carga es la posición desfavorable en que se encuentra el titular con relación al no ejercicio; igual que la potestad y la responsabilidad son respectivamente, las posiciones favorables y desfavorables en que, con relación al cumplimiento o incumplimiento de una obligación, se encuentra el titular de la misma.

Hernán Fabio López Blanco⁶⁷ no está de acuerdo con el carácter dinámico de la situación y la crítica así:

No compartimos esta concepción, porque no es exacto afirmar que solo la situación jurídica es dinámica; ese dinamismo se puede igual mente afirmar con respecto a la relación jurídica, por ejemplo, un contrato de ejecución sucesiva establece una relación jurídica, que muy lejos está de ser estática, tal como lo pretende afirmar la teoría que analizamos:

Agrega que de otra parte al afirmarse que el proceso es una situación jurídica a causa de que ésta requiere prueba, no así la relación jurídica. Nos parece que se incurre en el lamentable error al

⁶⁷ LOPEZ BLANCO, op. cit. p. 155.

confundir los hechos que debēn acreditarse dentro del proceso, que son los que requieren prueba, con el proceso mismo.

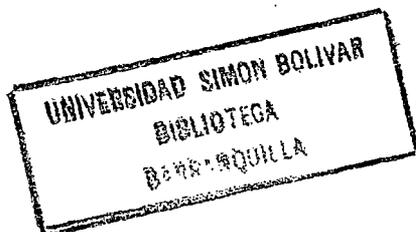
3.6. EL PROCESO COMO ENTIDAD JURIDICA COMPLEJA

En un estudio reciente de Foschini que llevō adelante una idea de Carnelutti, en él se configura el proceso como una entidad jurídica de carácter unitario y complejo, siendo su característica principal la pluralidad de sus elementos estrechamente coordinados entre si, que son examinados desde el punto de vista normativo; en tal sentido, el proceso es una relación jurídica compleja. Puede examinarse desde el punto de vista estático, en tal sentido, es una situación jurídica compleja y puede por último ser examinado desde el punto de vista dinámico, por cuya razón se configura como un acto jurídico complejo.

Eduardo Couture⁶⁸ anotā que:

Ante esta idea cabe advertir que la consideración de un instituto jurídico como fenómeno complejo constituye, normalmente, el punto de partida de cualquier examen de carácter doctrinal, la cien

⁶⁸ COUTURE. op. cit. p. 140



cia del derecho comenzó aislando ciertas figuras jurídicas muy fuertemente dotadas de unidad, aunque originariamente complejas: familia, delito, comercio, parlamento. Esas materia primas jurídicas, llamémosle así, fueron adquiriendo, con el andar del tiempo, una complejidad cada día creciente.

El proceso es para el autor una entidad jurídica compleja, pero con esa proposición solo fija un punto de partida, la inquietud científica consiste en proceder por sucesivas descomposiciones y reconstrucciones, a aislar elementos y coordinarlos de nuevo para volcarlos luego en la gran unidad de la ciencia. La preocupación de este tema consiste en aislar cada uno de los elementos del proceso (partes, actos, autoridades, formas), determinar su función (declaración o producción jurídica), sus fines (seguridad, pacificación) etc., por virtud de un esfuerzo metódico reconstructivo para implantar todos esos elementos en el vasto sistema del derecho y de la ciencia.

3.7. EL PROCESO COMO INSTITUCION JURIDICA

La idea de que el proceso es una institución es de los tratadistas Renard y Haurion, pero fue desarrollada por Guasp. Fueron los franceses los que con sus estudios en sus obras se dieron a la tarea de fundar la concepción institucional del derecho, más sin embargo no se tenía aún un conocimiento completo de lo que era el proceso en la teoría general del derecho. También escritores ale

manes entre ellos Wach utilizaron el vocablo institución para caracterizar el proceso.

Dentro de este panorama Guasp. lanzó la idea de que el proceso es una institución, esta idea en principio fue acogida por Couture, pero luego la rechazó, porque se prestaba para equívocos y mal entendidos por la multiplicidad de acepción de la palabra, se daban a la palabra institución las siguientes acepciones; establecimiento, fundación, creación, erección, lo fundado y lo establecido, cada una de las organizaciones de un estado, cada una de las materias principales del derecho o de cada una de sus ramas. Frente a esto Hamilton profesor de la Universidad de Yale, inició un estudio y dió el siguiente concepto;

La institución es un símbolo verbal usado para una mejor descripción de ciertos grupos de usos sociales. Denota una manera de pensar o una acción prevalente y permanente incrustada en los hábitos de un grupo o en las costumbres de un pueblo. En el lenguaje ordinario significa procedimiento, convención, arreglo; en el lenguaje erudito es el singular de costumbres o usos sociales, las instituciones fijan los confines y las formas de las actividades de los seres humanos.

James Guasp⁶⁹ expresa :

⁶⁹ GUASP. op. cit. p. 23.

Hay dos elementos fundamentales en toda institución, la idea objetiva o común y las voluntades particulares que se adhieren a la misma; el primero de estos elementos se halla esencialmente por encima del segundo, aquel, incluso suele corresponder muchas veces, al derecho público, éste el derecho privado, o por lo menos, son de ámbito público y privado, respectivamente, los orígenes de uno y otro. Así entendido el proceso, por su naturaleza es una verdadera institución. La idea común y objetiva que en él se observa es la satisfacción de una pretensión. Las voluntades particulares que en el proceso actúan se adhieren todas a esta idea común; lo mismo el juez en su fallo, que el actor en su pretensión, que el demandado en su oposición, tratan de satisfacer la reclamación que engendra el proceso, aunque cada uno de los sujetos procesales entienda de una manera particularmente distinta el contenido concreto que en cada caso debe integrar la satisfacción que se persigue.

Respecto a la anterior definición Couture anota que el concepto de institución es sociológico e impreciso, por lo cual, aunque inexacto que el proceso sea institución jurídica, sin embargo es más jurídico aceptar la concepción del proceso como relación jurídica. El concepto de institución se tomó durante mucho tiempo como sinónimo, más o menos amplio, de persona jurídica, la doctrina francesa ha ido lejos, llegando a incertar en el mundo jurídico el concepto de institución ampliamente entendido, Santi Romano llega a identificar la institución como "todo ente o cuerpo social".

Anota Couture⁷⁰ "como se comprende, estas imprecisiones del léxico son incompatibles con el rigor del pensamiento con que debe trabajar el juristas". En lo sustancial, son de la siguiente manera, el vocablo institución tiene una primera acepción común y directa, equivalente a instituto, creación, organización; son instituciones en este sentido, la familia, la empresa, el Estado. En esta acepción primaria y elemental, podemos decir que el proceso es una institución: un complejo de actos, un método, un modo de acción, unitario, que ha sido regulado por el derecho para obtener un fin, nadie duda de este sentido, de que cuando dice que el proceso es una institución, se emite una proposición correcta. Equivale a decir que es un instituto, una creación del derecho para lograr uno de sus fines. Agrega Couture que a partir de ese instante empiezan los equívocos, la concepción institucional del derecho, se apoya en una serie de supuestos más sociológicos que jurídicos, a través de ellos, se desea acentuar el predominio de los valores que interesan a la comunidad sobre los que interesan al individuo.

La fundamentación de la tesis del proceso como institución se basa en los siguientes conceptos, según Renard:

⁷⁰ COUTURE. op. cit. p. 143.

a- Que el proceso es una realidad jurídica permanente, ya que pueden nacer y extinguirse procesos concretos, pero la idea de una actuación estatal sigue siempre en pie;

b- El proceso tiene carácter objetivo, ya que su realidad queda determinada más allá de las voluntades individuales;

c- El proceso se sitúa en un plano de desigualdad o subordinación jerárquica;

d- El proceso no es modificable en su contenido por la voluntad de los sujetos procesales;

e- El proceso es adaptable a las necesidades de cada momento.

Todas estas proposiciones son correctas según Couture, pero pertenecen a planos diferentes, concepciones diversas y sobre todo cuando se ligan al concepto de institución, sumergen en equívocos que han provocado críticas que en cuanto a nosotros se refiere hoy consideramos en buena parte fundadas.

4. CLASES DE PROCESO

4.1. CLASIFICACION DE LOS PROCESOS

Rocco⁷¹ clasifica las clases de proceso con base en la función jurisdiccional que tiene distintas funciones y que dan lugar a distintos procesos. Naturalmente éstas van en relación a las distintas ramas del derecho procesal existentes en cada país. La jurisdicción civil se presenta ante todo, en la forma de determinación del derecho del caso singular, esto es como un proceso dirigido a la declaración de certeza de la tutela otorgada al interés singular, mediante aplicación de la norma al caso concreto. La primera forma se llama proceso de cognición, de declaración de certeza o de declaración del derecho.

Aparte de la incertidumbre, puede haber inobservancia de la norma que ha de seguir el caso concreto, una vez proveído a la declara

⁷¹ ROCCO, op. cit. p. 117

ción de certeza, el Estado despliega una actividad dirigida a reclamar o imponer, a quien aparece jurídicamente obligado, que ejecute todo cuanto la norma jurídica pone a su cargo. Tenemos en este caso una segunda forma de proceso que se llama proceso de condena o de prestación, claro está que éste proceso constituye con el de declaración de certeza un todo único, pero esto no quiere decir que se puedan considerar por separado y autónomo. Una tercera forma de proceso, es el ejecutivo o de ejecución forzosa, que es el que puede ocurrir cuando pese a la declaración de certeza y de condena, el obligado no cumpla las obligaciones declaradas a su cargo ni se determine espontáneamente, debido a la condena, a cumplir cuanto la norma jurídica pone a su cargo. Esto da origen al proceso ejecutivo, en virtud del cual el Estado realiza sobre el patrimonio del obligado, en lugar del derecho habiente, normalmente por equivalente económico, la obligación declarada a cargo de aquel que resulta obligado.

De estas tres nace una cuarta que es determinada por las tres funciones primeras. Como la realización del interés que la norma jurídica tutela puede estar expuesta a cambios en el intervalo del tiempo necesario para la declaración de certeza, la condena y la realización coactiva del derecho, habrá que prever a la conservación de ese Estado de hecho durante el tiempo necesario para la realiza

ción de las otras dos formas de proceso, declaración de certeza y condena. Es decir puede ocurrir que el derecho habiente, aún ganando la causa, hubiera de encontrarse por malicia o negligencia del adversario, en la imposibilidad de realizar coactivamente su derecho sobre el patrimonio del obligado. Surgiendo así una cuarta forma de proceso que se denomina proceso cautelar o conservativo, y tiende a conservar el Estado de hecho y de derecho en el patrimonio del obligado, en previsión de una litis por instaurar, o en el curso de una litis ya instaurada, cuando haya motivo fundado por creer que el acreedor pueda perder garantía de su crédito o haya temor de que puedan sobrevenir mutaciones perjudiciales.

Para Cocco son cuatro las clases de proceso:

- a- Proceso de declaración de certeza, de cognición, de declaración del derecho;
- b- Proceso de condena o de prestación;
- c- Proceso ejecutivo o de realización coactiva;
- d- Proceso cautelar de conservación o de aseguramiento.

Estas cuatro formas de proceso, corresponden a cuatro funciones que son autónomas, en el sentido que cada una puede presentarse separadamente, pero puede ocurrir que un interés no encuentre

Obstáculo a su satisfacción, que la falta de certeza de la tutela jurídica a él otorgada por una norma jurídica y en tal caso la sola declaración de certeza del derecho por parte del Estado basta para eliminar definitivamente dicho obstáculo, a lo que se suma que puede ocurrir que el obligado no observe igualmente las prescripciones establecidas por el derecho y en este caso puede haber no sólo la necesidad de exigir al obligado, mediante la condena, la observancia de las obligaciones que le incumben.

También puede ocurrir, que pronunciada la condena o ser ya cierto, el derecho o convencionalmente por obra de las partes o por medio de otros órganos no jurisdiccionales; y en tal caso, habiéndose determinado cuál es la tutela que corresponde a un interés y quedando éste insatisfecho, no hay necesidad de otra cosa que de la realización del interés mismo, sin la voluntad del obligado o en contra de ella.

Puede también sólo haber la necesidad de que, en previsión de un proceso, mientras está pendiente un proceso, aparezca la conducta maliciosa, culposa o dolosa del obligado y frente a esta posición incierta se adopten medidas de precaución necesarias, con el objeto de hacer posible la realización práctica de dicho derecho.



Estas formas de proceso, además de poder ser autónomas, pueden estar vinculadas entre sí, constituyendo ejercicio de actividades sucesivas, que se compendian en el desenvolvimiento de un solo y único proceso, de este modo se podrá en un solo proceso pasar de la declaración de certeza a la condena, a la ejecución forzosa y eventualmente a la conservación.

Hernando Morales M.⁷² clasifica los procesos según el aspecto de la pretensión de la demanda y son de conocimiento o declarativos o de cognición y ejecutivos de coerción o compulsivos, con lo cual corresponde a la clasificación de las acciones procesales que la determinan. Igualmente existe el de cautela, señala Morales que es raro que sea autónomo porque siempre acceden a las medidas de conocimiento o ejecución. El primero se dirige a obtener la declaración de certeza sobre el derecho pretendido por el actor, el segundo a que se efectiviese una obligación proveniente de un título ejecutivo judicial privado y el último busca impedir que se pierda la eficacia del derecho por demora o malicia del demandado.

Marco Gerardo Monroy Cabra⁷³

⁷² MORALES M. op. cit. p. 175

⁷³ MONROY CABRA. op. cit. p. 74.

Los procesos se clasifican de acuerdo con las distintas ramas del derecho procesal existentes en cada país. En Colombia se hace esta clasificación : proceso civil, penal contencioso administrativo, laboral, jurisdicción coactiva, militar, aduanera y económica, sin embargo, la pluralidad de tipos procesales no destruye su unidad conceptual, la cual sigue siendo idéntica en cada una de sus ramas, aunque hay instituciones peculiares en cada uno de los procesos.

El proceso civil tiende a la declaración de derecho en vista de su incertidumbre, o a la ejecución forzosa cuando la existencia es discutida, o a medidas de aseguramiento de los derechos, según se trate de un proceso declarativo o ejecutivo o cautelar, el autor los clasifica en tres clases de proceso que son los anteriores.

Devis Echandía⁷⁴ da el mismo concepto de Monroy Cabra y afirma que en primer término los procesos se clasifican de conformidad con las distintas ramas del derecho procesal existentes en cada país, que entre nosotros tenemos el proceso civil, penal, contencioso administrativo, laboral, militar, jurisdicción coactiva, el aduanero y el eclesiástico, también el constitucional (para resolver la posible inconstitucionalidad de las leyes, decretos con fuerza de ley) y disciplinario (para faltas de jueces, magistrados y abogados) en otros

⁷⁴ ECHANDIA. op. cit. p. 139.

países el comercial.

Devis Echandía distingue varias clases de proceso, como primera medida está de acuerdo con la clasificación de Carnelutti en lo relacionado a que el proceso es dispositivo y declarativo, este último lo divide en declarativo puro, de condena y de declaración constitutiva. También que viene a ser la combinación o simultaneidad de las anteriores. Otras clases de proceso, el de ejecución, el cautelar, el represivo y preventivo, el singular y el colectivo, el contencioso y el de jurisdicción voluntaria.

A continuación examinaremos detenidamente cada una de ellas.

4.2. PROCESO DISPOSITIVO

Carnelutti⁷⁵ refiriéndose a esta clase de proceso dice:

Que existe proceso dispositivo en el de equidad, teniendo en cuenta que se llama equidad la justicia que reviste la forma de un mandato adoptado por el juez para un caso singular, por eso se puede hablar de equidad como justicia del juez, en antitesis con la Ley como justicia del legislador.

⁷⁵ CARNELUTTI. op. cit. p. 158.

También se sostiene que es dispositivo el proceso cuando la Ley autoriza al juez para dar solución a un caso.

Devis Echandía considera de mucho inconveniente esta clasificación, porque el juez no crea los derechos y situaciones jurídicas, sino que las declara, señala el autor que este tipo de proceso no puede existir en materia penal porque se opone al principio fundamental "nulla sine lege" (C. N. Art. 28).

4.3. PROCESO DECLARATIVO

Es el que tiende a la declaración de certeza, Carnelutti⁷⁶ afirma:

"El proceso civil provee a hacer falta de certeza como medio de represión o de prevención de la litis; donde hacer falta de certeza no significa solamente hacer conocer las partes sino imponer a ellas una elección". En el proceso penal se declara la existencia de un delito pero no tiene que estar preordenada la ejecución.

Chiovenda⁷⁷ lo define de la siguiente manera:

⁷⁶ CARNELUTTI, Francisco. Derecho y Proceso. Buenos Aires. Ejes. 1971, T. I. p. 66.

⁷⁷ CHIOVENDA. op. cit. p. 223.

con el nombre de declaración (acertadamente) indicase la manera más exacta el resultado común de la sentencia de fondo; la voluntad de la Ley que es afirmada como cierta en el caso concreto, deviene, indiscutible es decir si se pide al juez que declare la existencia de un derecho, positiva, y si se pide que el juez declare que una persona no está sujeta a la pretensión o poder del adversario, hay una declaración negativa.

Según Chiovenda⁷⁸, las condiciones para la prosperidad del proceso de declaración, son las siguientes:

a- Que exista la voluntad de la Ley de la cual se pide la declaración positiva, o no exista aquella cuya declaración negativa se pide;

b- Legitimatio ad causam, está legitimado activamente aquel a quien se refiere el daño jurídico que la declaración debe reparar, legitimando pasivamente aquel respecto del cual la sentencia debe producir cosa juzgada para que se produzca el efecto esperado en la declaración;

c- Interés para obrar. En cuanto a la acción de declaración, el in

⁷⁸ ibid. p. 223.

terés para obrar consiste en una declaración de hecho tal, que el actor sufriría daño sin la declaración judicial. La incertidumbre debe ser objetiva, es decir, debe existir un hecho exterior objetivo, que haga incierta la voluntad de la Ley en la conciencia del titular o de los terceros, siempre debe haber un interés actual pues la declaración persigue la actuación de la Ley en el caso concreto. Sin embargo, cabe pedir la declaración de un derecho relación jurídica, cuando haya la posibilidad de que en un futuro se discuta dicho derecho, siempre que ésta se base en hechos exteriores, objetivos y concretos.

Devis Echandía distingue tres clases de procesos declarativos que son el declarativo puro, de condena, declaración constitutiva y un cuarto que es el mixto o sea la combinación de los anteriores.

4.3.1. Proceso Declarativo Puro

Según Chiovenda⁷⁹

Quando el interesado solicita al juez que declare la existencia o inexistencia de un derecho o rela

⁷⁹ Ibid., p. 7.

ción jurídica, sin que se trate de imponer al demandado ninguna responsabilidad, ni de alegar incumplimiento, ni pedir que se modifique una relación jurídica existente o que se constituya una nueva, nos ha llamos en presencia de un proceso declarativo, puro que busca certeza jurídica del derecho o la relación jurídica.

Según Devis Echandía la sentencia de fondo procede :

a- Cuando se pide la declaración de una pretensión, cuya existencia discute el supuesto pasivo demandado en el proceso, sin pedir condena alguna contra parte y solo para producir la certidumbre jurídica;

b- Cuando aún sin discutirse actualmente una pretensión y no habiéndose, por lo mismo, manifestado el litigio, exista una posibilidad para el futuro, en razón de hechos o situaciones objetivas y concretas;

c- Cuando existe interés jurídico en la declaración de un estado Civil, y se requiere su certidumbre jurídica mediante la sentencia.

Es necesario que para que proceda la sentencia, debe existir interés jurídico actual del demandado, y que ese interés está relacionado con un acto o hecho que pueda originarlo, muy distinto es la

demanda que se formula con el objeto de obligar al demandado a que explique qué consecuencias se propone sacar de tal, o que pretensiones tiene en relación con un derecho que no se le discute. Esta clase de demandas no son procedentes, otro caso sería el que pide que un documento público no está impugnado, ya que éste está amparado por la presunción de autenticidad. Otro caso, la demanda que solicita que se diga que el hijo nacido dentro del matrimonio de sus padres es legítimo. En estos casos no aparece interés jurídico serio en la pretensión.

4.3.2. Proceso de condena o prestación

Según Devis Echandía⁸⁰

Tiene lugar cuando una parte pretende frente a otra, que ésta reconozca la existencia de un derecho de la primera, que queda obligada por él, y lo satisfaga, o que puede sujeta a las consecuencias del incumplimiento de una obligación suya y se le imponga la consecuente responsabilidad. Se persigue que se imponga al demandado una condena cualquiera, por ejemplo: se pide que se declare un hecho ilícito o una obligación y la responsabilidad del demandado. La condena del demandado va ligada, por lo tanto, a la declaración de que el derecho del demandante existe como base de aquélla.

• 80 ECHANDIA. op. cit. p. 142

Marco Gerardo Monroy Cabra dice que la diferencia entre la mera declaración y la condena, es que hay derechos que solo dan lugar a una sentencia de declaración, ya que puede producir efectos jurídicos con una simple declaración de parte (Chiovenda), en este caso la sentencia se limita a declarar la existencia de un derecho. Pero en las relaciones jurídicas que existe un obligado, la sentencia no se limita a declarar existencia del derecho, sino que impone una condena.

Rocco afirma que el proceso de condena constituye un todo único con el proceso de declaración de certeza, pero nada impide que se pueda tratar el proceso de declaración de certeza separadamente de un proceso de condena y considerar un proceso de condena separado y autónomo.

Por lo general se asocia la condena a la ejecución forzosa, la primera sirve para preparar la segunda; para Devis Echandía, la conexión que existe entre la sentencia de condena y la de ejecución radica en que aquella declara la caución a que el obligado debe ser sometido e impone prestación que debe cumplir, con la cual prepara el proceso ejecutivo, pues la ejecución es aplicación de la responsabilidad y está a su vez declarada precisamente en la condena.



Si se incumple la prestación procede la ejecución, ya que toda sentencia de condena sirve de título ejecutivo, pues no se concibe una que imponga la prestación o sanción, sin que pueda hacerse cumplir. La ejecución es el resultado necesario del incumplimiento de la prestación impuesta en la condena (art. 488 de P. C. Títulos ejecutivos). Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras, y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor, o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de providencias judiciales que tengan fuerza ejecutiva conforme a la Ley o de las providencias que en procesos contenciosos administrativos o de policía o aprueben liquidación de costas o señalen honorarios a los auxiliares de la justicia.

Chiovenda afirma que la sentencia de condena supone dos requisitos a saber:

a- La existencia de una voluntad de la Ley que garantice un bien a alguien imponiendo obligación de una prestación;

b- La convicción del juez de que basándose en la sentencia, pueda se, sin más, inmediatamente o después de cierto tiempo, proceder

por los órganos del Estado a los actos posteriores necesarios para la consecución efectiva del bien garantizado por la Ley.

Marco Gerardo Monroy Cabra:

La sentencia contiene una prestación o mandato y es la preparación de la ejecución. Si la declaración hace cierto el derecho, la sentencia de condena tiene por objeto posterior la ejecución. Para incoar este proceso se requiere interés para obrar, que consiste en un estado de hecho contrario al derecho, o sea, en un derecho no satisfecho por el obligado.⁸¹

Puede también existir la sentencia de condena al futuro, al respecto dice Chiovenda⁸²: "Hay casos en los cuales puede obrarse una prestación aún no debida, y que será debida hasta o después de la condena, no existiendo por lo mismo, violación alguna del derecho en el momento de la existencia".

Cabe anotar por último que se puede ser condenado a todo lo que puede estarse obligado a prestar (dar, hacer, o no hacer una cosa).

⁸¹ MONROY CABRA. op. cit. p. 77.

⁸² CHIOVENDA, op. cit. p. 226

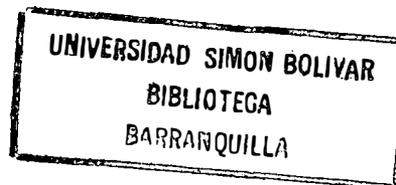
4.3.3. Proceso de declaración constitutiva

Según Chiovenda⁸³ "es constitutiva la sentencia en cuanto de la declaración judicial de un derecho se derivan ciertos efectos jurídicos". La sentencia constitutiva actúa mediante la declaración de una preexistente voluntad de la Ley esto es igual a las sentencias de declaración y de condena. La sentencia produce un estado jurídico que antes no existía, tiene efectos ex nunc y no extunc, o sea que se originan los efectos jurídicos solo cuando el cambio se produce. La esencia de la sentencia constitutiva es la producción de un estado jurídico que antes de la sentencia no existía.

Este proceso de declaración constitutiva es conocido como proceso de accertamiento constitutivo en la doctrina italiana. Las normas materiales, determinan tanto la constitución como la modificación de las relaciones jurídicas, estableciendo sus presupuestos, aplicándose esta norma al proceso, se opera no solo una declaración de certeza jurídica sino además una modificación del estado jurídico preexistente. Ejemplo de estas sentencias constitutivas que producen un estado jurídico nuevo, lo son, las que constituyen una ser

⁸³ CHIOVENDA. op. cit. p. 226.

vidumbre, las que producen la extinción de un estado jurídico existente; la sentencia de separación de cuerpo o bienes o disolución y liquidación de una sociedad o división de una comunidad o filiación natural.



Para Devis Echéandía⁸⁴

El juez no hace sino declarar o dar certeza jurídica a la existencia de los presupuestos previstos por la Ley, de la que se deriva, y no de la voluntad de aquel, la modificación. Pero como se hace más que darle certeza a la situación jurídica, este proceso ocupa un sitio intermedio entre el declarativo puro y el dispositivo.

La ley consagra los presupuestos y obliga a las partes interesadas a acudir al juez para que éste haga el pronunciamiento.

Para terminar este punto digamos que se llama constitutivo, porque la modificación de un estado jurídico preexistente se traduce en la constitución de un estado jurídico nuevo, pero es mejor llamarlo de declaración constitutiva, porque el juez no crea la relación jurídica sino que la declara.

⁸⁴ ECHANDIA, op. cit. p. 142.

4.3.4. Proceso mixto

Devis Echandía refiriéndose a las anteriores clases de procesos, dice que esas figuras no siempre están separadas sino que ocurre que frecuentemente se encuentran combinadas, así el proceso declarativo y el de declaración constitutiva; o el declarativo y el de condena; o el de declaración constitutiva y el de condena; o el declarativo, declaración constitutiva y el de condena. Anota el autor que por ejemplo, en materia civil, cuando al modificar el estado jurídico preexistente se debe imponer a una parte obligaciones en favor de la otra, se tiene un proceso de declaración constitutiva y de condena; cuando se impetra una declaración para deducir un estado civil y reclamar la herencia, se tiene un proceso declarativo, de declaración constitutiva y de condena.

4.4. PROCESO DE EJECUCION

Sostiene Devis Echandía que:

Cuando no se trate de una pretensión discutida que implique la necesidad de declarar quien tiene la razón, sino de una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce pero está insatisfecha, porque el obligado no ha cumplido su obligación correlativa, estamos en presencia del proceso ejecutivo, el mandato ya existe y se trata de una simple ejecución.

Cuando la pretensión es cierta y consta en un título, pero el obligado no le ha satisfecho, procede el proceso ejecutivo, al respecto expresa Rocco⁸⁵ :

Puede ocurrir que pese a la declaración de certeza y a la condena, el obligado no cumpla las obligaciones declaradas a su cargo, ni se determina espontáneamente, a base de la condena, a cumplir cuanto la norma jurídica pone a su cargo. En este caso : hay una tercera forma de proceso, que es el proceso ejecutivo, en virtud del cual el Estado realiza sobre el patrimonio del obligado, en lugar del derechohabiente, normalmente por equivalente económico, la obligación de declararla a cargo de aquel que resulta obligado.

El proceso ejecutivo se fundamenta en una pretensión insatisfecha y está regulado por estos principales :

- a- nulla executio sine titulo
- b- no proceder iude ex officio;
- c- Bona non consetur nisi deducto aere alieno.

Es decir, para la procedencia del proceso ejecutivo se requiere título ejecutivo y patrimonio ejecutable.

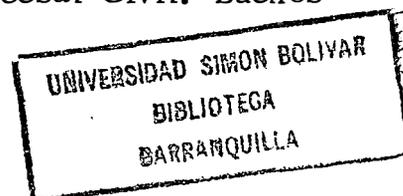
⁸⁵ ROCCO. op. cit. p. 119

Leo Rosenberg⁸⁶ establece las siguientes reglas :

- a- No todo proceso tiene como consecuencia una ejecución forzosa, hay ciertos procesos de declaración y constitutivos que nunca conducen a la ejecución forzosa;
- b- No toda ejecución forzosa tiene como presupuesto un proceso, como sucede con los títulos contractuales;
- c- Los procesos de ejecución y conocimiento pueden desarrollarse al mismo tiempo uno junto al otro;
- d- La ejecución forzada tiene construcción distinta del proceso de conocimiento.

Eduardo Couture dice "ejecución alude a acción y efecto de ejecutar. Ejecutar es, a su vez, realizar, cumplir, satisfacer, hacer efectivo y dar realidad a un hecho". El proceso ejecutivo asegura la eficacia práctica de las sentencias de condena, no se trata de obtener algo con el concurso del adversario, sino justamente en con

⁸⁶ ROSEMBERG. Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Ejea 1955 T. III, p. 7.



tra de su voluntad, no se está en presencia de un obligado sino de un sometido a la fuerza coercible de la sentencia, al respecto anotó Carnelutti⁸⁷ "La finalidad característica del proceso ejecutivo consiste, pues, en procurar al titular del derecho subjetivo o del interés protegido por la satisfacción sin o contra la voluntad del obligado".

Una cosa con los procesos de conocimiento y otra cosa es de ejecución, la diferencia resulta de la antítesis entre la razón y la fuerza, en el proceso del juzgamiento o de conocimiento se consigue la declaración del interés protegido. En el proceso de ejecución ya no estamos ante dos partes que recíprocamente se disputan la razón, sino ante una parte que quiere tener una cosa y otra que no quiere darla, en tanto que el órgano del proceso se la quita a ésta para dársela a aquella.

Pero esta finalidad de la ejecución no siempre se logra y esto ocurre:

⁸⁷ CARNELUTTI. op. cit. p. 389.

a- Cuando existe una imposibilidad física para hacerlo por destrucción del objeto o porque depende de un acto del obligado que no puede ser ejecutado por otra persona (como pintar un cuadro) y éste se niega a realizarlo;

b- Cuando habiendo consistido en una abstención, ya lo realizó. En estos casos la ejecución se hace por otra persona cuando sea posible y en caso contrario procede la indemnización de perjuicios.

Nuestra ley procesal contempla estas distintas hipótesis, en forma expresa. El art. 500 del Código de Procedimiento Civil autoriza al juez para que ordene la ejecución del hecho debido por otra persona a expensas del deudor, y los arts. 493, 494, y 502 se refieren al caso de incumplimiento de las obligaciones de hacer como hacer que se transforman.

En la ejecución por perjuicios. El art. 1610 del código civil dice que si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, el acreedor puede pedir que se le autorice a él mismo para hacerla ejecutar por un tercero a expensas del deudor, o que pesterle indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. Y el art. 1612 del mismo código añade que toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar perjuicios, si,

el deudor contraviene a lo pactado y no puede deshacerse lo hecho.

4.5. EL PROCESO CAUTELAR

La función jurisdiccional y el proceso civil importan, en su desenvolvimiento, un lapso, por desgracia, muy largo, de manera que ocurre que el derechohabiente aún ganando la causa, puede encontrarse, por malicia o negligencia del adversario, en la imposibilidad de realizar coactivamente su derecho sobre el patrimonio del obligado, al respecto Rocco afirma que el proceso cautelar o conservativo:

Tiende a conservar el estado de hecho y de derecho en el patrimonio del obligado, en previsión de una litis por instaurar, o en el curso de una litis ya instaurada, cuando haya motivo fundado para creer que el acreedor pueda perder las garantías de su crédito o hay temor que pueda sobrevenir mutaciones perjudiciales (secuestro conservativo, secuestro judicial, otras providencias cautelares).

Devis Echandía⁸⁸ dice que el proceso cautelar:

⁸⁸ ECHANDIA. op. cit. p. 145.

"Tiene cerca una función distinta de las anteriores. No se trata de la declaración de un hecho o la responsabilidad, ni de la constitución de una relación jurídica, ni de ejecutar un mandato y satisfacer un derecho que se tiene sin ser discutido, ni de dirimir un litigio, sino de prevenir los daños que el litigio acarrea o que puedan derivarse de una situación anormal.

El proceso cautelar se encamina a impedir que se modifique una situación o producir un cambio provisional en ella. Nuestro C. de P. C. regula las medidas cautelares previas al proceso ejecutivo o de separación de bienes (Libro IV, art. 678 y ss).

Carnelutti⁸⁹ afirma que el proceso cautelar tiene tres objetivos que se relacionan con el binomino tiempo-hecho, a saber:

- a- El juez puede tener la necesidad de eliminar el cambio probable de una situación;
- b- El juez puede tener la necesidad de eliminar el cambio ya ocurrido de una situación;
- c- El juez puede tener la necesidad de anticipar el cambio probable.

⁸⁹ CARNELUTTI. op. cit. p. 418

Estos tres principios se logran con la providencia cautelar (caute-
la viene de cavere que significa diligencia, previsión o precaución),
Para el autor, la finalidad del proceso cautelar es la tutela del de-
recho, y por tanto, su eficacia es mediata a través de otro proce-
so, agrega que el fin del proceso es "evitar dentro de los límites
de lo posible aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las par-
tes que pueden derivar de la duración del proceso."

El proceso cautelar se divide en conservativo e innovativo, según
que tenga por finalidad impedir que se modifique una situación exis-
tente, o por el contrario, producir un cambio en ella en forma pro-
visional. Devis Echandía anota, que puede ser un proceso autónomo,
como el de interdicción de un demente o del disipador; o un proce-
dimiento previo a un proceso ejecutivo o al de separación de bienes
entre conyuges, o en materia penal los embargos y secuestros de
bienes, la detención preventiva del sindicado o la guarda del demen-
te en una clínica u otro lugar adecuado mientras se define una si-
tuación.

La mayoría de los autores dividen el proceso cautelar en conserva-
tivo e innovativo, entre ellos Devis Echandía, pero el fin es reac-
cionar contra los cambios que el tiempo puede determinar en el es-
tado de hecho inicial. No obstante esta clasificación en dos, Car

nelutti establece una clasificación tripartita: inhibición (proceso cautelar inhibitorio), eliminación (proceso cautelar restitutorio,) del cambio.

4.6. PROCESO REPRESIVO Y PROCESO PREVENTIVO

Devis Echandiá⁹⁰ dice al respecto, ya se ha visto que el proceso civil o laboral, puede ocasionarse por la presencia de un litigio que viene siendo un proceso represivo, o bien por un conflicto simplemente en potencia, viene a ser el proceso preventivo

Los procesos cautelares previenen los daños provenientes del litigio mismo, y en esto se diferencia de los procesos preventivos, ejemplo de éstos son los de declaración constitutiva en que no existe litigio, pero gracias a ellos, se evitan los que puedan sobrevenir. También algunos declarativos de jurisdicción voluntaria, en los cuales no se trata de intereses opuestos y partes contrarias, sino simplemente de llenar por su intermedio el requisito legal para la validez de un acto o para que una relación jurídica se produzca, como en los casos de licencia judicial para enajenar y gravar bienes de los incapaces, en los procesos de sucesión por muerte, y los contenciosos cuando ambas partes tienen interés común en precisar la modalidad o la existencia de una obligación. Pueden incluirse en los preventivos los procesos para aplicar medidas de seguridad o tratamientos clínicos forzosos, a sujetos considerados peligrosos,

⁹⁰ ECHANDIA. op. cit. p. 145

pero que no han delinquido, como los drogadictos, alcohólicos y las prostitutas.

4.7. PROCESO SINGULAR Y PROCESO COLECTIVO

Como hemos visto, la relación que da lugar al proceso se desenvuelve entre tres sujetos: de una parte, el órgano jurisdiccional y de otra, el actor y el demandado, pero se presentan casos en que hay más personas como actores o como demandados, es decir, en un proceso pueden ser partes dos personas, como demandante y demandado, entonces el proceso es singular. También se pueden presentar varias personas en cada una de las partes (demandado y demandante) y el proceso es colectivo, un ejemplo de estos son, los procesos sobre legalidad de huelgas o contratos colectivos de trabajo. Por último, podemos decir que en el proceso pueden ventilarse intereses singulares o particulares o por el contrario, pueden debatirse diversas categorías de intereses.

4.8. PROCESO CONTENCIOSO Y PROCESO VOLUNTARIO

Esta clasificación proviene de la distinción entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.

El proceso de jurisdicción voluntaria es un proceso sin litigio, el

problema del proceso voluntario en contraposición al contencioso, desaparece por sustracción de materia toda vez, que la llamada jurisdicción voluntaria no lo es en el sentido de función del Estado, que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la Ley. De acuerdo con lo anterior Chiovenda afirma: "que los actos de jurisdicción voluntaria que se siguen atribuyendo al juez son de simple administración". Couture en cambio, considera "que no debe prescindirse de la clasificación tradicional". Si bien, como lo anota, la distinción de los dos campos, en que se ha dividido la jurisdicción en el derecho modernos se hace cada día más difícil de establecer tal distinción.

En la jurisdicción voluntaria, el Estado interviene para verificar la conveniencia o legalidad de un acto. Rocco sostiene: " que es la actividad administrativa encomendada a los órganos jurisdiccionales". El proceso en el cual se ejerce la jurisdicción voluntaria, es un proceso sin litis, la función del juez es dar autorización, homologar o probar un acto; por lo cual algunos autores dudan de si pertenece a la jurisdicción o se trata de una típica función administrativa.

Al respecto dice Devis Echandía, "que las voluntades están unidas en el proceso de jurisdicción voluntaria y que persiguen una declaración común", da el ejemplo, de los herederos que piden se

Algunos autores sostiene que en la jurisdicción voluntaria, el juez no está frente a dos partes y por lo tanto, no hay jurisdicción, es decir, en el proceso voluntario hay una sola parte que obra, al respecto Carmelutti dice: "No hay nunca una sola parte que padece, o sea, que sufre el resultado mismo; y esto basta para restablecer el actus trium personarum; es claro que se forma entre quien realiza el negocio y las otras tantas parejas como son posibles los conflictos de interés, que del cumplimiento del negocio pueden derivar". Por otro lado los opositores de esta tesis sostienen, que el proceso voluntario, se desarrolla con la acción de una sola persona, y por consiguiente sin contradictorio. Sobre esto dice Devis Echandía⁹².

En Colombia puede decirse que lo que caracteriza el proceso de jurisdicción voluntaria civiles que, inicialmente, no existe conflicto de interés ni de voluntades, en cuanto a la petición en si misma que inicia el proceso, y del hecho, por lo tanto, de que la declaración del juez se solicita respecto de ciertas personas y no en contra de otras; y el proceso contencioso existe cuando la demanda con lleva un conflicto de voluntades y la declaración se solicita en contra de otras personas o para que otras la soporten y obedezcan.

92 ECHANDIA. op. cit. p. 146.

Por lo que respecta a nuestro derecho, se dejó apuntado el pensamiento que acerca de este problema tiene la Corte Suprema de Justicia, que es el tradicional y que se acopla a la exposición formal del propio Chiovenda, pues según nuestro máximo tribunal, la jurisdicción contenciosa es la que se ejerce inter invictos o invitos, es decir, entre los que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio a pesar suyo o contra su voluntad, a instancia o a solicitud de alguno de ellos. La jurisdicción voluntaria se ejerce, por el contrario, no invitos sino solo inter volantes o in volantes, esto es, a solicitud o por consentimiento de las dos partes que están de acuerdo, en virtud de la demanda de una sola parte, mientras no deba o no pueda comunicarse por el juez a la otra que tenga interés en contradecirla (autos sala de negocios generales, 26 de septiembre de 1942).

5. LOS SISTEMAS PROCESALES

5.1. HISTORIA DE LOS SISTEMAS PROCESALES

Como ya lo hemos visto el proceso es un conjunto de actos en cuya ejecución interviene el juez, demandante y demandado, actos que deben realizarse en orden establecido por la Ley. Pues bien hay dos sistemas procesales, según la posición que se le asigne al juez y a las partes, son ellos el Dispositivo y el Inquisitivo.

El dispositivo sistema que confiere a las partes el dominio del procedimiento;

El inquisitivo en el cual el juez debe investigar la verdad material, prescindiendo de la actividad de las partes.

El proceso primitivo tenía por objeto el rechazo de la autodefensa, es decir su finalidad era la supresión de la violencia y para eso estaban los jueces que tenían carácter de árbitros, en un principio

solo eran para los ilícitos penales, extendiéndose más tarde a los débiles e incapaces.

En Grecia rigió el proceso dispositivo y apenas el juez podía decretar pruebas de oficio. Los principales medios probatorios fueron el testimonio, los documentos y el juramento.

En Roma el juez en principio era arbitro, posteriormente representó la soberanía del Estado. Con la influencia del derecho germánico tanto en el penal como en el civil fueron acusatorios, es decir dispositivo por la parte interesada, el papel del juez era pasivo, el acusador no presentaba prueba, ya que el acusado tenía que demostrar su inocencia y la actividad probatoria era exclusiva de las partes.

Posteriormente las últimas instituciones del imperio Romano, tenían un germen inquisitivo, le correspondió a la iglesia sustituir el sistema dispositivo por el inquisitivo y sus características principales eran las siguientes: Intervención de oficio por parte del juez; confesión por medio de tortura. En la actualidad es un sistema mixto en lo penal, toma parte el Ministerio Público en representación de la sociedad, interviene la parte civil para reclamar los perjuicios. En cambio en lo civil se conservó el sistema dispositivo hasta ha

ce poco, hoy en día es mixto. Al respecto anota Alsina;⁹⁴

Lo encontramos así tanto en el proceso romano como en el germano, y cuando ambos pueblos se enfrentaron a España, penetra en el fuero Juzgo y paso a las Siete Partidas sin sufrir mayormente la influencia del derecho canónico. La consolidación de la monarquía trajo como consecuencia una mayor intervención del juez en la dirección del proceso, y así la ordenanza de Luis XIV, de 1667, le atribuyó la facultad de seleccionar las pruebas, y la legislación prusiana del siglo XVIII que se inicia bajo el reinado de Federico el Grande culmina con el advenimiento al trono de Federico II, consigna primero en el Corpus Iuris Fridericianum de 1771 la facultad del juez de aportar pruebas en el proceso civil y luego en la ordenanza de los Estados Prusianos de 1673 amplía sus poderes en la averiguación de los hechos. Pero después de la revolución francesa el auge del individualismo determinó un retorno al sistema dispositivo y así el código de procedimiento francés de 1804 suprimió esas facultades judiciales, como también lo hizo la ordenanza procesal alemana de 1833. De este modo, el principio dispositivo, con la consiguiente limitación de los poderes al juez, se expande en el continente bajo la influencia del código francés, se afirma en la Ley de enjuiciamiento española y a través de ésta orienta la mayor parte de los códigos americanos.

El actual proceso civil se orienta en el sentido de otorgar facultades al juez para decretar pruebas de oficio y para impulsar el proceso. Contienen estos principios los códigos de Austria, México,

⁹³ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. 1, 2 edic. Buenos Aires, Edit. Sociedad Anónima Editores, 1963 T. I., p. 106.

Alemania, Italiano, aunque conservan el sistema dispositivo, de igual manera lo contienen los códigos del Brasil.

Sostiene Marco Gerardo Monroy Cabra⁹⁴:

El proceso civil moderno es de interés público, tiene a la verdad real, y a la igualdad de las partes, exige demanda del interesado, prohíbe al juez resolver puntos no planteados en la demanda, acepta que las partes puedan disponer del proceso por desistimiento, caducidad, transacción y arbitramento, establece la libre valoración de la prueba, permite al juez impulsar el proceso y decretar pruebas de oficio, todo lo cual pretende una sentencia justa.

5.2. CARACTERISTICAS DEL DISPOSITIVO

Según Alsina⁹⁵ este sistema confiere a las partes el dominio del procedimiento y se caracteriza por los siguientes principios:

a- El juez no puede iniciar de oficio el proceso (nemo iure sine actore);

b- El juez no puede tener en cuenta los hechos ni los medios de

⁹⁴ MONROY CABRA. op. cit. p. 45

⁹⁵ ALSINA, op. cit. p. 42.



pruebas que no han sido aportados por las partes. (*quod non est in actis non est mundo*);

c- El juez debe tener por cierto los hechos en que las partes estén de acuerdo (*ubi portis sunt concordēs nihil ab fudiciem*);

d- La sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y aprobado (*secundum allegato et probata*);

e- El juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (*ne eat ultra petita partium*).

Para Mittermaier⁹⁶ el proceso acusatorio antiguo o dispositivo revestía las siguientes características:

a- El proceso revestía un interés casi exclusivamente privado, dentro del marco de las partes contendientes tanto en lo civil como en lo penal, por lo tanto constituía "un verdadero combate entre las partes";

⁹⁷ MITTERMAIER. op. cit. p. 26.

- b- No podía iniciarse ningún proceso oficiosamente, sino que era indispensable la acusación de los ofendidos o sus familiares (acción privada para su iniciación) e igualmente se requería la iniciativa de las partes para su tramite posterior;
- c- El juez tenía una actitud meramente pasiva y el carácter de arbitro que presencia el combate y reconoce al vencedor;
- d- Aún en el proceso penal existía necesariamente tres sujetos: el juez, el acusador y el acusado;
- e- No existían inicialmente jueces permanentes como hoy los conocemos, porque el juez era el pueblo o delegados de su seno;
- f- El proceso debía tramitarse íntegramente ante ese juez;
- g- El proceso era oral, pero lleno de solemnidades;
- h- El proceso era público desde su iniciación;
- i- El proceso en toda su extensión era controvertido, conociendo el acusado los cargos desde un principio, lo mismo que las pruebas que contra él se tenían;

j- El acusador no necesita presentar pruebas, porque el acusado tenía que demostrar su inocencia, la carga de la prueba era para el acusado;

k- El juez carecía de facultades para decretar pruebas o aportar pruebas, la iniciativa era de las partes;

l- La prueba era encaminada a establecer la verdad aparente o formal, no existían reglas generales que las gobernara, basados en medios primitivos, como la superstición religiosa, los duelos, las ordalías, la justicia se basaba en la suerte o en la fuerza y habilidad de los contendientes, con la Fe en que Dios daría el triunfo al que tuviera la razón.

Según Devis Echandía⁹⁷ se pueden resumir esas características fundamentales así:

La necesidad de la acusación para iniciar el proceso; la inactividad del juez en materia de prueba y su papel de arbitro o director de la lucha entre los particulares; el juez popular; el no coaccionar la confesión, pero su carácter de prueba absoluta si presentaba libremente; la ausencia de normas legales sobre valoración de las pruebas, y carácter oral.

⁹⁷ ECHANDIA, op. cit. p. 27

5.3. CARACTERISTICAS DEL INQUISITIVO

Como vimos el proceso civil conservó su fisonomía predominantemente acusatoria hasta el siglo XIX y sólo en las últimas décadas aparece un movimiento doctrinario y legislativo que le dá una tendencia inquisitiva, pero no obstante ésta es limitada y prevalece en el proceso el carácter dispositivo de las partes, aunque la mayoría de las legislaciones consagran facultades al juez para decretar pruebas de oficio y para impulsar el proceso.

El sistema inquisitivo es propio de lo penal, pero los sostenedores del sistema inquisitivo, sustentan que en este sistema el juez debe investigar la verdad material, prescindiendo de la actividad de las partes. Por lo tanto el juez debe iniciar oficiosamente el proceso, y utilizar cualquier medio que tienda a la búsqueda de la verdad.

Todo los tratadistas en la mayoría están de acuerdo en que el sistema inquisitivo es propio de lo penal, pero alguno de ellos como Bacon, Montesquieu y sus seguidores, consideran que algunas características del penal, se dan en lo civil y son estas:

a- Los jueces son funcionarios permanentes que representan al Estado.



b- El proceso es escrito y se despoja de solemnidades, tanto en lo penal como en lo civil, pero se vuelve demasiado lento;

c- Como garantía para el acusado o demandado y una reacción primitiva contra los medios primitivos bárbaros y absurdos, se crea un sistema legal de pruebas que obliga al juez y a su aceptación;

d- La carga de la prueba no pesa sobre el acusado, sino sobre el demandante salvo para negociaciones indefinidas, los hechos notorios y las excepciones del demandado.

5.4. CARACTERISTICAS DEL MIXTO

Como lo vimos en el punto 3.1. en relación a los sistemas procesales, con el transcurso del tiempo tanto para lo penal como para lo civil, fueron conjugándose en los procesos de uno y otro, aspectos dispositivos y adquisitivos, no obstante el penal sigue conservando en su mayoría aspectos inquisitivos y el civil sigue siendo dispositivo. Como a nosotros nos interesa el proceso civil, veamos las características que presenta de uno y otro sistema.

Según Devis Echandía⁹⁸ son estas las características dispositivas o

⁹⁸ Ibid. p. 30

acusatorias :

a- Se exige demanda del interesado para su iniciación;

b- Se prohíbe al juez resolver puntos no planteados en la demanda y en las excepciones del demandado, pero en Colombia basta que éste probado la excepción de fondo, para que el juez la declare, salvo las de prescripción, compensación y nulidad sustancial relativa;

c- Las partes gozan del principio de disponer del proceso por de sistimiento, maducidad, transacción, arbitramento;

d- La actividad probatoria es repartida entre el juez y las partes, en algunos países es solamente de las partes;

e- El proceso es público desde su iniciación, y al demandado se le comunica la demanda una vez aceptada;

f- No existe etapa probatoria secreta, ni práctica de ninguna sin controversia o contradicción;

g- En la actualidad existe la tendencia de abolir la tarifa legal de

pruebas, salvo los medios solemnes necesarios para tenerlas en cuenta, existe el sistema de la libertad de apreciación razonada y lógica, sistema establecido en la mayoría de los países.

Las anteriores eran características dispositivas ahora veamos las características inquisitivas de los modernos procesos civiles según el mismo autor:

a- El juez es permanente y representa al Estado;

b- Es un proceso escrito y lento en muchos países, pero existe la tendencia a la oralidad;

c- La carga de la prueba corresponde en un principio al demandante, menos que se trata de negociaciones indefinidas o hechos notorios o presumidos por Ley;

d- Se le considera de interés público y con fin público, hace cincuenta años era de interés privado y con fin privado;

e- En algunos países como Italia, el Ministerio Público puede iniciar el proceso si éste es de interés general, en Rusia el Ministerio Público tiene poderes amplios;

f- Existe la tendencia actual de otorgar facultades al juez para decretar y practicar pruebas oficiosamente, consagrada en muchos países entre los cuales se encuentra el nuestro.

De las anteriores características dispositivas e inquisitivas podemos observar que en principio el proceso civil fue dispositivo pero hoy en día tiene cierta preponderancia inquisitiva, de igual manera se puede decir que tienen hoy en día tanto de una como de otra característica, produciéndose de esta manera un acercamiento entre el proceso civil y penal, o sea se dan los procesos mixtos, pero de lo que no hay duda es que en la actualidad se consideran ambos de interés público.

5.5. SISTEMA PROCESAL EN COLOMBIA Y CARACTERISTICAS DISPOSITIVAS E INQUISITIVAS

La Ley 105 de 1931 reformó el código de 1872 que adoptó el Estado de Cundinamarca de 1858, el cual se basaba en la Ley de enjuiciamiento de 1855 que siguió el código francés de 1856. Este código fue reformado por los decretos 1400 y 2019 de agosto 6 y octubre 26 de 1970, y empezó a regir el primero de julio de 1971.

Nuestro actual código de procedimiento civil tiene las siguientes ca

racterísticas acusatorias o dispositivas :

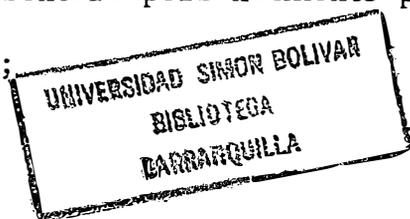
a- Se requiere demanda de la parte perjudicada, excepto los casos en que el juez puede iniciar oficiosamente algunos procesos (art. 2) "iniciación e impulso de los procesos. Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la Ley autoriza promover de oficio";

b- No puede reconocerle al demandante un derecho mayor del que pide en la demanda, (art. 305 ord. 2).

Congruencia.- La sentencia debe estar en consecuencia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que el código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la Ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda.

c- Se permite a las partes poner fin al proceso por desistimiento y transacción;

d- Las partes pueden renunciar a los derecho procesales, como también pueden pedir la suspensión del proceso por tiempo determinado (art. 170 num. 3) "cuando las partes de común acuerdo, por determinado tiempo, en escrito presentado personalmente por todas ellas" 9 suspensión del proceso);



Muchas son las características inquisitivas en nuestro código civil, a saber;

a- El juez tiene el impulso oficioso del proceso (art. 2, inc. 2) "con excepción de los casos expresamente señalados en la Ley, los jueces debe adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya";

b- El juez debe declararse impedido cuando ocurra en él alguna de las causales previstas en la Ley (art. 141) "Declaración de impedimentos. Los magistrados, jueces, conjuces en quienes concurra alguna causal de recusación degerán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella".

c- El juez debe oficiosamente declarar la nulidad(s) que observe o ponerla en conocimiento de las partes, según sea o no saneable (art. 15) "en cualquier parte del proceso, antes de dictar sentencia, el juez o magistrado podrá declarar las nulidades que observe y que no hayan saneado ...";

d- El juez o magistrado puede decretar oficiosamente pruebas en primera o segunda instancia, siempre que sean pertinentes, conducentes y útiles para la demostración de los hechos objeto del litigio

(art. 179).

Prueba de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados la alegación de las partes; Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigo, será necesario que éstos aparezcan mencionados en las otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que impliquen su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que resuelva sobre costas, (art. 180).

Decreto y práctica de pruebas de oficio. Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar. Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adicia según fuere el caso;

e- Igualmente, puede decretar la declaración de testigos, siempre que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o cualquier acto procesal de las partes (art. 179);

f- El juez puede practicar la diligencia de inspección judicial cuan

do la parte que pidió la prueba no concurra, si fuere posible hacerlo y lo considera conveniente (art. 246 num 1);

g- El juez puede declarar oficiosamente probada las excepciones de merito cuando encuentre plenamente probados los hechos que la constituyen, excepto las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que siempre deberán alegarse en la contestación de la demanda (art. 306);

h- El juez está obligado a emplear los poderes que el código le otorgó para evitar fallos inhibitorios, nulidades y castigar el fraude procesal (art. 2) y el (art. 137 num 4) "Deberes del juez. Emplear los poderes que este código le confiere en materia de prueba, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y para evitar nulidades y providencias inhibitorias."

Marco Gerardo Monroy Cabra anota nuestro código actual resume las anteriores características de uno y otro sistema, y los principales principios que sustenta este nuevo código que empezó a regir el 1 de julio de 1971, son las siguientes:

a- Se le otorga al juez facultades para hacer más efectiva la igual

dad de las partes ;

b- Se consagró la inmediación del juez sobre el material probatorio y sobre los sujetos del proceso;

c- Se le otorgó al juez facultad para decretar pruebas oficiosamente, tanto en la primera como en la segunda instancia, siempre que sean conducentes, pertinentes, útiles y que se refieran a los hechos, materia del proceso;

d- Se estableció la responsabilidad de los jueces, partes y apoderados por sus actuaciones en el proceso;

e- Se consagran una serie de medidas para acelerar el proceso;

f- Se instituyó la sana crítica o persuación racional en la valoración de la prueba;

g- El proceso es dispositivo por cuanto las partes pueden iniciar el proceso y concluirlo por desistimiento o transacción, impulsarlo, pedir pruebas y el juez debe decidir sobre las pretenciones de la demanda y las excepciones que se hayan propuesto por el demandado;

h- Se combina el impulso oficioso del juez y del secretario una vez iniciado el proceso, con el establecimiento de la perención por incumplimiento de la carga que tienen las partes de impulsar el proceso;

i- Se le confieren poderes al juez para prevenir y sancionar el fraude procesal, así como todo acto de deslealtad tanto de las partes como de sus apoderados;

j- Se simplificó el procedimiento y se suprimieron numerosos espesificales innecesarios;

k- Se estableció un estatuto separado para la organización judicial (decreto 1265 de 1970);

l- Se consagró el principio de las dos instancias como regla general;

m- El código contiene una rigura sistemática: Libro 1: sujetos del proceso. Libro 2: Actos procesales. Libro 3: Los procesos. Libro 4: medidas cautelares. Libro 5: Cuestiones varias. Además el estatuto orgánico de la administración de justicia quedó así: Libro 1: "Organización judicial", contenida en el decreto 1265 de 1970. Libro

2: las "disposiciones sobre división territorial, judicial, despachos, funcionarios y empleados" Libro 3: las "normas sobre carrera judicial" que están en el decreto 250 de 1970; y libro 4: "disposiciones sobre el ejercicio de la abogacía" (decreto 196 de 1971).

6. CONCLUSIONES GENERALES

6.1. DEL CONCEPTO GENERAL DEL PROCESO

Es necesario tener en cuenta el desarrollo de la sociedad a través de sus diferentes etapas para poder ver con claridad lo que ha significado el proceso en cada una de ellas. A nuestro modo de ver, casi todos los tratadistas lo definen solamente desde el punto de vista jurídico, olvidando que los intereses contrapuestos de las partes están determinados por una sociedad dividida en clases, en donde naturalmente el desmedido afán de enriquecimiento es el que viene a dar las pautas de un proceso encaminado a la protección de la propiedad privada.

Sobre el aspecto jurídico, es menester manifestar que hoy en día se puede hablar con certeza acerca de la Noción del Proceso, ya no se confunde el Proceso con el Procedimiento y el Litigio.

6.2. DE LA HISTORIA DEL PROCESO

Las diferentes concepciones del proceso en la historia, no son otra cosa que el reflejo de un modo de producción existente en una sociedad determinada.

En un principio imperó la Ley del más fuerte; por medio de las guerras se consiguió la mano de obra, correspondía a esa época un proceso que se resolvía a favor del que fuera más fuerte. Este modelo fue característico de la etapa del esclavismo.

En el feudalismo la palabra del feudal prevalecía sobre la del siervo. Se caracteriza por la influencia de la iglesia.

En la actualidad tenemos un proceso que corresponde a las exigencias del capitalismo, por tanto el proceso se caracteriza por su clara defensa de la propiedad privada, siendo tal su magnitud que para lograr su objetivo se recurre al empleo de violencia, haciendo a un lado las más fundamentales necesidades de convivencia social, como son: el derecho a la vivienda, salud, alimentación, educación, etc.

Referente a nuestro proceso, podemos anotar que con el descubrimiento de América, los españoles trajeron consigo la introducción de los elementos lingüísticos, religiosos, técnicos, morales y jurídicos

dicos, al mismo que se producía una fusión étnica entre conquistadores y conquistados. Las costumbres de aquellos se imponían como consecuencia de la dominación ibérica. Las colonias debieron someterse al ordenamiento jurídico y a las leyes impuestas desde la metrópoli.

Luego de la independencia continuaron rigiendo las mismas leyes españolas y poco a poco se fueron suprimiendo y adaptándose normas de acuerdo a nuestro reciente Estado. En la actualidad se puede afirmar que nuestro sistema procesal marcha a la par con el sistema imperante en todas las legislaciones preferentemente en cuanto al dominio del sistema dispositivo y las marcadas tendencias del inquisitivo.

6.3. DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO

A nuestro modo de ver, en la determinación de la naturaleza jurídica del proceso, la ciencia procesal ha encontrado un verdadero escollo. El profesor Couture admite el problema diciendo que una orientación muy reciente de la doctrina ha traído una nueva perplexidad en torno al fenómeno, en relación a este problema los tratadistas replantean el problema de la naturaleza jurídica del proceso. Satta habla de él, como un ministerio; Calamandrei como la

miseria de las hojas secas de un árbol; Carnelutti como la búsqueda en pos del tiempo perdido.

Para algunos autores el proceso es un contrato; un cuasicontrato; una relación jurídica; una situación jurídica; una entidad jurídica compleja; para otros una institución.

La teoría del contrato es la más antigua, se basa en la Litis Contestatio del Derecho Romano, que genera un contrato entre las partes, posteriormente, se sostuvo como un cuasicontrato porque el consentimiento de las partes no se manifestaba libremente.

Descartadas del campo doctrinario las teorías anteriores, se llega a la conclusión de considerar el proceso como una relación jurídica que conste de varios sujetos, investidos de poderes determinados por la Ley y que actúan con base en la obtención de un fin. Los sujetos son el actor, el demandado y el juez, a nuestro modo de ver esta es la tesis que cuenta con más adhesiones.

Luego viene la teoría de la Situación Jurídica, sustentada con base en que el derecho asume una condición dinámica que le es deparada por el proceso, y que por consiguiente, no se puede hablar de derechos sino de posibilidades de que el derecho sea reconocido en

la sentencia, de expectativas de obtener ese reconocimiento, y de cargas del propio interés para cumplir los actos procesales.

La tesis de la entidad jurídica compleja, sostiene que el proceso es una entidad jurídica compleja que no pierde su unidad, el proceso se forma por una pluralidad de elementos íntimamente vinculados unos a otros, a través de esa pluralidad de elementos en la norma, el proceso se considera como entidad jurídica compleja.

Ante esta variedad de teorías sobre el proceso se concibe una nueva teoría, el proceso como una institución, esta teoría es para Couture la del lenguaje que admite el fácil entendimiento en la doctrina procesal, es un momento del derecho en que se conciben como instituciones: el trabajo, la empresa, el nombre, etc.

Como conclusión podemos terminar diciendo que ninguna de las teorías esquemáticamente expuestas carece de valor, ni debe tener el destino de sucumbir con el advenimiento de otra teoría en el tiempo. Por el contrario todas ellas se complementan, permitiendo descubrir la total, integración o estructura del proceso.

6.4. DE LAS CLASES DE PROCESO

La clasificación obedece a las distintas ramas del derecho existentes en cada país. Nuestro proceso civil tiende a la declaración del derecho en vista de su incertidumbre, o a la ejecución forzosa cuando la existencia es indiscutible, o a medidas de aseguramiento de los derechos, según se trate de un proceso declarativo o ejecutivo o cautelar.

Cabe anotar, que las clases de proceso existentes en Colombia obedecen a que en cada una de las ramas jurisdiccionales, se presenta una diversidad de procedimientos que determina un proceso específico para cada caso según las funciones o fines que se persiguen.

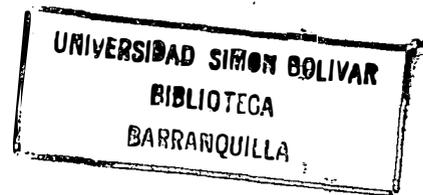
6.5. DE LOS SISTEMAS PROCESALES

Con la última reforma estructural del proceso civil, nuestra legislación marchó a la par con el avance de la ciencia y la rapidez del intercambio jurídico. Los cambios que se operaron fueron el desplazamiento del poder de iniciativa, que se trasladó de las partes al juez, la atenuación del sistema dispositivo se viene produciendo, imponiéndose el cambio de método en la comunicación del juez con las partes y con las pruebas.

Al respecto podemos sacar como conclusión que con el intervencio

nismo estatal, el principio dispositivo característico del proceso civil viene en quiebra, dándole paso a la libre iniciativa del juez.

Hoy en día las modernas legislaciones combinan en el proceso, tanto el sistema dispositivo como el inquisitivo, el hecho de que el primero esté en quiebra no quiere decir que el proceso civil tenga que llevarse al polo opuesto de dicho método, la iniciativa de las partes y del juez hacen más viable la obtención de la finalidad del proceso.



BIBLIOGRAFIA

- CARNELUTTI, Francisco. Derecho y Proceso. Editorial Ejea. Buenos Aires, 1971. Tomo I.
- COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición postuma. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1973.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Volumen I. segunda edición. Editorial Revista de derecho. privado, Madrid 1948.
- ECHANDIA, Devis. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. parte general, séptima edición. Editorial A B C, 1978.
- GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Tercera edición. Editorial Instituto de estudios políticos, Madrid, 1968.
- LOPEZ B., Hernán Fabio. Instituciones del Derecho Procesal Civil, colombiano. Parte general, Editorial Temis, 1974.
- MONROY C., Marco Gerardo. Principios de Derecho Procesal. Editorial Temis. Bogotá, 1974.
- MORALES M., Hemando. Curso de Derecho Procesal Civil. Volumen primero, parte general, Séptima edición, editorial A B C Bogotá, 1978.
- PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Albatros, Buenos Aires, Lavalle 3975.
- PRIETO GASTRO, I. y FERNANDEZ. Derecho Procesal Civil. Volumen I. Tercera Edición, Editorial Tecnos Madrid.
- ROCCO, Ugo Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen, parte

general, editorial Temis, Depalma Buenos Aires, 1969.

ROSEMBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal y Civil. Editorial Temis, Tomo 1. Bogotá 1969.



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
MORONQUILLA