

## EL PROCESO Y SUS CONDICIONES DE VALIDEZ FORMAL\*

*Horacio Montoya Gil*

Abogado de la Universidad de Antioquia.

Profesor Agregado de Teoría General de Proceso.

Magistrado de la Sala Civil - Tribunal Superior de Medellín.

Carrera 52 N° 48-45 - Of. 311.

\*Notas para un Curso de Teoría General del Proceso referidas al Procedimiento Civil Colombiano.

## SUMARIO :

### Consideraciones Preliminares.

- I. Generalidades.
- II. El Proceso Civil: Función y Clasificación.
- III. Relación Jurídica Procesal.
- IV. Presupuestos Procesales.

#### 1. Consideraciones Preliminares.

El conocimiento científico del derecho procesal, superado el período de la *praxis* o procedimentalismo,<sup>1</sup> supone la dilucidación conceptual previa de tres grandes problemas, tan complejos como esenciales e íntimamente conexos entre sí, en torno a los cuales gira el derecho procesal. En efecto, la determinación de los conceptos de *acción*, de *jurisdicción* y de *proceso* constituye la base fundamental, la piedra angular o, si se quiere, los primeros principios en que se apoya la ciencia procesal.

Ciertamente, estos tres conceptos se hallan tan íntimamente ligados que en el estado actual de la ciencia procesal resulta imposible concebir un *proceso* que no sea el resultado del ejercicio de una acción y que pueda desenvolverse sin la actividad de la jurisdicción. Como tampoco puede suponerse una *acción* tomada en sentido estricto, sin una jurisdicción ante la cual se ejercite y un proceso dentro del cual se desarrolle. Ni tampoco es posible imaginar una *jurisdicción* sin una acción que la excite, poniéndola en movimiento, y un proceso dentro del cual se desenvuelva y agote.

Precisamente por lo que se acaba de decir los autores están de acuerdo en que los conceptos de acción, proceso y jurisdicción constituyen los pilares del derecho procesal; todos ponderan su importancia y, por lo mismo, coinciden en sostener que sin un claro conocimiento de ellos resulta imposible dar un paso en la ciencia procesal moderna "Los referidos conceptos, anota José Alberto Do Reis citando a Calamandrei, tienen, con respecto de la ciencia del proceso, importancia semejante a la de los axiomas en las matemáticas, a la de los principios de identidad, contradicción y exclusión del medio en la lógica. Se trata de tres nociones fundamentales de

orden sistemático que no están definidas sino supuestas por el derecho positivo, sin cuyo conocimiento previo es imposible dar un paso en la ciencia procesal moderna".<sup>2</sup>

Eduardo B. Carlos<sup>3</sup> uno de los impulsores de la teoría general del proceso y, al mismo tiempo, quizás el mayor defensor de la unificación del derecho procesal, sostiene que las nociones de acción, jurisdicción y proceso, no son propias o exclusivas de cada una de las ramas jurídicas procesales, en particular. Afirma que son conceptos comunes a todas ellas, pese a la ortodoxia de algunos autores, especialmente de los tratadistas del derecho penal, salvo Florian y Manzini quienes, al menos parcialmente, aceptan la unificación en algunos aspectos del derecho procesal. Cree este autor que llegará el día en que se dé la unificación del proceso civil y el proceso penal, tal como lo ha sido en Suecia en donde, legislativamente, fue adoptada una parte general común a los dos Códigos.<sup>4</sup>

## I GENERALIDADES

### 2. *Noción de Proceso.*

Como se sabe, el objeto de conocimiento del derecho procesal lo constituye justamente el proceso. La voz proceso tiene varias acepciones, como se verá enseguida: tomada en su acepción más general, ella hace referencia a una serie de fenómenos, actos o acontecimientos que se suceden en el tiempo y que mantienen entre sí determinadas relaciones. Así concebido el proceso, es un concepto que emplean tanto las ciencias naturales, como las sociales. Se puede hablar entonces de procesos químicos, físicos, biológicos, psicológicos, jurídicos, etc.

Con arreglo a lo anterior, para que pueda hablarse de un proceso es necesario que los fenómenos o acontecimientos de que se trata *se sucedan en el tiempo y se mantengan relacionados entre sí*, bien por el fin o por la *causa generadora*.

Ya dentro del *campo jurídico*, pero tomado también en *sentido general*, el proceso se presenta como una serie de actos que se suceden en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí para el fin y objeto que se quiera realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación entre tales actos es, precisamente, la *finalidad* que se persigue. En este sentido se puede hablar de proceso legislativo, proceso contractual, proceso jurisdiccional, etc.

En un sentido más técnico, la voz *proceso* —*processus*— tomada del derecho canónico y derivada de *procedere* significa avanzar, camino a recorrer, trayectoria a seguir en un sentido o hacia un destino o fin determinado.

En el ámbito jurídico, esa expresión se vincula a una de las funciones del Estado: la función jurisdiccional. De suerte que la función jurisdiccional del Estado se manifiesta por un conjunto de actividades que, en esencia, constituyen el proceso.

### 3. *Definición.*

En lo que toca a la definición del proceso, cada autor trae la propia, destacando en ella no sólo su expresión de dinamismo, de idea esencialmente teológica sino también agregándole los elementos que destaquen la orientación privatista o publicista de su autor.

Partiendo de la noción que se acaba de consignar, Jaime Guasp lo define diciendo que "el proceso es una serie o sucesión de actos que tiende a la actuación de una pretensión, mediante la intervención de los Organos del Estado, instituidos especialmente para ello". Couture, después de precisar que el término presenta varias acepciones, dice que el proceso judicial se puede definir "como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión".<sup>5</sup>

El Profesor argentino Eduardo B. Carlos, destacando no sólo los límites temporales dentro de los cuales se desenvuelve sino también la importancia de la preclusión en su desarrollo e incluyendo en ella los sujetos, lo define diciendo que "el proceso ha de entenderse como un conjunto o complejo de actos, realizados por las partes (actor-demandado-querellante-acusado) y el Juez o Tribunal, concatenados entre sí, en cuanto uno sucede al que le precede y es causa del que le sigue y que van, desde el acto inicial que naturalmente lo incoa hasta el que lo decide".<sup>6</sup>

### 4. *Diferencias entre Proceso y Procedimiento.*

Algunos autores suelen emplear indistintamente los términos *proceso* y *procedimiento* como si fueran sinónimos, cuando es lo cierto que ellos envuelven conceptos diferentes. En efecto, como se acaba de ver, el proceso comprende una *serie de actos propios y sucesivos* para la aplicación de la ley material (considerado como acción humana, su aspecto externo) y la relación jurídica procesal (aspecto interno, como fenómeno intemporal e inespacial). En cambio, el pro-

cedimiento viene a ser apenas el *método y ordenación* de la manera como han de realizarse los actos propios para que éste cumpla su cometido.

### 5. *Distinción entre Proceso, Juicio y Litigio.*

A menudo suelen confundirse, o al menos se emplean indistintamente, las nociones de proceso, litigio y juicio y aun la de expediente, expresiones éstas que encierran conceptos diferentes.

Ya vimos que el *proceso* lo constituye un conjunto de actos realizados por las partes y el Juez para obtener la aplicación del derecho a un caso concreto. En cambio, el litigio o *litis* supone siempre la idea de un conflicto intersubjetivo, es decir, una pugna de intereses que habrá de decidirse en la sentencia con fuerza de cosa juzgada, pero sin que tal conflicto se presente siempre en todos los *(conflictos) proceso*.

Por consiguiente, habrá procesos —la mayoría de ellos— que conllevan un litigio, discusión o controversia entre las partes o personas que en ellos intervienen. Estos son los llamados procesos *contenciosos*. Pero al lado de esta clase de procesos, habrá otros en los que las personas que intervienen no sostengan pretensiones opuestas, es decir, que entre ellas no exista litigio o controversia y que, por tanto, no podrán llamarse litigantes sino interesados que sólo buscan darle legalidad a ciertos actos o el cumplimiento de una exigencia de la ley. Estos son los llamados procesos *voluntarios*.

En cambio, el juicio en *sentido lógico* viene a ser el acto intelectual por el cual afirmamos o negamos una cosa deducida de otra. Y, desde el punto de vista *jurídico*, expresa la idea de un acto intelectual de razonamiento y significa dar, declarar, o aplicar el derecho al caso concreto.

Finalmente, el expediente es el agregado material o físico de todos los actos del Juez o funcionario, de las peticiones o documentos que el Juez o las partes o interesados producen, en base a las cuales se dictará la decisión final. Este término —expediente— se emplea tanto en el orden judicial como en el administrativo y también en las oficinas privadas.

### 6. *Naturaleza Jurídica del Proceso.*

La cuestión acerca de la naturaleza jurídica del proceso radica en conocerlo desde el punto de vista ontológico, esto es, determinar si este fenómeno forma parte de alguna o algunas de las figuras ju-

rídicas conocidas del derecho o si, por el contrario, constituye una categoría especial. Se trata de saber si el vínculo que une a las partes y el Juez y aquellas entre sí, constituye un contrato, un cuasi-contrato o una figura semejante; lo cual, desde luego, como observa Couture, no deja de tener alguna importancia práctica, pues si se llegara a aceptar por ejemplo que el proceso participa de la naturaleza del contrato sería necesario admitir que, ante el silencio de la ley procesal, las disposiciones y normas del derecho material le serían aplicables.

Con el fin de contestar el interrogante de cuál es la naturaleza jurídica del proceso, la doctrina procesal ha dado diferentes respuestas. Así, para algunos esa relación es de naturaleza *contractual*; otros consideran que si participa de la naturaleza del contrato, este sería tan imperfecto y quedaría tan desnaturalizado que degeneraría en *cuasicontrato*. Unos terceros consideran que las respuestas anteriores son artificiosas, que lo que hay en realidad no es un nexo contractual ni uno cuasicontractual, sino una *relación jurídica* típica, caracterizada por estar regida por la ley y por tener un estatuto propio, o sea el cúmulo de leyes procesales. Otros niegan la existencia de la relación jurídica, para sostener que más bien se explica por una *situación jurídica*. También se habla de que en verdad se trata de una *entidad jurídica compleja* y, en fin, tratando de agrupar los elementos de las anteriores teorías, otros han concebido el proceso como una *institución*.

a) *El Proceso como Contrato.* La doctrina contractualista del proceso, desarrollada por algunos tratadistas del siglo XIX y de principios de éste, tiene sus fundamentos en algunos pasajes del derecho romano, como que en éste, la *litis contestatio* suponía, en forma expresa o tácita, un acuerdo de voluntades. Las partes exponían su derecho ante el Pretor, hablaban libremente entre sí y con el Magistrado.

La doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX continuó considerando que el proceso suponía la existencia de una convención entre las partes, en la cual ambos litigantes se hallaban de acuerdo en aceptar la decisión del Juez. Se afirmó por autores tan destacados como Pothier, Demolombe, Aubry y Rau<sup>7</sup> que el efecto entre las partes de la cosa juzgada, no era otra cosa que la consecuencia lógica del principio de que las convenciones sólo afectan a los contratantes y que la fuente de la cosa juzgada es la convención, esto es, el acuerdo de las partes llamado *contrato judicial*, por el cual ambos litigantes aceptan someter a la decisión del Juez el litigio

que los divide. Inclusive se llegó hasta establecer paralelos entre los contratos comunes y el contrato judicial señalando asimilación entre sus elementos esenciales: objeto, causa, capacidad, etc.

La falta de consistencia de esta teoría aparece de manifiesto. La primitiva concepción romana de la *litis contestatio* no respondía exactamente a la idea de un proceso judicial sino arbitral, cuyo aspecto contractual subsisten en la mayoría de las legislaciones. Y, por lo que toca a la doctrina francesa, bien fácil resulta de refutar con la consideración de que no siempre una parte, el demandado, está dispuesto a concurrir voluntariamente ante el Juez, ni se le puede obligar a que conteste a las reclamaciones.

b) *El Proceso como cuasicontrato*. La concepción del proceso como un cuasicontrato tuvo su origen en los autores alemanes quienes, después de consultar algunos pasajes del derecho romano, concluyeron que como la mayoría de las veces en la *litis contestatio* el consentimiento no siempre se daba de manera libre, ni ella podía explicarse por el delito o cuasidelito, puesto que el litigante no hace más que usar de su derecho, sin violar el de los otros, vieron en el proceso un *cuasicontrato*. La concepción del proceso como cuasicontrato procede por eliminación, como anota Couture,<sup>8</sup> partiendo de la base de que no es un contrato, ni delito, ni cuasidelito.

Esta teoría bien puede criticarse diciendo que no es cierto que en el derecho romano se hubiese hablado de cuasicontrato para explicar el proceso formulario o extraordinario; allí se habló simplemente de contrato; y, además, los autores partiendo de las fuentes de las obligaciones para explicarlo, no han tenido en cuenta que ellas no son cuatro sino cinco, entre ella la ley y que es, justamente ésta, la que crea las supuestas obligaciones que la doctrina estaba buscando. "El Proceso es una relación jurídica específica, regida por la ley".<sup>9</sup>

c) *El Proceso como relación Jurídica*. La teoría que explica la naturaleza del proceso como una relación jurídica de derecho público, autónoma y compleja, y que dentro de la concepción científica y moderna se ajusta a la realidad, fue expuesta primeramente por Oscar von Bülow y seguida por Chiovenda, Wach, Couture, etc.

La teoría, se repite, tuvo su origen en Alemania a fines del siglo pasado y su representante máximo en ese país fue Oscar von Bülow, quien concibió el proceso como una relación jurídica. El complejo de actividades que realizan el Juez y las partes que en él intervie-

nen, establecen nexos y ligámenes de carácter jurídico que los vincula entre sí, porque es la ley la que les atribuye derechos y deberes recíprocos. Se crea de esta manera una relación de derecho público autónoma y compleja.

Couture, explicando la teoría y empleando formas simples para ello anota lo siguiente:

"La relación 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 ella su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, agrega el autor, 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".<sup>10</sup>

En armonía con lo anterior, una vez iniciado el proceso —lo cual ocurre con la noticia que se dé al demandado de la aceptación del libelo demandatorio—, las partes gozan de algunos derechos y facultades procesales y quedan sometidas a ciertas cargas cuyo ejercicio y cumplimiento influye en forma más o menos definitiva en sus resultados. Surgen entonces un vínculo o lazo jurídico que relaciona a las partes entre sí y con el Juez del cual el proceso es su manifestación externa. El vínculo que ata a las partes entre sí y con el Juez y que explica la unidad y estructura del proceso, es la denominada relación jurídica procesal.

Se destaca dentro de esta teoría, al contrario de lo que ocurre en las contractualistas, la intervención del Juez, órgano del Estado, por cuyo intermedio se presta la función jurisdiccional, lo cual desplaza el derecho procesal al campo del derecho público, como lo anota Chiovenda cuando dice que "...la relación procesal es una relación autónoma y compleja que pertenece al derecho público... La relación procesal, agrega, es una relación en movimiento, en acción: mientras las partes y el Juez se ocupan de la relación sustancial que es objeto del juicio, viven ellos mismos en una relación que desarrollan con su actividad... La relación procesal se desarrolla mediante aquella serie de actividades que las partes y el tribunal cumplen, determinadas por la ley...".

d) *El Proceso como Situación Jurídica*. Esta teoría fue enunciada por Kohler quien la aplicó inicialmente al derecho privado pero Goldschmidt la llevó al derecho procesal para explicar la naturaleza jurídica del proceso. Según ella, el proceso no es una relación sino

una *situación*, esto es, el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial, que se espera con arreglo a las normas jurídicas.

Partiendo de la función estática y la función dinámica del derecho, según esta doctrina, cuando el derecho asume la condición dinámica que le depara el proceso, se produce una mutación esencial en su estructura, ya que no podría hablarse allí propiamente del derecho, sino de *posibilidades* de que el derecho sea reconocido en la sentencia; de expectativas de obtener ese reconocimiento; y de cargas, o sea, imperativos o impulsos del propio interés para cumplir los actos procesales.

Si ello es así, continúan los autores de la teoría, no puede hablarse de relaciones de las partes entre sí y con el Juez. Este resuelve no porque esto constituya un derecho de las partes, sino porque es un deber funcional, administrativo y político: las partes no están ligadas entre sí, sino que existen apenas estados de sujeción de ellas al orden jurídico en su conjunto de posibilidades, de expectativas y de cargas. Y esto no configura una relación, sino una situación, o sea, como se ha dicho, *el estado de una persona frente a la sentencia judicial*.

La teoría de la situación jurídica, dice Couture, aunque calificada de genial no ha tenido mucha aceptación. Se la critica, de una parte, porque no puede explicarse el proceso por una y única relación, pues que son múltiples y, de otra, porque además subestima la condición del Juez en el proceso. A pesar de ello, no ha sido del todo refutada y sí, por el contrario, ha contribuido grandemente al desarrollo de los conceptos de derechos procesales, cargas y derechos de igual naturaleza y su distinción con los actos procesales y los negocios jurídicos.

e) *El Proceso como Entidad Jurídica compleja*. Fue enunciada por Foschini y acogida por Carnelutti. Se concibe el proceso como una entidad jurídica de carácter unitario y complejo. La particularidad más característica del proceso, se dice, es la pluralidad de sus elementos estrechamente coordinados entre sí. Que esos elementos pueden examinarse desde distintos puntos de vista, así: del normativo, y entonces el proceso sería una relación jurídica compleja; desde el punto de vista estático, y en tal sentido sería una situación jurídica compleja; y, por último, desde el punto de vista dinámico, por cuya razón se configura como un acto jurídico complejo.

Ciertamente, dice Couture, esta teoría no tiene consistencia; esa forma de proceder se aplica a toda investigación, pero no es concluyente. La consideración de un instituto jurídico como fenómeno complejo constituye, normalmente, el punto de partida de cualquier examen doctrinal. Hablar de fenómeno jurídico complejo no significa más que subrayar que ese fenómeno es más complejo que los habituales y nada más.

f) *El Proceso como Institución*. Se ha dicho que institución es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados. La idea del proceso como institución se encuentra en algunos autores franceses como Renard, Hauriou, Gurvitch, etc., dedicados a fundar la concepción institucional del derecho. También algunos autores alemanes como Wach y Schonke vieron en el proceso una más de las distintas instituciones jurídicas.

En definitiva quien lanzó la idea de que el proceso es una institución fue Guasp a cuya opinión adhiriera Couture. Empero, éste, según lo explica en su obra FUNDAMENTOS, al comprender todos los equívocos y mal entendidos que provoca la multitud de acepciones del término institución, ya que se puede tomar como establecimiento, fundación, creación, etc., y en ese sentido son instituciones la familia, la empresa, el Estado, todo lo que sea una organización, y el proceso también, cambió de opinión, pues que en realidad ella no define ni puntualiza su propia naturaleza.

## 7. Contenido del Proceso.

Esquemáticamente dicho, el contenido del proceso está dado: a) por los *sujetos procesales*, o sean, el Órgano Jurisdiccional, los Auxiliares de este órgano y las Partes; b) Los *Actos procesales*, en sentido amplio, que comprenden no sólo los actos procesales propiamente dichos, sino también las resoluciones judiciales, los convenios procesales y negocios jurídicos procesales.

## 8. Fin del Proceso.

No todos los autores de derecho procesal están de acuerdo acerca del cual sea el fin del proceso, entendiéndose por fin no su terminación sino la función que cumple en el desarrollo de la actividad jurisdiccional.

Entre las diversas concepciones teleológicas del proceso, en dos se pueden agrupar las tendencias dominantes de los procesalistas.

1ª La *tendencia objetiva*, que considera como fin del proceso la actuación del derecho objetivo en el caso concreto (Chiovenda).

2ª La *tendencia subjetiva*, de acuerdo a la cual, el fin no es otro que la tutela de los derechos subjetivos, cuando éstos sean violados o desconocidos, o cuando exista el temor de que lo sean en el futuro.

A pesar de que cada una de estas corrientes tiene su base de certeza, ninguna, por sí sola, da una idea exacta y completa del fin del proceso. Tomadas en forma excluyente desvirtúan la verdadera naturaleza del proceso jurisdiccional, pero coordinadas pueden dar su verdadera noción.

En efecto, la actuación de la ley (objetiva) no puede ser el fin sino más bien el medio utilizado por el Estado en el proceso para resolver la incertidumbre, el desconocimiento o la insatisfacción de los derechos. Además, la actuación del derecho objetivo puede darse sin el proceso y aun por funcionarios administrativos.

De otro lado, si se concibe el fin del proceso como la simple tutela de los derechos *subjetivos*, se le vendría a dar un contenido de interés particular; se le convertiría en un simple instrumento de protección a los fines que las partes persiguen exclusivamente, lo cual estaría en franca oposición a la función jurisdiccional del Estado que, como se sabe, es de interés público. Por lo demás, tal concepción sería inexacta en el evento de que después del debate resultara que el pretendido derecho no existe o que no ha sido violado o desconocido.

Couture, tratando de conciliar estas diferentes tendencias, considera que el fin del proceso es *privado y público* a la vez, pues que satisface, al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción.

Ugo Rocco, quien se aparta de los demás jurisconsultos sobre este punto, sostiene que el proceso como institución no puede tener ningún fin. Dice que el fin lo persiguen las personas que en él intervienen. Como estas son varias, mediante el proceso, cada una de ellas trata de obtener un objeto determinado. Las partes buscan la realización de los derechos subjetivos, mientras que el Estado lo que intenta es hacer efectivo el derecho objetivo, pero no por sí mismo

como autónomo, sino para que las partes logren el respeto a sus derechos. Y agrega que, como la actividad jurisdiccional es esencialmente actividad del Estado, y la actividad de las partes en el proceso no es sino una condición o presupuesto de la actividad estatal, debe considerarse *preponderante y observante en el proceso el fin del Estado*.

Hernando Devis Echandía, siguiendo en líneas generales la opinión de Rocco y tratando de conciliarla con el pensamiento de Carnelutti, considera que aun cuando del proceso resulte el beneficio que una sola o ambas partes persiguen, no se puede confundir éste con el fin del proceso, que es la satisfacción de un interés público.

“Nos parece que hoy no puede discutirse que el fin del proceso es la satisfacción del interés público del Estado, así como tampoco puede discutirse que el derecho procesal regula una función pública del Estado y que la jurisdicción es un derecho público del Estado”, son sus propias palabras.

“Y para una cabal comprensión de esta materia —agrega— nos parece mejor decir que tal *interés público* consiste en la realización del derecho mediante la actuación de la ley, y *secundariamente* en lograr, cuando existan intereses contra-puestos, la composición justa del litigio (Carnelutti), y cuando no, la declaración del interés titulado por la norma o derecho subjetivo, para resolver su desconocimiento o su insatisfacción”.<sup>11</sup>

## 9. Tutela Constitucional del Proceso.

Eduardo J. Couture, quien con su concepción de la acción como una forma típica del derecho de petición ya había hecho un valioso aporte a las investigaciones del derecho procesal, al analizar la naturaleza del proceso, incluye un importante estudio de lo que él mismo denomina la “tutela constitucional del proceso”.

Su teoría sobre la *inconstitucionalidad de la ley procesal*, según sus propias palabras, más que a los estudiosos e intérpretes de esta disciplina, está dirigida a los legisladores. Como es posible, especialmente en los regímenes despóticos, que el legislador del momento desconozca las garantías constitucionales y, de consiguiente, se desnaturalice el proceso como instrumento de la justicia, la teoría tiende a averiguar si, dentro del régimen democrático conocido con el nombre de estado de derecho, es posible evitar que ello suceda. En otras palabras, se trata de saber “si es posible tutelar el proceso para que él a su vez pueda tutelar el derecho”.

Con el propósito de explicar la forma como se plantea el problema y cuáles han de ser las soluciones ante el hecho de la violación de la garantía constitucional del proceso, empieza por decir que éste, como se sabe, es un instrumento de tutela del derecho, pero que también, en más de una ocasión, se ha dicho que el derecho ha sucumbido ante el proceso.

Esta falla en el cometido del instrumento de tutela puede presentarse: o bien por desconocimiento o desnaturalización de los principios rectores del desenvolvimiento del proceso, o bien porque sea la misma ley procesal la que, por su imperfección, no cumpla su función tutelar. Por ello, continúa Couture explicando su teoría, *es menester una ley tutelar de las leyes de tutela*, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, y ello no se logra sino por la aplicación del principio de *la supremacía de la constitución sobre la ley procesal*.<sup>12</sup> La tutela del proceso se realiza por el imperio de las previsiones constitucionales, según sus propias palabras.<sup>13</sup>

Ampliando su pensamiento, observa el Ilustre Profesor de la Universidad de Montevideo, el problema se presenta en la hipótesis de que el legislador instituya leyes procesales de tal manera irrazonables que virtualmente impidan a las partes defender sus derechos o a los Jueces reconocer sus razones. En tal eventualidad, la garantía constitucional de que "las leyes deben fijar el orden y las formalidades de los juicios"<sup>14</sup> se cumpliría de una manera meramente formal y externa. Una ley procesal en tales condiciones sería francamente violatoria de una o varias garantías constitucionales.

Ante la posibilidad de que una ley procesal pueda violar las garantías constitucionales, ¿cuál será el sistema adecuado para evitar que ello suceda? ¿Será posible, se pregunta el mismo Couture, tutelar el proceso para que él a su vez pueda tutelar el derecho? El mismo se responde diciendo que, en su opinión, *ese sistema de tutela se logra a través de una garantía constitucional, en virtud de la cual, se concede al individuo una razonable oportunidad para hacer valer sus derechos*. Esa garantía supondría: a) Que el demandado haya tenido noticia, en forma real o implícita, de la existencia del proceso; b) Que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, inclusive el declarar por sí mismo, presentar testigos, documentos y otras pruebas, etc.; c) Que el Tribunal ante el cual los derechos sean cuestionados esté constituido de tal manera que dé una seguridad razonable de honestidad e imparcialidad; d) Que ese Tribunal sea competente. Desde luego, estas

garantías constitucionales del proceso alcanzan también al actor ya que éste también podría ser privado por la ley en forma irrazonable de su derecho a reclamar judicialmente lo que crea suyo.

Según lo precisa Couture con cita de las disposiciones pertinentes, las constituciones del siglo XX, con muy pocas excepciones, han considerado que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella es acreedora.

Tanta ha sido la importancia reconocida a la tutela del proceso, que hasta en la *declaración universal de los derechos del hombre*, formulada por la Asamblea de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, incluyó en su texto dos cánones relativos a tales garantías.<sup>15</sup>

La teoría de la inconstitucionalidad de la ley procesal no es propiamente, explica el autor, una guía de orientación para el intérprete; es más bien una construcción jurídica que determina el ámbito de validez de la obra legislativa. Ella contiene admoniciones del constituyente y traza los límites dentro de los cuales el legislador puede desenvolver su cometido. En último término, esa teoría constituye lo que Cappelletti ha dado en llamar "tutela jurídico-constitucional de las libertades".

Examinada la cuestión desde el punto de vista normativo, se constatará cómo ciertamente no existe una teoría general de tutela constitucional del proceso que contenga una enumeración conclusiva y taxativa de soluciones; ello supondría la adopción de un estatuto de alcances supranacionales, lo que en el estado actual de la integración internacional resulta utópico. Por ello la teoría ha de circunscribirse a determinar la relación entre el ámbito de validez de una constitución, en sentido positivo, y la forma dada a un proceso por una ley dictada dentro de ese mismo ámbito positivo y territorial.

A título informativo, con la advertencia de que el problema se plantea en términos diferentes en los países con derecho codificado el autor enumera algunas importantes soluciones para las hipótesis de más frecuente violación de la tutela constitucional del proceso. Coincidental y felizmente, comparadas tales hipótesis con las garantías consagradas en los cánones constitucionales que luego completan y desarrollan los diferentes estatutos procedimentales, especialmente en lo atinente a los sistemas de sanción de los actos procesales, se verá cuán poca diferencia existe entre nuestro sistema y los planteamientos del autor.

Couture señala, pues, algunos casos frecuentes de violación de la garantía de la tutela constitucional y, al mismo tiempo, propone los correctivos que, se repite, coinciden con los consagrados en nuestro ordenamiento jurídico. Habla el autor de la inconstitucionalidad: a) Por falta de citación; b) Por falta de emplazamiento; c) Por privación de prueba; d) Por privación de recursos; e) Por privación de revisión jurídica, y f) Por inidoneidad del Juez.

Refiriéndose a esta última forma de violación de la tutela constitucional, observa Couture que todas libertades serían vanas si no se pudiesen reivindicar y defender en juicio, si el individuo no encuentra ante sí jueces capaces de darle la razón.

La garantía constitucional de la idoneidad del Juez exige, cuando menos, tres condiciones: "Independencia, para que el Juez pueda hallarse por encima de los poderes políticos y aun de las masas que pretenden presionar sobre sus decisiones; autoridad, para que sus fallos no sean dictámenes académicos ni piezas de doctrina, y se cumplan efectivamente por los órganos encargados de ejecutarlos; y responsabilidad, para que el poder no se convierta en despotismo".<sup>16</sup>

## II EL PROCESO CIVIL

### Función y Clasificación

#### 10. *Proceso Civil y Proceso Penal.*

Atendiendo a los distintos intereses que se tratan de tutelar y la naturaleza del derecho material cuya aplicación se procura, tradicionalmente, al lado del *proceso civil* se ha reconocido el *proceso penal*, el primero de los cuales incluía en un comienzo también el comercial y el laboral.

A pesar de que en teoría pura el proceso formalmente es único, se admiten distintos calificativos y por ello se distinguen en las legislaciones: procesos civiles, penales, laborales, administrativos, militares, de jurisdicción coactiva o fiscal, procesos de aduanas, etc.

No obstante la tendencia actual y la posibilidad científica de una concepción unitaria y formal del proceso como institución procesal, y de que además, la doctrina acepta ciertos presupuestos e instituciones comunes, tales como la *acción*, la *jurisdicción*, actos pro-

cesales de iniciación, desenvolvimiento y extinción jurídica-procesal, los dos tipos de procesos que unos puntos antagónicos presentan son el proceso civil y el proceso penal como se verá luego.

Atendiendo a las funciones que cada uno de estos procesos cumplen, se les ha definido así:

El *Proceso Civil* es, según Devis Echandía, el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del Organismo Judicial del Estado, para obtener la declaración, la defensa y la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción, mediante la actuación de la ley en un caso concreto.

El Proceso Penal, en cambio, lo define Mesa Velásquez<sup>17</sup> como la sucesión de actos mediante los cuales los órganos jurisdiccionales determinan la existencia o inexistencia del delito y de la responsabilidad o inocencia del procesado, culminando con la condena o absolución de éste.

#### 11. *Diferencias fundamentales entre los procesos Civil y Penal.*

Partiendo de las definiciones anteriores, se pueden establecer las siguientes diferencias, como lo hace el citado autor Mesa Velásquez,<sup>18</sup> así:

1ª *En cuanto al objeto.* El objeto del proceso penal afecta una relación de derecho público, originada en la comisión de un delito, en cuya investigación y sanción existe un interés general. En cambio, el objeto del proceso civil hace relación de un derecho privado, en cuya solución no existe un interés social directo e inmediato.

2ª *Por razón de la necesidad.* El proceso penal es siempre necesario para la actuación de la ley penal, como que el delito no puede ser materia de renuncia, transacción o desistimiento, ni puede someterse la decisión a terceros en calidad de árbitros o amigables componedores. En materia civil, en cambio, no es indispensable absolutamente la actuación de los Jueces para el reconocimiento del derecho y los interesados bien pueden desistir, transigir, condonar o someter sus diferencias a la decisión de árbitros, etc.

3ª *En cuanto al poder dispositivo y de dirección.* El proceso penal se caracteriza porque el Juez tiene el poder dispositivo y de dirección, en cambio en el civil se requiere para su iniciación un

acto discrecional de parte como es la demanda y son las partes quienes tienen la mayoría de los poderes dispositivos y las cargas procesales.

4ª *En razón de los criterios de juzgamiento.* El proceso civil se rige por criterios jurídicos puros, abstractos, impersonales, es decir, que sólo interesa al debate la relación jurídica-material, con independencia de la personalidad de las partes o sujetos del proceso. En el proceso penal, por el contrario, influyen los denominados criterios ético-sociales, que son aquellos que se refieren a la personalidad del reo en todos los órdenes, los motivos determinantes del hecho, el ambiente en que se delinquirió, etc., cuestión que no es posible omitir para la correcta aplicación de la ley penal.

5ª *Por razón de la verdad que interesa a uno y otro.* En el proceso penal se indaga por la verdad efectiva, real, material o histórica; la investigación se dirige a establecer si realmente se cometió el delito, quien lo cometió, cual fue el móvil, en que circunstancias se ejecutó, etc. En el proceso civil, en cambio, se indaga una verdad formal, por ser las partes las que suministran el tema a probar y los medios de pruebas para demostrarlo. Además, las partes pueden renunciar todo o parte de los derechos, confesar que se debe aunque realmente se esté libre, demandar por menos de lo debido, alegar o no la prescripción, etc., sin que al Juez Civil le sea lícito indagar por tales proceder y conductas. El deberá limitarse a las pretensiones de la demanda y la respuesta.

## 12. Funciones del Proceso Civil.

Como funciones esenciales del proceso civil y que a la vez sirven para su clasificación, suelen señalarse las siguientes:

1ª Servir de medio para la *declaración de los derechos y situaciones jurídicas* cuya incertidumbre perjudique a su titular o a uno de los sujetos con ausencia total del litigio o controversia (declarativo puro y voluntario).

2ª Para obtener la *defensa de los derechos*, cuando sea necesaria, mediante la averiguación y pronunciamiento de lo que considere justo. 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 va a regular (cuestión de hecho o de derecho). El legislador por medio de sus normas materiales, contempla en abstracto las situaciones y les da una solu-

ción general. El Juez por medio del proceso, impone en forma concreta esa voluntad al caso que contempla. Otras veces, el legislador no da la solución general sino que le otorga al Juez la facultad de imponer mandatos, de resolver los conflictos que se le presenten, por medio de normas instrumentales, y es de ellas de donde emana el poder para el Juez y la sujeción para las partes de obedecer su decisión (procesos contenciosos de condena, de declaración constitutiva y dispositiva).

3ª El proceso sirve también para *lograr la realización de los derechos en forma de ejecución forzada*, cuando no se discute su existencia, sino simplemente su satisfacción, bien sea que ella emane de una decisión de proceso anterior o de un título proveniente del deudor, el cual debe ser auténtico y contener una obligación clara, líquida, determinada y actualmente exigible (proceso ejecutivo o de ejecución).

4ª También sirve el proceso para facilitar la práctica de medidas cautelares, que tienden al aseguramiento de los derechos que van a ser objeto del mismo, evitando la insolvencia del deudor, o pérdida o deterioro de la cosa, o simplemente consiguiendo la mejor garantía (separación de bienes, posesorios, embargos y secuestros preventivos, registros de la demanda, etc.).

De acuerdo a lo anterior, el proceso presenta cuatro formas que corresponden a cuatro funciones que pueden ser autónomas en general, por realizarse separadamente. Pero muy frecuentemente sucede que, en el mismo proceso, se obtengan dos o más de estas finalidades, como ocurre cuando se demanda la filiación natural del actor y simultáneamente se ejercita la acción de petición de herencia, a fin de que se le declare heredero y se condene al demandado a restituirla en su totalidad o una cuota parte y también se ejercita la acción reivindicatoria contra un tercero que había adquirido un bien herencial, solicitando la entrega material del bien y para garantía del fin práctico de las pretensiones se registra la demanda para impedir que los demandados puedan vender o gravar los inmuebles durante el proceso (Cfr. Devis Echandía, *Nociones Generales de DERECHO PROCESAL CIVIL* N° 58).

## 13. Clasificación de los procesos civiles.

Los procesos civiles se clasifican, unas veces atendiendo a los *procedimientos*, otras a la función que cumplen, o según su alcance o extensión respecto de los sujetos, etc.

## 1. Procesos Declarativos y Dispositivos.

Si se tiene en cuenta la diversidad de los procedimientos y de manera especial los fines que con ellos se persiguen, los procesos civiles se pueden clasificar en *declarativos y dispositivos*.

En efecto, las normas pueden ser: a) *Materiales*, cuando en ellas se contempla en abstracto un conflicto jurídico de intereses y se da para él una solución general; b) *Instrumentales*, cuando simplemente confieren al Juez un mandato para resolver sobre los conflictos que se le presenten, sin que pueda decirse que el Juez cree derecho. Éste se limita a declarar los derechos emanados por la ley. Así, si se ejercita la acción reivindicatoria o de dominio (art. 946 C. Civil) el Juez resolverá el conflicto por el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía conforme al artículo 398 y s.s. del C. de Pr. Civil. O si la que se hace valer es la acción de deslinde y amojonamiento (art. 900, C. Civil), resolverá previos los trámites indicados en el artículo 460 y s.s. del ordenamiento procesal.

*Proceso Declarativo.* En armonía con lo anterior se dice que el proceso es *declarativo* cuando el Juez decide un conflicto jurídico de intereses con fundamento en la solución general y abstracta prevista en la norma material y con la observancia de las reglas instrumentales.

*Proceso Dispositivo.* En cambio, se sostiene que cuando el Juez se pronuncia sobre un caso de conflicto que no tenga prevista una solución general en las normas materiales —las cuales él viene a crear de cierta manera, como afirma Carnelutti—, el proceso en que esto suceda se llamará *dispositivo*.

Se dice que en el proceso dispositivo el Juez tiene que crear la norma, porque se parte del supuesto de que la ley no ha previsto norma aplicable al caso sometido a la decisión del Juez y que éste tampoco puede negarse a fallar pretextando silencio o ausencia de norma, pues incurriría en denegación de justicia (art. 48 de la Ley 153 de 1887).

El proceso declarativo puede dividirse en: a) Declarativo puro; ejemplos de procesos dispositivos todos aquellos en que el Juez debe resolver "...con conocimiento de causa, o breve y sumariamente... con prudente arbitrio", de conformidad con lo dispuesto por los artículos 442 núm. 16, C. de Pr. Civil —proceso verbal. (Cfr. artículos 103, 155, 225, 242, 311, 313, 345, 482, 486, 490, 572, 1810, 1815 y 1826 C. Civil).

Al proceso dispositivo también se le llama *Proceso de Equidad*, entendiéndose por equidad la justicia que reviste la forma de un mandato concreto y se adapta a un caso singular. Por ello se puede hablar de equidad como justicia del Juez, por oposición a la ley como justicia del legislador.

La regla general dentro del procedimiento civil es el proceso declarativo y el dispositivo la excepción.

El proceso declarativo puede dividirse en: a) Declarativo puro; b) Declarativo de condena, y c) Declaración constitutiva (acertamiento constitutivo).

### a) Proceso Declarativo Puro.

El proceso es declarativo puro cuando simplemente se solicita al Juez que declare la existencia o inexistencia de un hecho o relación jurídica, como en los casos de filiación natural o legítima, falsedad de un documento, etc. Se trata de obtener de él una declaración de *certeza* y no de imponer al demandado responsabilidad alguna ni deducir incumplimiento ni tampoco obtener que se modifique una relación jurídica existente o que se constituya una nueva.

La eficacia de la demanda en esta clase de procesos depende de que exista un interés en obrar y que ese interés jurídico en obrar sea *actual* en el demandante y no un simple deseo de conseguir una sentencia. Además, ese interés debe estar relacionado con un *hecho* o *acto* que pueda originarlo y no con la sola apreciación subjetiva del demandante. Faltaría el interés jurídico en la petición que se orientara a obtener la declaración de que un documento público es auténtico; o para que se diga que el hijo nacido dentro del matrimonio de sus padres es legítimo, etc.

Rocco dice que el proceso declarativo puede ser de declaración *positiva* o de declaración *negativa*. Por ejemplo, si se ejercita la acción confesatoria o la negación de servidumbre, respectivamente (arts. 882 y s.s., C. Civil y 414 núm. 6º C. de Pr. Civil).

### b) Proceso de condena o prestación.

Este tiene lugar cuando se le solicita al Juez la declaración de un derecho, y, a la vez, se condene al demandado a la prestación a que está obligado. Por ejemplo: la reivindicación de un bien, el cumplimiento de la obligación de hacer, la condena de alimentos, o al pago de una suma de dinero y todos los casos de responsabilidad contractual o extracontractual.

La condena va ligada, por tanto, a la declaración de que el derecho existe como base de aquélla. Asimismo, la condena está siempre asociada al proceso de ejecución, porque si la persona condenada a la prestación no cumple, podrá ser obligada en forma coercitiva al cumplimiento como especie de sanción. La ejecución, en tal evento, es resultado necesario del incumplimiento de la prestación impuesta en la sentencia de condena.

### c) *Proceso de declaración constitutiva.*

Este es el conocido en la doctrina italiana como proceso de *certamento costitutivo*.

Las normas materiales señalan los presupuestos tanto de la constitución como de la modificación o extinción de las relaciones jurídicas. En caso de que en el proceso se aplique una norma de esta clase se opera no sólo una *declaración de certeza* jurídica sino que, además, se introduce una *modificación* o estructura jurídica nueva a la relación o estado jurídico existente. Por ejemplo: proceso de separación de cuerpos o de divorcio; imposición, variación o extinción de una servidumbre; rescisión o resolución o nulidad de un contrato, etc.

De suerte, pues, que en los procesos de declaración constitutiva o modificativa, como también se les llama, se busca la declaración sobre creación, extinción o variación de un estado o situación jurídica, introduciendo una estructura en el anterior estado.

La ley material señala los presupuestos necesarios para que se pueda variar un estado o situación jurídica existente en un momento dado, pero no permite a los interesados deducirlos directamente, sino que los obliga a concurrir ante el Juez para que se pronuncie en el sentido de que tales presupuestos se han dado, declaración que se traduce en la constitución de un estado o situación jurídica nueva.

### 2. *Procesos Cautelares.*

En el proceso cautelar o de aseguramiento no se discute sobre la existencia o no de un derecho, ni tampoco se busca dirimir un litigio, ni de hacer efectivo un derecho insatisfecho. De lo que se trata es de evitar o prevenir los daños que el litigio pueda acarrear.

El proceso cautelar, según Carnelutti, se divide en *conservatorio* si se tiene por objeto impedir que se modifique la situación existente al momento de iniciar otro proceso, por ejemplo el embargo y se-

cuestro preventivos, y quizás también el arraigo judicial (art. 1946 núm. 4º C. de Co.), e *innovatorio* cuando lo que se persigue es precisamente producir un cambio en la situación existente al momento de promover un proceso o durante su tramitación, como en los casos de deparación de bienes, separación de cuerpos o divorcio en los cuales se autorizan algunas medidas tales como residencia separada o el depósito de personas (art. 414 Nº 1 C. P. Civil y 27 Ley 1ª de 1976). Lo mismo sucede en el de nulidad de matrimonio (art. 410 y 417 Nº 2 ib.).

En nuestro sistema procesal civil se contemplan los procesos cautelares como una clase distinta de procesos y también en forma de *medidas preventivas accesorias* a un proceso de conocimiento o de ejecución que se pretende iniciar o que se ha iniciado. Tales son las medidas de embargo y secuestro preventivos que se regulan por los artículos 618 y ss. del C. de Pr. Civil y la exhibición, arts. 283 y ss. del mismo código. Como ejemplo de las primeras, según Devis Echandía, tenemos la separación de bienes entre los cónyuges, el proceso de policía en caso de obras nuevas, de ocupación de hecho o perturbaciones a la posesión.

### 3. *Proceso de conocimiento o juzgamiento y de ejecución.*

Esta clasificación responde especialmente a las distintas funciones del proceso civil.

Son procesos de *juzgamiento o conocimiento* todos aquellos mediante los cuales se regula un conflicto singular de intereses y se determina en forma cierta quien tiene el derecho. Dentro de éstos se encuentran todos los declarativos y dispositivos en los cuales se persigue una declaración de certeza sobre la existencia de un derecho o la responsabilidad del demandado o la constitución o modificación de una relación o estado jurídico existente. Son los regulados en la sección 1ª Libro 3º del C. de Pr. Civil.

Pero cuando no se trata de la declaración acerca de una *pretensión* sino de una prestación insatisfecha, cuya existencia aparece claramente determinada en un título que se aduce (acto o documento en que consta una obligación o sentencia de condena) y se quiere hacer efectiva, el medio adecuado para ello es el *proceso ejecutivo*.

Para poder iniciar un proceso ejecutivo, es necesario estar provisto de un *título ejecutivo*, cuyas exigencias para que sea tal están indicadas en el artículo 488 del C. de Pr. Civil. Son los indicados en la Sección 2ª del Libro 3º del Código Procesal.

Los procesos de conocimiento y de ejecución se diferencian fundamentalmente en lo siguiente: El proceso de juzgamiento o conocimiento lo que persigue es la declaración de un interés que se pretende frente a otro; en el ejecutivo, en cambio, se logra la satisfacción del interés protegido o declarado, aun contra la voluntad del sujeto obligado. En principio, en el proceso ejecutivo ya no hay lugar a discusión o disputa sobre el derecho o prestación pretendido, puesto que éste debe ser cierto e indiscutible.

#### 4. Procesos Mixtos.

Las clases de procesos antes enunciadas no siempre se presentan separadas en la práctica. Lo que comunmente ocurre es que se presenten en forma mixta, es decir, combinados simultáneamente, así:

Dispositivo-declarativo.

Declarativo-constitutivo.

Declarativo-de condena.

Constitutivo-de condena.

Declarativo-constitutivo-de condena-ejecutivo.

#### 5. Proceso singular o proceso colectivo.

Esta clasificación se refiere tanto a los sujetos que intervienen en el proceso como a la extensión del derecho pretendido o la efectividad de éste. En el evento de que intervengan un demandante y un demandado o varias personas en una de estas posiciones o no haya demandado y se debata sobre un interés singular, el proceso se llama *singular*. Pero cuando los intereses debatidos digan relación a todo un patrimonio o universalidad de bienes o intervengan en él todas las personas que tengan derechos sobre ese patrimonio, o universalidad, el proceso es *colectivo* o *universal*. Son ejemplos de esta clase de procesos universales el concurso de acreedores, la cesión de bienes, la quiebra, el concordato mercantil, etc.

#### 6. Proceso contencioso y proceso voluntario.

Esta clasificación de los procesos deriva de la distinción que existe entre asuntos de jurisdicción contenciosa y voluntaria, distinción que interesa especialmente para determinar la competencia, según se vió.

En principio, se puede decir que el proceso *contencioso* se da cuando dentro de él se debata sobre una cuestión litigiosa y *voluntaria* en el caso contrario, como en el proceso sucesorio.

Mas, como puede ocurrir que se dé el proceso contencioso sin que se presente el litigio, como sería el caso en que ambas partes estén de acuerdo en obtener la misma finalidad o resultado, como sucede en el caso de allanamiento total del demandado, la existencia o no del litigio o controversia no suministra un criterio seguro para establecer la diferencia entre estos dos tipos de procesos.

El tratadista Hernando Devis Echandía, después de afirmar que sobre este punto no existe acuerdo entre los autores, dice que dentro del derecho colombiano se pueden indicar los siguientes criterios de diferenciación entre los procesos contenciosos y voluntarios.

- a) *Por la posición que las partes ocupan en la relación jurídica-procesal*, pues mientras que en los voluntarios los interesados persiguen efectos jurídicos materiales para sí, en los contenciosos los demandantes buscan efectos jurídicos materiales obligatorios frente a determinados demandados.
- b) *Por los sujetos de la relación jurídica-procesal*, ya que en el proceso voluntario no existe demandado sino simple interesado o peticionario y en los contenciosos siempre habrá un demandado.
- c) *Por los efectos que produce la sentencia*. Porque la sentencia pronunciada en asuntos contenciosos normalmente tienen los efectos o valor de cosa juzgada (art. 332), en cambio, este efecto nunca se presentará en las que se dicten en los asuntos de jurisdicción voluntaria (art. 333 del C. de Pr. Civil).

### III RELACION JURIDICA PROCESAL

#### 14. Surgimiento de la Relación Jurídica Procesal.

Como se observó, dentro de la concepción científica del proceso, la teoría de la relación jurídica procesal, expuesta primeramente por Oscar von Bülow para explicar la naturaleza jurídica del proceso, es la de mayor aceptación por la doctrina procesal moderna. Conocida su noción, conviene analizarla más a fondo en cuanto al momento de su nacimiento, sus características, sujetos y diferencias con la relación jurídica material.

Con arreglo a la noción de relación jurídica procesal, una vez iniciado el proceso, lo cual ocurre con la notificación de la admisión



Es *autónoma* en el sentido de que es independiente de la relación jurídico-material y porque tiene vida y condiciones propias, aunque no pueda concebirse fuera del proceso.

Es *compleja* en cuanto no comprende sólo un derecho u obligación sino un conjunto indefinido de derechos y cargas procesales, todos ellos orientados hacia un fin común: la *decisión final*. Es compleja, además, por cuanto de ella o con ella, surgen relaciones jurídicas distintas: de las partes entre sí y de éstas con el Juez; entre el actor y el Estado, llamada *relación jurídica de acción* y entre el demandado y el Estado denominada *relación jurídica de excepción*. Justamente y en forma más técnica se puede afirmar que de la fusión de estas dos últimas surgen la relación jurídica procesal.

Es *unitaria* y singular en cuanto sirve de lazo de unión a los actos coordinados y sucesivos que forman el proceso, pero existe separadamente en cada proceso.

Finalmente, es de *derecho público* puesto que regula una actividad pública como lo es el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado representado en la persona del Juez.

#### 18. *Sujetos de la relación Jurídica Procesal.*

Respecto de los sujetos de la relación jurídica procesal tampoco existe acuerdo unánime en la doctrina, pues mientras algunos autores, especialmente influidos por la concepción privatista del proceso, sostienen que únicamente tienen tal carácter las partes otros opinan que también deben incluirse entre ellos al Juez.

Chiovenda, no obstante su orientación privatista, considera que en la relación procesal se distinguen tres sujetos, cuando el proceso es contencioso: el Juez, el demandante o actor y el demandado u opositor, estos dos últimos denominados comúnmente parte y que pueden estar integradas por una o varias personas. En los procesos llamados de jurisdicción voluntaria, dice el mismo autor, sólo aparecen dos sujetos: el Juez y el demandante o interesado.

A veces se puede suceder que un tercero intervenga en el proceso, bien para adherir o bien para coadyuvar las pretensiones de una parte o para sostener su propio derecho o pretensión, opuesto al del demandante o demandado, o conexo a la de uno de ellos. En ambos casos, ese tercero vendría a ser un sujeto de la relación jurídica procesal.

#### 19. *Consideraciones en torno a las partes en el proceso.*

Con arreglo a lo dicho, los sujetos del proceso son, normalmente, el Juez, las partes, o sean demandante y demandado y, en algunos casos, también los terceros.

El Juez viene a ser el sujeto fundamental y a él corresponde, como dice el artículo 2º del Código, la impulsión del proceso. Según se vió al estudiar la jurisdicción, para el cabal cumplimiento de sus funciones, el Juez goza de *poderes especiales* (arts. 38 y 39) y está obligado a cumplir los *deberes* que el código le impone, especialmente los consagrados en el artículo 37. Además, tiene prevista el artículo 40 del mismo ordenamiento una especie de *responsabilidad patrimonial* tendiente a hacer efectiva la indemnización de los perjuicios que a las partes pueda ocasionar el Juez por el inadecuado uso de los poderes o el incumplimiento de sus deberes.

En cuanto a las *partes* propiamente dichas conviene hacer algunas consideraciones y, luego en capítulos separados, se *analizarán los terceros*, lo mismo que el *Ministerio Público* que por mandato de la ley interviene en algunos procesos, bien como representante legal de algunas entidades de derecho público o como defensor de incapaces (arts. 41 y s.s. C. de Pr. Civil).

La noción de parte está íntimamente vinculada con los conceptos mismos de *relación jurídica procesal* y la *relación jurídica material*, ya que puede hablarse tanto de parte en sentido procesal como parte en sentido material. Sin embargo, es conveniente precisar que estos conceptos no van unidos necesariamente, pues bien puede suceder que una persona sea parte en sentido procesal pero no lo sea en sentido material, tal como ocurre por ejemplo con el Ministerio Público o el apoderado o representante legal.

Las partes en sentido material vienen a ser los sujetos del litigio o relación jurídica sustancial, y partes en sentido procesal o formal, los sujetos del proceso que aparecen indicados en la demanda (demandante-demandado).

La Ley 105 de 1931, con alguna imprecisión, *definía la parte* diciendo que es el litigante o grupo de litigantes que sostienen en el juicio unas mismas pretensiones (art. 202 del C. J.). El actual código no define la parte, simplemente en su artículo 44 dice que toda persona natural o jurídica puede ser parte en el proceso, y el 75 que toda demanda debe contener la designación de las partes.

*Chiovenda* precisando el concepto dice que es parte en el proceso quien demanda a nombre propio o en cuyo nombre se demanda, sea en interés personal o de otro, la sentencia o el mandamiento ejecutivo, mediante el proceso y quien interviene luego de modo permanente y no transitorio o accidentalmente.

Como ya se dijo, en todo proceso de carácter contencioso siempre se distinguen dos partes: demandante y demandado. Demandante, quien formula la demanda y demandado la persona frente a la cual se demanda la actuación de la ley. En los procesos voluntarios no aparece sino un demandante o solicitante (interesado) impropriadamente llamado parte. Como tal se considera a toda persona que pida se haga una declaración de derecho o que intervenga posteriormente con interés legítimo.

En cambio, se considera como tercero, en tratándose del proceso, cualquier persona que no figure en el proceso como actor o como demandado pero que puede intervenir por llamado de las partes o del Juez o por estar legitimado para ello en razón de su propio interés procesal. Empero, vinculado al proceso deja de ser tercero.

## 20. Importancia de distinguir entre la parte y tercero

Es importante distinguir entre las partes y los terceros en el proceso, entre otras razones, por las siguientes:

- 1ª Para efectos de determinar la *identidad de las pretensiones*, lo cual interesa para los fines de la acumulación de éstas o de autos (arts. 82 y 149 C. Pr. C.).
- 2ª Para establecer si efectivamente existe litispendencia (art. 97 núm. 8 ib.).
- 3ª Para determinar los efectos de los fallos judiciales, es decir, para saber si se pueden aceptar o no oposiciones al cumplimiento (art. 332 ib.).
- 4ª Para saber si a una persona determinada se le llama al proceso a absolver *interrogatorio* de parte o como simple testigo (art. 202 ib.).
- 5ª Para determinar si existe causal de *impedimento* o *recusación* en el Juez o Magistrado (art. 142 ib.).
- 6ª Para saber a quien se puede condenar en las costas del proceso (art. 392 ib.).

7ª Para establecer la responsabilidad que les compete por razón del proceso (art. 72 C. de P. C.).

## 21. Clasificación de las partes.

Las partes en el proceso pueden ser:

### a) Legítimas e ilegítimas.

Son partes legítimas, el demandante y el demandado en los procesos contenciosos y el interesado en los procesos voluntarios.

Ilegítimas, vienen a ser las personas que comparecen al proceso con idénticos derechos al demandante o al demandado, tal como sucede con el denunciado, el interviniente adhesivo o litis consorcial y los terceros citados al proceso en virtud de disposición legal como ocurre en los procesos de deslinde y amojonamiento, servidumbre, nulidad de un contrato, etc.

### b) Originales e intervinientes.

Esta clasificación depende de que las partes comparezcan al proceso desde el principio, o posteriormente por citación.

### c) Necesarias o Voluntarias.

Estas dependen de que la presencia en el proceso sea necesaria (demandante, demandado y terceros que deben ser citados forzosamente) o voluntaria (intervinientes).

### d) Simples o Plurales.

La parte es simple cuando sólo comparece un demandado o un demandante. Plural, cuando la parte o cada una está formada por varias personas.

Cuando la parte es plural, se presenta la figura del *litis consorcio*, que puede ser: activo, pasivo o mixto, fenómeno que habrá de estudiarse posteriormente. Desde luego, no en todo caso de pluralidad de partes puede hablarse de litis consorcio.

## 22. Demandante y Demandado.

*Demandante.* Según el artículo 227 del C. J. derogado (Ley 105 de 1931), es demandante el que reclama ante el poder judicial la eficacia de un derecho, y *demandado*, la persona o personas contra quienes se dirige la acción. Debe decirse pretensión.

En términos generales se puede afirmar que el demandante y el demandado ocupan una posición invariable dentro del proceso, tanto en la primera como en la segunda instancia. Sin embargo, cuando se presenta la demanda de *reconvención* o *mutua petición*, el demandante asume el papel de demandado en la reconvención y el demandado la posición de demandante en relación con la misma.

Empero, en la práctica suelen confundirse los términos ACTOR y OPOSITOR con los de DEMANDANTE y DEMANDADO, respectivamente, cuestión que no siempre es exacta. De acuerdo con la actitud que asumen las partes en el proceso, se considera que el actor es quien promueve una instancia y el opositor es quien la sostiene en contra de aquél. En caso de que la segunda instancia se surta por *Consulta*, se considera como actor la parte en cuyo favor se ha establecido.

En *primera instancia* el actor se identifica con el demandante, porque es éste quien con la demanda la inicia o la promueve. El demandado, en esta misma etapa procesal, se identifica con el opositor, pues es quien sostiene la instancia en contra del demandante. En la *segunda instancia* es diferente: pues tanto el demandante como el demandado pueden promoverla o provocarla en virtud del recurso de apelación, ya se trate de impugnar el fallo o una decisión interlocutoria. En los *incidentes* que se susciten en la tramitación del proceso, quien los promueve se llama actor incidental y opositor la persona que los afronta.

### 23. Sucesión Procesal.

La sucesión procesal es un cambio en los sujetos de la relación jurídico procesal. Los principales casos de sucesión procesal son los siguientes: a) Sucesión de una parte por sus herederos, en caso de muerte, o por el legatario del derecho litigioso; b) Sucesión de una parte por el cesionario, mediante acto entre vivos. Es necesario que el cesionario se haga presente en el proceso. Si la parte contraria no acepta la sustitución, cedente y cesionario continúan como litisconsortes; c) Sucesión de una persona jurídica extinguida por aquellos a quienes se les adjudiquen los derechos o bienes materia del proceso; d) Sucesión de una parte cuando sus derechos sustanciales se extinguen. En este caso, las personas a quienes pase el derecho podrán intervenir en el proceso (arts. 60 y 621 C. de P. C.).

## IV. PRESUPUESTOS PROCESALES

### 24. Noción.

La relación jurídica-procesal necesita de ciertas condiciones o requisitos para que pueda surgir válidamente. Sólo cuando la demanda sea adecuada y concurren, además, las otras exigencias legales, se impone al Juez la obligación de iniciar el proceso e imprimirle el curso que le corresponda. Estos requisitos son los llamados PRESUPUESTOS PROCESALES, cuya enunciación y concepto se atribuyen a Oscar von Bülow. Este los concebía como "las condiciones necesarias para la constitución de la relación jurídica" y enumeraba como tales: la competencia, la capacidad procesal de las partes, demanda en forma y orden riguroso del proceso.

Los presupuestos procesales, dice Couture, son aquellos antecedentes necesarios para que el progreso tenga existencia jurídica y validez formal.

Los presupuestos procesales determinan, pues, el nacimiento válido del proceso, su desarrollo y la normal culminación con una sentencia de fondo, estimatoria o desestimatoria de las pretensiones debatidas.

### 25. Clasificación de los presupuestos procesales.

En lo concerniente a la clasificación de los presupuestos procesales no existe criterio unánime en la doctrina y tampoco en la jurisprudencia. Como se vió, Oscar von Bülow enumeró como tales la competencia del Juez, la capacidad procesal, la demanda en forma y el orden riguroso del proceso, de los cuales el último no sería estrictamente un presupuesto.

En razón de tal glosa, autores posteriores al insigne profesor alemán sólo reconocen el carácter de presupuestos procesales a la competencia del Juez, la capacidad para ser parte, la capacidad para comparecer como parte o legitimación procesal y la demanda en forma (Rosemberg, Michelli, Schonke, Alsina, etc.). Esta ha sido, por lo demás, la clasificación acogida en forma reiterada por la Corte Suprema de Justicia.

No obstante ser esta la clasificación más generalizada, ella merece algunas críticas, como que sólo mira a un momento del proceso, su iniciación o más exactamente a la constitución de la relación jurídica procesal, haciendo caso omiso de otras etapas de éste como

son su desarrollo y culminación, y, lo que es más importante, la clase de decisión que debe tomarse en la sentencia con la cual normalmente termina.

Devis Echandía, siguiendo la clasificación de Couture, distingue dos grandes tipos de presupuesto: *los procesales* propiamente dichos, que tocan con el ejercicio válido de la acción, la admisión de la demanda y el normal desarrollo del procedimiento, y los *materiales* o de la pretensión, o sean los referentes a la sentencia de fondo, los de la sentencia favorable al demandante y los de la favorable al demandado.

Conforme a la clasificación de Devis Echandía, se tiene entonces:

Los presupuestos procesales se clasifican en dos grupos:

*Presupuestos procesales previos al proceso.* Estos, a su vez, se subdividen, en:

1. Presupuestos Procesales de la *acción* que miran al ejercicio válido del derecho subjetivo de acción por el demandante; y
2. Presupuestos Procesales *de la demanda*, o sean los que se deben reunir para que pueda ser admitida por el Juez.

*Presupuestos Procesales del Procedimiento.* Estos dicen relación al válido desenvolvimiento del proceso, hasta cuando éste culmine con una sentencia.

## PRESUPUESTOS PROCESALES PREVIOS AL PROCESO

Estos, como su mismo nombre lo indica, son los requisitos que se deben establecer para que pueda surgir la relación jurídica procesal.

1. *Presupuestos Procesales de la acción.* Dentro de los llamados presupuestos procesales de la acción se agrupan los requisitos de validez para el ejercicio de este derecho subjetivo a la obtención de un proceso. Es decir que tales presupuestos son las condiciones necesarias para que el Juez oiga la petición que el demandante le formula y así pueda iniciar el proceso.

Estos requisitos o presupuestos son:

### A) CAPACIDAD PARA SER PARTE.

Este requisito se confunde con la capacidad jurídica para ser sujeto activo de derechos y pasivo de obligaciones. O dicho en otros

términos, tal presupuesto viene a ser la capacidad jurídica de goce de que habla el código civil trasladada al proceso. Este presupuesto procesal se halla consagrado en la primera parte del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, el cual estatuye que toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso.

En nuestro derecho sustantivo tienen, pues, capacidad jurídica para ser parte, todas las personas naturales o jurídicas de derecho privado o público que se enuncian y definen en los artículos 73, 74 y 663 del Código Civil, y también en otras disposiciones como son: Art. 44 de la Constitución Nacional; Ley 100 de 1888; 93 de 1938; 57 de 1887; 86 de 1928 y art. 80 de la Ley 153 de 1887 que prescribe que la Nación, los Departamentos, los Municipios, los Establecimientos de Beneficencia y los de Instrucción pública, las Corporaciones creadas o reconocidas por la ley; lo mismo que las Iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica por tener el carácter de personas jurídicas (Cfr. arts. II, III y IV del Concordato vigente y arts. 24 y s.s. Ley 57 de 1887).

Además de las anteriores personas, también se reconoce desde el punto de vista procesal capacidad para ser parte a los llamados "patrimonios autónomos", que sin ser personas jurídicas pueden ser sujetos de la relación procesal, tal como sucede con la herencia yacente que concurre representada por el curador del mismo nombre (1.013 y 1.297 C. C. y 581 a 585 C. de Pr. C.); la masa del quebrado o del *concurado*, representada por el Síndico (1.672 C. C.; 569 y 570 C. Pr. C. y 1.953 y ss. C. de Co.); la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, la sucesión indivisa (1.155 C. C.) y la comunidad (486 C. Pr. C.); curaduría de bienes del ausente (561 y 578 C. C.); curaduría de bienes del que está por nacer (art. 573 C. C.). Naturalmente, lo anterior no es muy exacto, ni tampoco se ajusta a la moderna teoría del proceso. Técnicamente quien tiene la capacidad para ser parte es el respectivo titular de los derechos vinculado a tal patrimonio: heredero, quebrado, cónyuge, comunero, etc.

La falta de este presupuesto dentro del proceso se denominaba en el antiguo código "Ilegitimidad de la personería sustantiva" que bien podía ser en el demandante o en el demandado y que sólo se definía en la sentencia que pusiera fin al proceso.

### B) CAPACIDAD PROCESAL O PARA COMPARECER AL PROCESO

Este presupuesto procesal de la acción se conoce también como *legitimitatio ad processum*.

Así como en el derecho civil se dan personas que pueden ser sujetos activos de derechos pero no pueden ejercerlos, así también existen individuos que tienen capacidad jurídica para ser parte en el proceso sin que puedan ejercer los derechos procesales. De esta manera resulta que la capacidad para comparecer en el proceso como parte se confunde con la capacidad de ejercicio y no con la de goce o adquisitiva, reconocidas en el Código Civil.

Únicamente las personas capaces, por sí mismas, pueden comparecer al proceso como partes, es decir, que sólo ellas tienen capacidad procesal para actuar sin la intervención de nadie, bien como demandantes o bien como demandados. Esto no quiere decir, sin embargo, que las personas que carezcan de capacidad de ejercicio no tengan derecho de acción o que contra ellas no se pueda entablar ninguna demanda. No. Cuando tales personas deban intervenir en el proceso como demandantes o como demandadas, deberán hacerlo por intermedio de sus representantes legales, tal como lo prescriben las leyes procesales (Cfr. arts. 44 a 49 C. de Pr. C.).

En armonía con lo anterior se tiene:

I. *Representantes legales.* Los menores de 18 años son representados por sus padres (art. 62 C. C. modificado por el Decreto 2820 de 1974). Si el hijo quiere litigar contra quien ejerza la patria potestad requerirá de curador *ad litem* (art. 38 Dcto. 2820 de 1974); los curadores *ad litem*, actúan en los casos indicados por el artículo 46 del Código de Procedimiento Civil. En caso de ausencia o impedimento del representante del incapaz se aplican las reglas del artículo 45 ib.

II. Hay lugar a nombramiento de curadores *ad litem* del ausente y de quien se oculta, en estos casos: art. 320; 318; en los procesos de pertenencia (413); declaración de bienes vacantes y mostrencos (439); capellanías (440); expropiación, si el demandado no comparece; presunción de muerte (656 y 657) y en procesos de conocimiento contra herederos indeterminados (81), etc.

III. *Representación de las personas jurídicas.* La Nación: ante la Corte es representada por el Procurador Delegado en lo civil; ante los Tribunales por los Fiscales; ante los Jueces del Circuito por los Procuradores de Distrito pero pueden delegar en los Fiscales del Circuito; ante los Municipales por el Personero Municipal; pero lo puede desplazar el Procurador del Distrito (Cfr. art. 64 C. P. C.). La representación del *Departamento* corresponde al Gobernador (art.

194 C. N.); la de las Comisarías e Intendencias a Comisario o Intendente y la de los Municipios al Alcalde (art. 3º Ley 28 de 1974).

Las personas jurídicas comparecerán al proceso a través de sus representantes legales (arts. 44, 48 a 49 C. P. C. 639 C. C. 238 C. de Co., etc.).

La ausencia de este presupuesto procesal o su defectuosa comprobación se denominaba "ilegitimidad de la personería adjetiva" y en el nuevo Código de Procedimiento Civil se llama "indebida representación". Tal defecto se puede alegar como fundamento de una *excepción previa*, en los términos y oportunidades previstas por el artículo 97 y s.s. del Código, o como *motivo de nulidad* total o parcial del proceso de acuerdo con el artículo 152 y s.s.

### C) INVESTIDURA DE JUEZ

También se incluye en este grupo de presupuestos procesales la investidura de Juez en la persona ante quien se deba formular y presentar la demanda, pues si ella se presenta ante un funcionario particular, esto es, sin jurisdicción ni competencia, se tendría un acto ineficaz por inexistencia del mismo (Cfr. Dcto. 250 de 1970 que indica cómo y cuándo se adquiere tal investidura).

### D) DERECHO DE POSTULACION

El derecho de postulación para pedir es la facultad de demandar o de presentarse al proceso como demandado u opositor por sí mismo, sin la intervención de apoderado judicial.

Esta postulación para pedir era casi absoluta para los litigantes en la legislación colombiana, antes de 1945, pues cuando la profesión de abogado fue reglamentada primeramente por medio de las Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931 y también por Dcto. 999 de 1932, cualquier persona podía presentarse por sí misma en el proceso civil, como actor o como opositor, sin serle obligatoria la intervención mediante apoderado judicial. Únicamente cuando se designaba mandatario, la elección debía recaer en un abogado inscrito.

La anterior situación cambió fundamentalmente con el Acto Legislativo Número Uno (1) de 1945, en el cual se estableció que sólo podrían ser inscritos como abogados quienes tuvieran título profesional. "*Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito*", dice el artículo 40 de la actual codificación constitucional. "Sin embargo, agrega, la ley establecerá excepciones".

Por consiguiente, en la actualidad, se puede sentar como principio general el de que a las partes les falta postulación para pedir y que solamente la tienen en los casos de excepción contemplados en la ley, eventos en los cuales los litigantes pueden intervenir en el proceso por sí mismos, o por medio de apoderados aunque no sean abogados inscritos.

Actualmente, el ejercicio de la Profesión de Abogado está reglamentado en el Decreto Ley N° 196 de 1971, denominado **ESTATUTO DEL EJERCICIO DE LA ABOGACIA**, el cual, en siete títulos, dá normas sobre las siguientes materias:

- I. Disposiciones Generales. Definición del Abogado, su función y misión.
- II. Inscripción en el Registro Nacional y tramitación de la licencia ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.
- III. Ejercicio de la Profesión, que comprende normas generales, las excepciones, incompatibilidades y ejercicio ilegal de la Abogacía.
- IV. Inspección y Vigilancia de la Profesión.
- V. Deberes Profesionales del Abogado.
- VI. Régimen Disciplinario: Faltas, Sanciones, Jurisdicción, Competencia y Procedimiento.
- VII. Vigencia del Estatuto.

Los casos de excepción contemplados por el Decreto N° 196 son siguientes:

- a) Los eventos reglamentados en los artículos 28, 29 y 33, que son más o menos los mismos que se contemplaban en la Ley 69 de 1945 y que la doctrina ha justificado plenamente. Asuntos de mínima cuantía, acciones públicas, derecho de petición en asuntos de policía, menor cuantía en ciertos municipios, etc.
- b) El artículo 30 del mismo decreto consagra una especie de excepción al autorizar que los estudiantes que cursen los dos años últimos de derecho puedan litigar en causa ajena, a través de los Consultorios Jurídicos, siempre que éstos se encuentren aprobados por el respectivo Tribunal Superior (Dcto. 765 de 1977).

Finalmente, los artículos 31 y 32 contemplan no ya una excepción a la regla general sino una especie de derecho de postulación *restringido* y *temporal* para quienes hubieren concluido estudios de derecho, siempre y cuando se obtenga la Licencia Provisional otorgada por el respectivo Tribunal Superior.

El derecho de postulación para ejercer la profesión de Abogado puede *suspenderse* o *perderse* por sanción disciplinaria o por condena penal en los casos contemplados en los artículos 57 y ss. del Decreto 196 de 1971 y el Código Penal.

Ahora, por lo que toca a la forma como se ejerce la profesión de abogado, es decir, cómo se interviene en el proceso desde el punto de vista procedimental, es necesario acudir a las normas del código que regulan el derecho de postulación o sean los artículos 63 y ss. del Código Procedimental Civil y 114 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

Por lo que toca al proceso civil, el Código regula en las normas citadas todo lo relacionado con los apoderados, incluidos los de las Entidades de Derecho Público; otorgamiento de poderes y designación de apoderados; reconocimiento de personerías; las sustituciones de poderes; la terminación de éste; facultades de los apoderados, etc. (Cfr. los artículos 63 hasta el 74 inclusive).

Lo anterior, desde luego, supone la observancia y aplicación de las normas que sobre mandato consagra el Código Civil en sus artículos 2.142 y ss.

De otro lado, es necesario tener presente la norma del artículo 77 del Código de Procedimiento Civil en la cual se dispone que entre anexos que se deben acompañar a la demanda se encuentra el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por medio de apoderado.

De conformidad con la regla 1ª del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, la ausencia total del poder del abogado vicia de nulidad el proceso.

También en relación con este tema de la representación es de observar que la **AGENCIA OFICIOSA PROCESAL** se encuentra reglamentada por el artículo 47 del Código.

Devis Echandía agrega a los anteriores presupuestos procesales de la acción, la **NO CADUCIDAD** de ésta; pues que cuando la ley ha señalado un término para su ejercicio y de la relación de hechos

de la demanda o de sus anexos resulta que ha vencido dicho término, el Juez no puede admitir la demanda, vr.gr. el término de un año de la acción posesoria (Ver arts. 85 y 97 inciso final).

2. *Presupuestos Procesales de la Demanda.* Pueden definirse como los requisitos necesarios para que se inicie el proceso o relación jurídica procesal. Tales requisitos los debe examinar el Juez antes de admitir la demanda propuesta por una persona capaz o debidamente representada y por conducto de abogado titulado o por persona con derecho de postulación.

Se han considerado como presupuestos procesales de la demanda:

A) Que la demanda esté formulada ante el Juez de la *Jurisdicción* a que corresponde el asunto, pues si lo es ante Juez pero de otra jurisdicción, se tendría un acto ineficaz por ser improrrogable la jurisdicción e insanable la falta de ésta, tal como se concluye con lo dispuesto por el artículo 152-1 y 156 inc. final.

B) Que la demanda se formule ante *Juez Competente*, ya que, como se sabe, no es suficiente que tenga jurisdicción dado que puede faltarle la competencia para este asunto concreto. La Competencia se determina de acuerdo a los factores estudiados anteriormente (*objetivo, subjetivo territorial, funcional y conexión*). En el caso de que el Juez no sea competente, deberá rechazar la demanda y si no lo hiciere, el proceso quedará afectado de nulidad conforme a las previsiones del art. 152 regla 2ª.

C) *Capacidad para ser parte y de comparecer como parte en relación con el demandado cuando lo haya.*

Todo lo dicho en relación a la capacidad jurídica de parte y de comparecer como parte en el demandante o *legitimatio ad processum* es aplicable también al demandado (artículos 44 y 45 C. de P. Civil).

D) *Demanda en forma.* Otro presupuesto procesal es el de la demanda en forma, esto es, que en su aspecto externo o formal se ajuste a las exigencias de la ley para que pueda ser admitida por el Juez y que se presenten con ella todos los anexos exigidos por la ley.

Los requisitos formales de la demanda civil están señalados en el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil aplicable a toda clase de demandas y los especiales que para cada tipo de proceso indica la ley.

Si la demanda no satisface las exigencias legales será rechazada *in limine*, dice el artículo 85 del Código.

## PRESUPUESTOS PROCESALES DEL PROCEDIMIENTO

Estos son los que deben satisfacerse una vez admitida la demanda por el Juez, con lo cual se inicia la etapa preliminar del proceso, clase de demandas y los especiales que para cada clase de tipo de proceso a través de las distintas etapas señaladas en la ley hasta la conclusión con el correspondiente fallo.

Son presupuestos de esta clase:

- a) Los encaminados al decreto y práctica de *ciertas medidas cautelares*, tales como el registro de la demanda, el secuestro de los bienes muebles, el embargo y secuestro de inmuebles, el depósito de personas, etc.
- b) Cuando se trate de proceso contencioso con demandados ciertos o inciertos, es *necesaria la citación o emplazamiento* de los demandados, según el caso (ver arts. 78, 79, 81 de C. de P. Civil).

La falta de este presupuesto o su defectuosa comprobación constituye un defecto formal que hace inválido el proceso conforme al numeral 9º del artículo 152.

- c) El cumplimiento de los *trámites u observancia de las formas* procesales, en el orden y oportunidad establecidos en la ley para cada clase de proceso. Igualmente se incluyen en este mismo presupuesto el cumplimiento de los *emplazamientos y citaciones de los terceros* ordenados por la ley.

La inobservancia o pretermisión de trámites procesales (llamada anteriormente *nulidad constitucional* por violación del artículo 26 de la Carta), así como la falta de citación o emplazamiento, están erigidos en causales de nulidad del proceso en los numerales 4, 8 y 9 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

### 26. Control y Declaración de los Presupuestos Procesales.

Los presupuestos procesales, en general, tienen la característica de que se deben revisar y controlar en forma oficiosa por el Juez del conocimiento, pues, como ya se dijo, ellos están vinculados a la validez formal del proceso.

Además de este control oficioso por el Juez, las partes tienen también el derecho y deber procesales de reclamar por falta o indebida comprobación de los presupuestos procesales.

Las oportunidades que la ley confiere a las partes a este efecto son las siguientes:

1. Como cuestión para debate previo, una vez notificado el auto admisorio del libelo al demandado, por la vía del *recurso de reposición* interpuesto contra el que dió al libelo (artículo 348 C. de P. Civil).
2. Por la *vía incidental*, alegando el defecto o insatisfacción del presupuesto como un motivo o causa de *excepción previa*, si tal se encuentra entre las que se enumeran en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil. En este caso se tiende a suspender, mejorar o ponerle término al proceso.
3. Como causal o *motivo de nulidad*, cuestión que se puede provocar de oficio por el Juez o por la parte que tenga interés en ello, cuando no se hizo uso de los remedios anteriormente indicados (arts. 152 y ss. C. de Pr. Civil).

Se había venido sosteniendo que en todo caso cuando en el proceso, el Juez, al momento de fallar, observase la falta o defectuosa comprobación de un presupuesto procesal, lo técnico era que se *inhibiera, limitándose a un fallo formal*. Sin embargo, de acuerdo con la más reciente doctrina de la Corte Suprema de Justicia, "cuando el Juez al momento de fallar encuentre que falta un presupuesto procesal que, a la vez sea causal de nulidad, lo conducente y equitativo no es un pronunciamiento inhibitorio sino provocar el *incidente de nulidad* del proceso y poner en conocimiento de las partes la existencia del motivo de nulidad (art. 157 C. de Pr. Civil)".

La doctrina de la Corte se fundamenta en el hecho de que el Juez no tiene más límite para promover el incidente de nulidad que el que se haya dictado la sentencia, es decir, que puede provocarlo en cualquier momento antes de fallar.

Sobre este preciso punto del control de los presupuestos procesales ha dicho la rectora de la jurisprudencia nacional:<sup>19</sup> De acuerdo con doctrina, ha dicho la Corte que los presupuestos procesales, entendidos como los requisitos exigidos por la ley para la regular formación y el perfecto desarrollo del proceso, deben hallarse presentes para que el Juez pueda proferir sentencia de mérito; que su ausencia lo conduce a un fallo inhibitorio, con fuerza de cosa

juzgada formal pero no material; y que como estos requisitos implican supuestos previos a un fin pretendido, se impone al fallador, dado el carácter jurídico público de la relación procesal, el deber de declarar oficiosamente, antes de entrar a conocer y decidir sobre las pretensiones y excepciones deducidas por los litigantes, si existen o no los presupuestos del proceso.

"Corresponde pues pronunciar sentencia inhibitoria cuando en el proceso falten los presupuestos atinentes a la capacidad para ser parte y a la demanda en forma; no los referentes a la competencia del Juez o a la capacidad procesal, pues estos dos aspectos, por estructurar también causales de nulidad, conducen preferencialmente a invalidar la actuación".

De estas consideraciones surgen consecuencias prácticas importantes para las partes, especialmente por el aspecto de la *economía procesal*, ya que ambas pueden estar interesadas en que la controversia se defina de una vez y así no se vean en la necesidad de iniciar o afrontar otro proceso. En tal caso, les bastaría allanar la nulidad si es allanable y entonces el Juez podría fallar de fondo el asunto.

4. Si alguno de los remedios anteriores no se ha hecho valer y el presupuesto echado de menos constituye causal de nulidad no saneada, no obstante lo cual se dictó el fallo, se puede invocar como *motivo de casación* de acuerdo con lo que prescribe el numeral 5º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, o también como *causal de nulidad* en el proceso que haya de seguirse para la ejecución del fallo, o como fundamento del recurso de *revisión* en la forma y términos del artículo 379 y s.s. (C. Pr. C.).

(18) COUTURE, Fundamentos, págs. 160-161.

(19) Don Eduardo Mass Velsquez, DERECHO PROCESAL PENAL, Tomo I, Editorial Universidad de Antioquia, 1983, pág. 14.

(18) Op. cit., pág. 20...

(19) Sala de Casación Civil, sent. 12 de enero de 1978.

Escuela de Posgrado en Derecho, Universidad de Antioquia.

Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia.

Escuela de Posgrado en Derecho, Universidad de Antioquia.

Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia.

Escuela de Posgrado en Derecho, Universidad de Antioquia.

Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia.

Escuela de Posgrado en Derecho, Universidad de Antioquia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) El año de 1868, con la obra sobre Las Excepciones y los Presupuestos Procesales de Oscar von Bülow, marca la separación de dos épocas que corresponden al *procedimiento* (*o de la praxis*) y el *procesalismo*, o sea la concepción científica del proceso, considerado éste como el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional.
- (2) DO REIS, José Alberto, Profesor de la Universidad de Coimbra. TEORIA DE LA ACCION, México, D. F., 1944, pág. 9.
- (3) INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL, E. J. E. A., 1959.
- (4) Por lo que toca a la unidad de la acción, Carnelutti se ocupó de ella desde el primer cuarto de siglo. Ultimamente, fuera de Eduardo B. Carlos, también se han ocupado Amilcar Mercader, Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Hugo Alsina.
- (5) COUTURE, Eduardo de J. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL, Tercera Edición (Póstuma) Depalma 1966, pág. 121.
- (6) CARLOS, Eduardo B. Ob. cit., pág. 128
- (7) Según cita de COUTURE, Fundamentos, pág. 127.
- (8) COUTURE. Fundamentos, pág. 131.
- (9) COUTURE, Ob. cit., pág. 131.
- (10) COUTURE, Ob. cit., pág. 131.
- (11) Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal. Aguilar N° 56.
- (12) COUTURE. Ob. cit., 148.
- (13) Nuestra Constitución Nacional consagra en su artículo 215 idéntico principio al prevenir que "En todo caso la incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". También el artículo 5° de la Ley 57 de 1887 lo reitera al decir que "cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquella".
- (14) La disposición de la Constitución Uruguayaya citada por el autor equivale a nuestro artículo 26 de la Carta, según el cual "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".
- (15) Dicen los referidos cánones: "8°. Toda persona tiene un recurso para ante los tribunales nacionales competentes, que la ampara contra los actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la ley". "10°. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".
- (16) COUTURE. Fundamentos, págs. 160-161.
- (17) Luis Eduardo Mesa Velásquez. DERECHO PROCESAL PENAL. Tomo I, Editorial Universidad de Antioquia 1963, pág. 14.
- (18) Ob. cit., pág. 20...
- (19) Sala de Casación Civil, sent. 12 de enero de 1976.