



UR

Teórica visión constitucional del derecho procesal y de reforma procedimental

Críticas a la Ley 1395 de 2010
y al proyecto reformativo de la Constitución
Política en asuntos relacionados con la justicia

Teórica visión constitucional del derecho procesal y de reforma procedimental

Críticas a la Ley 1395 de 2010
y al proyecto reformativo de la Constitución
Política en asuntos relacionados con la justicia

Alfonso Guarín Ariza



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2012 Editorial Universidad del Rosario
© 2012 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© 2012 Alfonso Guarín Ariza
© 2012 Juan Manuel Charry Urueña, por el prólogo

ISBN: 978-958-738-304-1

Primera edición: Bogotá D.C., diciembre de 2012
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: César Mackensie
Diseño de cubierta: Lucelly Anaonas
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Impresión: Multi-impresos S.A.S.
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501 • Tel: 297 02 00 ext. 7707
<http://editorial.urosario.edu.co>

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito de la Editorial Universidad del Rosario

Fecha de evaluación: 3 de julio de 2012 Fecha de aprobación: 19 de noviembre de 2012

Guarín Ariza, Alfonso

Teórica visión constitucional del derecho procesal y de reforma procedimental :
Críticas a la Ley 1395 de 2010 y al proyecto reformativo de la Constitución
Política en asuntos relacionados con la justicia / Alfonso Guarín Ariza. —Universidad
del Rosario. —Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.
298 p. (Colección Textos de Jurisprudencia)
ISBN: 978-958-738-304-1

Derecho civil / Derecho procesal / Procedimiento civil / I. Universidad del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia / I. Título. / II. Serie.

347.05 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

del

Diciembre 11 de 2012

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995.

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Prefacio.....	xiii
Prólogo	xvii
<i>Juan Manuel Charry Urueña</i>	

CAPÍTULO I.

CONSIDERACIONES GENERALES DEL DERECHO PROCESAL

1. Autonomía original del derecho procesal en Alemania, Italia, América, España y Francia	3
Italia	4
América, España y Francia	4
1.1. Estructura original del derecho procesal con los temas de acción, jurisdicción, proceso y justicia	5
1.2. Autonomía estructural actual del derecho procesal. La ineficiencia funcional del proceso y las necesidades ontológicas para impedirla	8
1.2.1. Ineficiencia de la función procesal	9
1.2.2. Necesidades ontológicas para impedir la ineficacia de la función procesal	10
1.3. Exigencias científico-técnicas de la organización y funcionamiento de los procesos judiciales	13

CAPÍTULO II.

CONSTITUCIÓN. FUNCIÓN JUDICIAL

2. Consideraciones constitucionales de los Estados Liberal Democrático de Derecho y Social Democrático de Derecho	21
---	----

2.1. Estado Liberal Democrático de Derecho	23
2.1.1. Soberanía popular. Voluntad mayoritaria ciudadana. Libertad. Igualdad. Origen y contenido de la ley	23
2.1.2. Modernización del Código Civil por la expedición de la Ley 153 de 1887, con efectos procesales de ámbito constitucional	23
2.1.3. Hermenéutica en la función judicial	24
2.1.4. Características literales sistemáticas de la hermenéutica judicial	26
2.1.5. Desarrollo parcial de la hermenéutica exegética positiva y efectos jurídicos	27
2.1.6. Estado Social Democrático de Derecho	31
2.1.7. Función judicial	39
2.1.8. Diferencia hermenéutica entre los Estados Liberal Democrático de Derecho y Social, también Democrático de Derecho, y efectos jurídicos	40
2.1.9. Asuntos hermenéuticos complementarios y efectos judiciales en el Estado Social Democrático de Derecho	48
2.1.10. Jurisprudencias, doctrinas y conclusiones conceptuales en la hermenéutica	50
2.1.11. Reflexiones ius filosóficas en justicia y equidad. Debido Proceso. Capacitación y formación del(a) juez(a) y abogado(a) litigante	56
2.1.12. Conclusiones	70

CAPÍTULO III

VISIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA
Y DEL DERECHO PROCESAL. ENUNCIACIÓN DE PRESUPUESTOS
PROCESALES. CONGESTIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA.
ESTADÍSTICA JUDICIAL

3. Jurisdicción constitucional	75
3.1. Acción tutelar de derechos fundamentales	75
3.1.1. Consideraciones	75
3.1.2. Jurisprudencia constitucional	77
3.1.3. Acción o derecho de acceso a la justicia	81
3.1.4. Presupuestos procesales	83

3.2. Congestión judicial del derecho de acceso a la justicia	87
3.2.1. Visión general.....	87
3.2.2. Realidad de la crisis del derecho de acceso a la justicia	96

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PROPUESTAS DE REFORMAS PROCESALES

4. Consideraciones generales sobre la situación actual del proceso	111
4.1. Prospectiva procesal de la administración de justicia en los ámbitos que se particularizan	112
4.1.1. Observaciones	112
4.1.2. Ámbitos prospectivos de la administración de justicia	113
4.1.3. Ámbitos prospectivos de modernas técnicas electrónicas de comunicaciones y medios procedimentales complementarios	115
4.1.4. Ámbitos de la conciliación y de obligadas funciones del (la) juez(a) en los procesos	120
4.1.5. Ámbito del traslado de carga de la prueba	123
4.1.6. Ámbito de funciones judiciales administrativas inherentes al empresarial	124
4.1.7. Ámbito del derecho de acceso a la justicia con real igualdad de las partes procesales	126
4.1.8. Ámbito de la cabal preparación y capacitación del abogado para el idóneo ejercicio profesional vinculado a la administración de justicia, como juez(a) o apoderado de las partes	130
4.2. Propuestas básicas y complementarias de reformas procesales. Sustitución del Recurso Extraordinario de Casación por el Derecho Constitucional de la Tutela	135
4.2.1. Propuestas básicas de reformas procesales, a partir del Código de Procedimiento Civil	139
4.2.2. Propuestas complementarias de reformas procesales, diferentes a las estrictamente procedimentales	145

4.2.3. Invocatoria de sustituir el Recurso Extraordinario de Casación por la Acción de Tutela o que se actualice con la vigente Constitución	161
4.3. Reseña histórica de la Acción Constitucional de Tutela	179
4.4. Observaciones a la Ley 1395 del 12 de julio de 2010	188
4.5. Observaciones generales al proyecto reformativo de la “Constitución Política en asuntos relacionados con la Justicia”	211
4.5.1. Sorpresas del Congreso	255
4.5.2. ¡Segundas sorpresas!	260
4.6. Otras propuestas de reformas procedimentales, estructurales y funcionales y reflexiones sobre reformas constitucionales y legales de la administración de justicia	264
Bibliografía general.....	271

*A mis hijos Paula Andrea y Camilo, abogados de la
Universidad del Rosario, a los(as) jueces(zas) que cumpliendo
sus funciones jurisdiccionales con certeza, ética y seriedad,
han sido vilmente asesinados(as), y a algunos de quienes
fueron mis compañeros como magistrados de la Sala Civil del
Tribunal de Bogotá, en especial a la actual magistrada
Luz Magdalena Mojica Rodríguez.*

Prefacio

La superación del derecho de autodefensa es un hecho histórico. En su situación originaria, el hombre no reconoció a otro ser para que lo defendiera de insultos, opresiones y ofensas. Esa omisión lo obligó a hacerlo por sí mismo, con el resultado de que excediéndose en la defensa excitaba mayores insultos, opresiones, violencia y muertes. Progresivamente, el ser humano evolucionó en sus métodos para garantizar la seguridad personal y otros derechos hasta el momento histórico en el que, como miembro de la sociedad, finalmente confió a una persona que, considerándola por su imparcialidad, respeta y de quien reconoce proviene su seguridad y derechos que preservan el beneficio de la paz y de la justicia social, sin dejar de lado la prohibición de actos de violencia al respecto.

La aludida evolución histórica refleja el origen del ahora denominado derecho de acceso a la administración de justicia, constitutivo del derecho procesal, pues solo impidiéndose la fuerza privada para obtener la satisfacción de derechos sustantivos, se logra el imperio de la justicia en armonía con la paz. Por eso, la fuerza del derecho oportunamente aplicada siempre debe imperar con justicia equitativa, jamás la razón de la fuerza, la cual fue el elemento de la “auto tutela”, “autodefensa” y “autoayuda”, destinada a solucionar conflictos con fórmulas primitivas, injustas y peligrosas que evidenciaron una solución coactiva de conflictos en beneficio del ser humano más fuerte y con poder hegemónico, y produjo entes estatales muy débiles, por lo cual las personas particulares tuvieron que tomarse la justicia por su mano, como acaeció con los “duelos” en la Edad Media. Sin embargo, del caos de la ley del más fuerte se pasó a un orden jurídico en que se impuso la existencia legal de decisiones equitativas por una persona imparcial representante del Estado, con el fin de dirimir conflictos de intereses y de aplicar o reconocer oportunamente

el derecho a favor de quien lo merezca, sustituyendo las acciones personales entre adversarios.

En la actualidad doctrinariamente se dice que “subsisten algunas manifestaciones ilícitas de la autodefensa, en el ámbito del derecho civil”,¹ como en Colombia sucede, por ejemplo el art. 912 del C.C. y, en el laboral, la huelga y el cierre patronal. Desde luego, la administración de justicia tiene que ser idónea, certera, seria y efectiva, aunque en Colombia ha sido difícil obtener con la simple configuración literal del proceso formal, porque se ha traducido defectuosamente.

La sustitución histórica de la aplicación de la justicia exige que el Estado la satisfaga con plenitud, equidad y eficiencia, pues este objetivo ontológico se impone para evitar que vuelva a ser privada. En este libro se invoca que para vivir a satisfacción comunitariamente, se requieren optimizar las instituciones procesales con reconocidas exigencias científicas y tecnológicas, las cuales superan el clásico tratamiento procesal legal de formal expresión y alcance constitutivo del proceso, para aplicar la justicia. Esas exigencias las conocerá el lector² en el libro después del capítulo 1, ya que son varias las que se proponen con insistencia como complementarias de las existentes formales configurativas del proceso, integradas a las básicas columnas del derecho procesal para habilitar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia para obtenerla oportuna y eficazmente, si se prueban los hechos relatados en una demanda para reconocer un derecho sustantivo o para hacerlo efectivo, lo cual corresponde a la historia constitucional en que paulatinamente se ha fortalecido o creado un sistema judicial con el fin de reconocer o hacer cumplir los derechos a sus asociados, quienes tienen el mérito fundamental para demandarlo porque están impedidos para lograrlo personalmente usando su fuerza material y/o sus poderes políticos y económicos.

La facultad de acudir a la justicia, convertida en derecho *autónomo* denominado de acción o derecho fundamental de acceso a la justicia, no es un ejercicio del derecho *sustantivo* que alguien reclama como suyo, porque su

¹ Moreno Catena, Víctor, Valentín Cortés Domínguez & Vicente Gimeno. *Introducción al Derecho procesal*. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 18.

² Siguiendo las reglas pertinentes del lenguaje expresadas por la Academia de la Lengua Española, en lo sustantivo no se distingue género de las personas lectoras ni de las que ejercen la profesión del Derecho, pero sí se distingue el de quienes ejercen funciones judiciales para significar ciertos subjetivos valores del género de las mismas. Por esa razón, invito al lector leer el pie de página 10 del capítulo primero.

autonomía es fundamental en términos constitucionales del Estado Social de Derecho, con el efecto de originar la autonomía estructural del derecho procesal y del proceso judicial, como instrumento exclusivo para aplicar justicia en *sustitución de la privada*.

En este momento se puntualiza que con la visión teórica constitucional del derecho procesal que comprende este libro, tiene el objetivo académico de visualizar los aspectos vitales y la serie cardinal *ordenada de pilas edificantes del derecho procesal*, para aplicar la ley sustantiva con las ya anotadas exigencias de ser humanitaria y brindar calidad social. Para esta finalidad académica no se individualizan artículos entre el grupo numeroso que comprende la ley procesal a partir del Código de Procedimiento Civil. Entonces, para dicho objetivo no se tiene el propósito de que los argumentos convenzan al lector, que ojalá sean muchos profesionales de Derecho y/o sus estudiantes, sino el de lograr con sus reflexiones personales ius filosóficas posturas de la administración de justicia, radicadas en su corazón y en su cerebro para impedir una errada justicia judicial y que, por esa causa, cierta ciudadanía busque reemplazarla por la justicia privada, como está acaeciendo en muchos países del mundo y parece ser que se aproxima a Colombia. Ojalá que sus ciudadanos, empezando con los que directamente están comprometidos con la administración de justicia, propicien vigorosas conductas que lo impidan.

Para lograr el objetivo del libro, en el capítulo I se referencia la histórica originalidad de la autonomía y de la estructura del derecho procesal, dentro de esos espacios procesales, se expresan exigencias científico-técnicas de la organización y funcionamiento de los procesos judiciales. En el capítulo II se particulariza el esencial y vital justiciero tema de la exigencia hermenéutica relativa a la aplicación judicial de la ley. Dada esta exigencia fundamental constitucionalmente se consideran los Estados Liberal Democrático de Derecho y Social Democrático de Derecho. Este punto constitucional es uno de los más trascendentes que contiene el libro, porque comprende principios y normas constitucionales de derecho procesal propios del social y democrático derecho, planteando la diferencia hermenéutica entre él y el Estado liberal democrático, lo que conduce a considerar la sustitución del recurso extraordinario de casación por la constitucional acción de tutela.

Con igual visión teórica y sentido académico, en el capítulo III se consideran aspectos de jurisdicción constitucional, tutela, enunciación de presupuestos

procesales y congestión del derecho de acceso a la justicia, según la estadística judicial.

En el capítulo iv, que cierra el libro, se analiza la actual situación crítica de la administración de justicia en Colombia; se invocan, para superarla, variados y diferentes actos científico-técnicos comprensivos de reformas en la administración de justicia, que van más allá de la formales, a partir de la *ius* filosófica y humanística preparación y especial capacitación de los abogados para que puedan profesionalmente representar a partes procesales o ser jueces(zas).

Prólogo

Juan Manuel Charry Urueña

El presente trabajo pretende conciliar la visión constitucional con el derecho procesal, aunado al análisis y crítica de las propuestas de reforma a la administración de justicia.

Se divide en cuatro capítulos, a saber: I. Consideraciones sobre el derecho procesal; II. Constitución. Proceso y función judicial; III. Visión constitucional. Tutela. Presupuestos procesales. Congestión y estadística judicial; y, IV. Análisis de la actual situación de la administración de justicia e innovación de reformas procesales.

Sirve de marco conceptual el tránsito del Estado Liberal al Estado Social, en donde el autor expone de manera sucinta la evolución del derecho procesal, para abogar por una mirada interdisciplinaria, menos formalista, más eficiente y eficaz, que haga de la administración de justicia un instrumento útil a la sociedad, con verdadera dimensión humanista.

Al abordar el tema constitucional, se hace un interesante contraste entre el Estado Liberal y el Estado Social en Colombia. En cuanto al primero, se refiere a los aportes de la Ley 153 de 1887 en aspectos como la analogía, la costumbre y la moral cristiana; a la forma como se interpretaba y aplicaba la ley, casi de manera mecánica, como heredera de la Revolución francesa; y al recurso extraordinario de casación. En relación con el Estado Social adoptado en la Constitución de 1991, se refiere al establecimiento de valores y principios constitucionales fundamentales; al reconocimiento de la existencia del derecho natural; y a la mencionada Ley 153 de 1887, que mantiene su vigencia en un nuevo entorno, que transforma el papel del juez en creador de derecho, más allá de la postura dogmática formalista basada en el texto legal. Así las

cosas, se trata de un juez con capacidad de interpretación discrecional de las normas, y el proceso es un instrumento para la satisfacción de la justicia, la moral y la ética.

En relación con la Jurisdicción Constitucional y la Acción de Tutela, se destacan las características de subsidiariedad de esta última y sus diferencias con las instancias ordinarias de las otras jurisdicciones, así como la aplicación del concepto de inmediatez y de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se deben aplicar para resolver estas solicitudes. Se comparte el criterio de entender la acción de tutela como un derecho, según lo ha hecho la Corte Constitucional; así mismo, el de entender el acceso a la justicia como otro de los derechos fundamentales. De otra parte, se esbozan los presupuestos procesales; sin embargo, no se profundiza en su aplicación en el trámite de la acción de tutela. Para culminar el capítulo, se recogen algunos datos estadísticos relacionados con la congestión judicial, que muestran un índice de evacuación de procesos del 92 por ciento, con significativos retrasos en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y los alarmantes datos de la justicia penal que muestran que de cien homicidios solo en siete se encuentra y se condena al culpable, lo que, junto con otros datos, permite concluir el fracaso del sistema penal. Se demuestra que el problema de la justicia en Colombia es de vieja data y que sus defectos son reiterativos, sin que haya existido la voluntad política para solucionarlos.

En relación con el análisis de la actual situación de la justicia, se parte del indiscutible supuesto de que se encuentra en una grave crisis; también se resalta la indispensable relación que debe tener la administración de justicia con las circunstancias sociológicas; además, se llama la atención nuevamente en cuanto a la ausencia de voluntad política para resolver los graves problemas que aquejan esta importante función del Estado; se explica la necesidad de introducir técnicas electrónicas de comunicación; se analiza la forma de uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación; se ahonda en las razones para que se invierta la carga de la prueba; se reclama la aplicación de los criterios propios de administración de empresas; se critica la igualdad formal de las partes en el proceso; y se aborda el tema de la capacitación de los abogados y de los jueces (allí se transcribe una bella carta de un magistrado a su hijo designado juez en la España del siglo XVII).

Finalmente, se formulan propuestas de reformas a la justicia y se critican las propuestas formuladas por las autoridades. Hay un detenido estudio

sobre las disposiciones de la Ley 820 de 2003, se critica la falta de técnica de la Ley 1395 de 2010 de descongestión judicial y se detiene en el proyecto de reforma constitucional a la administración de justicia, para criticar el fortalecimiento de la Corte Constitucional mediante la tutela contra providencias judiciales, frente a una imprecisa y difusa carta de derechos fundamentales; sin embargo, propone sustituir el recurso extraordinario de casación por la tutela constitucional. De otro lado, se plantean ideas sugestivas como la oralidad para el análisis probatorio, eliminar las excepciones previas y establecer mayores controles a los abogados.

El profesor Alfonso Guarín Ariza, a partir de su experiencia de toda una vida dedicada a la judicatura y a la cátedra universitaria, ofrece una visión crítica del derecho procesal, señala la ruta para la humanización del proceso y ofrece alternativas técnicas para la agilización de los procesos.

Es cierto que nos une una larga amistad iniciada en el Colegio Mayor del Rosario, desde épocas en que fui secretario de la Facultad de Jurisprudencia y después profesor. Pero también es cierto que nos distancian posiciones ideológicas y valorativas que explican las divergencias conceptuales y las visiones de las instituciones procesales que con tanta pericia expone el profesor Guarín Ariza.

Muy ilustrativa resulta la diferenciación del Estado Liberal y el Estado Social; sin embargo, en mi criterio se ha abusado de este último, al punto de pretender imponer desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional una forma de Estado del Bienestar a través de la tutela de los derechos económicos y sociales, sin consideración de las limitaciones económicas y presupuestales, que no se mencionan en este trabajo, y que resultan cruciales para una debida administración de justicia.

Cabe mencionar la interpretación y los alcances que se hacen de la Ley 153 de 1887, la posibilidad de acudir a la analogía y a la aplicación de la moral cristiana. Desde mi óptica, esa ley fue expedida inmediatamente después de la Constitución de 1886, en ese contexto y para lograr su aplicación, donde no existía la acción de inexecutable y se debatía la existencia de la excepción de inconstitucionalidad; se trata de una ley sabia pero obsoleta y en varios aspectos derogada o subrogada por normas posteriores. Así las cosas, hoy en día prevalecen los valores constitucionales, tales como la democracia, la participación, la diversidad étnica y cultural, dentro de un Estado laico en donde las concepciones religiosas deben ser tratadas en estricta igualdad y donde

la analogía no debería tener cabida en las instituciones del derecho público como tampoco en las del derecho procesal. En otros términos, se podría decir que la problemática del derecho no es la ausencia de una moral que lo guíe y complemente, sino la de lograr un desarrollo económico sostenible y equitativo que garantice el goce efectivo de los derechos para todas las personas.

Desde el punto de vista constitucional, la prevalencia de los aspectos sustanciales sobre los procesales y meramente instrumentales, debería ser uno de los principales puntos de análisis, no solo desde su concepción filosófica y su relación con los términos procesales extintivos de los derechos, sino también en la forma como la jurisprudencia de la Corte Constitucional la interpreta y la aplica a figuras tan criticables como el principio de inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela. Si bien cierto que se critica el recurso extraordinario de casación y se toma partido por el control de constitucionalidad de la sentencia, en un futuro se tendrán que hacer mayores análisis en estas materias.

En cuanto a la situación crítica de la administración de justicia, se comparte el diagnóstico que se ve respaldado por las estadísticas, que prácticamente no admiten posición en contra. Nada hay que anotar en relación con la necesidad de una mejor formación de jueces y abogados que tengan conocimientos interdisciplinarios y humanistas. Le asiste razón al autor cuando critica las leyes que pretenden solucionar algunos de los problemas que aquejan la justicia, pues resultan medidas de coyuntura que con frecuencia incurren en errores técnicos y conceptuales.

El presente trabajo se ocupa de la politización de la justicia y de la judicialización de la política, defectos que tienen su origen en el mismo diseño constitucional de 1991 y que parten de la concepción ingenua de que la política se vería beneficiada por la intervención de los jueces en materias tales como la elección de altos funcionarios del Estado, así como en el juzgamiento penal y administrativo de los congresistas como sustituto de la inmunidad parlamentaria. Esperamos que en un futuro próximo el autor haga mayores desarrollos sobre estos tópicos, así como acerca del tema de hipertrofia de la Rama Judicial, con cuatro altas corporaciones judiciales que en ocasiones se contradicen y se enfrentan.

Con todo, desde la óptica del derecho procesal, el trabajo del profesor Guarín Ariza ofrece un interesante estudio de las incidencias de los principios constitucionales, analiza las leyes que se han expedido e indica sus deficien-

cias, y se enfrenta a las propuestas en trámite de reforma constitucional para denunciar la falta de voluntad política.

Por último, cabe resaltar que mis carencias y limitaciones en materia de derecho procesal, más que mis diferencias ideológicas, explican la divergencia de criterios, enfoques y énfasis de la obra, que sin duda es un importante aporte a las reflexiones jurídicas colombianas.

Bogotá, 20 de marzo de 2012

Capítulo I
Consideraciones generales
del derecho procesal

Este capítulo hace referencia al inicio de la autonomía del derecho procesal en diversos países y se exponen algunos criterios de destacados maestros procesales. Además se consideran aspectos de la estructura original histórica y su objetivo jurisdiccional, e ineficaces inicios temporales de la función procesal y de las necesidades ontológicas con el fin de impedirla. Por ello se enuncian dos importantes congresos internacionales del siglo pasado en la ciudad de Florencia (Italia): el primero, orientado por Piero Calamandrei y el segundo por Mauro Capelletti, ambos son famosos maestros de derecho procesal. En consecuencia, se observan por fuera de la ciencia jurídica, las exigencias científico-técnicas de la funcionalidad del proceso, lo que se referenció en el séptimo Congreso Internacional de derecho procesal en Wurzburg, República Federal de Alemania en 1983.

1. Autonomía original del derecho procesal en Alemania, Italia, América, España y Francia

Ha sido arduo el desarrollo del derecho procesal para obtener su autonomía científica, apuntado desde su origen a independizarse como ciencia del derecho material, sustancial o sustantivo y aun de los simples procedimientos judiciales. La opinión prevalente surgió a mediados del siglo pasado con la famosa polémica entre los maestros Windscheid y Muther sobre la naturaleza jurídica de la acción,¹ cuando se convirtió en la piedra angular de los estudios procesales, en punto de partida de la llamada Escuela Alemana de Derecho Procesal que fue enriquecida después con las aportaciones teóricas de Oscar

¹ Windscheid & Muther. *Polémicas sobre la "actio"*. Tomas A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: EJEA, 1974.

Von Bulow, particularmente en materia de excepciones y presupuestos procesales; Kohler, respecto a la relación procesal, idea actualmente básica del proceso civil; Stein, en lo relativo al valor del conocimiento privado del juez; Adolfo Wach quien sentó las más sólidas bases para la enseñanza del derecho procesal; Degenkolb, sobre el fundamento de la acción; y, en este siglo, complementada en especial por los trabajos de Kish, Rosemberg, Shonke, Heinitz y Goldschmidt, específicamente este último por algunos de sus reconocidos aportes a los principios generales del proceso,² que muchos catalogan de geniales.³

Italia

El maestro Giuseppe Chiovenda edificó las bases de la escuela italiana del derecho procesal, tomadas de la alemana y especialmente de Adolfo Wach.⁴ La renovación del derecho procesal se debe a los procesalistas alemanes y su difusión en los italianos. La acción, la jurisdicción y el proceso o relación jurídica, desde su origen han sustituido a la justicia privada y se han convertido en instituciones esenciales donde se apoyan los trabajos italianos, explorados por Chiovenda y una pléyade de estudiosos, entre los cuales son indispensables los maestros Carnelutti, Calamandrei y Redenti.

América, España y Francia

Según Couture, en estos países fue simultánea la respuesta al derecho procesal, mientras que en Francia no se veía una diferencia vital entre aquel y el derecho sustantivo, salvo por el profesor Vizioz, cuya obra “parecía llamada a establecer los lazos de unión entre la doctrina francesa del derecho público y las nuevas corrientes del derecho procesal”.⁵ En una y otra zona geográfica es

² Sentis Melendo, Santiago & Piero Calamandrei. “El hombre y su obra.” *Boletín del Instituto de Derecho procesal de la Universidad Nacional Litoral* [Santa Fe] 7 (1957).

³ Montero Aroca, Juan. “Estudios procesales”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho procesal* (1989).

⁴ Wach, Adolfo. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Roma, 1930, p. 267; citado por: Moreno Aroca, Juan. *Evolución y futuro del Derecho procesal*. Buenos Aires: Temis, 1984.

⁵ Couture, Eduardo J. *Introducción al Proceso Civil*. Buenos Aires: Temis, 1953, p. 8.

hoy abundante la literatura científica del derecho procesal que incluso aporta criterios novedosos.⁶

1.1. Estructura original del derecho procesal con los temas de acción, jurisdicción, proceso y justicia

Con el transcurso del tiempo aparecieron caminos legales en los que, en concreto, se tienen que ejercitar las acciones judiciales para recibir sentencias favorables *justas*, las cuales surgieron de serios y profundos criterios políticos que las convirtieron en instrumentos de derecho público, en el cual se permite su ejercicio para lograr dichas providencias, según Adolfo Wach en su *Manual de Derecho Procesal Civil Alemán* y, que conforme a Giuseppe Chiovenda,⁷ también es “un derecho potestativo en los sistemas de los derechos”.

La acción es calificada después como derecho de acceso a la justicia y, en Colombia, de tutela jurisdiccional. En la historia se conoce que desde el Derecho Romano, a partir de las “Doce tablas” su denominación fue *Actio legis* o “acción de la ley”. Por ello se recuerda que la acción ha sido un derecho autónomo,⁸ cuyo ejercicio dependió del arbitrio del actor, aunque el derecho de acción se haya confundido con el derecho mismo.

La naturaleza jurídica y el objetivo legal del *derecho de acceso a la justicia*, a finales del siglo xx fue calificado como un *derecho de acción* que apareció en una primera teoría denominada *clásica o monista* que, basada en las ideas del Derecho Romano, consideró a la acción un *derecho sustancial* y no procedimental.

Después, por causa de advertidas circunstancias temporales, aparecieron otras teorías relativas a la naturaleza jurídica de la *acción* en las cuales la clásica mantuvo sus posturas especiales en el sistema jurídico napoleónico (año 1806 y siguientes), en el cual la acción fue apéndice del derecho sustantivo civil, lo que equivale a decir que no había acción sin derecho sustancial.

⁶ Sostiene Eduardo J. Couture, en sus *Estudios de Derecho procesal*, que la acción corresponde a una especie del derecho de petición y que en últimas es un derecho cívico. Jaime Guasp, en su *Derecho procesal Civil*, expone la idea de que el proceso es una institución jurídica.

⁷ Chiovenda, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Santiago Sentís Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 1986, p. 35.

⁸ La autonomía del derecho procesal surge después de la Revolución Francesa, eliminando la arbitraria y caprichosa voluntad del Rey para reemplazarla por la voz de la mayoría comunitaria expresada en la ley. En nuestra opinión, el estudio y las conclusiones jurídicas procesales han sido paulatinos.

La teoría clásica y sus variaciones posteriores fueron insuficientes para enfrentar los nuevos desafíos sociales que políticamente se necesitaban resolver con el derecho. Por esa razón, luego del ascenso del clasicismo como criterio dominante, generacionalmente los juristas europeos y latinoamericanos actualizaron la aplicación del derecho a los nuevos desafíos de los tiempos. En Europa, reformadores e ius teóricos, más o menos contemporáneos, a la llegada del siglo xx propusieron importantes giros en la forma de ver y analizar el derecho.⁹

Vale decir que cualquiera que sea la certidumbre de las tesis expuestas alrededor de los conceptos de *acción*, *jurisdicción* y *proceso* para identificar la naturaleza jurídica del derecho procesal, estos son institucionalmente su *trínomio sistemático* y las *fuentes* históricas de su autonomía. Por eso, a partir de dichas definiciones intelectuales, progresivamente se ha prefijado un conjunto de reglas que configuran una sucesión formal de etapas dialécticamente establecidas en los códigos de procedimiento, que las partes y los (las) jueces(zas)¹⁰ deben respetar para pronunciar una sentencia justa.

Desde hace tiempos el derecho de *acción*, hoy denominado de *tutela*, solo lo puede ejercer una persona natural o jurídica capaz, por ser sujeto de derecho o por tener un patrimonio autónomo. Si se hace por el camino ordinario legal procedimental surge con una demanda judicial que, para ser admitida, debe reunir los requisitos exigidos con el fin de “legalmente formalizarse” para que

⁹ López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis, 2004, p. 235.

¹⁰ Sobre género gramatical, el diccionario panhispánico de dudas expone que este tipo de “doblamiento son artificios e innecesarios desde el punto de vista lingüístico”. Por ello se dice que en los sustantivos que designan seres animados existe la posibilidad del uso genérico del masculino para “designar la clase de todos los individuos de la especie, sin distinción de sexos”. Con ese criterio, algunos juristas pueden considerar que no cabe distinguir el género de las personas que ejercen funciones jurisdiccionales. Pues se ha observado “que se habla del juez como institución y no como sujeto que cumple función jurisdiccional”. Consideramos que para hablar de aplicación de la justicia es indispensable tener en cuenta las condiciones biológica y social del ser humano, incluyendo su género, porque implican causas que relativamente pueden incidir en la percepción que se tiene de la justicia, la cual conduce al análisis de circunstancias relativas a la administración de justicia con el fin de mejorar su eficacia. La persona no es ni debe ser convertida en una institución estatal. Solicito al lector (masculino o femenino) que en vía de ejemplo visualice a una mujer con funciones jurisdiccionales del derecho de familia, que por su importancia, vale identificarla como jueza y no en la versión genérica del género masculino que ejerce esa función. Por razones biológicas y sociales, relativas a la aplicación de justicia, para identificar a la mujer como jueza de la República en algunos casos, no en todos, su género se reconoce en el libro. Así, de pronto, lejos de ser innecesaria y menos artificiosa tal identidad se convierte en una especial identificación con efectos legislativos de la administración de justicia.

el juez competente declare la existencia de un derecho sustantivo u ordene su cumplimiento, cuando la ley procesal lo permita. Si estos elementos jurídicos legales no se configuran en el proceso, solo cabe pronunciar una sentencia inhibitoria. Por eso son denominados presupuestos procesales (en el capítulo III se consideran particularmente la demanda y la competencia).

El estudio inicial del derecho procesal nace *vinculado* al *derecho civil* y por eso el concepto del derecho procesal civil fue *núcleo primario* de esa disciplina sustantiva, hoy aplicado en la teoría general del derecho procesal, comprendiendo que sus ramas penal y administrativa provienen de ese tronco común.¹¹

El enjambre de opiniones alrededor de la naturaleza jurídica del proceso están “intransigentemente expuestas por sus partidarios”. El maestro Couture¹² observó el tiempo en que con ideas del derecho civil al proceso se consideró como un contrato hasta cuando se concibió como una institución legal autónoma en armonía con la propia del derecho procesal, hoy superada. Según Montero Aroca,¹³ no es indispensable comprender la naturaleza jurídica del proceso para explicarlo; lo que siempre ha sido un propósito en la aplicación de la justicia como objeto ontológico, parcialmente satisfecho, pese a ser su razón sustancial y función exclusiva.

Es conocido que la teoría general del derecho procesal descansa en los principios que orientan la interpretación de sus textos legales y que han sido génesis de las nuevas codificaciones. Por eso a partir del concepto de la hermenéutica en la teoría general del proceso se estudian las cuestiones de la legitimación en la causa pretensional, el interés de las partes para actuar, los presupuestos procesales materiales, las situaciones procesales de contradicción o de excepciones y los actos procesales del juez y de los apoderados judiciales. En este ámbito, en general, se analizan las condiciones de validez o la nulidad de lo actuado o de *sentencia inhibitoria*, para no decidir un conflicto puesto en manos judiciales.

¹¹ Autonomía general que, sin embargo, no ha ocurrido en todos los países su pleno desarrollo. Juan Montero Aroca recuerda que en España no la tienen los procesos laboral y administrativo (*Evolución y Futuro del Derecho procesal*, ob. cit., p. 62).

¹² Couture. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*. Buenos Aires: Temis, 1953, pp. 51 y ss.

¹³ Ob. cit., 1989, p. 225.

1.2. Autonomía estructural actual del derecho procesal. La ineficiencia funcional del proceso y las necesidades ontológicas para impedirlo

A partir de la definición de la naturaleza jurídica de la acción, ahora llamada tutela jurisdiccional, el derecho procesal es *autónomo*. Esta concepción implica que el ejercicio de la tutela no corresponde al ejercicio del derecho sustantivo en el que el proponente judicialmente solicita su *reconocimiento* o su *satisfacción*. Desde tal naturaleza jurídica surge la independencia de las normas institucionales del proceso, regulado por leyes específicas. Este resultado histórico no es producto de un objetivo intencional, pero sí lo es por haber superado el mero examen externo de las leyes procedimentales para desentrañar su ubicación, contenido, alcance y relaciones con la normatividad general de derecho o, en las palabras de Wach, “para comprender el proceso en su conexión interna con el ordenamiento jurídico global y la conveniencia y eficacia de la función de lo singular”.¹⁴

Lo dicho es indispensable para saber qué ha de ser el proceso institucionalmente, cuál es su naturaleza jurídica y cuál su función para desentrañar y lograr su utilidad y eficacia en beneficio de aplicación plena de la justicia. Lo anterior vislumbra que el proceso es el punto cardinal del derecho procesal, sin cuya existencia no podrá hablarse de esta disciplina.

Salvo en materia penal, en general el proceso surge para que la persona demandante pruebe los hechos que para instaurarlo en el libelo en concreto relata, los cuales la ley hipotéticamente visualiza a su favor porque le otorga el derecho sustantivo que pretende, mientras que la persona demandada, incluyendo la pública, tiene que alegar y probar la existencia de hechos que impida ese judicial reconocimiento. De ahí se origina la reconocida función histórica judicial del proceso. Para ese objetivo, la acción y la jurisdicción son elementos vitales procesales que apuntalan su concepción, como se ha dicho anteriormente.

Así, relativamente, con la acción y con la jurisdicción se conforman los elementos del proceso, a lo cual se agrega que, en general, la acción es portadora de la *pretensión* o *pretensiones*. Esto es así porque el proceso contiene un conflicto legal entre las partes extremas que se decide con la sentencia, como una de las misiones más augustas e inexorables del Estado que es impartir justicia, la cual ha de ser certera, eficiente y eficaz, con indudables efectos sociales.

¹⁴ Wach. *Manual de Derecho procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Temis, 1977, p. 9.