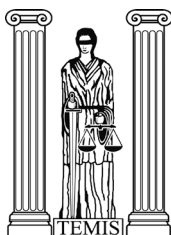


ENRIQUE VÉSCOVIT†

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

*Segunda reimpresión
de la segunda edición*



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2020

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

NOCIONES PRELIMINARES Y PRINCIPIOS

I. SOCIEDAD, DERECHO Y TUTELA JURÍDICA

	PÁG.
1. Sociedad, derecho y conflicto	3
2. La solución del conflicto. Diversas formas	3
3. Acción, jurisdicción y proceso. Nociones previas	7

II. DERECHO PROCESAL. NORMA PROCESAL

4. Generalidades	10
5. Fuentes del derecho procesal	13
6. Aplicación de la norma procesal	17

CAPÍTULO II

HISTORIA Y DERECHO COMPARADO

1. Historia	24
2. El proceso romano	24
3. El proceso germano	29
4. El proceso común (romano-canónico)	30
5. El proceso moderno y la formación del proceso contemporáneo	33
6. Historia del proceso iberoamericano	35
7. Evolución científica del derecho procesal	38
8. Derecho procesal comparado	40

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS PROCESALES

1. Problemática	48
-----------------------	----

	PÁG.
2. ¿El principio dispositivo o el inquisitivo?.....	48
3. Los principios de oralidad y escritura. Inmediación y concentración.....	55
4. El principio de igualdad. Bilateralidad y contradicción.....	59
5. Los principios de lealtad, buena fe y probidad. La regla moral en el proceso	60
6. El principio del formalismo procesal y de la legalidad de las formas	61
7. Principio de economía. Celeridad del proceso. Abreviación y garantías.....	63
8. Otros principios: preclusión, eventualidad, publicidad, etc.	64

PARTE SEGUNDA

LAS INSTITUCIONES

CAPÍTULO IV

LA ACCIÓN Y LA EXCEPCIÓN

1. Noción preliminar. Acción, pretensión y demanda	69
2. El concepto de acción. Evolución, doctrinas	70
3. Conclusiones. Acción, pretensión y demanda.....	71
4. La acción penal	72
5. La acción en el proceso iberoamericano	74
6. Condiciones del ejercicio de la acción	75
7. Elementos de la acción (pretensión)	77
8. La pretensión del demandado.....	78
9. Acumulación de pretensiones	79
10. Clasificación de las acciones (pretensiones)	80
11. Planteamiento.....	81
12. Historia.....	82
13. Concepto	82
14. Concepto (conclusiones)	83
15. Naturaleza de la excepción (contradicción)	85
16. Clasificación de las excepciones	85

CAPÍTULO V

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

1. Problemática.....	86
2. Concepto	86
3. Clases de presupuestos procesales	87
4. Naturaleza	88
5. Las excepciones y los presupuestos procesales en el área iberoamericana ..	89
6. Las excepciones y los presupuestos procesales en el proceso penal.....	91

CAPÍTULO VI

EL PROCESO

	PÁG.
1. Noción preliminar del proceso.....	94
2. Problemas terminológicos y doctrinarios.....	95
3. Fin o función del proceso.....	95
4. Naturaleza del proceso. Doctrinas.....	98
5. Clases de procesos.....	102
6. El proceso en el derecho iberoamericano.....	104

CAPÍTULO VII

LA JURISDICCIÓN

1. Premisas	106
2. Naturaleza de la jurisdicción. Elementos del acto jurisdiccional.....	106
3. Manifestaciones de la jurisdicción. Formas de ejercerla	109
4. La jurisdicción en la doctrina iberoamericana	109
5. Diferencia entre jurisdicción y las otras funciones estatales.....	110
6. Jurisdicción penal.....	111
7. Otras jurisdicciones especiales.....	113

CAPÍTULO VIII

ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN. EL TRIBUNAL EL PODER JUDICIAL

1. Función jurisdiccional y poder judicial.....	119
2. Principios fundamentales. Garantías al ejercicio de la potestad judicial	120
3. Principios de la organización judicial: los sistemas de elección.....	124

I. TEORÍA DE LOS AGENTES DEL PODER JUDICIAL

4. Los jueces. La organización del tribunal.....	126
5. Selección de magistrados. Las condiciones para ser juez	129
6. Deberes de los jueces	132
7. Derechos de los jueces	134
8. Cese del juez en el cargo	135
9. Causales de apartamiento de jueces: recusación, impedimento, abstención.....	136

II. AUXILIARES DEL TRIBUNAL. EL OFICIO JUDICIAL

10. Concepto. Generalidades.....	139
11. El oficio judicial	139
12. Otros auxiliares del juez.....	140

CAPÍTULO IX

LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

	PÁG.
1. Generalidades sobre los diversos tribunales. La competencia	142
2. Principios que regulan la distribución de la competencia	143
3. Modificaciones a las reglas de la competencia permanente. El desplazamiento de la competencia	150
4. Caracteres de la competencia	155
5. Fenómenos relacionados con la competencia: competencia acumulativa; prevención	156
6. Garantías de la competencia	157

CAPÍTULO X

EL MINISTERIO PÚBLICO

1. Nociones preliminares	159
2. Historia. Derecho comparado	160
3. Naturaleza del ministerio público. Su función en el proceso	162
4. Organización del ministerio público (o fiscal). Designación. Estatuto. Principios	164
5. Competencia del ministerio público	166
6. El ministerio público en el proceso penal	167
7. Conclusiones	169

CAPÍTULO XI

SUJETOS DEL PROCESO: LAS PARTES

1. Concepto de parte procesal	170
2. Capacidad procesal. De goce y de ejercicio	173
3. Estudio particular de la capacidad procesal	176
4. Problemas procesales derivados del tema de la capacidad	179
5. Legitimación procesal. Legitimación en la causa	179
6. Sustitución de las partes durante el proceso	181
7. Otras alteraciones. Remisión	182
8. El proceso acumulativo. La conexión. El litisconsorcio	182
9. El tercero en el proceso	185

CAPÍTULO XII

**LOS PODERES DEL JUEZ Y DE LAS PARTES
EN EL PROCESO**

I. PODERES Y DEBERES DE LAS PARTES

1. Derecho de acción y poderes de las partes.....	196
2. Poderes, facultades, cargas.....	197
3. Deberes de las partes.....	197
4. Responsabilidad de jueces, partes y apoderados en el proceso.....	199

II. PODERES DE LAS PARTES Y DEL JUEZ EN EL PROCESO

5. Los poderes de los sujetos procesales en el moderno derecho.....	200
6. Los poderes del juez y de las partes con referencia a los principios del moderno proceso	201
7. La tendencia en Latinoamérica y Uruguay. Conclusiones.....	202

CAPÍTULO XIII

**REPRESENTACIÓN. POSTULACIÓN
EN EL PROCESO. PROCURADORES. ABOGADOS**

1. Generalidades. La capacidad de postulación	205
2. Representación. Mandato y poder. Representación procesal	207
3. Representación legal. Representación convencional. Poder para pleitos	208
4. Duración del poder. Comienzo y extinción.....	209
5. Formas especiales de procuración. Procurador oficioso. Procurador común	212
6. Evolución de la abogacía	213
7. Patrocinio y defensa en juicio	214
8. La función del abogado en el proceso penal	215
9. Ejercicio de la abogacía. Requisitos.....	216
10. Derechos y deberes del abogado.....	217
11. Responsabilidad. Sanciones	218
12. El honorario. Proceso de regulación de honorarios	219

PARTE TERCERA

LA ACTIVIDAD PROCESAL

CAPÍTULO XIV

LAS SITUACIONES JURÍDICAS

1. Concepto	225
-------------------	-----

	PÁG.
2. Clases y principales situaciones jurídicas	226
3. Estudio particular de algunas situaciones: la carga, la sujeción.....	227

CAPÍTULO XV

ACTOS PROCESALES

1. Generalidades.....	229
2. Concepto	229
3. Actos y contratos procesales. El negocio jurídico	231
4. Estructura del acto procesal. Sus elementos	232
5. Clasificación de los actos procesales.....	235
6. Valoración de los actos procesales	236
7. Defectos en los actos procesales	237
8. Vicios de los actos procesales. Sanciones.....	238

CAPÍTULO XVI

FORMA Y LUGAR DE LOS ACTOS PROCESALES

1. Las formas procesales. Legalidad y libertad de las formas.....	241
2. Expresión de los actos procesales. Oralidad y escritura	242
3. Lengua oficial.....	243
4. Publicidad y secreto	243
5. Documentación de la actividad. El expediente judicial	244
6. Lugar de los actos del proceso: la sede del tribunal.....	249
7. El domicilio.....	250

CAPÍTULO XVII

COMUNICACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES

1. Comunicación de los actos procesales	255
2. Notificaciones.....	259

CAPÍTULO XVIII

EL TIEMPO EN LOS ACTOS PROCESALES. TIEMPO Y PROCESO

1. Tiempo y proceso	263
2. Plazos procesales. Término y plazo	264
3. Días y horas hábiles	264
4. Habilitación de días y horas inhábiles.....	266

	PÁG.
5. Plazos procesales. Su clasificación	267
6. Cómputo de los plazos procesales.....	270
7. Suspensión e interrupción del plazo procesal	271

CAPÍTULO XIX

NULIDADES PROCESALES

I. GENERALIDADES

1. Concepto	274
2. La nulidad en el proceso	275
3. Evolución histórica de la nulidad procesal.....	276
4. Diversas clases de nulidades. Grados de nulidad.....	277
5. Diversos grados de nulidad. Conclusiones.....	279

II. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS NULIDADES

6. El principio de legalidad (especificidad). No hay nulidad sin ley. Las nulidades implícitas.....	281
7. Principio de trascendencia. No hay nulidad sin perjuicio	282
8. Principio de la declaración judicial. No hay nulidad sin sentencia que la declare	283
9. Convalidación de las nulidades del procedimiento. Generalidades	283
10. Convalidación de las nulidades en el derecho positivo.....	285

III. EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE LAS NULIDADES PROCESALES

11. Legitimación para reclamar las nulidades.....	285
12. Vías y procedimientos para solicitar la nulidad. El recurso.....	288
13. Otras vías para obtener la nulidad. Excepción e incidente. Acción de nulidad	290

IV. EFECTOS DE LA NULIDAD

14. El acto nulo y su ineficacia.....	293
15. Limitaciones a la nulidad del acto. Límites objetivos y subjetivos.....	294

CAPÍTULO XX

MODERNOS FACTORES Y SU INFLUENCIA EN LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL ACCESO A LA JUSTICIA

1. Problemas que se plantean en la moderna sociedad.....	297
2. Sistemas de ayuda legal	299

	PÁG.
3. La protección de intereses difusos o superindividuales	300
4. El “ombudsman”	304
5. Formas de justicia alternativa. La justicia conciliatoria.....	305
6. Conclusiones. Internacionalización de los derechos procesales	308
Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo	311
Bibliografía	403
Índice de autores	407
Índice de materias	409

La *demanda* es, entonces, un acto de iniciación del proceso. Es un acto del procedimiento que, normalmente, da comienzo al proceso. En él se ejerce el poder acción y se deduce la pretensión.

Es la petición que el actor dirige al juez para que produzca el proceso, y a través de él, satisfaga su pretensión. Es también un acto jurídico procesal, no un derecho. Es también algo que hace alguien, con lo cual da comienzo al procedimiento.

Estas confusiones aparecen en casi todos los códigos iberoamericanos más antiguos. En cambio, ello no sucede en los modernos ya mencionados.

4. La acción penal.—Las conclusiones a que llegamos no solo son aplicables a la acción civil, sino también a la penal, pese a que esta pueda tener algunas particularidades, como resultado de que nuestro derecho procesal es instrumental y derivado del derecho sustantivo al cual sirve, en este caso el penal.

Cuando hablamos de expropiación de la facultad sancionatoria, nos referimos, por supuesto, también a las sanciones penales (y quizá todavía más propiamente a ellas, si es que cabe decirlo así). Pasada la etapa de la venganza privada (talión) o de la composición (*Wergeld*), la sociedad por medio de sus órganos (y el Estado, desde que nace) es la que se encarga de la sanción por la comisión de delitos. Y no el particular... la familia...

El Estado ejerce el *ius puniendi* para el caso en que la ley penal es violada. Dicho de otra manera, el Código Penal establece, en forma muy especial, para la garantía de la libertad, una lista de delitos y penas descritos muy minuciosamente (tipicidad). Es que, luego de una evolución del derecho penal, surgió el principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege* que mantienen la mayoría de los Estados.

Por otro lado nace también, como un principio de los derechos humanos, asimismo reconocido casi por todos los países, el de *nulla poena sine iudicio*, esto es, que ninguna pena es impuesta sino por el poder judicial y mediante un determinado proceso (juicio) que ofrece un mínimo de garantías.

De ese modo el Estado no ejecuta libremente su pretensión punitiva, sino por medio de sus tribunales ya establecidos de antemano y mediante un determinado procedimiento (Código del Proceso Penal).

Pero tampoco el juez es investido del poder de juzgar y a la vez de iniciar el proceso penal de oficio, sino que, con ese fin, se crea el *ministerio público*, quien tiene la función de requerir (requirente) al juez la aplicación de la pena (y por medio del proceso). Esto es, que el propio Estado —que reclama para sí toda la potestad de juzgar y sancionar penalmente— crea un órgano especial, fuera del poder judicial (al menos en la mayoría de nuestros países, aunque haya

excepciones), que es quien reclama el ejercicio de la pretensión punitiva. Es decir, quien, mediante la *acción*, ejerce dicha *pretensión* punitiva. Lo cual se hace en la llamada *demanda-acusación*.

Este principio fundamental no se altera por el hecho de que se otorgue al tribunal (juez de instrucción, de sumario, etc.) la facultad de investigar e inclusive de tomar medidas cautelares (aun el procesamiento y la privación de la libertad preventivamente) de oficio; también aparece, dentro de esta etapa, la figura del ministerio público, que se convierte en esencial en el momento de deducir acusación. Al punto que, según varios sistemas, si el fiscal no acusa o pide el sobreseimiento, el juez está obligado por su pedido; no puede dictar una sentencia de condena.

Como ya hemos visto (*supra*, cap. III), hay distintos sistemas: el inquisitivo, el acusatorio y el mixto, al cual se afilian casi todos los regímenes de Iberoamérica, siguiendo la tendencia posterior a la Revolución francesa.

Y solo en el régimen inquisitivo puro —que nadie practica— el juez actúa por iniciativa propia, al punto que alguno ha dicho (lo que es una *contradictio in adjecto*) que es él quien ejerce la acción.

En los demás sistemas, la cuestión es clara. En el acusatorio es la parte privada o el representante del Estado, quien ejerce la acción. Igualmente en el mixto, pese a los poderes instructorios del juez.

Por eso, luego de la etapa del sumario comienza el verdadero proceso, con las dos partes en pie de igualdad frente al juzgador.

Inclusive, ha dicho CARNELUTTI, la creación de una segunda parte en el proceso penal (además del imputado) frente al juez, representa una forma de realizar un verdadero proceso, permitiendo el contradictorio. Y por ello el Estado encomienda la función a dos órganos diferentes: el *fiscal* (ministerio público; en España y algunos países de Latinoamérica, el ministerio fiscal), que ejerce la pretensión punitiva, y el *juez*, quien dirige el proceso y dicta la sentencia imponiendo la pena (absolución, etc.). Es decir, juzga.

Según los sistemas se admite que, en ciertos delitos, en lugar del ministerio público —o al lado de este— actúe un acusador privado, tal como fue al comienzo de la historia (*supra*, cap. II) y como sucede en algunos países en los que se acepta la acusación popular. Parecería que la tendencia es a restringir cada vez más esos delitos (lesiones leves, difamación o injuria, ciertos delitos contra el pudor: estupro, rapto, atentado violento al pudor). O, como ha ocurrido finalmente en Uruguay, a eliminar totalmente la figura del acusador privado y sustituirla por la *instancia del ofendido*. Es decir, que el dañado por el delito en estos casos (en que se puede pensar que la persecución podría causarle más daño que la impunidad) tiene necesidad de solicitar, formalmente, la persecución

del delito (denuncia, instancia) para que ello sea posible. Caso contrario, el fiscal no puede actuar. Pero realizada la instancia, quien ejerce la pretensión, su titular, lo es el ministerio público (fiscal).

La acción penal, entonces, no es diferente de la civil en cuanto a su naturaleza, sino solo en cuanto a su contenido y a alguno de sus caracteres.

Así se afirma que es pública —aunque, como hemos visto, la civil también lo es—, pero sobre todo es pública la pretensión contenida en la acción.

El otro carácter especial es la *oficialidad* u *obligatoriedad* de la acción penal, que conduce y se relaciona con el principio de *indisponibilidad*.

Es decir, a diferencia de la acción civil (salvo casos excepcionales), el ejercicio de la acción penal es obligatorio para el ministerio público y no es disponible. Justamente por el carácter de la pretensión que contiene y el derecho sustantivo al cual sirve, que, como en todos los casos, transmite ciertos caracteres esenciales al derecho procesal para mejor cumplir los objetivos de aquel.

5. La acción en el proceso iberoamericano. —Los autores iberoamericanos han adoptado, en general, las conclusiones respecto de la acción que ya hemos mencionado como las más modernas (*supra*, núm. 2). Y también han aceptado la distinción entre los conceptos de acción y pretensión.

En los modernos códigos procesales, civiles y penales, se habla de pretensión como derecho concreto, en el sentido de GUASP, distinguiéndola de la acción como derecho abstracto.

Acerca de los requisitos para el ejercicio de la acción (pretensión) hay variedad de sistemas, sin que pueda indicarse un criterio predominante.

Hay algunos códigos —podríamos decir que constituyen la excepción— que definen la *acción* siguiendo el antiguo criterio que prevalece en los más antiguos ordenamientos, de que el legislador explica los conceptos. Lo cual modernamente se entiende que no corresponde que el legislador establezca definiciones.

Otros códigos del área establecen en sus preceptos las condiciones para el ejercicio de la acción (civil) y en ella incluyen el *interés* (actual), tal como lo hace el Código italiano vigente, al cual toman por modelo. Así sucede con el Código de México (del Distrito Federal y sus seguidores), artículo 1º, el de Brasil, artículo 4º, el de Costa Rica, artículo 1º, etc.

A su vez, los códigos más antiguos enumeran acciones y procedimientos especiales conforme a los resabios del viejo sistema de las acciones de la ley, lo cual se trata de eliminar en los modernos códigos, que incluyen ciertos procesos “tipo” (ordinarios, sumarios sumarísimos; plenarios, plenarios rápidos o abreviados, etc.).