

El Silencio de los Jueces

LA HISTORIA RECIENTE DE LA CONGRUENCIA
EN OCCIDENTE Y COLOMBIA

Primera Edición - 2020
ISBN 978-958-794-398-6

EDGAR ANDRÉS MONTOYA BACA KAREN NATALY PERALTA SÁNCHEZ
GERSON EDUARDO PACHÓN HUERTAS ESTEBAN JAVIER SILVA CUBIDES



Apoyan

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Programa Gestión de Proyectos
División de Acompañamiento Integral
Dirección de Bienestar
Sede Bogotá



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

**EL SILENCIO DE LOS JUECES ES
UN LIBRO SOBRE LA HISTORIA DE LA
CONGRUENCIA EN LA TRADICIÓN
CONTINENTAL EUROPEA, Y SOBRE SU
DESARROLLO EN COLOMBIA.**

Contacto del grupo
fines.juridicos@gmail.com 

Contacto PGP
proyectoug_bog@unal.edu.co 
3165000 ext:10661-10662 
/gestiondeproyectosUN 
@pgp_un 
issuu.com/gestiondeproyectos 

RECTORA
Dolly Montoya Castaño
VICERRECTOR
Jaime Franky Rodríguez
DIRECTOR BIENESTAR SEDE BOGOTÁ
Oscar Arturo Oliveros Garay
JEFE DE DIVISIÓN DE ACOMPAÑAMIENTO
INTEGRAL
Zulma Edith Camargo Cantor
COORDINADOR PROGRAMA GESTIÓN DE
PROYECTOS
William Gutiérrez Moreno
DIRECTOR(a) BIENESTAR FACULTAD DE
DERECHO CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
Nancy Carol Tatiana Thiriat Agudelo
DECANO (a) FACULTAD DE DERECHO
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
Hernando Torres Corredor

**EL SILENCIO DE LOS JUECES:
LA HISTORIA RECIENTE
DE LA CONGRUENCIA EN
OCCIDENTE Y COLOMBIA**

PRIMERA EDICIÓN / ISBN 978-958-794-398-6

COMITÉ EDITORIAL

Dirección
Profesora Mg. Rosa Elizabeth Guío Camargo
Profesor Dr. Marcel Silva Romero

Autores y autora

Edgar Andrés Montoya Baca
Karen Nataly Peralta Sánchez
Gerson Eduardo Pachón Huertas
Esteban Javier Silva Cubides

Ilustraciones por

Karen Nataly Peralta Sánchez

Corrección de Estilo

Albalucía del Pilar Gutiérrez García (PGP)

Diseño y Diagramación

Andrés Felipe Ramos Vera (PGP)

Universidad Nacional de Colombia

Cra 45 No 26-85 Edificio Uriel Gutiérrez
Sede Bogotá
www.unal.edu.co
Bogotá, D.C., Colombia, 2021

El material expuesto en esta publicación puede ser distribuido copiado y expuesto por terceros si se muestra en los créditos.

No se puede obtener ningún beneficio comercial.
No se pueden realizar obras derivadas

Las ideas y opiniones presentadas en los textos de la siguiente publicación son responsabilidad exclusiva de sus respectivos autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Universidad Nacional de Colombia.

Editado en Bogotá, D.C., Colombia

Catalogación en la publicación Universidad Nacional de Colombia

Montoya Baca, Edgar Andrés, 1995-
El silencio de los jueces : la historia reciente de la congruencia en occidente y Colombia / Edgar Andrés Montoya Baca [y otros tres] ; ilustraciones por Karen Nataly Peralta Sánchez. -- Primera edición. -- Bogotá : Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales ; Universidad Nacional de Colombia. Dirección de Bienestar. División de Acompañamiento Integral. Programa Gestión de Proyectos, 2020 1 CD-ROM (150 páginas) : ilustraciones 1 mapa

Incluye referencias bibliográficas
ISBN 978-958-794-398-6 (e-book)

1. Procedimiento civil -- Europa 2. Procedimiento civil -- Colombia 3. Derecho comparado 4. Principio de congruencia I. Peralta Sánchez, Karen Nataly, 1996-, ilustrador II. Pachón Huertas, Gerson Eduardo, 1997- III. Silva Cubides, Esteban Javier, 1999-IV. Título

Contenido

AGRADECIMIENTOS	6	CAPÍTULO 3: LA TRADICIÓN ITALIANA	48	4.7 El nacionalsocialismo (1933/1938-1945)	77	7.9 Tendencias generales	110
PRÓLOGO	7			4.8 Tendencias generales	78		
INTRODUCCIÓN	14	CAPÍTULO 4: LA TRADICIÓN GERMÁNICA	59				
Metodología	17	3.1 El Codice di Procedura Civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna, de 1854	50	5.1 La Novísima Recopilación de 1805	84	PARTE II: ANÁLISIS CONCEPTUAL Y CRÍTICA	111
La estructura del trabajo	20	3.2 El Codice di Procedura Civile italiano de 1865	52	5.2 Las Instrucciones del Marqués de Gerona de 1853	88	CAPÍTULO 8: ANÁLISIS. EL CONCEPTO CONTINENTAL DE CONGRUENCIA DESDE EL SIGLO XIX	112
MARCO CONCEPTUAL	22	3.3 Influencias de la tradición italiana y el procedimiento civil italiano hasta el siglo XXI	55	5.3 La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855	90	8.1 Las relaciones entre tradiciones	112
		3.4 Tendencias generales	57	5.4 La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881	90	8.1.1 La recepción del Code Napoleónico	113
PARTE I: LA CONGRUENCIA EN LA TRADICIÓN CONTINENTAL	29			5.5 La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000	92	8.1.2 Conflictos de tradiciones	115
CAPÍTULO 1: CONTEXTO CONTINENTAL	31			5.6 Tendencias generales	95	8.1.3 La expansión germánica	115
1.1 El proceso común	32	CAPÍTULO 5: LA TRADICIÓN ESPAÑOLA	80			8.1.4 La expansión italiana	117
1.2 La doctrina procesal	34	4.1 La pervivencia del siglo XVIII en el XIX	62	CAPÍTULO 6: ASPECTOS COMUNES EN EUROPA	96	8.2 Elementos en común	119
		4.1.1 El Allgemeine Gerichtsordnung de 1781, del Sacro Imperio	62			8.2.1 La congruencia en la comprensión privatista	119
CAPÍTULO 2: LA TRADICIÓN FRANCESA	37	4.1.2 El Corpus juris Fridericianum de 1781 del Reino de Prusia	64	CAPÍTULO 7: LA EVOLUCIÓN PROCESAL COLOMBIANA	99	8.3 Las manifestaciones de la congruencia	121
2.1 El Code de Procédure Civile de 1806	38	4.1.3 El Allgemeine Gerichtsordnung prusiano de 1793	66	7.1 La Ley 13 de 1825	100	CAPÍTULO 9: CRÍTICA A COLOMBIA	130
2.2 Los 170 años del CPC de 1806 en Francia	40	4.2 El oeste germánico: el caso bávaro	67	7.2 La Ley Orgánica del Procedimiento Civil de 1834	101	9.1 Sobre el concepto del proceso civil	130
2.3 Procesalismo científico francés	42	4.3 El Zivilprozessordnung del Imperio Alemán de 1877	69	7.3 El Código Judicial de Cundinamarca de 1872	102	9.2 Sobre el proceso civil en Colombia	135
2.4 Procedimiento civil francés, Código de 1975	45	4.4 Opiniones frente al CPO alemán	71	7.3.1 La Regeneración	103		
2.5 Tendencias generales	47	4.5 La doctrina alemana	72	7.4 El Proyecto de Arbeláez, Ley 103 de 1923	104	REFERENCIAS	138
		4.6 El impulso austriaco	74	7.5 El Código Judicial, Ley 105 de 1931	105	Textos Legislativos	138
		4.6.1 El efecto en Alemania	75	7.6 El Código de Procedimiento Civil de 1970	106	Otros Textos	141
				7.7 El Código General del Proceso de 2012	107		
				7.8 La doctrina procesal en Colombia	109		



Agradecimientos

Este libro fue posible gracias al ánimo y al apoyo que nos han dado nuestras familias y amigos. Son ellos quienes nos acompañaron a lo largo de nuestro proceso de formación académica y personal. También agradecemos a nuestros docentes, quienes, con paciencia y entrega, nos han apoyado en la formación como profesionales en Derecho. En especial, reconocemos los aportes de los docentes Elizabeth Guío, César Cohecha y Marcel Silva, quienes amablemente compartieron sus conocimientos, puntos de vista, críticas y contribuciones sobre este libro, y nos motivaron a producir un trabajo que aportara al derecho procesal desde una perspectiva comparada. Finalmente, agradecemos a la Dirección de Bienestar de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, y al Programa de Gestión de Proyectos del Área de Acompañamiento Integral de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá.



Prólogo

El fundador de la cátedra de Teoría General del Proceso, Niceto Alcalá Zamora, insistía permanentemente en que los procesalistas latinoamericanos se habían dedicado a hacer arqueología jurídica y olvidaban reconocer nuestras realidades en materia de administración de justicia, bastaba ver los millones de demandas presentadas mes a mes. Tradicionalmente, cada profesor de esta cátedra, al cabo de cierto tiempo de regentarla, publica un libro, para cumplir con los requisitos de su universidad y asegurar su estabilidad, en el que hace recuentos del surgimiento y desarrollo de cada uno de los principios, características e instituciones del derecho procesal desde Grecia antigua y Roma hasta la actualidad. Lo anterior con el fin de explicar las normas de su respectivo código procesal nacional de lo civil o general, con algunas aclaraciones sobre lo normado en los estatutos judiciales de lo laboral, penal y contencioso administrativo.



En ese orden de ideas, la cátedra de Teoría General del Proceso se convierte en teoría del código procesal civil o general de cada país, con algunas alusiones al derecho comparado. Debido a esta situación, aquel maestro español, exiliado en la UNAM, clamaba por variar el sentido y alcance de la teorización del proceso judicial, ya que ese giro podría ayudar a superar nuestras graves problemáticas. Ese es, precisamente, el rumbo que le hemos dado en la Universidad Nacional, un rumbo en el que juega un rol de primer orden la compenetración de un sector de estudiantes no tanto como discípulos, sino como creadores de los valores necesarios para la transformación.

Nuestra problemática ya no es la estudiada por los innumerables autores citados en cada libro de teoría del proceso —ellos reflexionaron sobre los problemas en sus momentos históricos—. Aquí nos centraremos en otros obstáculos de una larga lista que empieza por el difícil y real acceso a la administración de justicia para la inmensa mayoría de los ciudadanos que, al final, prefieren desistir de sus pretensiones ante el miedo o la desconfianza, o cómo hacer efectivo el mandato de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho de todas las personas a recurrir a los jueces para que se “determinen” sus derechos, y sus pretensiones no sean decididas por declaraciones de incompetencia a última hora, o por declaratoria de nulidades o de arrebatar los efectos a las decisiones anteriores simplemente porque un alegato no se considera probado; cómo remover los obstáculos en el trámite de la admisión de la demanda y de la contestación, que consumen mucho tiempo judicial; cómo lograr una o dos audiencias sin aplazamientos, o la realización del derecho democrático de las partes a ser

escuchadas directamente por los sentenciadores de instancia, con intermediación; cómo evitar la iniciación de otro proceso para ejecutar la sentencia proferida en el ordinario; cómo se pueden hacer viables los monitorios para satisfacer la necesidad de justicia de una amplia capa de ciudadanos de pocos recursos; cómo combatir el hiperformalismo en todas las instancias y recursos extraordinarios; cómo democratizar la pirámide judicial y partir de que los jueces y las partes son seres humanos con virtudes, deficiencias y aspiraciones propias, dentro de una visión social del derecho, entre otros.

Lo que más nos falta es reconocer y partir de la realidad de las deficiencias observadas a diario en las actuaciones judiciales y no escudarnos en que se trata de la *jurisprudencia de cada juzgado* o de anomalías que no es necesario escudriñar, porque podrían ser superadas con algunos *truquitos* secundarios que no merecen reflexión. Para dar el salto y superar nuestros obstáculos en una administración de justicia democrática y social se requiere, en primer lugar, conocer muy a fondo cada institución, cada principio, cada característica del derecho procesal, estructurado durante siglos. De hecho, solo dominándolos a fondo, dentro de un marco histórico científico, podemos transformar lo inútil, rechazar lo inservible o lo superado y proponer transformaciones. La segunda condición para una transformación procesal hacia lo social es recurrir a otras ciencias y disciplinas como la filosofía, la sociología, la antropología jurídica, la neurología, la historia, la política, como muy bien lo señalaba Cappelletti, especialmente para comprender la necesidad de transitar del método deductivo hacia el inductivo y el abductivo.



Finalmente, tendremos que confeccionar los parámetros dogmáticos, científicos y normativos para la solución de nuestros problemas en la administración de justicia, siempre a partir de nuestras realidades gloriosas u oprobiosas.

Dentro de este cuadro de necesidades, es en donde esta investigación sobre la *congruencia procesal*, realizada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, adquiere especial relevancia, pues es un aporte sobre su surgimiento, perfeccionamiento y las necesidades que satisfizo en el continente europeo; además, sobre su recepción en nuestro medio colombiano, en el que, para bien o para mal, descansa en las entrañas de nuestras concepciones procesales.

El recuento histórico europeo de la congruencia en los trámites procesales nos permite valorar su asimilación rígida durante más de un siglo en nuestro entorno y profundizar en su debilitamiento con la aparición de las disciplinas procesales del orden social, que derrumban fortificaciones civilistas tradicionales para realizar la justicia y la equidad. Las transformaciones procesales, tan necesarias, no son un asunto de años o de décadas, quizás ni de siglos, aunque en épocas de cambios históricos hay que tenerlas bien estudiadas para que se conviertan en alternativas válidas cuando las circunstancias sociales y políticas exijan propuestas concretas, y no meros análisis, pronósticos y diagnósticos. A fe de verdad que este estudio sobre la congruencia está inscrito dentro de estos propósitos, pues, si la teoría no se convierte en acción, fracasamos, y, si la realidad exige propuestas sólidas, debemos estar prestos a presentarlas desde la universidad pública.

Desde otro ángulo, esta investigación también se inscribe dentro de la historia de la Facultad, pues es una simbiosis de la confrontación iniciada en los años noventa entre los profesores *sociojurídicos* y *técnico-jurídicos*, en la que, para unos, la educación en la carrera de Derecho debería estar más inclinada hacia el estudio y análisis de la producción y la eficacia normativa, teniendo como referentes los principios, convenios y tratados internacionales, especialmente de derechos humanos; mientras que, para otros, el énfasis debería estar en el dominio de la dogmática y la normativa en lo sustancial y en lo procesal, como formadores de los futuros abogados.

Esta investigación sobre la congruencia, que algunos consideran un principio, mientras otros solo la tienen como una característica de los procesos judiciales, se pasea con honores por varios territorios y épocas del continente europeo, pero destaco cuatro, no muy profundizadas en los libros de los autores más reconocidos del derecho procesal, como lo son el estatuto josefino, el papel de puente del Código de Cerdeña, la influencia del código de Klein —primer estatuto procesal denominado social— y las visiones que se impusieron en España durante siglos, copiadas textualmente en nuestro medio hispanoamericano, también continental.

¿Se trataría de simple diletantismo de un grupo de estudiantes el escudriñar la historia de la congruencia judicial en las cuatro corrientes continentales europeas más conocidas, pues a primera vista nada tendrían que ver con nuestras necesidades y máxime cuando uno solo de esos sistemas fue el que tuvo incidencia en nuestra vida jurídica, o, por el contrario es un paso investigativo en la dirección

correcta para enriquecernos y fortificar los entendimientos de quienes al ver con gran desilusión las actuaciones y resultados de la administración de justicia, como lo ponen en evidencia las encuestas, están prestos a presentar propuestas adecuadas a la realidad en nuestras sociedades? La respuesta no nos la pueden dar los estudiantes investigadores, sino cada uno de los lectores, pues depende de la concepción ideológica de cada cual: mientras para unos basta memorizar las regulaciones contenidas en los códigos para realizarse como litigantes de éxito y se debe restringir a tres años la carrera de derecho, para otros solo el conocimiento profundo de cada institución procesal será la mejor patente para el avance de la administración de justicia en nuestros territorios.

Ya tomando partido, esta investigación es un paso más para develar los contornos de la congruencia judicial en su consecuencia de seguridad en los sistemas judiciales “de contienda”, como los denomina Damaska, la cual demuestra demasiadas debilidades cuando el juzgamiento no parte del principio de la igualdad, pues en muchas ocasiones la dura realidad social se atraviesa y la desigualdad de las partes requiere dar mayor iniciativa y responsabilidad a los operadores judiciales, para que fallen *extra petita* y *ultra petita*, y oficiosamente, decretando las pruebas sobre los hechos que se arriman al expediente, así no se lo hayan pedido las partes.

Finalmente, destaco la tenacidad y la visión de los estudiantes investigadores para convertir una pequeña investigación dirigida a obtener una calificación semestral en toda una publicación muy bien documentada y estructurada, con méritos tales que hasta su mismo profesor confiesa

haberle llenado algunos vacíos en su conocimiento procesal. El futuro de la enseñanza procesal de la Facultad no estará huérfano de doctos a muy corto plazo.

Marcel Silva Romero

Docente de Teoría General del Proceso de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia

Bogotá, agosto de 2020

Introducción

En el desarrollo histórico del proceso continental encontramos diferentes movimientos teóricos de la cultura europea, relativos al papel del juez en los procesos y a la atención de estos a las necesidades sociales de su tiempo. Uno de los momentos de mayor incidencia de estos movimientos en las particulares tradiciones de la Europa continental es el desarrollo del proceso común, y su posterior apropiación y adaptación por cada pueblo (Rocco, 1900/1969; Palacio, 1986).

A ese fenómeno se le denominó *recepción* y se dio en cada país de diversa forma. Entre los germánicos, se le adopta sin modificaciones en los territorios Habsburgo¹. En Francia,

¹ Por obra del emperador romano-germánico Maximiliano, “a menos que la validez de otras reglas no estuviera en cuestión” (Schermeier, 2006, p. 274). Pero incluso antes se hablaba de la Lotharlegende, con la cual el emperador Lothar (1133-1137), siguiendo la doctrina de la *traslatio imperii*, restituyó el derecho romano a su “debida dignidad” en el Imperio. En el transcurso del trabajo, todo texto procedente de documentos citados en

se adopta, pero junto a un proceso especial que reconoce influencias consuetudinarias franco-germánicas² (Cappelletti, 1971). Y en España se dio primero, pero su aplicación tuvo resistencia, por lo que no tuvo inmediata vigencia. Sin embargo, esto no impidió su admisión dos siglos después y la perdurabilidad de la obra receptiva hasta entrado el siglo XIX³. No deben olvidarse las especificidades de cada país y región, ni las sucesivas y necesarias transacciones políticas que permitieron el paso lento y progresivo desde los reinos jurídicamente pluralistas hacia Estados unitarios legisladores. Tampoco cesó la influencia romano-canónica con las codificaciones del siglo XIX, pues los nuevos códigos tomaron posición frente a muchos de sus aspectos esenciales, tanto positiva como negativamente (Van Rhee et al., 2008, p. xvii): al mantener la división elemental de los procesos, de introducción, oficio y sentencia, y tender a rechazar la pura escrituralidad y la privacidad de los procedimientos.

Ahora, los países iberoamericanos, entre ellos Colombia, recurrieron a la importación jurídica y científica de su metrópoli española, y, con ello, tuvieron una forma particular de recepción muy fundada en los intercambios intelectuales con Europa, si bien no directamente con el derecho romano. Nuestro país, en ese sentido, se inscribió en

idiomas extranjeros será traducción de los autores, a menos que se indique lo contrario.

² Entre los franceses se toman como referencia las *Grandes Ordonnances de Louis XIV*, de 1667. Estas son sobre todo compilaciones de derecho de alrededor de L'Île de France (Wijffels, 2008).

³ Entre los españoles, de lo que se habla es de las *Siete Partidas de Alfonso X*, de alrededor de 1274. Estas incorporaron derecho romano canónico e intentaron aplicarse en Castilla (Silva Romero, 2020).

la tradición jurídica continental europea, por ello participa de sus debates científicos y técnicos aún en la actualidad (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2016; Devis Echandía, 1966).

Entre los elementos recibidos, e inherentes al proceso común, estuvo la congruencia. Pero este genera multitud de problemas en el ámbito ético, práctico, teórico-filosófico y político, de modo que se hace una norma extraña para determinar la conducta judicial. Cabe preguntarse por qué un juez ha de negarse el conocimiento por fuera de lo que sea allegado al proceso por las partes, a pesar de los diversos niveles de evidencia que pudiera tener o a que pudiera echar mano. O, por qué un juez habría de atender conflictos desde una perspectiva que no los afronta como realidades prácticas, sino como problemas argumentativos formales, resolubles al nivel de la sucesión de las actuaciones procesales y sus criterios de valoración de las pruebas. Nos vendría bien como cultura jurídica colombiana encontrar el origen y justificación de una norma que parece contraintuitiva al establecimiento de la verdad y a la realización del derecho, en tanto pueden ser conocidos, y que prefiere ciertos elementos arbitrariamente dispuestos, como las pretensiones, los alegatos y las pruebas por las partes.

Dado ese marco histórico evolutivo y este especial fenómeno jurídico, surge la pregunta particular que buscaremos responder con esta investigación: ¿Cuáles han sido las transformaciones de la congruencia en la dogmática —teorías y análisis— y en la normatividad procesal civil de la tradición continental europea desde el siglo XIX, y cómo se ha nutrido Colombia de ellas? Responder esta pregunta nos llevará a visualizar lo que ha motivado la persistencia de la congruencia

en el tiempo en nuestra tradición jurídica. Sin embargo, esta pregunta será solo una guía para el objetivo ulterior, a saber, la crítica de la congruencia colombiana a partir de los avances de esta tradición del derecho procesal en el mismo tema, y con base en las opiniones reputadas y razonadas de diversos doctrinantes, y una explicación sobre por qué hemos adoptado una norma que parece contraintuitiva.

Metodología

Se abordará el presente objeto de estudio —el desarrollo continental europeo y colombiano de la congruencia— mediante el derecho comparado, teniendo en cuenta las directrices expuestas por Alessandro Somma (2014) en su libro *Introducción al Derecho Comparado*. Lo haremos así por las posibilidades que aquel ofrece para comprender el derecho procesal como fenómeno social cargado de una ideología que define la finalidad de las formas (Cappelletti, 1974), entre las cuales ha de hallarse la naturaleza de la congruencia. Esta aproximación del derecho se logra gracias al acompañamiento de un análisis histórico contextualizado que nos permita comprender las realidades en donde se habla de la idea de congruencia y cómo se configura dentro del fenómeno del derecho.

A partir del derecho comparado, el cual se basa en la observación externa de distintos *ordenamientos jurídicos*, se busca valorar o criticar las regulaciones desarrolladas respecto de un concepto en particular. En esta investigación, el derecho comparado se materializa en la observación de los ordenamientos de las cuatro grandes tradiciones

continentales: germánica, francesa, española e italiana, además de la colombiana, para valorar el reconocimiento de la congruencia como elemento de nuestro proceso civil, en el marco de la tradición continental europea.

Este análisis no se restringe a las fuentes formales, tales como la ley —idea positiva del derecho—, sino que abarca una comprensión de ordenamiento más amplia, que incluye la relevancia de las interpretaciones de los doctrinantes, por cuanto permiten ver la forma de aplicación de la norma y su crítica, a partir de los preceptos extraídos por quienes le atribuyen significado, es decir, por los diversos sujetos que interpretan la ley. Tal comprensión nos permite saber las razones y finalidades jurídicas y extrajurídicas —sean políticas, sociales, culturales— por las cuales los ordenamientos que se examinarán conciben la idea de congruencia, y si la recepción por parte del ordenamiento colombiano se hace sin más consideraciones. Además, este tipo de análisis permite entender el significado y la aptitud de la idea de congruencia, sea como principio o no, para su aplicación por parte de los jueces y abogados, actores centrales dentro del proceso, al igual que la incidencia de dichos sujetos en la doctrina para su determinación. Bien lo señala Sastre Ariza (2006) cuando menciona que el papel central de la dogmática jurídica no es una mera descripción superflua del derecho, sino la intención de proponer interpretaciones que mejoren la aplicación conforme a la finalidad del derecho. De allí que los doctrinantes, mediante una interpretación constructiva de significado, orienten las formas de aplicación de la congruencia bajo el marco del deber ser, pero partiendo del ser: la interpretación de la práctica del derecho, conjugada con su visión de este.

El análisis del derecho comparado, por lo ya dicho, es de carácter institucional, por cuanto comprende el papel de las organizaciones sociales en la producción de preceptos en su dimensión histórica. Así pues, al hablar de las distintas interpretaciones de los doctrinantes se hace un análisis institucional que depende del perfil de cada uno de ellos.

Un punto de vista externo al derecho promovido por el análisis comparado implica además tomar en cuenta una dimensión distinta al del ordenamiento jurídico, relacionada con el análisis institucional. En ese sentido, la tradición jurídica como dimensión histórica y temporal del derecho analizada aquí resulta importante. Hablar así del derecho consiste en tratarlo como expresión de una cultura, y, por eso, consiste también en realizar una observación sobre la interacción entre derecho, política y sociedad, más allá de una reducción a preceptos.

Entonces, el presente trabajo responde a esa visión, en cuanto se describe el funcionamiento de la congruencia en el derecho procesal a partir del contexto cultural de cada uno de los países, conforme a su propia evolución histórica. Y sobre ello, responde a una presentación de la interacción entre el derecho procesal, la sociedad y las razones políticas detrás de dicho desarrollo.

El artículo de Somma también contribuye a entender la posibilidad de identificar en un contexto espacial una tradición jurídica compleja compuesta por tradiciones jurídicas internas. De modo que la presente investigación parte de la identificación de la tradición jurídica compleja europea-continental, que agrupa las tradiciones jurídicas internas tratadas —francesa, italiana, española, germánica— y observa relaciones de influencia sin

perder de vista sus diferencias. Todo ello en un ámbito evolutivo entre los siglos XVIII y XXI, donde las experiencias jurídicas varían conforme al contexto espacial y temporal ligado a un área cultural, mentalidad o costumbre, aun cuando estén insertos dentro de un espacio de intercambio de ideas.

Sin embargo, queda una pregunta: ¿por qué no recurrimos directamente al estudio de la jurisprudencia, si ella es una fuente central de información sobre la aplicación de la congruencia en la ley positiva y del ideario mostrado en la doctrina? La respuesta tiene que ver con la poca jurisprudencia disponible del siglo XIX, y con la vastedad propia del trabajo sintético que requiere sacar conclusiones de ella en el marco de todo un continente. Consideramos, por otra parte, que la doctrina podría ser un suplemento razonable para los objetivos de nuestra investigación. Por lo mismo, en un futuro, bien podría considerársele para criticar y complementar este trabajo que ofrecemos al público de los juristas en Colombia.

La estructura del trabajo

El trabajo se divide en dos partes principales. La primera es una recopilación bibliográfica que concierne a la contextualización e indagación acerca de los desarrollos doctrinales y normativos en torno a la congruencia de las culturas señaladas y de Colombia. Se abordará a partir de 1) un contexto en que se ubica cada una, y una revisión de la legislación codificada o compilada antes del nacimiento de la doctrina procesalista; seguida de 2) otro examen de la legislación que se dio sucesiva y dialógicamente a esa doctrina hasta el presente. Se irá señalando si hubo aproximación entre las culturas y a qué

contenidos y personas afectó. La segunda parte hace un análisis general del desarrollo encontrado, con el objetivo de establecer, en términos generales, los tipos de congruencia que se han dado en la historia moderna de la tradición continental europea y en Colombia. Y, finalmente, se hace una propuesta crítica del desarrollo de la congruencia en el proceso civil colombiano.

Marco conceptual

Para poder entender la pregunta guía de la investigación, tendremos que aclarar ciertos conceptos presentes en el problema, en la pregunta de investigación, y en las partes restantes del trabajo. Lo primero es el criterio que denominaremos tradición y lo que hace a la tradición continental europea una unidad que se desarrolla más bien autocontenida, sistemática y dialógica, tal cual nosotros la señalaremos. Luego, tendremos que señalar lo especial del periodo histórico al que nos referimos. Finalmente, se hará referencia a ciertos conceptos que se usarán de manera unívoca en lo que sigue del texto por conveniencia y claridad.

Hablaremos de *tradición continental europea del derecho* en el sentido del conjunto de culturas jurídicas que se interrelacionan y comunican, construyéndose a sí mismas en sus diálogos, sin perder sus particularidades. Estas culturas se constituyen en una tradición compleja en tanto establecen

un mercado de ideas, conceptos y prescripciones. Es cultura jurídica, siguiendo a Nelken (2004), el conjunto de “patrones relativamente estables de comportamiento y actitudes sociales jurídicamente orientadas” (p. 1). Entenderemos a estas culturas como contenidas a nivel nacional, sobre todo porque, en el lapso temporal que estudiaremos, a saber, desde el siglo XIX hasta el presente, el derecho tiene escala nacional en su discusión, generación, imposición y apropiación.

Como principales culturas integrantes, generadoras de cultura jurídica en esa continentalidad, encontramos a la francesa, la germana, la italiana y la española. Ellas dan cuenta de los entendimientos específicos que son la base de lo que hoy es conocido como teoría general del proceso en el marco del *ius civile*. Ahora, fue originariamente a través de la cultura española que Colombia resultó integrada a la tradición continental y aún participamos de su estudio mediante contactos directos e indirectos con las demás culturas. Nuestro sistema jurídico recogió en buena medida sus elementos e ideologías de ella. De hecho, aún se viven los efectos de este recorrido intelectual, que parte y se aleja del feudalismo y sus particulares circunstancias hacia una estructura jurídica funcional a la etapa del capitalismo en la que nos encontramos en el presente. Por eso, el estudio de los sistemas jurídicos de la Europa continental es el mismo estudio de las posibilidades y variantes del derecho de nuestra tierra y gentes, sin perder de vista nuestras particularidades.

Frente al marco temporal, es necesario recordar la especialidad y unicidad del siglo XIX, el cual fue el periodo de muchas de las transformaciones que han contribuido al

presente estado de cosas. La combinación de los avances científicos, las nuevas teorías políticas y la mayor instrumentalización de las praxis humanas dieron lugar a transformaciones del viejo derecho procesal. Durante la época feudal, este se caracterizó en lo popular por la oralidad, el pluralismo y el escaso enfoque en elementos conceptuales en la instrucción; y, por el lado estatal, por la escrituralidad, la sistematicidad, la larga duración, la mediación, entre otros atributos. Lo primero era mayoritario y más frecuente (Marquardt, 2014a; Berman, 1983/2001). Lo segundo no era ese ejercicio jurisdiccional nacido de la división de poderes y de la concentración de los poderes públicos en el Estado que conocemos hoy. En ese sentido, el derecho procesal emanaba de los poderes del monarca y de los atributos práctico-morales de la comunidad que administrara justicia⁴. Dejado atrás el feudalismo, en el siglo XIX todo esto cambió al darse la generalización europea del concepto de Estado. Marcan este desarrollo la nacionalización⁵, la unificación⁶, la codificación⁷ y la administrativización de la justicia⁸ (Marquardt, 2014b).

4 La afirmación de que la jurisdicción es una prerrogativa y atributo del Estado es una afirmación frecuente en el derecho procesal moderno (Guasp, 1997; Devis Echandía, 2012; Carnelutti, 1938/1997a; Chiovenda, 1913/2000). Usualmente, se da en contradicción con otras perspectivas, sobre todo las antiguas como la de los juicios por jurados o por sabios o ancianos de la comunidad, que usualmente suponen una justicia sempiterna y no terrenal o una justicia popular.

5 La adaptación nacional de un aparato normativo, la generación de una jurisdicción de alcance nacional, frente al regionalismo.

6 La creación de un solo proceso y derecho para todos, frente al pluralismo.

7 La racionalización generalizada del proceso, los procedimientos y los derechos, frente a la casuística.

8 La limitación de los poderes del juez en general o frente al caso, su conversión en mero aplicador de la ley positiva, conservador de los derechos subjetivos y proveedor de un servicio estatal.

Algunas de estas transformaciones teóricas y normativas se verán en este trabajo, pues lo posibilitan y facilitan: el enfoque racionalista, regulador, sistemático y unificador permite el estudio normativo sin necesidad del análisis inductivo de una justicia oral y casuista. Los códigos e ideas por estudiar resultarán también causantes de las transformaciones colombianas del derecho procesal civil y señalarán posibilidades normativas para nuestro propio desarrollo, ya que nuestra teoría y la suya tienen raíces similares, por lo cual se extienden sus efectos conceptuales.

Hay una gran transformación adicional referida al cambio de la visión del derecho desde su ser: la costumbre y la *manera correcta de vivir* de un pueblo según sí mismo, invariable, perfecta y ahistórica (Nelken, 2008), a una ingeniería social que toma por materia los derechos subjetivos y los bienes jurídicos, enmarcados en una normatividad precisa, unívoca y omnicompreensiva, que busca la consecución de ciertos fines a través de prescripciones para la conducta humana (Marquardt, 2014b). Esta noción del derecho como ingeniería social, procedente de las visiones utilitaristas e individualistas de la sociedad, permitiría sucesivas modificaciones legislativas y la crítica al derecho a diferencia del modo previo de pensar, que solo permitía la crítica desde adentro, excluyendo conscientemente de lo jurídico a la política y a la innovación. En este trabajo se podrá ver la ingeniería social dirigida al ejercicio del control social de los Estados.

Finalmente, es necesario hablar del concepto de congruencia, cuyo contenido estaremos buscando y trazando. Veremos cómo se ha aplicado de forma diversa

en cada época y tierra. Decidimos trazar el siguiente como su núcleo positivo y serán considerados como diferentes manifestaciones tuyas las que lo afecten. Servirá a manera de concepto heurístico e hipotético, para lograr identificarlo y confrontarlo en cada época y texto con independencia de la nomenclatura con que sea referido, si siquiera se da tal referencia. Entenderemos por él, la doble prescripción de:

1. La identidad o contención de la sentencia en las pretensiones demandadas.
2. La contención de las consideraciones judiciales fácticas en el marco de los hechos alegados y probados en el proceso por las partes.

El principio de congruencia, en este orden de ideas, no es principio alguno. Los principios son máximas de optimización (Alexy, 1988), y, de acuerdo con ello, deberían llevarse siempre al máximo posible de realización. No son meras reglas, que simplemente prescriben una consecuencia jurídica a partir de un supuesto fáctico, sino normas que se ponderan con otras a través de la aplicación de su superioridad normativa e interpretativa (Rojas Gómez, 2013). La congruencia es más bien una regla técnica, entendida como la manera *necesaria* de obtener ciertos resultados *deseados* (González Lagier, 1993). Pero tampoco es necesaria en el sentido habitual de esta palabra, causal-natural, como condición de posibilidad irrefrenable, sino en uno inferior: estrictamente convencional (Robles, 1984). Dicho sentido convencional se refiere a que solo es una de las reglas para lograr un fin en el marco de un sistema jurídico, a saber, la corrección de la solución de los litigios en la heterocomposición judicial en el proceso común

romano-canónico y sus evoluciones. Por ello, en general, le llamaremos solamente *congruencia* y no principio.

Sin embargo, la congruencia es regla técnica de un principio, del *principio dispositivo*. Por sí mismo, este no es un principio de todo proceso, pero sí de los procesos continentales abocados a resolver conflictos entre contrapartes y eminentemente de los procesos civiles entre personas jurídicas⁹. La congruencia funciona como regla técnica para él, porque preserva la disposición de las partes frente a su conflicto y sus derechos, el cual decidieron exponer a la decisión de un juez. No es el juez el que hará actuar al derecho, sino que ejecutará lo que la ley mande y las partes pidan de su ejecución jurisdiccional ante el caso que le presenten. Ahora, el principio dispositivo no es de todo proceso porque su función no es realmente inherente a la naturaleza del proceso: la paz social, vista por casi todo procesalista como finalidad del proceso, no siempre se halla a través de las actuaciones de iniciativa de las partes; ni ellas, con su independencia y contraposición, garantizan la verdad real¹⁰ o completa, o la mejor exposición de los argumentos y situaciones que conducen al análisis jurídico concreto correcto y a la efectiva realización del derecho sustancial. Pero es un principio que es apoyado por la naturaleza misma del proceso continental europeo, que supone desde sus orígenes un individualismo metodológico y reconoce lo privado como una esfera en que imperan las partes (Cappelletti, 1974), por lo cual la obtención de la jurisdicción por el juez debe ser acorde con la manera en la que las partes le ofrezcan su esfera privada.

9 Entiéndanse aquí incluidas las personas naturales.

10 Piénsese en esta como lo ontológico, opuesto a la verdad que pudiera ser lograda en el proceso a través de la prueba y el convencimiento del juez (Devis Echandía, 1966).

Como conceptos ulteriores, es necesario definir las expresiones *juez* y *proceso* en el marco de la tradición europea continental. Se entenderá por proceso:

[...] el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener la declaración, la defensa o 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 (Devis Echandía, 1966, p. 131).

Por jueces se entenderán “los funcionarios encargados de ejercer la función jurisdiccional del Estado” (Devis Echandía, 1966, p. 36), es decir, quienes en tanto agentes del Estado jurisdiccional deciden en derecho la cuestión jurídica suscitada. Por esto, por *jueces* no se entenderá solo al llamado magistrado, pretor o juez, sino a todos los que intervengan propiamente en la función jurisdiccional, afectándola sin su interés particular, como ministerios públicos o fiscalías.

PARTE I



LA CONGRUENCIA EN LA TRADICIÓN CONTINENTAL EUROPEA

Contexto Continental

Dado que es necesaria una introducción sobre el proceso romano-canónico que le dio figura a los procesos civiles nacionales, comenzaremos por hablar del Contexto continental. Luego, la exposición bibliográfica se dividirá sucesivamente en tradición francesa, italiana, alemana y española. Para concluir este apartado, y tras una breve recapitulación, se observará el desarrollo procesal de Colombia.

La Europa ilustrada, saliente del mercantilismo, del absolutismo autocrático y de teorías económicas fisiócratas o feudales, comenzaba a adoptar las ideas de racionalización, individualización, social-newtonianismo y, en suma, del liberalismo clásico (Hobsbawm, 1996). La entrada al capitalismo industrial y la concepción de todo hombre como necesariamente libre e igual miembro del Estado a través del contrato social fueron elementos que imposibilitaron la continuidad del despotismo autocrático y del feudalismo: la racionalización instrumental de la vida y el pensamiento eran síntomas de este tiempo, a la vez que la dirección de sus transformaciones.

Pero esto implicaba abandonar las anteriores formas procesales y buscar, como sugería la racionalidad ilustrada, la constitución de un orden jurídico único, sistemático, claro, no contradictorio, unívoco, ya que la razón era una sola. Así, comenzaron a considerarse los códigos y la legislación nacional, junto a la centralización política, como el progreso de la Europa

occidental. Fue el fin de un derecho consuetudinario, resuelto por jueces de la comunidad o por los señores feudales a como bien decidieran. Pero también fue el fin de un continente orientado por lo que construyó la Iglesia Católica con el derecho romano reconstituido en Bolonia y muchas otras universidades desde el siglo XII¹¹. Antes de avanzar en las tradiciones particulares, veremos en lo que sigue el proceso común que fue inspiración para los monarcas del continente europeo al constituir legislación profesionalmente aplicada mediante su burocracia, aunque se conservara “la posición relativamente pasiva del juez, que resultaba en demora indebida y altos costos” (Van Rhee & Verkerk, 2006, p. 123), incluso ante voces que proponían un juez más activo, como el *Corpus Iuris Fridericianum* (CIF), que fueran de fallida aplicación.

1.1 El proceso común

Situado espacial y temporalmente, el proceso común es una elaboración histórica de distante origen romano que fue sepultada bajo la caída del imperio. Luego fue resucitado teóricamente por las universidades y sistematizado por ellas. En primer lugar, fue adoptado en el derecho canónico, seguido del derecho español. En el derecho canónico sufrió grandes avances, sobre todo por la masividad e ‘internacionalidad’ de sus casos, de modo que adquirió la posibilidad de la apelación —pensada como segunda instancia de los tribunales eclesiásticos ante el papa—, la total escrituralidad para facilitar el análisis posterior de las nulidades y la conservación de los hechos y de la verdad

en cada etapa, a lo largo de los años y décadas que tomara el proceso (Silva Romero, 2020).

Su desarrollo fue acogido en donde alcanzó la influencia de la Iglesia Católica Romana y la comunidad de la ciencia en torno al latín y a las universidades. Por ello, el derecho romano, su evolución y la tradición del *ius civile* son principalmente continentales y, sobre todo, desarrollados por los territorios en capacidad de disfrutar de una Iglesia fuerte, recursos para mantener universidades y poder centralizador para poder imponerse a las comunidades y señores feudales.

Por esto, se originó un proceso común europeo, de escala continental, cuyo núcleo fue el derecho romano-canónico, “basado en cánones de la segunda parte del Decreto de Graciano, el derecho de las ciudades del norte de Italia y cartas recientes continentales de decretales papales” (Van Rhee, 2000, p. 594). El proceso era adversarial y atendía propiamente a las pretensiones en conflicto de las partes, ya que era causado este. Por lo mismo, era accionado, rogado. *Nemo iudex sine actore*, afirma la máxima canónica. Era escritural, de prueba tarifada y legal, desconcentrado y con mediación. Afirma Cappelletti que “puesto que el juez no interviene y dirige los procedimientos, las partes o, más bien, sus abogados, eran los amos descontrolados de la conducta del caso” (1971, p. 850). Además, el proceso dependía también del demandado. Pues “Dios no quiso condenar a Adán sin antes invocarlo [...] y sin haberlo escuchado [...]” (Wielant, 1573, §XXI.4, citado en Van Rhee, 2000, p. 589).

Tras las mixturas con los ordenamientos jurídicos locales, lo que quedó de todas las influencias y los cambios temporales del proceso originario fue un proceso con unas

11 Valga la pena decir, con Berman (1983/2001), que “la tradición jurídica, más grande que cualquiera de los sistemas legales que la integran, sobrevivió y, en realidad, fue renovada por esas revoluciones” (pp. 20-21).

etapas secuenciales donde cada una constituía un acto procesal precluyente y formal. Chiovenda (1913/2000) especifica desde las influencias anteriormente mencionadas los aportes que cambiaron el proceso romano, entre los cuales estuvo la *querella nullitatis*, la escrituralidad y el secreto del proceso. Por todo esto, los juicios tendían a ser lentos y complejos (Gonzáini, 2002). Aun así, el proceso común fue adoptado en diversas jurisdicciones, sobre todo las reales, al permitir el mayor control político de la administración de justicia.

1.2 La doctrina procesal

El proceso siempre fue pensado y criticado, al menos desde la introducción del proceso romano-canónico, sin haber una total reinención del proceso al establecerse la dogmática procesal¹². Sin embargo, sí se distinguen tres miradas al proceso que determinaron igualmente las formas como se le podía pensar. Primero, bajo el *procedimentalismo* se piensa en el proceso como mero procedimiento, adjetivo frente al derecho sustancial, y, en ese sentido, la mera *forma* en que se realiza el *verdadero* derecho, por lo cual no tiene contenido propio, sino como la vía en que se ejerce el derecho. Esto se ve en la unión indisoluble de *actio* y *ius* en el derecho romano¹³, y en la visión meramente procedimental que tuvo el derecho procesal hasta entrado el siglo XIX, con todos

12 Según Cipriani (1991/2001, pp. 119 y ss.), al menos ciertos estudios procesales anteriores a Chiovenda no fueron precientíficos.

13 Valga decir que, para los romanos, el *ius* era la mera consecuencia de la *actio*, pero la *actio* era pensada como la fórmula de realizar el derecho. *Ius* era lo que se daba a quien triunfara en la *actio* en ejercicio de la *iustitia*, y que debía ser preservado pacífica y socialmente sin objeción alguna (Silva Romero, 2020).

sus cambios. Está presente en el entendimiento más básico del concepto clásico de justicia como *suum quique tribuere* —*dar a cada uno lo suyo*—, según el cual lo que debe entregarse es un *derecho*, y ello en un acto de procedimiento judicial. Más aún, debido a la antigua caracterización consuetudinaria y supuestamente natural del derecho, es frecuente que no se piense en el proceso como una opción entre otras y, por ende, en elegir un proceso más correcto que otro, sino en el cumplimiento de un único proceso debido. Esto es el procedimentalismo del que partió este estudio. Su ejemplo más consumado es la mera exégesis de las normas jurídicas que determinan el proceso.

En segundo lugar, se comienza a considerar la justicia del procedimiento mismo respecto a otros elementos del proceso. Esto es, se busca optimizar el procedimiento que se tiene. Y, en tercero, se piensa en el deber ser del proceso respecto a otras formas de hacer proceso en otras latitudes y eventualidades, a partir de principios, con pretensión de sistematicidad y pensamiento abierto y riguroso. En suma, se busca una etapa racionalizada, instrumentalizada, del estudio del proceso. El procesalismo científico culmina en el estudio teórico-práctico, guiado por el finalismo del proceso, de las normas jurídicas, técnicas y pragmáticas que determinan la constitución y curso de un proceso. La primera etapa es el planteamiento del proceso como una sucesión de hechos que debe ser realizado, *óntica* y de *lege data*, y las segundas dos son *deónticas* y de *lege ferenda* (Courtis, 2006), con dos niveles de profundidad: *casuística* y *local*, y *sistemática* y *teórica*.

Es de notar que hay dos grandes preeminencias culturales en la doctrina de la tradición continental europea:

Alemania e Italia, que eventualmente inyectaron a España y a Francia una participación en el estudio teórico del proceso. Francia no fue un país cultivado en el procesalismo, más que en procedimentalismo, hasta la década de 1960. Particularmente frente a la congruencia, Adolph Wach (1958) afirmaba hacia 1879 desde el Imperio Alemán que:

Un concepto sumamente rígido de la máxima dispositiva y de la tarea del juez ha provocado, en Francia, el dogma de la ‘pureza de la función judicial’; según esta doctrina, todo el impulso del proceso sería asunto de las partes, y el juez, nada más que sentenciador, [queda] privado de toda función directiva del proceso (p. 73).

La tradición Francesa

Puesto que el Estado moderno ocurrió primero en Francia, se dejan notar también allí los primeros impulsos de unificación y nacionalización (Marquardt, 2014a). Allí, la última reforma al procedimiento civil antes del siglo XIX fue la de la *Ordenanza Civil* de abril de 1667 “tocante a la reforma de la justicia”, durante el reinado de Louis XIV (Cadiet, 2011b). De hecho,

Las *Grandes Ordonnances* de Louis XIV reunieron el derecho tradicional en su contenido y lo trajeron en un ordenamiento sistemático. [...]. El fin de la unificación yacía menos en la creación de nuevo derecho que en la renovación y racionalización del contenido del derecho (Grimm, 1986, p. 62).

Pero en el siglo XIX, tras el periodo revolucionario francés y la posesión de Napoleón como emperador de los franceses en 1804, fue publicado uno de los escritos más influyentes en la historia moderna en el derecho procesal: el *Code de Procédure Civile* —Código de Procedimiento Civil— (CPC) de 1806, vigente desde 1807 hasta 1976 con reformas

parciales, principalmente realizadas en el siglo XX. Aquel, como el Código Civil francés de 1804, serviría de modelo para futuras codificaciones en el resto de Europa en el campo del procedimiento civil. Detalle sorprendente pues, para Van Rhee (2011) y otros, el CPC de Francia, en conjunto, no era especialmente moderno para la época. En realidad, fue uno de los códigos menos innovadores, pues “[...] en gran medida incorporaba el derecho procesal civil tal como podía ser encontrado en la Ordenanza Real [de] 1667” (p. 15).

2.1 El Code de Procédure Civile de 1806

Van Rhee (2005) destaca dos razones de la popularidad del código francés. Primero, su modelo procesal se tornó familiar para los abogados en distintas zonas de Europa porque fue introducido en esos territorios como resultado de la expansión del territorio y esfera de influencia del reino de Francia desde finales del siglo XVII hasta comienzos del XIX. Segundo, el enfoque del código en la oralidad y publicidad lo convirtió en un código renovador frente al hábito jurídico de la escrituralidad y el secreto del proceso. A pesar de mantener costumbres propias de épocas anteriores, reflejó la “[...] actitud liberal del siglo XIX, con su énfasis en la responsabilidad individual” (Van Rhee, 2011, p. 19). Pero por ello no otorgó mucho poder de incidencia al juez, que carecía de la capacidad de dirigir y colaborar con el desarrollo del proceso, el cual era mayormente propiedad de las partes (Cadiet, 2005).

Este código se enmarca en el *procedimentalismo francés*, donde, más allá de la práctica y un desarrollo que responde a la demanda ocasional, se busca un énfasis

en las instituciones legales que al final eran un desarrollo “[...] meramente descriptivo, [en el que] subsisten zonas importantes impregnadas de concepciones iusnaturalistas, mientras que faltan planteamientos teóricos acerca de las nociones esenciales, comenzando por el procedimiento” (Alcalá-Zamora y Castillo, 1949/1992, p. 303).

Alcalá-Zamora y Castillo (1949/1992) reconoce que lo que subyace al CPC son dos aspectos que provienen de la causa política de la revolución francesa y el proyecto de codificación napoleónico donde estas confluyen. Ello da como resultado el desarrollo liberal del enjuiciamiento criminal y de la doctrina de la prueba. Para el desarrollo de estos proyectos de codificación, se reconoce la influencia del proceso penal inglés y de las instituciones existentes, lo cual resultó un sistema mixto.

Los rasgos que caracterizan el CPC en un primer momento, según Luis Enrique Palacio (1986), son el de instituir un procedimiento predominantemente oral, público, sin sujeción a etapas preclusivas, con sistema de libre apreciación de la prueba e impulso procesal de parte. Las partes tenían potestad de presentar pruebas o declaraciones a las puertas de la finalización del proceso, cuestión que, en materia decisoria, era bastante disruptiva. Pero el papel del juez dentro del CPC estaba determinado por un método que reducía el actuar intelectual de este a un conjunto de tareas determinadas donde, teniendo en cuenta criterios de comprobación y cumplimiento de requisitos, se podía resolver el caso según las pruebas presentadas (Alcalá-Zamora y Castillo, 1949/1992).

2.2 Los 170 años del CPC de 1806 en Francia

Señala Wijffels (2008) que “hasta la Gran Guerra, el texto del *Code* permaneció estable. Solo fue afectado por un número limitado de cambios estatutarios mayores” (p. 21), y ninguno de ellos fue sobre la congruencia. Respecto de ella, ya en 1906 había opiniones de tendencia germánica, constatadas en un proyecto de reforma del *Code* en 1894 con sus contenidos. Albert Tissier, abogado francés, era muy crítico de la postura liberal e individualista que sustentaba la casi total disposición de las partes sobre el proceso, ya para 1906 —año del centenario del CPC—, por ser propia de “un estado social que ha desaparecido: no concuerda con el rol actual del Estado” (p. 652).

Fue 1935 el año en que ocurrió una gran reforma, por delegación al ejecutivo, en el Decreto ley del 30 de octubre, donde se introdujo:

Un magistrado asignado con una nueva tarea: ‘el juez encargado de seguir el procedimiento (*le juge chargé de suivre la procédure*, [...]). Su tarea era, como sea, más la de un catalizador secundario cuyos poderes de actuar por su propia iniciativa y efectivamente afectar el procedimiento principal eran en conjunto aún limitados (Wijffels, 2008, p. 33).

Y si bien estos nuevos poderes se quedaron en la letra, los impulsos reiterados para establecerlos no cesaron hasta 1976 (Wijffels, 2005). Hubo nuevos proyectos y comisiones que apoyaron un juez más activo en el impulso del proceso y en la recabación de las pruebas en 1954 (Wijffels, 2008), y en un decreto del 22 de diciembre de 1958. El primero no pasó de proyecto y el segundo fue reversado con un decreto del 2 de agosto de

1960 respecto de la congruencia. La oposición de la colegiatura de abogados fue abierta y clara: se buscaba la conservación del esquema adversarial, y rehusarían la aplicación de un juez que controlara el proceso. A tal punto se vería esto, que varias de las normas caerían en desuso y esto sería racionalizado como la prevalencia de las *moeurs judiciaires* —costumbres judiciales—, reglas superiores “que ningún legislador podría ignorar sin correr el riesgo de que cualquier reforma a la ley positiva permaneciera ineficaz” (Wijffels, 2008, pp. 39-40).

Pero los años sesenta fueron años de grandes transformaciones en Francia (Hobsbawm 1995). Simultáneamente, el volumen de los litigios aumentaba en los grandes centros urbanos, la profesión del abogado comenzaba a hacerse especializada y organizada en firmas, y la profesión del juez comenzaba a observarse a sí misma como ideológicamente dirigida. Esto último, gracias a la creciente internacionalización del estudio del proceso y a los contactos intelectuales y personales entre europeos de distintas nacionalidades en virtud de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, predecesora de la Unión Europea. El Decreto del 13 de octubre de 1965 postuló “la colaboración genuina entre los magistrados, los abogados y los auxiliares, para el más grande beneficio de los justiciables” (Informe del Decreto, citado en Wijffels, 2008, p. 46), con una ampliación progresiva del ámbito de aplicación en el territorio nacional a lo largo de seis años, que comenzó por las regiones que más urgían la reforma.

La principal innovación del decreto de 1965 fue dividir, al menos funcionalmente, el trabajo del juez encargado de seguir el procedimiento y atribuir sus tareas —mientras al mismo tiempo las reforzaba e incrementaba— a dos jueces (que

podrían, como sea, ser la misma persona): el *juge des mises en état* [juez de puesta en estado] y el *juge rapporteur* [juez ponente]. El anterior heredaba las tareas esenciales del juez monitor creado en 1935, pero, como el nuevo estilo indicaba, su principal deber era asegurar una investigación anterior al juicio comprensiva y balanceada (Wijffels, 2008, p. 47).

Gozaba para ello de poderes de interrogación y de decreto de pruebas, de fijar plazos y dar órdenes para el cumplimiento de etapas, para asegurar el descubrimiento de los argumentos de hecho y la evidencia, y buscar conciliación. Por otra parte,

El juez informante dibujaría entonces, sobre la fuerza del caso construido, un reporte escrito resumiendo el tema de la acción, los fundamentos, argumentos y evidencia en los cuales los litigantes se basaban, las cuestiones de derecho y las cuestiones de hecho que estaban de que se disponía, y todos los elementos relevantes para decidir el caso (Wijffels, 2008, pp. 47-48).

El reporte servía para preparar las audiencias siguientes. Esto no significa que los poderes estuvieran rígidos y preclusivamente separados, en consideración de la continuidad y la eficiencia ni que no los pudiera usar el juez de audiencia. Esta distinción permanecería en el CPC de 1975 (arts. 780 y ss.).

2.3 Procesalismo científico francés

Para hablar de un procesalismo científico es necesario la transición de un procedimentalismo francés enfocado en un desarrollo institucional a un procesalismo que piense un derecho procesal independiente al material y que piense los conceptos primordiales como acción, jurisdicción, proceso, entre otros.

Teóricos como Carnelutti (1942/1997b) y Alcalá-Zamora y Castillo (1949/1992) reconocen que el derecho procesal francés ha tenido un desarrollo limitado en la medida en que, desde un comienzo, se prefirió un procedimentalismo, y fue así hasta comienzos del siglo XX. “Sus autores persisten en los comentarios pragmáticos, sin separar la acción del derecho y aplicando, por el contrario, los principios del derecho civil” (De la Rúa, 1971, p. 150). A pesar de que tradiciones como la alemana o la italiana tuvieron grandes desarrollos pensando el derecho procesal de forma independiente, Francia se mantuvo al margen y terminó primando la forma tradicional preservada de los aportes napoleónicos (Wijffels, 2005).

Pero dentro de esta actitud general que se le reconoce al derecho procesal francés surgieron actores paradigmáticos que se enfilan hacia un pensamiento científico procesal. Para Carnelutti (1997b), en 1942, Francia “no ha dado hasta ahora ningún fruto notable” (p. 9). Pero ya para Cadiet (2011a), Henri Motulsky (1905-1971) fue uno de los primeros doctrinantes en asumir el desafío de concebir el estudio de las leyes procesales con un origen comparado (p. 131). Por su parte, para Alcalá-Zamora y Castillo (1949/1992), “solo un hombre, Vizios [(1886-1948)], en unos breves y admirables ensayos, sintió la imperiosa necesidad de elevar el procesalismo francés [...]” (p. 307).

Es importante diferenciar el procesalismo científico de los estudios académicos del derecho procesal, dado que este último “es un asunto joven que solo ha existido durante 30 años en Francia y que solo actualmente está tomando impulso” (Cadiet, 2011a, p. 131). Este estudio académico comienza su vigencia a partir del Decreto del 28 de marzo

de 1965, de allí que los aportes doctrinales comienzan a tener incidencia directa en la redacción de esa legislación.

René Lucien Morel (1881-1952) es uno de los precursores de estos desarrollos procesalistas, ya que desarrolla los principios rectores del procedimiento en su *Traité élémentaire de procédure civile* de 1932, que tiene la finalidad de introducir los avances doctrinales alemanes. Allí se desarrolló un principio donde el tribunal no podía juzgar más allá de las declaraciones del caso (Van Rhee 2005). Estos aportes fueron replanteados por Motulsky y por Henry Vizios para el CPC de 1975.

La interpretación que se da a la congruencia, según Leborgne (2015), se configura como un poder que tienen los jueces para tomar una decisión de fondo respecto al reclamo, mediando entre el interés general y la implementación del derecho objetivo. Esta responsabilidad, aunque realiza ese razonamiento acorde con las pretensiones y los valores mencionados, también implementa medidas de control como los silogismos jurídicos que buscan una realización exacta del derecho objetivo, pero, aun así, esto no anquilosa el proceso en manos del juez, porque las situaciones que se presentan se refieren a fuentes vivas.

Henry Vizios amplió el estudio del procedimiento civil al considerar las teorías desarrolladas por la jurisprudencia extranjera sobre acción, jurisdicción, e instancia (Cadiet, 2011b). Este estudio era comprendido desde las relaciones procesales donde las decisiones eran sancionadas si se salían de los límites de la disputa, definida previamente por las partes, de allí que también prohíbe la modificación del objeto de la solicitud (Brus, 2014).

2.4 Procedimiento civil francés, Código de 1975

Cadiet (2005) da cuenta del proceso de construcción del nuevo Código de 1975, el cual fue generado por el Gobierno gracias a poderes de la Constitución francesa de 1958, que le otorgó facultades para legislar en materia de procedimiento civil. Este código trataba de liberarse de las restricciones del código napoleónico, por lo que se tuvieron en cuenta los avances doctrinales de Morel, Motulsky y Vizios en torno a la idea de *principios directores del proceso*, desarrollados doctrinalmente. Estos principios fueron importantes ya que, desde su redacción legislativa, guiaron los decretos sucesivos que hicieron entrar en vigor paulatinamente el código.

En el Decreto n° 65-872 de 13 de octubre de 1967 se comienzan a determinar las tareas de los jueces y su distribución judicial. Uno de los principios que guiaban ese aspecto era aquel donde el tribunal no podía juzgar más allá de la declaración de las partes, allí las partes y el juez tenían sus roles determinados. Motulsky aclara que aun así no se pretende establecer un modelo procesal intervencionista o inquisitivo, sino que se busca que ese poder decisorio se concilie con los principios liberales de la tradición francesa y la finalidad de alcanzar una solución justa como un servicio al público. Es importante aclarar que esa pretensión de imparcialidad no es pasividad, sino que se busca la cooperación de partes y juez para la decisión, pero dentro de los parámetros del procedimiento (Cadiet, 2005).

La actualidad del Código de Procedimiento Civil se comienza a gestar desde el proyecto de reforma promulgado en 1975, ya que no se consideró un cambio inmediato e instantáneo, sino una transición paulatina hasta reemplazar por

completo el Código Napoleónico. La transición a un nuevo código de procedimiento civil culmina con la promulgación de la Ley n° 2007-1787 del 20 de diciembre de 2007, que tenía como fin derogar actos reglamentarios ilegales o irrelevantes, simplificando disposiciones en materia empresarial y de justicia.

Sin importar las disputas y reformas realizadas, Francia cuenta con un Código de Procedimiento Civil que hasta la versión del 5 de Julio de 2020 aún desarrolla en su comienzo los principios rectores del juicio, donde, según el artículo 4, el tema en disputa solo está determinado a partir de los reclamos de las partes; y, según el artículo 5, el juez puede decidir solo respecto a lo que se solicita. Este límite se reitera en el artículo 7, según el cual el juez solo puede basar su decisión en los hechos presentados en el debate. Pero aun así se permite un margen donde él puede tener en cuenta los hechos que no han sido mencionados con especificidad para apoyar los reclamos. También puede instar a las partes a acuerdos y a profundizar sus alegatos, argumentos y pruebas (arts. 8-13). Puede exigir el aporte de pruebas en poder de las partes y de terceros (art. 11).

Para 1997, algunas objeciones de raigambre garantista en lo procesal han buscado devolver la totalidad del proceso a las partes; no obstante, la respuesta del Decreto del 18 de diciembre de 1998 fue incluso fortalecer la colaboración. Por otra parte, reformas como las de simplificación, concentración y aceleración del proceso no han perturbado el desarrollo particular de los principios directores, los cuales prevalecen tras los más de cuarenta y cuatro años de vigencia del Code. Aun así, en cuestión prioritaria de constitucionalidad los jueces deberán remitir el proceso a la Corte de Casación, de

modo que el proceso comienza a escapar a las pretensiones de las partes (art. 126-1 y ss.).

2.5 Tendencias generales

Francia se dedicó a afirmar la adjetividad del derecho judicial hasta bien entrado el siglo XX. Incluso cuando comenzaron a plantearse reformas que afectarían la congruencia, ante la visión de la superioridad de los procesos civiles en Alemania y Austria, los colegios de abogados y de jueces opusieron gran resistencia. Sin embargo, la penetración de la doctrina procesal a través de Alsacia y Lorena, y a través del contacto académico con los doctrinantes germánicos e italianos, y las crecientes necesidades de la administración de justicia en Francia forzaron a aceptar los cambios presentados (Nörr, 2015). El cambio de espíritu en el estudio del derecho del procedimiento, que lo hizo evolucionar a derecho procesal, le permitió al proceso civil francés pasar de un procedimentalismo formalista e individualista a un proceso ordenado según principios y destinado a la satisfacción de fines sociales. El proceso redujo su congruencia buscando la claridad de las partes en sus pretensiones y actuaciones, y una celeridad oportuna y precisa en virtud de la generación de un plan del caso que permitiera la correcta adjudicación del litigio en el marco de su fijación precisa, con el fin de evitar las dilaciones, antes disponibles a las partes, y de buscar una mejor realización del derecho objetivo.

Capítulo 3

La tradición Italiana

En el siglo XVII italiano se reconoce la existencia de obras procesales en diferentes Estados. Sin embargo, estas eran “bien pobres de originalidad y de valor científico. En su mayor parte tienen un carácter práctico, llamándose, como en otros tiempos, «prácticas» o «ritos judiciales»” (Chiovenda, 1913/2000, p 17). Ejemplo de ello son los *Commentarii* de Antonio Sola, de 1607, y la *Práctica legal según el sentido común, los usos forenses y las constituciones de S.M.*, de 1772, publicada anónimamente. Hay que tener en cuenta que en la región de Italia no había antes unidad estatal. Por lo cual, las legislaciones que surgían no tenían identidad central propia. Entre estas están las *Constitutiones domini mediolanensis* de Carlos Tapia, y las *Constitutiones placentice et permae* de Ranuccio I Farnesio, entre otras.

Antes de esta importación jurídica cabe destacar que Italia estaba bajo el poder del Sacro Imperio Romano y el papado (Albertoni, 1986). Pero la región manejaba un particularismo local que le arrebatava la unidad, además de la ausencia de

un gobierno con cobertura territorial. Por ello, cuando Italia comenzó a ser parte del proyecto expansionista de Napoleón, la Italia jacobina rápidamente cedió el paso a su influencia (Albertoni, 1986), con una propuesta jurídica estructurada bajo la forma de república directora centralista.

En los antecedentes procesales italianos se reconoce la fuerte influencia del proceso romano común. Porello, a comienzos del siglo XIX, durante la República Cisalpina, la traducción del código francés que imperó en ese tiempo estaba fuertemente influenciada por esos desarrollos procesales. Rocco (1900/1969) plantea este recorrido como una importación extranjera, porque aquel mismo proceso que había sido elaborado por los antiguos romanos fue modificado con la infiltración de elementos locales.

Gracias a Napoleón el derecho procesal italiano se vio invadido por leyes francesas, debido a la llegada el Código en 1806. Al comienzo se evidencia una confrontación entre leyes austriacas, francesas e italianas. Estas coincidían en su lejana inspiración romano-germánica, pero se basaban en principios diferentes. Según Chiovenda (1913/2000), imperó la ley francesa y se efectuaron reformas como abreviar los plazos de apelación, la obligación de motivar las sentencias, reducir al mínimo las formalidades judiciales, entre otras. Se implementaron una serie de medidas jurídicas y políticas que permearon las estructuras administrativas, financieras, judiciales y militares, en armonía con el sistema francés. Esta organización se daba por medio de una centralización de todos los Estados, inclusive los territorios anexos que eran fruto de la constante expansión napoleónica. Por lo anterior, las reformas napoleónicas significaron el establecimiento

de estructuras legales e instituciones que unificaban los territorios divididos por los gobiernos monárquicos.

Cuando el reinado de Napoleón cae, comienza la etapa de la unificación bajo la bandera de la autonomía estatal nacional. Pero en el proyecto de unificación era indiscutible que todas las estructuras del Estado quedaron influenciadas por el modelo napoleónico. En la restauración de las leyes preexistentes a la ocupación francesa, cada Estado hizo alteraciones. En Nápoles siguieron en vigor provisionalmente las leyes francesas. Otros Estados regidos por el reglamento austriaco y la Toscana conservaron su reglamento, el cual se institucionalizó plenamente por la Ley del 2 de agosto de 1838. Los demás Estados también hicieron reformas judiciales.

3.1 El Codice di Procedura Civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna, de 1854

El reino de Cerdeña con dominios en Génova, antes de la invasión de Napoleón, era una monarquía que desarrollaba su propia legislación de acuerdo con la cultura del reino. Desde 1723, la ley que regía era la desarrollada por Vittorio Amadeo: *Costituzione di S.M da osservarsi nelle materie civile et criminali*. Posteriormente, la normatividad de Cerdeña tuvo sus reformas realizadas desde la monarquía misma. Esta situación cambió cuando Francia comienza su avanzada hacia los territorios de la península, donde se emite un código en 1810, con gran influencia del dominio francés. Pero aun así esta reforma fue lenta a pesar de emitir reglamentos como el del “15 de mayo de 1815 para Génova y un Código de 1827 para Cerdeña” (Chiovenda, 1913/2000, p 28).

Después del primer exilio de Napoleón, en 1814, lo que buscan la mayoría de los territorios dominados es borrar esa influencia, por lo que algunos reinos volvían a la normatividad previa a 1798. Las decisiones de gobierno tomadas por el nuevo rey Carlo Alberto tienen un fin rescatasta de la tradición monárquica primaria, pero con un gran reformismo en la legislación. Esto se evidencia en la publicación del Código Civil en 1837, los penales en 1839 y 1840, entre otras reformas normativas. Frente a las reformas que hizo a la codificación encargó una comisión encabezada por Giuseppe Barboroux que fue dividida en cuatro clases “según el esquema de codificación francés: derecho civil, procedimiento civil, derecho comercial, derecho y procedimiento penal” (Ferrante, 2013, p. 43). Aunque la influencia francesa en torno a la codificación era dominante, hubo bastante resistencia por la tradición conservadora vigente.

El artículo 57 y siguientes plantean el desarrollo en los casos en que se esté haciendo reclamos de índole personal o relativo a bienes muebles no mayor a cien liras. Estos casos tienen una primera cita verbal donde las partes y los abogados son escuchados sin presentar sus razones por escrito. En ese primer momento lo que se busca es que haya una conciliación entre las partes. Pero si no la había, el proceso se desarrollaba de la siguiente forma: se fijaba una nueva citación donde el demandante debía presentar las mismas peticiones al juez, pero esta vez con títulos donde se pudiera fundamentar y una declaración sumaria de su defensa. Tras haber sido avaladas por el juez, se presentaban al demandante y al demandado. En ese momento se intenta nuevamente una conciliación que, si se logra, lo que se resuelve por el juez es la ejecución de lo establecido en la composición. Pero, si no tiene éxito la conciliación, todos los

actos adicionales que se requieran para solucionar el problema se comienzan a llevar mediante actas. Estas serán dictadas por el juez al secretario y se establecerán en un registro especial firmado por ambos. Posteriormente, ya teniendo conocimiento de la petición del demandante, de la defensa del demandado y de las discusiones plasmadas en las actas firmadas, se resuelve una sentencia o una próxima audiencia en no más de diez días.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, se identifica que para iniciar un proceso judicial donde la petición sea de índole personal o bienes muebles, prima el fin público de conciliar y resolver el conflicto. De ahí que primero se plantee la litis de forma verbal y en equidad, y, posteriormente, escrita y en derecho, para buscar que las partes lleguen a un acuerdo. Esta parte escrita se conforma por actas que sirven cuando ya no hay conciliación y el juez tiene que decretar una sentencia de acuerdo con la petición del demandante, la defensa del acusado y las actas. De lo anterior, se identifica la limitante del juez respecto a las peticiones que hace el demandante mediante el protocolo de las actas tomando como base la fundamentación de lo pedido y lo acordado en la composición.

3.2 El Codice di Procedura Civile italiano de 1865

Entre los desarrollos posteriores a la unificación italiana bajo Vittorio Emanuele II di Sardegna está el Código de procedimiento civil italiano de 1865, al cual se le reconocen los siguientes precedentes en sus contenidos: el derecho romano, la costumbre, el cristianismo, invasiones de otras culturas, progresos de otros códigos —francés, belga y austriaco— y preceptos ilustrados del derecho privado (Aguilera y Velasco, 1881). En la

formación del código de 1865 se plantean diferentes dificultades para lograr una unidad legislativa en medio de “[...] ruinas de dominaciones extrañas, de dinastías caducas cerradas sistemáticamente a todo progreso, de poderes teocráticos cada vez más sañudos y empeñados en irritante lucha contra las conquistas de la civilización” (Aguilera y Velasco, 1881, pp. 10-11). Lo anterior plantea como necesidad la conciliación entre leyes y disposiciones de las diferentes formas de administración que hacían que los italianos se vieran mutuamente como extraños a pesar de ser de un mismo Estado.

A nivel procesal y dentro de los alcances que comprende el Código de 1865, el accionar procesal inicia con un acto conciliatorio activado por la voluntad de acudir a un tutor o administrador. Ante ellos se presentaba la disputa y los bienes que la respaldan. Esta se finaliza firmando un acta con el acuerdo desarrollado o los motivos para rechazar la conciliación. Cuando la solución no se acordaba, se pasaba a una etapa judicial donde se tenía que presentar la solicitud ante una autoridad competente según el artículo 67. Posteriormente se notificaban y se desarrollaban solemnidades para introducir la controversia en el entorno judicial.

Dentro del procedimiento judicial se identifica que “las partes deben resumir los hechos del caso, sus conclusiones y sus razones en un resumen, sin poder presentar nuevos documentos, hacer nuevas solicitudes o excepciones” (art. 176). Aquí se observa que, gracias a las solemnidades propias de los tribunales, las partes ya tenían un accionar limitado respecto a la presentación de las solicitudes. Pero era una autolimitación de las partes.

Sin embargo, son varias las potestades inquisitivas que recibe este juez. Entre ellas, que, “en casos urgentes, el presidente [del tribunal], después de escuchar a las partes, puede resolver el incidente y declarar la orden ejecutoria [...]” (art. 182) en casos accidentales donde las partes no están de acuerdo. En el procedimiento formal encontramos que solo se juzgan ciertos casos que el ministerio público considera importantes (art. 346). Además, el juez puede determinar si el informe del demandante o defensor expone el hecho de manera correcta, o si es necesaria su rectificación; en cuyo caso toma la decisión de convocar otra audiencia. En el momento en que el informe se presenta adecuadamente y los defensores o demandantes discuten en el juzgado sus razones, podrá haber decisión. El demandante tiene la posibilidad de anular la sentencia según lo establecido en el artículo 361, a saber: 1) si el juez ha ayudado previamente en la discusión del caso, 2) si dentro del proceso de conciliación no se cumplieron con los requisitos del acto de comunicación, 3) si no se han tenido en cuenta los casos previstos por la ley.

Teniendo en cuenta lo expuesto frente al proceso judicial se identifica que el ministerio público establece criterios que filtran las pretensiones y las causas con que los demandantes acuden al sistema. Omitiendo que el acceso judicial era para quien podía asumir los costos del proceso, el proceso judicial establece requisitos en un nivel previo de conciliación, solemnidades en las notificaciones e informes, y requisitos de contenido y forma del objeto del proceso según se explicitan en las audiencias, y sin las cuales los jueces no pueden proceder. Se puede concluir que el juez tiene considerable control a la hora de presentarse una demanda en el sistema judicial, donde

él por medio de las nulidades puede ir más allá de los límites decisorios que se imponen y sus requisitos formales.

3.3 Influencias de la tradición italiana y el procedimiento civil italiano hasta el siglo XXI

El Código de Procedimiento Civil italiano fue realizado en una labor conjunta entre una comisión de juristas —Calamandrei, Carnelutti y Redenti—, y magistrados del Gobierno de Mussolini —Conforti y Coco—. Fue aprobado por el Real Decreto del 28 de octubre de 1940, gracias a la Ley N° 2814 del 30 de diciembre de 1923, que autoriza al Gobierno del rey a emitir un nuevo código de procedimiento civil. Este código entró en vigor el 21 de abril de 1942. Según la exposición de motivos del ministro de Justicia, Dino Grandi, para justificar la redacción del código, este se presenta como una aspiración antigua, pues el de 1865 ha ocasionado obstáculos a nivel jurisdiccional, las reformas parciales que se han venido realizando han fracasado y no han llevado a una correcta actualización de sus disposiciones.

El ministro de Justicia, aprovechando el incremento de estudios procesales en los últimos decenios en Italia, nombra a importantes juristas del momento para la redacción de ese proyecto. En ese momento se identificaban esas instituciones como aparte del derecho sustancial, pero aun así recuerda que el proceso y el derecho sustantivo son manifestaciones distintas, pero complementarias entre sí, de una misma realidad social. Por ello, el proceso se comprende como un instrumento que se complementa con la legislación promulgada hasta el momento.

Uno de los puntos fundamentales de la reforma es respecto a las facultades del juez, al cual se le aumenta la

autoridad, pero solamente basada en la observancia de la ley. Al juez no se le confiere la facultad de crear norma, su ámbito de regulación incluye los medios y el ritmo para decidir rápida y correctamente la cuestión planteada (Rueda Fonseca, 2016). Cuando los funcionarios judiciales excedían su alcance discrecional eran sancionados “con una suma de dinero [por] las conductas afectadas con la mala fe y la falta de lealtad procesal” (Rueda Fonseca, 2016, p. 168).

Respecto a los poderes del juez y sus alcances en el Código de 1940, en el Libro primero encontramos el artículo 51, donde se mencionan las causales por las cuales un juez debe abstenerse de continuar con el inicio de un proceso. Estas en general restringen cualquier relación de conveniencia o conocimiento del juez con las partes; y, respecto de las decisiones durante el proceso, se encuentra el artículo 112, donde se prescribe que “el juez debe pronunciarse sobre toda la solicitud [propuesta por las partes] y no más allá de sus límites”, y el artículo 113, según el cual “el juez deberá seguir las reglas de la ley, a menos que la ley le otorgue el poder de decidir el acuerdo con la equidad”. Estos casos de equidad según la ley son aquellos donde el juez en instancia de apelación decide según los derechos disponibles de la parte y su solicitud conjunta.

Cabe destacar que el crecimiento y alcance de la influencia italiana en temas de derecho procesal alcanza límites insospechados, al punto de introducirse en España en el decenio comprendido entre 1922 y 1932, estableciendo las bases de lo que sería el derecho procesal español, en gran medida con conceptos del derecho procesal italiano, junto con la influencia germana.

Es importante aclarar que desde la entrada en vigor de este código el 21 de abril de 1942 no se han realizado proyectos que busquen desarrollar una nueva codificación, sino que se han realizado reformas que por medio de decretos modifican algunas partes de su articulado. De las modificaciones que conciernen a la relación del juez con las partes encontramos las siguientes: respecto al artículo 51, el 9 de enero de 2004 se limitó al juez si ha estado ejerciendo la actividad de “administrador de soporte”. El artículo 112, donde se exige congruencia entre lo solicitado por las partes y lo tratado por los jueces, no se ha modificado desde su promulgación.

3.4 Tendencias generales

Antes de la invasión de Napoleón y su imposición legislativa, encontramos Estados que en general desarrollaron obras procesales donde se reproducían las prácticas comunes respecto a la resolución de controversias mediadas por un tercero. Después de la influencia francesa, encontramos diferentes posturas políticas frente a la apropiación o no de la codificación extranjera. Algunos gobernantes prefirieron rescatar los modelos previos y otros se acomodaron a las influencias técnicas y legales francesas. Teniendo en cuenta que la unificación total de Italia solo culminó en 1919, muchos de estos territorios manejaban diferentes normatividades procesales, con una fuerte influencia francesa sobre el proceso común. Gracias a esto, la concepción de congruencia que se manejaba en los juicios civiles estaba relacionada con la idea de un juez mediador, que en el caso de no llegar a acuerdos se ceñía a las pretensiones de las partes en el proceso. Los

limitantes que tenían las partes respecto de sus pretensiones eran más de solemnidades, o en el marco de casos urgentes.

En Italia se comienzan a desarrollar estudios de derecho procesal donde se destacan doctrinantes como Chiovenda, Carnelutti o Calamandrei y se comienza a pensar en diferentes conceptos para dotar de estructura racional a la práctica procesal. En la legislación posterior a su doctrina, en el Código de 1940, se considera la congruencia como un elemento necesario para controlar las extralimitaciones de la voluntad humana y respetar los derechos de defensa y contradicción. La razón de ello tiene que ver con que se pensaba que el actuar discrecional de los jueces corrompía el proceso. Actualmente, pese a que se conciben algunas excepciones donde la ley le otorga el poder de decidir de acuerdo con la equidad, la regla es limitar cualquier actividad de conocimiento del juez en el caso.

La tradición Germánica

Los germánicos tuvieron en su historia dos fuerzas considerables de resistencia e impulso a la unificación de su derecho. Por un lado, estuvo la resistencia feudal de las innumerables y diversas tierras gobernadas distintamente (Mannheim, 1927), a duras penas unificadas por ese *primus inter pares* —primero entre iguales— que resultaba el sacro emperador romano-germánico (Marquardt, 2014a)¹⁴. Por el otro, la serie de intentos de controlar el Sacro Imperio por su mismo príncipe, a través de las diversas *Landfriede* —*Paces territoriales*—, que se promulgaron desde los principios de su creación y, a través de diversas codificaciones y centralizaciones del poder político, obteniendo tierras para su dominio directo por matrimonios o enfrentamientos. La

¹⁴ “Observada la situación judicial en las tierras hereditarias austriacas, no solo se verá una imagen colorida de la jurisdicción imperial, territorial, foral, espiritual, urbana, corporativa y patrimonial, sino también un curso diferente de desarrollo en cada tierra con innumerables acrecimientos y muy diferentes formas” (Rasse, 2012, p. 3).

balanza de la historia se inclinó por este último y ejercicios del poder determinados movieron dirigidamente a los Estados germánicos a unificar su legislación.

Tras la Ilustración, nuevas técnicas de control se establecieron y, si bien la revolución industrial llegó a las tierras germánicas tarde, las reformas comenzaron a ser imaginadas luego de 1848 por los pensadores influenciados por la Revolución Francesa de 1789 y por los códigos napoleónicos ilustrados de 1804 —Civil—, 1806 —de Procedimiento Civil—, 1807 —de Comercio— y 1810 —el Penal y el de Instrucción criminal (Grimm, 1986).

Tras Napoleón, y con los cambios de fronteras y orden económico, los Estados alemanes comenzaron a generar códigos de derecho privado. Primero, en torno al Código Napoleón, el cual dio ciertos problemas para adaptarse a las sociedades aún feudales alemanas, pues “las reglas del Código se referían a una sociedad ya burguesa, que había abolido por completo los derechos y privilegios civiles, los lazos feudales y corporativos, los poderes intermediarios y las instituciones mercantilistas”, que encontrará “en la ley solo su forma adecuada de organización de derecho civil” (Grimm, 1986, p. 64), lo cual no era el caso alemán de antes de 1830. En efecto, por necesidades políticas del mismo Napoleón, al principio, ni siquiera se buscó imponer la realización de una sociedad burguesa en la Confederación del Rin y mucho menos la plena aplicación del Código.

Con todo, antes de siquiera entrado el siglo XIX, en las grandes monarquías Habsburg y Hohenzollern, en 1781, entraron en vigor dos codificaciones relevantes por sus innovaciones: el *Corpus Iuris Fridericianum* —Cuerpo de derecho de Friedrich (II)— (CIF), en Prusia, y el *Allgemeine Gerichtsordnung* —

Ordenamiento general de tribunales— (AGO), en Austria. Estos eran ciertamente centralizaciones y organizadores racionales, pero aún conservaban el espíritu ilustrado y no el capitalista moderno. Valga la pena señalar que la durabilidad del AGO austriaco superó el siglo, hasta la entrada en vigor del *Zivilprozessordnung* —Ordenamiento procesal civil— (ZPO) austriaco en 1898, mientras que el CIF no alcanzó a ser aplicado y fue reemplazado por un AGO prusiano en 1793.

En medio de la disgregación política alemana hubo algunos proyectos legislativos, sobre todo diseñados para crear la unidad de ese futuro Estado alemán que se figuraba desde mediados del siglo XIX, cada vez más centrado en el Reino de Prusia, ante la decadencia del Imperio Austriaco —nacido en 1806 con la disolución del Sacro Imperio—. Así, se dieron el *Bundesstaaten Entwurf* —Borrador de los Estados federados— de 1866 y el *Norddeutschen Entwurf* —Borrador Norte-alemán— de 1870, que “tuvieron en cuenta la codificación francesa: oralidad, inmediatez, publicidad y un eficiente proceso ejecutivo” (Pérez Ragone & Ortiz Pradillo, 2006, p. 35). Empero, solo hasta bien entrada la revolución industrial se dieron los códigos nacionales modernos procesales civiles de 1877 del Imperio Alemán, y del Imperio Austro-Húngaro de 1895. Hasta entonces, el imperio del proceso común romano-canónico y las formas plurales y locales del derecho dirigieron la mayor parte de las actuaciones jurídicas (Nelken, 2008).

En ese orden de ideas, debe decirse que la cultura germánica es, en realidad, al menos tres grandes culturas que confluyen tras el siglo XIX, y que en todo el rango temporal

bajo estudio están en mayor o menor comunicación. Por un lado, está Prusia, cada vez más fuerte, que eventualmente absorbe los territorios del Sacro Imperio al occidente y al norte. Por el otro, los Estados imperiales que se ven constantemente inmiscuidos en la esfera de influencia francesa, sus guerras y movimientos de capital y población, hasta cuando los absorbe el Imperio Alemán. Y, finalmente, el Imperio Austriaco, que se ve cada vez más debilitado y cede territorios a medida que aumenta su control central, por cuanto la pluralidad de nacionalidades a su interior no acepta fácilmente la sumisión austriaca, ni los Habsburg lograron imponerse¹⁵.

4.1 La pervivencia del siglo XVIII en el XIX

4.1.1 El *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1781, del Sacro Imperio

En vigor por ciento diecisiete años, y con numerosas reformas, el emperador Joseph II impulsó un procedimiento judicial civil unívoco para sus dominios. Este fue principalmente dispositivo, si bien con múltiples restricciones y excepciones. Así, en los §§2 y ss., se afirma que el objeto del proceso es delimitado por las partes, tanto en las circunstancias de hecho como en las pretensiones, y en el §11 se afirma que “si una parte no contradice expresamente

en sus intervenciones sucesivas algunas circunstancias de hecho en particular, se considerarán verdaderas cuando se complete el proceso” (también en los §§36, 46, 52 por fuera de la demanda). El principio de congruencia aquí incluso limita el principio dispositivo mismo, si bien en nombre de la fijación del litigio, pues el demandante no puede adicionar hecho o pretensión alguna de la cual no se haya hecho mención en su oportunidad (§§47, 49, 53).

La carga de la prueba es la usual, perteneciente a quien alega (§104), si bien solo nace cuando hay disputa en torno a un punto de hecho. El juez no puede decretar pruebas no pedidas, ni dar por probados hechos que no hayan sido alegados (§106). Finalmente, el juez debe someterse al imperio de la ley procesal tal cual lo describa ella misma, la analogía legítima y sus superiores funcionales cuando les plantea una duda interpretativa (§437).

Así, lo que tenemos es un proceso dado según el litigio, descrito por las partes y en el que se parte de que sus alegaciones son verdad, excepto en la medida en que sea disputado por la otra parte, por lo cual aquí impera la congruencia. Esto entra en clara oposición a las afirmaciones de Franco Cipriani (1995/2006, pp. 160-163), que, al oponerse a las posiciones de Franz Klein —se revisará más adelante—, aduce que el proceso josefino era inquisitivo y negador de las partes. Por el contrario, todo el proceso está determinado por la acción de las partes. Más aún, el requisito de limitar esa disposición posterior no es sino la necesidad misma de fijar el litigio y el problema jurídico a discutir, resolver y a volver *cosa juzgada*.

¹⁵ No pudieron evitar la desbandada de su influencia frente a Prusia, que tomó definitivamente la hegemonía tras la Guerra austro-prusiana de 1866, y que, tras la franco-prusiana de 1870, se convirtió en el centro político, económico, técnico y científico de las tierras germánicas. No pudieron evitar la reforma húngara, que les impuso la Doble corona en 1867; ni la independencia de la Italia que veía la conclusión de su unificación en 1870 (Hobsbawm, 1997).

4.1.2 El *Corpus Iuris Fridericianum* de 1781 del Reino de Prusia

En el libro continente del *Corpus Iuris Fridericianum*, el rey Friedrich II de Prusia publicó una carta abierta a uno de los coautores del código, el Gran Canciller Von Carmer. En ella señalaba como ejemplo procesal a los romanos, entre los cuales: “[...] los jueces mismos debían investigar las cosas de hecho, antes de que se escuchara a los oradores designados por las partes y se pronunciara el veredicto [...]” (p. vii). Siguiendo esa línea de pensamiento, en la *Introducción preparatoria* critican los redactores del CIF la dependencia e irreflexividad del juez ante las partes en la investigación de la verdad.

Por otra parte, resienten la falta de compromiso connatural que tienen las partes, y los abogados en particular, con los objetivos públicos del proceso, como la verdad y la correcta actuación de la ley. Entre otras afirmaciones, apuntan, en similar espíritu, que la jaula de la congruencia somete a los jueces a “exigir mucha evidencia para ser presentada” en un “extenso y costoso proceso” para responder preguntas como “si probar algo, y qué dar por probado, de quién dejar conducir la prueba, y a quién atribuirle su ventaja”. Todo “debido a que el juez no estaba cargado ni autorizado para preocuparse por los medios para la investigación de la verdad” (p. xviii). Así, la propuesta del CIF es “permitir al juez buscar la verdad por sí mismo; pero también para asegurar a las partes contra todos los tratamientos arbitrarios” (p. xxii). Los principios del código que Friedrich pidió se produjera, por tanto, incluyen que la investigación de los hechos esté “directa y principalmente dirigida por el juez”, y que esté cargado con la utilización de los medios permisibles y los apropiados para ella (p.

xxiii), que no esté restringido por las partes o sus sugerencias (pp. xxiv-xxv), entre otras exigencias: de intermediación, colaboración con la administración de justicia, concentración por acumulación de procesos, con posibilidad de segunda instancia y casación. Incluso, se crearían instancias dependientes del juzgado que serían las encargadas de la investigación.

Pero el principio de congruencia sufre afectaciones también en su otro sentido, sobre las pretensiones, y sobre la definición de la cuestión jurídica por resolver: “[...] El tribunal determina a partir de la información mutua de las partes, con la asistencia de sus auxiliares, de oficio, el *statum controversiae*, o qué factor es importante en la decisión de la disputa legal” (p. xxvii).

Ya en el contenido del articulado, se encuentra que, entre los deberes del Consejo de Asistencia judicial —los encargados directos de la investigación—, está la clara delimitación del objeto de disputa —lo cual hace tras la demanda y la contestación, con ayuda del demandante—, la comprobación de la competencia del tribunal, de la legitimación activa y pasiva, de la necesidad de llamar otras personas al proceso, de la existencia de excepciones previas y de la veracidad de las aseveraciones del demandante (I,1,3,4-7 pp. 8-14)¹⁶, y, de manera similar, frente al demandado en su defensa (I,1,7,1-11 pp. 42-45). En el proceso, “el Colegio [sala de jueces del tribunal] examina este informe [del Consejo de Asistencia], [...] y añade lo preciso si falta algo en la integridad de la instrucción” (I,1,9,4 p. 56). El juez mismo, si “considera necesario obtener

16 El formato de la citación del *Corpus Iuris Fridericianum* aquí usado es *Libro, Parte, Título, Sección*, seguido de las *páginas* en que se encuentra lo citado. Ello es necesario por cuanto está dividido en secciones y subdivisiones, sin continuidad, reiniciando el conteo en cada sección.

una determinada circunstancia para la perfecta aclaración del asunto, debe actuar por ello sin trabas con la evidencia aclarada y las partes deben participar en ella” (I,I,10,14 p. 56). Para ello puede incluso buscar la participación de terceros y su aporte de documentos (I,I,10,21 y 25, pp. 66 y ss.).

El CIF, en efecto, se planteaba un proceso parcialmente dispositivo, en el cual el interés de las partes definía su legitimación, ejercicio de la acción, sus pretensiones generales y buena parte de su conducta procesal. Pero el establecimiento de la verdad les escapaba, e incluso había un preprocesamiento de las pretensiones y hechos. Había, de hecho, penalidades por deslealtad procesal (I,I,10,5 pp. 61-62). Sin embargo, es necesario recordar que no fue aplicado. Fue un cambio en la letra, y no en la práctica jurídica (Van Rhee & Verkerk, 2006).

4.1.3 El Allgemeine Gerichtsordnung prusiano de 1793

Pero el espíritu del CIF no se perdió por completo. En el AGO de 1793 se conserva el deber judicial “de asegurarse de la verdad y realidad de los hechos” (§6)¹⁷. El juez, así como cuenta con los alegatos de las partes para obtener su convencimiento (§17), dispone de su propia iniciativa para descubrir los hechos (§7). Puede perseguirlos colaborativamente con las partes, a través de preguntas, inclusive respaldándolas con sanciones (§14), las cuales eran aplicables siempre y cuando hubieran sido anunciadas con suficiente antelación las preguntas a las partes (§15). Todo esto debe hacerse bajo principios de eficiencia, celeridad (§§9, 20) y verdad (§§5, 13), en busca del

convencimiento del juez y la correcta delimitación del objeto procesal: se exploran los hechos relevantes que determinan la respuesta apropiada a la cuestión sometida al juez (§§10, 20).

El proceso, sin embargo, es más dispositivo. Así, se ve que el objeto del proceso es primariamente definido por las partes, pues ellas plantean la disputa por los hechos y el derecho ante el juez¹⁸. Solo cuando un alegato es controvertido, probarlo se vuelve una carga para la parte que lo arguye (§16). También, el ministerio público que investigaba en el proceso oficiosamente desaparece. Incluso, aparece la necesidad de una etapa conciliatoria prejudicial, bajo el argumento de que los procesos perjudican moral y prácticamente a las partes y a la sociedad, por ello deben evitarse en la medida de lo posible (§22). Por otra parte, el proceso tiene total escrituralidad (§39) y se exige el seguimiento estricto del procedimiento (§38).

4.2 El oeste germánico: el caso bávaro

En Baviera, estuvo vigente desde 1753 hasta 1848 el *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii* del príncipe elector Maximilian III de Bavaria. Fue claramente dispositivo y romanista. Luego se hicieron algunas reformas a través de la *Gesetz, die Grundlagen der Gesetzgebung über die Gerichts-Organisation, über das Verfahren in Civil- und Strafsachen und über das Strafrecht betreffend* —ley concerniente a los principios de la legislación sobre la organización de los tribunales, el

¹⁷ Todos los artículos citados del AGO prusiano de 1793 son del título I.

¹⁸ Obsérvese el concepto de proceso en el §2. “El procedimiento judicial mediante el cual el juez podrá resolver una cierta disputa bajo la ley se llama proceso”.

proceso en asuntos civiles y penales, y el derecho penal—, promulgada el 4 de junio de 1848.

En ella se vio el refuerzo y seguimiento de algunas de las ideas para la mejora del procedimiento civil que sostuvo Friedrich II de Prusia. Así, en su artículo 13 se habla de instituir procuradores especiales para la supervisión gubernamental, “aceleración, integridad y curso legal de las investigaciones en el procesamiento de las pretensiones, el mantenimiento de la disciplina y el orden del servicio”, sin arriesgar la independencia judicial.

La reforma introduce sujetos procesales que intervienen en el proceso según las necesidades de este y con independencia de las partes y del juez, de modo que lo demandado podría no ser lo único sentenciado. Pero ello no implica que se alterara la otra parte del principio de congruencia, que es la consideración de que solo lo alegado (y probado) en el proceso podrá ser tomado como verdad.

La ilustrada ley bávara de 1753 fue definitivamente derogada al promulgarse el *Prozeßordnung in bürgerliches Rechtstreitigkeiten für das Königreich Bayern* —Ordenamiento procesal en litigios civiles para el reino de Baviera—, de 1869. Aunque fue corta su vida: este ordenamiento fue el último que entró en vigor en Baviera, que dejaría de ser un Estado independiente en 1871, y que se acogería al Ordenamiento Procesal Civil —ZPO— que promulgó el Imperio Alemán en 1877. Era eminentemente dispositivo, pero, frente a los hechos, incluía el derecho de pregunta del juez para clarificar (arts. 154, 274), y a fallar por fuera de los alegatos mal fundados, aunque hubiera acuerdo de las partes (art. 264). Respecto de las pretensiones es ampliamente congruente (arts. 262-263).

4.3 El *Civilprozeßordnung* del Imperio Alemán de 1877

En 1877, tras seis años de la unificación alemana, el Imperio Alemán promulgó las *Reichsjustizgesetze* —leyes de la justicia imperial—, en las cuales se planteó la reorganización y unificación del derecho procesal alemán. Hicieron parte de este paquete de leyes la *Gerichtsverfassungsgesetz* —Ley orgánica de tribunales—, el *Strafprozeßordnung* —ordenamiento procesal penal— y el *Civilprozeßordnung*¹⁹ —Ordenamiento procesal civil—.

Frente a la congruencia, esta última legislación continúa la tradición prusiana, en su dicotómica admiración y reprimenda frente al proceso común que hasta entonces se venía aplicando genéricamente en los Estados alemanes. Por un lado, hay un gran respeto por las partes y su disposición del proceso; por el otro, una voluntad expresa de otorgar la dirección del proceso al juez, en medio de la introducción de la oralidad y la inmediatez como reglas fundamentales del procedimiento, para garantizar la verdad y completitud del proceso.

Así, en el §127²⁰, se otorga al juez la dirección del proceso, con un énfasis en que “[...] debe asegurarse de que el asunto se discuta exhaustivamente y que los debates concluyan sin interrupción; si es necesario, debe determinar la sesión para continuar el debate de inmediato. [...]”. Pero, según el §129, “los hechos que no se disputen expresamente se considerarán admitidos a menos que la intención de impugnarlos sea evidente a partir de

19 Transcribimos el nombre de la ley con su ortografía original, aunque haya cambiado desde finales del siglo XIX a *Zivilprozessordnung*. Por esto, su sigla en esta obra es ZPO.

20 Desde 1924 es trasladado el contenido de este inciso al §139. También los demás a mencionar son trasladados.

otras declaraciones hechas por la parte”, lo que impone la carga a las partes de la determinación de la materia, contenidos y consideraciones del proceso. Así, entre ellas se establece la verdad del proceso. Mas también se atribuye una fuerte carga de verdad a las partes en el mismo parágrafo, esto deja atrás la afirmación del mero *allegata y probata* con carga en quien arguye: “una declaración de ignorancia solo está permitida para hechos que no fueron las propias acciones de la parte ni el objeto de su propia percepción”.

Entre los poderes del juez, desde los §§130 y ss., se establece una obligación del tribunal de aportar al establecimiento de la verdad permitiéndole preguntar sobre lo presentado por las partes hasta lograr su esclarecimiento y establecer sus verdaderos alcances en el proceso: hay un deber de interrogación y esclarecimiento. Además de ello, en los §§133 y ss., se encuentra que el juez puede pedir pruebas y entrega de documentos a las partes, aunque sea en contra de su propia pretensión. En los §§136 y 138 se establece la facultad del juez para conectar pretensiones en distintos procesos si es posible o de separarlas si es necesario. Y, finalmente, en el §137 se habla del control probatorio del juez, que puede preferir aplicar pruebas entre los medios que le presenta la parte.

De otro lado, a diferencia de la generalidad de los procesos adversariales, el juez es quien primero y principalmente interroga a los testigos y peritos (§§397-399, Langbein 1985), en busca de la verdad que sean capaces de proveer al proceso y sin que haya preparación o propiedad de las partes sobre ellos. Y si bien son las partes las que sugieren testigos, el juez es quien los decreta, incluso oficiosamente. Ello sin negar la facultad de las partes de interrogarlos también.

4.4 Opiniones frente al CPO alemán

Adolph Wach (1879), en lectura de la ley, consignaba sobre la máxima dispositiva que regía primariamente en él: “La persecución y la refutación de la pretensión es cosa de las partes. [...]. Ella exterioriza el principio de la falta de interés en el objeto de la controversia por parte del Estado” (pp. 60-61). Pensaba que “no existe un interés oficial en que la relación jurídica litigiosa se decida de un modo determinado” (p. 67). Pero culpa a la escrituralidad de una afirmación imprudente del principio dispositivo en el proceso común. Así, frente a la función judicial de la dirección del proceso civil presente en el ZPO, encuentra que “no se ha introducido ninguna novedad con ese poder directivo del proceso. El derecho común lo reconoce *in thesi* [como postura] casi con el mismo alcance” (p. 77). Es un poder necesario, que “debe servir, sobre todo, para disipar dudas sobre la voluntad de los litigantes y la materia litigiosa. Es un medio de información, no de inquisición” (p. 81). Debe servir para aclarar, traer y establecer los verdaderos elementos del litigio, como mecanismo de economía procesal, para la celeridad y correcta adjudicación de los procesos. Sin embargo, se mantiene en la posición privatista de que “el complemento y la prueba no es función del juez” (p. 82).

Lo que se observa entonces en este código es 1) respeto de la máxima dispositiva y de la autonomía de las partes en el proceso civil, 2) poder directivo del juez en el proceso, 3) influencia del juez sobre la determinación de las pretensiones de las partes y las pruebas, y 4) primacía de la carga forzosa de verdad de las partes, que deben aportar elementos de juicio incluso en contra de sus pretensiones.

Sin embargo, los poderes del §130 no han sido plenamente aplicados, en busca de la tramitación rápida y directa de las pretensiones y pruebas consideradas, sin trabas (Pérez Ragone & Ortiz Pradillo, 2006, p. 52). Ello debido también a la sobrecarga de trabajo de los jueces. Por eso solo la imperiosa necesidad de aclaración ha traído nuevos elementos al proceso. Según Burkhard Hess (2010):

Los puntos de discusión dogmáticos se referían a la oralidad y a la dinámica de las partes, cuyas nuevas regulaciones a menudo sufrían de defectos. El ZPO liberal era bastante impopular. Desde su entrada en vigor, el desarrollo de la ley se caracterizó por un continuo rechazo del dominio de las partes (inicialmente integral) y la revaloración de la responsabilidad judicial del proceso (p. 194).

4.5 La doctrina alemana

Hacia 1868, Oskar Von Bülow publicó *Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen* —La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales—, texto en el cual criticaba que se incluyeran excepciones *fori declinatoria* —declinatorias del proceso— en el proceso común entre las llamadas excepciones dilatorias, como excepciones de parte. Von Bülow (1868) sustentó que el juez debería conocer de oficio de los defectos procesales:

La validez de la relación procesal es una cuestión que no puede dejarse librada en su totalidad a la disposición de las partes, pues no se trata de un ajuste privado entre los litigantes, solo influido por intereses individuales, sino de un acto realizado con la activa

participación del tribunal y bajo la autoridad del Estado, cuyos requisitos son coactivos y en grandísima parte, absolutos (p. 293).

Dada esa justificación, es preferible dejar más bien a un lado el concepto de excepciones dilatorias, bajo el cual se entendían las excepciones procesales dentro del derecho romano moderno, y establecer el concepto de presupuestos procesales, cuyo cumplimiento debiera verificar el juez entre los hechos probados del litigio como condición de posibilidad del ejercicio de su labor heterocompositiva. Tampoco debiera el juez salir a buscarlos como en un “sistema policial de rastreo” (p. 293).

La constitución de la relación procesal no se lleva a cabo *fuera* del tribunal, [...] sino ante él y con su importante colaboración; de consiguiente, la relación procesal cuida, por sí misma, en su constitución, un factor que debe conducir a no abandonar todo a la iniciativa del demandado (pp. 293-294).

Según Goldschmidt (1936), fue esta una primera arremetida totalmente teórica contra el principio de congruencia: surgió el concepto de *presupuestos procesales* y la teoría pública del proceso, ya no como contrato o cuasicontrato entre las partes, sino de “relación jurídica pública existente entre el Estado y las partes” (p. 14). Y al hacerse una relación pública, y ya no privada, el juez se establecía, ya no como mero árbitro públicamente ofrecido para la composición de conflictos privados, sino como funcionario público con el objetivo de mantener la prevalencia de las normas de interés general en esa relación privada que le ha sido expuesta.

4.6 El impulso austriaco

A pesar de que “desarrollos políticos subsecuentes sugieren que el derecho ciertamente no yacía en el núcleo de los desarrollos políticos e intelectuales en Austria”, en medio de diversos avances de finales del siglo XIX (Garth, 1999, p. 556), Franz Klein, del Imperio Austro-Húngaro, señalaba en 1891 que la reforma del proceso civil era “necesaria «para arrancar a los círculos profesionales de la indiferencia, la inmovilidad y la apatía en la que están inmersos»” (p. 7). Considera que pervive un pensamiento inadecuado en el derecho moderno, según el cual las partes se presentan como iguales ante la justicia y ante el Estado. “Solo las partes tienen cosa de que disponer del contenido de la disputa legal. La sustancia del proceso es de su propiedad” (p. 11). Pero afirmar esto es absurdo para los fines y naturaleza misma del proceso, que es pública y moral, pues “el dominio [de las partes] sobre el contenido del juicio es la autoridad de guiar al juez a un juicio o comportamiento erróneo o solo relativamente correcto, o en general inexacto” (p. 13). De modo que “se amenaza la corrección de la administración [de justicia] a través de la disposición del acierto del juicio” (p. 16).

Por esto, Klein señaló la necesidad de nuevos poderes en un proyecto de ordenamiento procesal civil austriaco, entre los cuales se hallan 1) la solicitud de información a las partes para la determinación del litigio, 2) decretar pruebas de oficio sobre la cuestión litigiosa, y 3) el libre uso de la evidencia en el proceso, no solo según los alegatos de parte.

El *Zivilprozessordnung* (ZPO) de Austria de 1895 fue escrito por Franz Klein, como empleado del Ministerio de Justicia del Imperio Austro-Húngaro. En él, si bien las partes pueden

participar en la aportación de pruebas y argumentos durante la totalidad del procedimiento oral, es el juez el director de este (§§176 y ss.). Él debe asegurarse el agotamiento exhaustivo de la materia del proceso, sin sobreextenderse (§180). Al precisar el orden del día, debe dar las órdenes necesarias para agotar el tema (§§181, 193). En la búsqueda del objeto del proceso, lo cual es su deber —de esclarecimiento— (§182), el juez puede hacer preguntas a las partes —poder de interrogación— y exigirles documentos. Sin embargo, las partes de consuno pueden rechazar este poder (§183). También puede acumular procesos y declarar la litispendencia oficiosamente (§187, 189).

Es curioso que el ZPO austriaco no haya sido modificado en toda su existencia en torno a la congruencia. Ello es debido, muy seguramente, a la magnitud y actualidad del aporte de Klein, que lo definió y dio forma hace ya ciento veinticinco años.

4.6.1 El efecto en Alemania

Desde los años de 1920, la cultura germánica comenzó a compenetrarse más en torno al proceso civil. El código austriaco de 1895, inspirado en los desarrollos privatistas de la romanística alemana y aprehensor de las tendencias del ZPO alemán de 1877, en contraposición al propio AGO josefino de 1781, se sustentó en la teoría socialdemócrata presente en la obra de Klein, su autor (Picardi, 2012). Fue como crítica a la obra alemana que la obra austriaca se presentó como superación y porvenir. Con el fin de la Primera Guerra Mundial, y con el advenimiento de la República de Weimar, entre su gran desarrollo del derecho social en medio de las sucesivas crisis alemanas, el proceso civil alemán asumió la crítica de Klein y se relacionó con la dogmática del proceso civil

austriaco (Hess, 2010). Con el objetivo de agilizar el proceso y disminuir costos de la justicia civil al suprimir actuaciones de las partes, la *Emminger-Novelle* —reforma Emminger— del §139 del ZPO alemán permitió al tribunal discutir el litigio con las partes. Se dieron poderes para evitar las claras intenciones dilatorias y para rechazar actuaciones impertinentes o arbitrarias (cf. Pérez Ragone & Ortiz Pradillo, 2006).

Hacia 1931, el Ministerio de Justicia presentó un proyecto de ley para un nuevo ZPO, orientado mayormente por el ZPO austriaco, pero terminó como una reforma en 1933 que introdujo el deber de verdad del modelo austriaco, la inversión de la carga de la prueba por conveniencia, el interrogatorio de parte en reemplazo del juramento de parte, además de fortalecer la inmediación al aclarar los límites de la actividad judicial (Hess, 2010). Con la *Vereinfachungs novelle* —Reforma de simplificación— de 1976,

Bajo las palabras clave del ‘fortalecimiento de la actividad del tribunal’ y la ‘máxima de la cooperación’, se postuló ‘un desmantelamiento de los principios procesales estrictamente polares a favor de un grupo de trabajo de tribunal y partes’. [...] el alejamiento del modelo del proceso civil liberal original (con un sobrepeso de las partes en la gestión del proceso) se logró definitivamente (Hess, 2010, pp. 197-198).

A tal punto, que el §278, vigente desde 1977, afirmó la libertad del juez para reconocer en los hechos probados los derechos debidos, sin necesidad de alegación o pretensión (cf. Pérez Ragone & Ortiz Pradillo, 2006). Pero la crítica de ineficacia de estas disposiciones desde la entrada en vigor del ZPO se mantuvo, a pesar de todo este movimiento legislativo.

Solo desde la década de 1970, y en especial desde la década de 1990, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los deberes judiciales de esclarecimiento, saneamiento, interrogación, instrucción y discusión de pretensiones y hechos del §139 —que desde 2002 absorbió la redacción del §278— se han ampliado y aplicado más propiamente, y han sido respaldados por jurisprudencia en todo el país (Pérez Ragone & Ortiz Pradillo, 2006, pp. 52-53).

El punto de partida esencial del §139 ZPO es la clara y transparente fundamentación de una decisión judicial. Ello es, debe resultar apreciable para las partes como así también para el tribunal de manera clara e indiscutida el porqué y el cómo de una decisión. [...] Nótese que el principio de autonomía y neutralidad del juez sigue estando vigente aún con el ejercicio de los deberes y facultades mencionados; allí es donde precisamente se traduce su neutralidad. El límite está dado en que el juez no debe ejercer los deberes y facultades antes mencionados de una manera arbitraria que conduzca a perjudicar la posición de una de las partes.

Precisamente el ejercicio de los deberes antes mencionados colabora con la perfección de la neutralidad en tanto el juez se encuentre obligado a la aclaración y al esclarecimiento, de consuno con las partes, de las cuestiones de hechos y derechos discutidas (Pérez Ragone & Ortiz Pradillo, 2006, p. 54).

4.7 El nacionalsocialismo (1933/1938-1945)

Es necesario señalar la etapa del nacionalsocialismo en la doctrina y la práctica jurídica alemana y austriaca. Comenzada

en Alemania en 1933, con el ascenso de Hitler a la cancillería y la muerte de Hindenburg, y extendida a Austria con la reunión — *Anschluss*— de 1938, se dilató hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial y dejó huellas jurisprudenciales hasta la vuelta al autogobierno de ambos países en 1949 y 1955 respectivamente.

De la Rúa (1971), señala que se detuvo el esfuerzo científico y se dispuso al derecho al servicio de los fines fascistas del Estado. Se hizo una jurisdicción políticamente guiada, dependiente de instancias administrativas, sin deber de motivar las sentencias, de recursos restringidos, incluso con revisión oficiosa de cosa juzgada por motivos de interés público. La doctrina, por su parte, se desarrolló en torno a “la teoría del derecho libre, que convertía al juez en creador del derecho —el *freie Rechtsfindung*— respondiendo, desde luego, a las ideas políticas imperantes” (p. 149). Con todo, “el Gobierno nacionalsocialista tampoco logró reemplazar por completo el ZPO con un proceso paternalista de jurisdicción voluntaria basado en el Estado” (Hess, 2010, p. 195).

4.8 Tendencias generales

Lo que se observa en las regiones germánicas es una preocupación por la verdad. Por ella, incluso, se llegó a pensar en desnaturalizar el proceso común y dotarlo de elementos inquisitivos. Sin embargo, desde el siglo XVIII prevaleció una opinión conservadora e ilustrada y en el transcurso del siglo XIX se estableció una opinión liberal, coherente con el desarrollo industrial de esta región. Lo cual no negó que, una vez estalladas las contradicciones del capitalismo liberal en la pauperización de una parte de la población sin capital, el proceso civil adquiriera

funciones equilibrantes en la sociedad y se perfeccionara en un finalismo que le permitiera conducir a sus otros fines de maneras más eficientes, limitando la congruencia en la definición de los hechos, en el impulso procesal y en la satisfacción estricta de las pretensiones. Todo, sin dejar de reconocer que la sustancia del proceso civil pertenece a las partes, y que, en normalidad, el proceso debe ser entre iguales en personalidad jurídica, armas procesales y recursos jurídicos disponibles.

Finalmente, la constitucionalización del proceso civil ha contribuido también a favorecer la prevalencia del derecho sustantivo por encima de las que serían meras formas.

Capítulo 5

La tradición Española

La tradición española tuvo una influencia francesa escasa en el derecho procesal a inicios del siglo XIX. Pero, a mediados del siglo, esta influencia fue indirecta por cuanto sus leyes de enjuiciamiento tomaron como modelo la codificación francesa. La escasa influencia mencionada estuvo sustentada por el desarrollo jurídico interno luego de los siglos XIII a XVIII de nuestra era.

España tuvo un proceso de invasión árabe en el siglo VIII que daría paso a una recopilación de derecho acorde con la época (Palacio, 1986). Sin embargo, posteriormente, el tiempo trajo las futuras legislaciones propias. Se comenzó por las *Siete Partidas*, cuya vigencia formal se prolongó hasta el siglo XIX, junto con otras legislaciones oficiales, principalmente promulgadas por el rey, rara vez por las cortes; las cuales fueron compiladas mediante la *Nueva Recopilación* (de 1567, con refundiciones de 1581, 1640, 1725 y 1745) y la *Novísima Recopilación* (de 1805), todas sobre la Corona de Castilla y no necesariamente sobre otros

territorios de la monarquía española. En ambas recopilaciones se dispuso una legislación inconsistente, debido a la diversidad de las leyes recogidas, lo cual tuvo alcance dentro de la organización del proceso. La tabla 1 ilustra las legislaciones acumuladas por estas recopilaciones, diferenciándose mediante una línea negra gruesa. Las anteriores a la línea fueron recogidas en la primera y las posteriores, en la segunda. Estas recopilaciones agrupan las fuentes legales de la época monárquica española: leyes de cortes, legislación real²¹, pragmáticas²², autos acordados²³, autos de cédulas reales²⁴, reales decretos y capítulos de visita.

Montero Aroca (1997) aclara que el proceso para los inicios del siglo XIX se empezaba con una demanda sin forma determinada, que debía contener solo la narración del hecho. No era necesario hacer conclusión de la causa, ni establecía plazos para alegar. Si la sentencia se confirmaba, no cabía recurso alguno. Si se revocaba total o parcialmente, había posibilidad de apelación o súplica. Y contra la nueva sentencia perseguida tampoco procedían recursos.

Entrado el siglo XIX, coexisten dos sistemas procesales sin relación entre sí, y en ellos se advierte la aspiración a generalización, la cual no se realiza (Montero Aroca, 1997). Por su parte, lo procesal civil era manejado por la *Novísima Recopilación* de 1805. Pero a lo largo del siglo se van dando reformas que justifican la creación de una codificación.

21 Leyes del rey.

22 Discreción del rey sin el consentimiento de las cortes.

23 Normas con consulta de los consejos reales.

24 Disposiciones del rey con intervención del consejo.

<i>Periodo monárquico</i>	<i>Leyes de cort.</i>	<i>Legis. real</i>	<i>Prag.</i>	<i>Autos acord.</i>
Reyes católicos (1474-1504)	177	884	667	
1ra Reg. Fernando (1504-1505)	86	3		
2da Reg. Fernando (1507-1516)	11	73	39	
Carlos I (1517-1556)	490	741	436	20
Felipe II (1556-1598)	157	440	229	131
Felipe III (1598-1621)	19	196	106	74
Felipe IV (1624-1665)	6	270	65	189
Carlos II (1665-1700)		213	14	170
Felipe V (1700-1746)	2	856	38	587
Fernando VI (1756-1759)		191	9	4
Carlos III (1759-1788)	1	1.066	27	27
Carlos IV (1788-1808)	1	812	4	9
TOTAL	950	5.745	1.634	1.211

Tabla 1. Producción normativa de la Corona de Castilla entre los siglos XV y XVIII

<i>Autos cédul.</i>	<i>Reales decret.</i>	<i>Capit. Visita</i>	<i>Total</i>
181		36	1.061
3			89
17		17	84
105		180	1.231
54		26	597
13		3	115
16			276
16	13		213
135	96		858
127	51		191
856	156		1.067
703	96		813
2.226	412	262	6.695

Fuente. Tomada de (Pérez Martín & Scholz, 1978, pp. 13-14).

Ahora bien, para entender la doctrina española se debe considerar lo planteado en materia de la evolución de la forma de estudio del derecho procesal. De las palabras de Niceto Alcalá-Zamora en boca de Devis Echandía (1966), se pueden esbozar las siguientes tendencias: los prácticos y judicialistas enfocados en la contemplación del proceso como una técnica o arte, los procedimentalistas que siguen de cerca las instituciones legales y concepciones privatistas, inspirados en las corrientes francesas; y el procesalismo científico que, desde una dimensión conceptual, observa al derecho procesal como una ciencia.

5.1 La Novísima Recopilación de 1805

Publicada en 1805, fue precedida por intentos de renovación de la legislación española luego de la *Nueva Recopilación de Leyes de España* de 1567. Esto por razón de la producción legislativa de la monarquía. Circunstancia que, unida a numerosos errores y disposiciones inútiles o entradas en desuso, aconsejó la necesidad de otra recopilación que sirviera como “cuerpo metódico de legislación, con cuyo fácil estudio y de las siete partidas, se adquiriese la ciencia necesaria para la administración de justicia” (Pérez Martín & Scholz, 1978, p. 32).

Mas la Novísima Recopilación no representó un cambio significativo en el sistema judicial de la época, pues mantiene el régimen autoritario y su contenido, mayoritariamente, en legislaciones recopiladas, de ahí que Ortiz Caballero lo señaló como “una obra atrasada para su tiempo” (1999, p. 123). De hecho, Francisco Martínez Marina (1820), quien redactó el *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, reconoce la antigüedad de

las leyes, recopiladas en su literalidad, y la tendencia de los presuntos ilustrados compiladores de negar cualquier novedad o cambio. Lo anterior demuestra una legislación procesal que no es consistente con la realidad que expresa su aplicación.

Además, Martínez Marina nos menciona la dificultad de entender la *Novísima Recopilación*, pues al unir múltiples legislaciones de distintas épocas y con motivos diferentes, el lenguaje sobre el cual recae es poco preciso y la remisión constante a epígrafes o sumarios dificulta su entendimiento y su aplicación. De modo que, para analizar las disposiciones relativas al proceso, ubicadas en el libro XI, debe haber apoyo de los sumarios para ubicar su tiempo, autor y contenido. Sin embargo, la *Novísima Recopilación* poco trata sobre el contenido de la sentencia, dado que se limita a hablar de los tiempos y cuando el pleito concluye para sentencia, sin mencionar sobre qué deben resolver los jueces.

Aun así, en materia de las decisiones, hay referencias indirectas a la congruencia. Por ejemplo, en la Ley III, en el juramento de los jueces ordinarios —nombrados por el rey—, a estos les corresponde “que se no desvien de la verdad, ni del Derecho”. En ese mismo sentido, al concluirse el pleito corresponde “que los Jueces que conocieren de los pleytos, y los hubieren de librar, los determinen y juzguen según la verdad que hallaren probada en los tales pleytos” (Ley II, Título XV, Libro XI). Además, ello corresponde a que, dentro de la misma recopilación, se ordenaba que “[...] concluso el pleyto, los del nuestro Consejo, y Oidores de las nuestras Audiencias den sentencia; en que reciban las partes á prueba sobre todo lo por ellos dicho y alegado” (Ley I, Título X, Libro XI).

Con lo anterior se podría afirmar que el proceso español mostraba pequeños atisbos sobre la idea de congruencia. Por lo menos en la parte probatoria, dentro de la *Novísima Recopilación*, es evidente que corresponde a las partes probar, mas no un juez capaz de decretar de oficio pruebas. En materia de la sentencia, aunque pueda decirse que el juez estaba sometido a lo afirmado, reconvenido, excepcionado y señalado por las partes, a este le correspondía dictar sentencia de acuerdo con lo hallado como verdad. Ello implica que el juez podía fallar más allá o fuera de lo pedido, por cuanto si lo probado refería a una cuantía superior u otras obligaciones, el juez debía sentenciarlas.

En todo caso, estas interpretaciones desde la sola textualidad de la norma, y en un momento diferente a su contexto temporal, presentan serias limitantes en este estudio comparado. Más con lo señalado por Martínez Marina (1820), pues en el estudio de la *Novísima Recopilación* para esa época “los jueces, jurisconsultos y letrados no solamente se hallan en la dura necesidad de hacer estudio de los códigos de partidas, fuero real, fueros municipales, pragmáticas y leyes sueltas, aunque no recopiladas, sino también de consultar las ordenanzas de Montalvo y la Nueva Recopilación” (p. 53).

Alrededor de la doctrina, en el ámbito de los prácticos forenses, quienes estudian el proceso a partir del desempeño dentro de los juicios, hacen interpretaciones respecto de los conceptos de cada una de las normas. De ese modo, escriben autores como Don Lucas Gómez y Negro (1806), quienes a partir de “enseñar a administrar rectamente la Justicia en nuestros Tribunales, a hacer valer en ellos los derechos de los ciudadanos [...] de modo que, mediante los trámites y proce-

dimientos que ella enseña, se consigan” (p. 3). Su estudio se enfoca en los códigos legales y cómo llevar a cabo su correcta aplicación. Esta práctica forense se puede ver en las interpretaciones de la *Novísima Recopilación*, en donde se plantean varias posiciones a nivel probatorio y de la decisión judicial respecto de la congruencia.

En materia de decisiones judiciales, señala que la *Novísima Recopilación* no ha “prescrito el orden con [...] que el juez debe seguir la decisión de las disputas que se sometiesen a su decisión dejándolo todo [...] á la rectitud” (p. 73). Asimismo,

[el] ciudadano [...] le espondria con la posible claridad los hechos de donde naciese el derecho [...], haria un breve raciocinio para demostrar que conforme a las leyes se habia obligado su contrario [...] y concluiria [...] para que el juez no pudiese menos de entender lo que se pretendia con todas y cada una de las clausulas de petición (p. 73).

Alrededor de las pruebas, afirma Ortiz de Zúñiga (1841) que “la lójica aconseja la regla de derecho [...] que solo incumbe al que afirma la justificación de lo que asegura” (p. 271). Para el caso del demandado, “si pone alguna excepcion debe probar los hechos en que la funda” (Gómez y Negro, 1806, p. 86). De modo que las partes tenían la carga de la prueba de sus alegaciones para convencer al juez. De lo contrario, se les negaban sus peticiones.

En lo referente a la sentencia definitiva, nos plantean que “es la que da sobre el todo de la causa, y acaba con el juicio, absolviendo o condenando al reo o demandado” (Gómez y Negro, 1806, p. 121), afirmando su dependencia frente a la sustancia del proceso, fijada anteriormente:

[...] debe la sentencia ser congruente y conforme a la demanda propuesta, como dicen los autores, en tres puntos, a saber: en la cosa, en la causa y en la acción: esto es, debe ser relativa y consiguiente á la cosa que se litigue, a la causa o motivo que se exponga [...], y sin exceder lo pedido” (Ortiz de Zúñiga, 1843, p. 338).

5.2 Las Instrucciones del Marqués de Gerona de 1853

Un primer intento de ordenar y agilizar unívocamente el procedimiento civil fue con las *Instrucciones del Marqués de Gerona*, José María de Castro y Orozco, promulgadas en 1853. Estas dieron respuesta a los abusos en la práctica de los procesos. “Decretos especiales han puesto coto, de vez en cuando, a determinados abusos; pero muchos de ellos subsisten aún, y afean y empañan la justicia, cuya recta y cumplida administración es una de las más altas prerrogativas correspondientes al poder Real” (p. 1). Por ello, se crearon comisiones de codificación, pero mientras esta se producía desde las Cortes, el Marqués de Gerona buscó preservar las instituciones jurídicas, las atribuciones de los tribunales y el procedimiento legalmente establecido. Por esta razón, con las Instrucciones no se modificaron las normas de procedimiento, sino que solamente se buscó regular la tramitación y aplicación de lo dispuesto en esas leyes por medio de reglamento, con el fin de resolver problemáticas del proceso en términos de dilación y confusión, sin perjuicio de las disposiciones recogidas por la *Novísima Recopilación*. De esa forma, recoge cuestiones importantes de la legislación vigente para dicha época con mayor complementariedad.

Uniéndolo la *Novísima Recopilación* con las Instrucciones del Marqués de Gerona, tenemos que el demandante debe aportar su petición, justificándola con pruebas que pretenda hacer valer. Lo mismo ocurre con el demandado, al contestar la demanda. Así, corresponde en el ámbito probatorio a las partes por el artículo 17 presentar las pruebas que “les convenga, instrumental, testifical, por juramento deferido, ó de cualquiera otra clase, ó por posiciones entre ellas mismas” (De Castro y Orozco, 1853). De modo que, se ve una preferencia a la iniciativa probatoria de las partes, aunque no se diga nada respecto de la posibilidad del juez de decreto oficioso de pruebas.

En materia de la sentencia, a pesar de que las Instrucciones contemplan de forma más explícita el contenido de una sentencia definitiva, esta nada refiere a ninguna manifestación de la congruencia, pues solo habla de exponer “con claridad y concisión las cuestiones de hecho y de derecho, y citando las leyes ó doctrina legal en que se apoyen” (art. 68).

Lamentablemente, la vigencia de las Instrucciones fue muy corta: menos de un año de aplicación, del 30 de septiembre de 1853 al 18 de agosto de 1854. La razón ofrecida se refería a que “ha sido combatida desde los primeros momentos de su existencia por ilustrados jurisconsultos que consideraron innecesarias muchas de las innovaciones” (Alonso, 1854, p. 1).

En materia de la interpretación de las Instrucciones del Marqués de Gerona, la doctrina se enfoca en la práctica judicial más que en una construcción teórica, siguiendo en las dos primeras corrientes del estudio del derecho procesal señalados por Niceto Alcalá Zamora. En lo tocante a la congruencia en las Instrucciones, no hubo un pronunciamiento expreso de los comentarios.

5.3 La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855

Sin embargo, los aires del tiempo mantuvieron la necesidad de la codificación, que conduce a la sanción de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC) de 1855. Según Lino Enrique Palacio (1986), es una ley que fiel a los principios orientadores de la antigua legislación hispánica, que a su vez lleva arraigada el proceso común de las *Siete partidas* (Palacio, 1986). Y fue fruto de la premura al momento de redactarla, por lo que le es natural su estilo escueto en la redacción de las normas y establecer los temas. Por ello, no aparecen organizadas en capítulos que permitan identificar la ubicación de las disposiciones.

En relación con el ámbito probatorio, aparte de la iniciativa de las partes al momento de aportar pruebas, los jueces, por el artículo 48, podrán decretar de oficio documentos, confesiones judiciales, avalúos o reconocimientos y cualquier auto que tenga relación con el asunto del litigio, siempre buscando el mejor proveer. Por tanto, en este acápite queda demostrada la potestad oficiosa del juez en lo probatorio, y, por ende, una reducción de la congruencia en las pruebas.

Las sentencias deben “ser claras y precisas, declarando, condenando ó absolviendo de la demanda” (art. 61). Si son “varios los puntos litigiosos, se hará con la debida separacion el pronunciamiento correspondiente á cada uno de ellos” (art. 62). Por consiguiente, la congruencia permanece en las pretensiones.

5.4 La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

Como consecuencia del apremio de la redacción de la LEC de 1855, fue necesario un número de reformas: un total

de catorce entre su entrada en vigor y finales de 1870 (Palacio, 1986). Vuelve la necesidad de ordenar el material legislativo y subsanar las imperfecciones encontradas en la legislación vigente. Por ello, es designada una comisión para redactar una ley base del procedimiento, la cual es sancionada en 1880. Tras diversas vicisitudes, es promulgada la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881, pero no es una innovación fundamental respecto de la norma anterior. De hecho, las antiguas leyes siguen siendo su inspiración y, por ello, es ajena a los progresos alcanzados por las demás leyes europeas de su tiempo.

El artículo 359 de este documento se enfoca en las pretensiones y su importancia para la sentencia. Este artículo dicta: “las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan”. La congruencia entre pretensión y sentencia se ve expresada.

Sobre las pruebas, el artículo 550 menciona que “El Juez recibirá el pleito á prueba en el caso de que todos los litigantes lo hayan solicitado”. En caso de controversia, el juez determinará, si lo considera pertinente, adelantar la etapa probatoria. Al contrario, “se falla definitivamente el pleito” conforme el artículo 552. Alrededor de ello, se contempla una etapa probatoria estimulada por las partes, lo que deja la oficiosidad de los jueces dentro del mismo acápite.

Con la LEC de 1855, los doctrinantes mantuvieron estudios de la práctica judicial. Respecto a la congruencia refirió en asuntos probatorios que “repetimos que la Ley ordena y en la necesidad de obedecerla, los jueces podrán valerse de las facultades que les concede el art. 48, cuando necesiten

más comprobantes para formar un juicio concienzudo de los derechos de las partes” (Hernández de la Rúa, 1856, p. 212). De la sentencia, los doctrinantes plantean que “se falle conforme a lo pedido en la demanda” (Manresa y Navarro, 1874, p. 118). Al igual que la *Novísima Recopilación*, la interpretación doctrinal prescribe una congruencia entre lo pedido y decidido, con posibilidad de oficiosidad del juez en lo probatorio.

5.5 La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000

El decenio entre 1922 y 1932 llevó tardíamente el concepto italiano de “acción” de Chiovenda, que marcó la teoría procesal. Esta introducción fue gracias a la conquista de cátedras universitarias por profesores con formación germano-italiana (Nieto 1975). Así, la llegada de James Goldschmidt a España representó una transformación, por ser un catedrático de avanzada.

Luego del decenio, Jaime Guasp (1952) se plantea como uno de los principales procesalistas españoles del siglo XX. Él se refiere al proceso como tendiente a la satisfacción de la pretensión, ya que la decisión judicial es la declaración de voluntad que examina y desarrolla la actuación de una pretensión procesal. A través de estas afirmaciones se mantiene la congruencia que, según Manresa, viene desde las Siete Partidas al no permitir una decisión judicial más allá de lo alegado. Lo que destaca a Guasp al respecto es la alta importancia que le imprime a la pretensión, al aseverar que esta es la que engendra y mantiene el proceso.

En 1936, domina la figura de Francisco Beceña, quien puede considerarse el primer procesalista científico español, sus cátedras evidenciaban dominio de la bibliografía alemana

e italiana. Posterior a su muerte, la renovación de la ciencia procesal se produce con la publicación de la *Exposición del derecho procesal civil de España* de Prieto Castro en 1941, y también la publicación de los *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* en 1943 de Jaime Guasp. Los autores de esta época, junto con los ya nombrados, se caracterizaron por mantener la tradición sin replantearse críticamente el campo cubierto por el derecho procesal. Aunado a lo anterior, el procesalismo español de la época destacó por el abandono de “[...] temas como el Poder Judicial, la organización judicial, el estatuto de los jueces, y su ceñirse casi en exclusiva a los procesos civil y penal, con abandono del laboral y del contencioso-administrativo” (Montero Aroca, 1997, pp. 650-651).

A pesar de que el siglo XX tenía autores que mantenían un espíritu conservador, la LEC de 1881 organizaba procesos especializados a medida que recibía reformas. La situación con la ley se hizo insostenible y, aunque la doctrina hizo críticas desde mediados de los setenta, los legisladores mantuvieron la política reformista hasta 1998. Entonces, el Consejo de Ministros del 30 de noviembre de ese año remitió a las Cortes el proyecto de ley que se convirtió en la Ley 01 de 2000, la cual se quería como un parteaguas frente a la ley anterior, que atendía bien a una población rural, pero no se acoplaba a las necesidades urbanas.

Después de un siglo de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la administración de justicia requería efectividad para asegurar la tutela judicial debida a quienes acuden ante la jurisdicción a resolver sus pretensiones. Esta nueva ley responde a la necesidad de superar “problemas de

imposible o muy difícil resolución con la ley del siglo pasado” (Juan Carlos I, 2000, p. 576).

Respecto a los juicios civiles, siguiendo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se planteó en el artículo 218 la congruencia de las sentencias, al decir que “las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito”. De hecho, en el aspecto probatorio, se dejó marcado el ámbito dispositivo al plantearse que “los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales” (art. 216). Así pues, tras la evolución legislativa procesal civil española, se llegó a una plena disposición de las partes dentro del proceso, donde el juez escucha las peticiones y decreta las pruebas solicitadas, con las cuales se pretende demostrar la legalidad de lo pedido.

En el siglo XX, el procesalismo científico adquiere protagonismo en España. Goldschmidt (1936) afirmaba que el “derecho procesal alemán común [para 1868 era] muy parecido al Derecho procesal español vigente” (p. 14) para la década de 1930. Así, se hablaba en el artículo 532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de excepciones dilatorias y no procesales, que eran argüidas solo por el demandado. Fue el contacto de España con las culturas jurídico-procesales alemana e italiana el que transformó su arcaísmo medieval (Morse 1982/1999).

En el contexto de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, Asencio ilustra la concepción de pretensión que maneja la ideología procesal española actualmente. Asevera que el proceso funciona sobre la resolución de la pretensión. Además, especifica

que los poderes del juez deben contraerse a los límites de esta, y no a los de derecho existente. Jaime Guasp mantuvo una línea argumentativa similar, por lo que la concepción predominante a lo largo del siglo XX se ha sostenido.

5.6 Tendencias generales

España apoyó la doctrina romanística, y desarrolló su derecho hasta entrado el s. XIX. Este derecho no tenía mucho que decir sobre la congruencia, pero sí consideraba como objetivo principal la realización del derecho objetivo y de la justicia, con cierta independencia de los alegatos de parte. Esto, sin embargo, no facultaba al juez para intervenir activamente en el proceso. Más con las quejas sobre el procedimiento civil, y el movimiento codificador y racionalista en España, se hizo un movimiento contra la congruencia. En la LEC de 1855 se abrió la posibilidad de que el juez decretara pruebas oficiosamente, donde le fuera permitido. Pero luego, desde la LEC de 1881, se aceptó la influencia francesa, y se consagró la congruencia en el proceso civil. También en la LEC de 2000, vigente en la actualidad, se conservó, si bien ha habido más influencia científico-sistemática italiana en esta última, y ahora se apoya la congruencia en virtud de ella.

Capítulo 6

Aspectos comunes en Europa

Efectos comunes de estos movimientos en la Europa continental han sido 1) la constitucionalización del proceso, desde la segunda mitad del siglo XX, 2) el auge de los Derechos Humanos, también relativos a los procesos y las diversas formas de propiedad, 3) la penetración de la doctrina procesalista desde Alemania hasta Francia, y, 4) el directivismo del derecho procesal europeo en torno a la Unión Europea.

La constitucionalización del proceso viene ocurriendo sobre todo desde la segunda mitad del siglo XX (Hesse, 1988/1995; Arce y Flórez-Valdés, 1986). Se debe a la necesidad del respeto ulterior de ciertos derechos humanos de los ciudadanos, por encima de las meras decisiones mayoritarias de las democracias europeas. Entre los derechos protegidos están los llamados fundamentales, los cuales no pueden ser vulnerados a través de la ciega aplicación de la ley procesal, y, en particular, ciertos

derechos relacionados con la naturaleza misma del proceso, como los son el acceso a la administración de justicia —o derecho de acción—, el derecho de contradicción y defensa, al juez imparcial. En todos estos casos, la congruencia es afectada por la necesidad de mantener la propiedad del proceso en manos de las partes, que son las que acceden a la justicia y defienden con el máximo ahínco posible sus propios derechos, pero, al mismo tiempo, se insta al respeto de las disposiciones constitucionales, cuyo respeto debe ser garantizado.

Por otra parte, los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos, desde sus orígenes, han venido interviniendo subsidiariamente los derechos nacionales europeos y americanos, también en lo procesal y en el mismo sentido amplio del derecho constitucional programático moderno (Jaramillo Pérez *et al.* 2018). Finalmente, la Unión Europea, de manera institucional, ha conseguido funcionar de forma casi legislativa, dados los poderes de su propia integración, y ha contribuido al concepto de la congruencia en el derecho procesal, si bien no tanto en el interior de los países analizados, que son la fuente conceptual de los avances que ella misma promulga, y con los que insta a los demás (Cappelletti, 1971). Ya sobre el avance y transferencias doctrinales hablaremos más en la parte II.

De manera muy resumida, encontramos que son cinco los grandes intereses respecto de la congruencia en cada tradición: 1) Alemania por la determinación de la verdad, por lo cual el juez intervendrá para clarificar, completar las afirmaciones y peticiones de las partes; 2) de Austria por la celeridad de la justicia y la regulación estatal de las cuestiones de los particulares, por lo cual no permitirá las demoras injus-

tificadas ni los sobrecostos e intervendrá para encontrar el derecho aplicable a las condiciones reales; 3) de Francia por la claridad de los conflictos, por lo cual intervendrá fuertemente en la fijación del litigio y mantendrá a las partes en sus marcos; 4) de Italia por mantenerse en el marco de interés de la jurisprudencia vigente y en un margen de acción judicial que logre limitar los excesos de los jueces sin importar la circunstancia; y 5) de España en dos movimientos: uno de mayor intervención judicial, a favor de la celeridad y la corrección jurídica del proceso, y uno de privatización del proceso civil, en el que nos hallamos actualmente.

A pesar de haber nacido todas estas tradiciones de la recepción del proceso común, han sabido reconocer varios de sus límites, tanto desde un nivel teórico y argumentativo, al fundar la teoría de las excepciones procesales y configurar toda una teoría general del proceso; como desde uno práctico, preocupándose por limitaciones particulares de sus procesos y aterrizándolos a los requerimientos y circunstancias particulares de sus geografías y sociedades.

La evolución procesal Colombiana

Antes del desarrollo de las legislaciones en Colombia respecto del procedimiento civil, se aplicaban en el territorio las leyes españolas coloniales. También durante la Independencia se seguían aplicando (Pardo, 2003). Desde la *Constitución de Cúcuta* de 1821, “se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere el Congreso” (art. 188). De forma que, hasta no derogadas las legislaciones españolas por las leyes colombianas, su observancia y vigencia siguió en pie. Estas disposiciones se encontraban contenidas en la *Recopilación de las Leyes de las Indias*, las cuales no referían directamente al procedimiento judicial, por lo cual les era aplicable, según la Ley 1 del título 1 del libro segundo: “en lo que no estuviere decidido por las leyes de esta Recopilación, para las decisiones de las causas

y su determinación, se guarden las leyes de la Recopilación, y Partidas de estos Reinos de Castilla” (Carlos II, 1680, p. 2).

En el desarrollo doctrinario, encontramos dos formas de estudio del derecho procesal. Por un lado, la del siglo XIX consistente en la práctica forense basada en “la visión práctica o técnica del procesal que se había forjado en la comunidad jurídica hispánica” (Vásquez, 2012, p. 7), y que tendrá aparición a partir del Código Judicial de 1872. Y, por el otro, en el siglo XX, el procesalismo científico que a partir de 1939 logra una recepción en Colombia (Vásquez, 2012), en donde la perspectiva dogmática y sociojurídica se va implementando en la discusión del proceso, superando el estudio exegético tradicional de los prácticos.

7.1 La Ley 13 de 1825

El 13 de mayo de 1825, el Congreso de la República de Colombia expidió la ley para arreglar el procedimiento civil de los tribunales y los juzgados de la república. Ello con motivo de “que la ley orgánica del poder judicial presupone para su ejecución un nuevo arreglo en el procedimiento de las causas civiles” (Congreso, 1825, p. 195).

Dicha regulación no hace referencia explícita a la congruencia, pero varios artículos la aluden. Así pues, el artículo 20, sobre demandas ante alcaldes parroquiales, menciona la comparecencia de las partes y el examen a los testigos que presenten y las razones que aleguen. De modo que se señala la potestad probatoria de las partes, quienes se encargan de persuadir de la corrección de sus peticiones. Esto muestra una congruencia en el ámbito probatorio.

Lo mismo puede decirse de los artículos 49 y 52, según los cuales al demandante le corresponde señalar la causa, los hechos y fundamentos, expresando claramente la definición del objeto de la demanda por él. Antes del juicio, corresponde a las partes instruirse en sus pruebas. En el caso de las apelaciones, los artículos 34, 70 y 71 contemplan las potestades probatorias de las partes, quienes están encargadas de presentar los testigos, documentos y demás pruebas que sirvan para justificar su causa. Para la sentencia, el artículo 20 menciona que dicha providencia debe ser justa. Sin embargo, no señala si esta debe corresponder a los términos de la demanda. Por lo anterior, se entiende que esta legislación habla poco de la congruencia en relación con la decisión judicial.

7.2 La Ley Orgánica del Procedimiento Civil de 1834

Sin embargo, gracias a la Recopilación Granadina de Lino Pombo, se encuentra que el 14 de mayo de 1834 se expidió la *Ley Primera Orgánica del Procedimiento Civil*. En esta se plantearon algunas disposiciones referentes a la congruencia.

Respecto de la decisión en mínima cuantía, el artículo 32 plantea sin determinar el contenido de la decisión, que el juez, oídas las partes, “dictará la providencia que estime justa”. Esta se compone de una relación sucinta de la demanda, de la contestación, de los documentos presentados y lo referido por los testigos (art. 33). Por lo cual se infiere el sometimiento del juez a lo planteado por las partes.

Del mismo modo, en el ámbito probatorio para mayor cuantía y apelación, el juez por disposición de los artículos 49

al 54 y 63 al 67, abre el proceso a las pruebas de documentos y testigos que hagan uso de las partes. Luego, el poder probatorio queda en manos de las partes.

7.3 El Código Judicial de Cundinamarca de 1872

En 1853, Colombia se reconstituyó como un país federal, de acuerdo con lo dispuesto en la *Constitución de Rionegro* de 1863. Por dicha razón, y en atención a la soberanía territorial, “cada uno de los Estados soberanos expidieron Códigos Judiciales” (Pardo, 1950, p. 188). Sin embargo, “para todos los asuntos de la Unión, [se] adoptó uno en 1872, calcado en el Código Judicial del Estado de Cundinamarca, el cual lo tomó, a su vez, del Código de Procedimiento Civil Chileno, que era exactamente igual a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1855” (Pardo, 1950, p. 188). Incluso, según Velandia (2005), las codificaciones de Cundinamarca, incluyendo la judicial, son compendios de una tradición que se remonta al Derecho español e indiano, y francés del siglo XIX a través del Código de Napoleón, introducido por Andrés Bello (citado por Zuleta Hincapié, 2015).

Así pues, en materia procesal se observaron esas disposiciones para entender el papel del juez y sus manifestaciones de congruencia. De acuerdo con el Código, en materia probatoria, “es, pues, regla jeneral, que el que afirma una cosa es el que tiene deber de probarla, i no el que la niega, a no ser que la negativa contenga afirmación” (art. 476). Por consiguiente, la manifestación de la congruencia bajo estas disposiciones fue la potestad probatoria de las partes.

Ahora bien, respecto de la sentencia, el artículo 761 contemplaba que “la sentencia definitiva o con fuerza de definitiva debe recaer sobre la cosa, cantidad o el hecho demandado; pero nada más que sobre eso”. Puede observarse entonces una fuerte manifestación de la congruencia en materia de la identidad de las pretensiones con la decisión definitiva del juez, recogiendo de forma similar lo dispuesto en la LEC española de 1855.

7.3.1 La Regeneración

Posterior a la Constitución de 1886, producto de una lucha “por el control y la construcción de la Nación” (Monroy Hernández, 2012, p. 226), con Rafael Núñez a la cabeza, se empezó a implementar el proyecto regenerador. Este tenía como objetivo “un cambio no solo en el imaginario de Nación sino en la consecución de ese ideal; un ideal en el que este grupo pretendía imponer un orden que cobijara a toda la población” (Monroy Hernández, 2012, p. 228).

Ello condujo a la centralización del poder y, por supuesto, a modificaciones legislativas, empezando por la Constitución. En ese marco, las disposiciones aplicables a toda la nación fueron señaladas por la *Ley 57 de 1887*, por medio de la cual se seleccionaron los códigos existentes que serían aplicables en cada una de las ramas del derecho. Para la cuestión procesal se mantuvo la vigencia del *Código Judicial de la Unión*, según el artículo 4. De modo que, en materia del análisis de las manifestaciones de la congruencia este permanece.

Sin embargo, el procedimiento judicial fue reformado por medio de la *Ley 105 de 1890*. En lo tocante a las pruebas, la ley mantuvo la manifestación anterior de congruencia, adicionando que

Contestada la demanda [...] si las partes están conformes en los hechos, pero no en el derecho el Juez ordenará que se entregue el expediente a cada una de ellas para alegar; si también estuvieren conformes en cuanto al derecho, se les citará para sentencia. En el caso de que hubiere desacuerdo en los hechos, el Juez abrirá la causa a prueba para que las partes presenten las que estimen conveniente (art. 145).

Sus demás disposiciones no denotan una mayor diferencia con las señaladas del Código Judicial de 1872, también porque en virtud del artículo 338, continente de las derogatorias, las disposiciones citadas de este código no fueron derogadas.

7.4 El Proyecto de Arbeláez, Ley 103 de 1923

Con la *Ley 103 de 1923* se reforma en su integridad el Código Judicial. Esta ley se le conoce como *Proyecto de Arbeláez*, pues fue elaborada por el jurista antioqueño Ismael Arbeláez. Sin embargo, esta obra fue efímera, pues con la Ley 26 de 1924 fue suspendida su aplicación. Se destaca porque “constituye una manifestación temprana del discurso procesal publicista europeo en América Latina. Esta propuesta trajo a Colombia la discusión sobre el cumplimiento de fines colectivos del Estado a través del proceso judicial” (Vásquez, 2012, pp. 173-174).

De lo anterior se resalta el carácter de oficiosidad del juez para la determinación de algunas pruebas que considere necesarias para el fallo del juicio. Pero no respecto de lo resuelto dentro de la sentencia judicial.

La oficiosidad del juez aparece conforme a cada uno de los medios probatorios. En el caso de la confesión, el artículo 597

permite de forma oficiosa que el juez solicite la determinación de la cuantía, o para el asunto de la inspección ocular, el juez puede decretarla de oficio, de acuerdo con lo planteado en el artículo 730. Lo mismo con el peritaje, según lo plantea el artículo 761. Luego, puede determinarse que el juez también tenía un rol propio en la actividad probatoria.

Sobre la sentencia definitiva, el artículo 447 señala que “salvo en los casos en que pueda procederse de oficio, en ninguna providencia puede decretarse o concederse más de lo pedido”. A pesar de la facultad oficiosa del juez en materia de las pruebas, el Código de Arbeláez estableció por regla general la congruencia en relación con las peticiones y la sentencia.

7.5 El Código Judicial, Ley 105 de 1931

Posterior a la suspensión del Código de Arbeláez, la Ley 26 de 1924 ordena la consolidación de una “comisión redactora de un nuevo código de lo procesal civil, compuesta por cinco miembros, a quienes se les encomendó específicamente la labor de enmendar los errores denotados en la ley 103 de 1923” (Castaño García, 1993, pp. 164-165). Por ende, veremos algunos cambios mínimos en relación con la anterior breve legislación en las manifestaciones de la congruencia.

Comenzando por la parte probatoria, el artículo 597 señala las pruebas que pueden ser tenidas en cuentas dentro del proceso, entre las cuales se incluyen: las acompañadas en los escritos de la demanda o excepciones, o en las contestaciones; la presentada en las inspecciones y diligencias en las cuales intervenga el juez y las partes; las practicadas en el término;

y por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esta facultad. De modo que dentro de la codificación de la Ley 105 de 1931 se mantiene la facultad oficiosa del juez, y se insiste en reducir la congruencia en materia probatoria.

Al momento de fallar, por disposición del artículo 471 “las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes”. En ese sentido, corresponde al juez pronunciarse sobre lo establecido en las pretensiones de cada una de las partes dentro del proceso, haciendo tangible la manifestación de la congruencia.

7.6 El Código de Procedimiento Civil de 1970

Dirigida su elaboración por los doctrinantes Hernando Morales Molina, y Hernando Devis Echandía, el *Código de Procedimiento Civil* colombiano (CPC) fue puesto en vigencia por un decreto en desarrollo de facultades extraordinarias. Con múltiples reformas en sus 44 años de vigencia, innovó con su propuesta de un proceso dirigido a la satisfacción de los derechos sustanciales, con su racionalidad y sistematicidad contra la tradición, basada en la técnica italiana de codificación. Mas no desiste de la necesidad de que el proceso sea guiado por las partes.

El juez entra a ser director del proceso, liberando la técnica judicial colombiana de algunas de sus limitaciones napoleónicas (art. 37), y adquiere el deber de declarar las excepciones basadas en los hechos probados que no sean propias de las partes (art. 306) —las cuales son prescripción extintiva, nulidad relativa y compensación—; adquiere los

poderes de realizar llamamientos de oficio si entran en peligro derechos de terceros (art. 58), y de decretar pruebas de oficio cuando lo considere necesario —con restricciones frente a testimonios— (art. 179).

Aun así, el proceso se marcaba mucho por la preclusividad de las etapas, de modo que las excepciones previas no presentadas oportunamente no podían ser pedidas como causales de nulidad, ni ser saneadas (art. 100) —con una reforma de 1989, sí podían sanearse o, de ser imposible esto, anularse el proceso (Decreto 2282 de 1989, art. 1.49)—. En general, frente a la congruencia, fue un código muy común, atenido a la tradición procesal colombiana (art. 305).

7.7 El Código General del Proceso de 2012

Inspirado en el Código Modelo Procesal Civil del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el código actualiza multitud de procedimientos para su celeridad y optimización en el siglo XXI, y busca traer la oralidad, la inmediación, la concentración y eficiencia a los procesos civiles colombianos (arts. 1 y ss.). No por esto deja de mantener la congruencia como una de sus normas fundamentales. A pesar de su nombre, el *Código General del Proceso* (CGP) solo aplica a procesos civiles, de familia y agrarios, y en otros, solo subsidiariamente.

Comenzó su elaboración en el seno del Instituto Colombiano de Derecho Procesal en 2003, con la intención de fortalecer la verdadera eficacia de los derechos en la justicia civil colombiana, usualmente plagada de formalismo, y caracterizada por una parsimonia excepcional entre los países del mundo.

Además de los poderes adquiridos con el CPC de 1970, el juez adquiere el deber de decretar pruebas de oficio cuando lo considere necesario —con las mismas restricciones del CPC frente a testimonios (art. 169)—, de sanear vicios y precaverlos (art. 42); y adquiere el poder de evitar las meras dilaciones que propongan las partes, y de ordenar explicaciones (art. 43). Queda en sus manos realizar en cada audiencia el control de legalidad, con independencia de las partes (arts. 132, 137), y permanece el deber de considerar efectuadas las excepciones basadas en los hechos probados que no sean propias de las partes (art. 282). Puede también invertir la carga de la prueba según la facilidad para producirla (art. 167). Sin embargo, la regla general sigue siendo la congruencia de alegatos, pretensiones y sentencia (art. 281), y, en todo caso, deberá respetarse la necesidad de la prueba, y los demás principios aplicables a ella, por lo cual se mantiene que el juez no puede configurar el caso para las partes, sino solo aclarar el que ellas le presentan.

Esta regla general tiene varias excepciones, como la posibilidad de fallar *ultra y extra petita* en los casos de familia, entendiendo la importancia constitucional que representa la unidad y la armonía del núcleo básico de la sociedad. También puede hacerlo en casos agrarios, por cuanto se parte de una situación de desigualdad entre quienes gozan de la tenencia y propiedad de la tierra y es necesario que el juez aporte para dar con la justicia para el campo. Así, en materia civil, el Código General del Proceso, reconoció situaciones que por relaciones de desigualdad o de interés superior se considera la mayor actividad del juez al tomar la decisión.

Es de considerar, además, la presencia del ministerio público “en defensa del ordenamiento jurídico, las garantías y

derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales o colectivos”, incluso con agencia oficiosa (art. 46).

7.8 La doctrina procesal en Colombia

Son de notar los sesenta años que tiene de desarrollo la doctrina procesalista en Colombia. Inicialmente, muy inspirada por el procesalismo español, los doctrinantes colombianos encontraron en los italianos el mejor ejemplo a seguir. Así, la lectura de Chiovenda, Carnelutti, Rocco, Calamandrei, Cappelletti y Taruffo es materia obligatoria y la creencia en la existencia de una teoría general del proceso es fuerte.

Bajo ese marco, Devis Echandía (2004) consideraba importante la congruencia para la disposición de los derechos de las partes, pero contempla excepciones en materias donde se requiere o conviene la acción del Estado. Por ejemplo, al permitir la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta de los contratos y títulos o en el reconocimiento de derechos accesorios como consecuencia natural de la declaratoria de alguna de las pretensiones. Ejemplo de esto lo constituye la declaración de nulidad y la de las consecuentes restituciones mutuas.

De otra forma, autores como Rivera Martínez (2000), en su libro *Manual Técnico práctico de derecho procesal civil*, determina la congruencia como principio, y la considera inherente al proceso civil. De la misma manera, lo señalan procesalistas como Hernán Fabio López Blanco, Hernando Morales Molina, Jairo Parra Quijano, entre otros autores que determinan aceptada la principalidad de la congruencia, sin desconocer que en materia de familia y agrario deben existir excepciones, más con los desarrollos que trajo el CGP.

7.9 Tendencias generales

Lo que encontramos es una tradición inicialmente española, totalmente identificada, que se modifica con la tradición francesa napoleónica (1872). Luego comienza a plantearse la intervención del juez en lo probatorio, desde el Proyecto de Arbeláez (1923), lo cual solo comienza a tener efectos con el Código Judicial de 1931. Desde entonces, los poderes del juez han seguido creciendo en Colombia, sobre todo desde la introducción de la doctrina procesal italiana vigente con Devis Echandía y Morales Molina. Su efecto fue el CPC de 1970, que instituyó al juez en director del proceso, y le dio poderes para decretar pruebas, evitar las dilaciones y declarar excepciones ya probadas con independencia de que fueran alegadas. Finalmente, con el CGP de 2012, fruto de la consagración definitiva del procesalismo como rama independiente de estudio del derecho en Colombia, vemos que el juez adquiere, además, el deber de evitar dilaciones y se rebajan los requisitos para el ejercicio de su oficiosidad.

Sin embargo, Colombia afirma el principio de congruencia en materia civil como regla general. A pesar de contemplar excepciones legales que garantizan el *extra* y *ultra petita*, alrededor de los procesos de familia y agrarios. Entendiendo como elemento común las relaciones de desigualdad que pueden presentarse en los ámbitos de dichas relaciones.

PARTE II



ANÁLISIS CONCEPTUAL Y CRÍTICA

Capítulo 8

Análisis: El concepto continental de congruencia desde el siglo XIX

Este análisis que proponemos tratará de los elementos comunes, de las transferencias generales del derecho procesal y de los tipos de manifestaciones generales de la congruencia que hemos encontrado en las tradiciones examinadas previamente.

8.1 Las relaciones entre tradiciones

Es de notar que el orden de las influencias y contradicciones entre las diversas tradiciones es distinto en cada rama del derecho, y a veces también a su interior mismo. Así, lo que se señalará respecto de las influencias, las consideraciones y las aplicaciones de los contenidos relativos a la congruencia

no necesariamente aplicará para la determinación de otras influencias en otras partes del derecho procesal civil, de la teoría general del proceso, o del derecho en general²⁵.

8.1.1 La recepción del *Code Napoleónico*

Entre los Estados germánicos, la Confederación Renana fue la que más directa y efectivamente recibió la influencia francesa, sobre todo, gracias a su distanciamiento frente al centro del Sacro Imperio Romano Germánico, y a su asociación y proximidad al expansivo primer Imperio Francés. Luego, sin embargo, lo que fue la Confederación consolidó su dependencia jurídica francesa y siguió fielmente la tradición francesa. De forma similar, ocurrió en los Estados del norte de Italia —Milán, Venecia, Florencia, entre otras ciudades—, que comenzaron a desarrollarse industrial y comercialmente gracias también a la legislación moderna introducida, a los capitales reunidos y a sus oportunidades comerciales.

A pesar de ser poco moderno, el *Code* alcanzó a tener arraigo en los siete años de supremacía napoleónica en Italia, y “constituyó el primer acercamiento que tuvieron los abogados con un sistema codificado de derecho procesal civil y sus ventajas” (Van Rhee, 2011, p. 19). Fue tal su influencia que contó como vectores de expansión suya al Código de Génève, Suiza, de 1819, y al de Hannover, de 1850, que le permitieron penetrar en los Estados germánicos. El mismo autor califica incluso al ZPO alemán como “una combinación de ideas francesas acerca del

²⁵ Por eso es por lo que las apreciaciones de Duncan Kennedy (2006) sobre grandes movimientos del derecho en torno a tres grandes transformaciones no se aplican aquí.

procedimiento civil y aquellas de la tradición jurídica común de los estados germanos” (p. 25). Y este código, a su vez, sirvió como nuevo vector hacia Austria, Grecia y Japón. Ello sin que fuera meramente unidireccional. En el traspaso de Alsacia y Lorena de vuelta a Francia tras la Primera Guerra Mundial, ambas regiones conservaron el ZPO alemán y casi inmediatamente comenzaron intentos de reforma del CPC de 1806 para adaptar algunas de las mejores soluciones alemanas a Francia (Wijffels, 2008).

Pero este efecto no se dio solo en Alemania e Italia, sino también en España, que desde la LEC de 1881 absorbió muchas de las soluciones francesas, pero también muchos de sus problemas. A través de la influencia metropolitana de España en Iberoamérica, el CPC francés logró influenciar la cultura procesal latinoamericana hasta bien entrado el siglo XX.

8.1.2 Conflictos de tradiciones

En el resto de Europa, la visión no fue tan similar. Por supuesto que la legislación francesa fue admirada por su modernidad, racionalidad y orden sistemático, además de apreciarse entre los monarcas el espíritu anti-judicial²⁶, producto de la Revolución francesa, que concentraba más vigorosamente el poder en quien emitiera las leyes, al tiempo que seducía y convencía a burgueses en busca de un sistema más claro, al que le fuera difícil discriminar y vulnerar contra su propia corrección (Cappelletti, 1971). El nuevo Imperio

26 Recuérdense las Leyes de 16 y 24 de agosto de 1790, expedidas por la Asamblea Nacional Francesa, que les retiraban a los jueces la libertad de la interpretación del derecho y ordenaban el seguimiento estricto y literal de los decretos de la Asamblea.

Austriaco²⁷, el Reino de Prusia²⁸, y la Corona de España²⁹ insistieron en sus propias tradiciones y costumbres en el marco de sus problemáticas propias. En efecto, tomaron el espíritu sistemático y racionalista de la filosofía y la ciencia de su tiempo, a través de la estructura refinada en el CPC francés, pero no dejaron de considerar su propia procedencia y su manera de entrar en una época de legislación ilustrada primero y, después, en una de legislación industrial-liberal.

Por otra parte, la misma Francia fue particularmente difícil de influenciar hasta la década de los treinta: “Es difícil determinar el origen de la sustancia de los Principios directores [en el CPC de 1975]. Algunos rasgos apuntan a la influencia del Código de Procedimiento Civil Alemán (Zivilprozessordnung) y su concepción del litigio civil supuestamente intervencionista” (Cadiet, 2005, p. 59). Hay quienes extienden su origen a las relaciones de Vizoz con la doctrina italiana o a la originalidad de Motulsky. En todo caso, las particularidades del sistema francés actual, aunque hayan sido inspiradas por el procesalismo de otros países, aún son solo suyas.

8.1.3 La expansión germánica

Los Estados germánicos, contenidos mayormente entre los que fueron los territorios medievales del Sacro Imperio

27 Antes, Sacro Imperio Romano Germánico (hasta 1806), y luego, Imperio Austro-Húngaro (desde 1867 a 1918) y República de Austria (desde 1919 a 1938, y desde 1955).

28 Luego Imperio Alemán (desde 1870 a 1945) y República Federal Alemana (desde 1949).

29 Luego Reino de España (desde 1837).

Romano-Germánico, mantuvieron su propio derecho hasta la expansión francesa antes dicha. Si bien inicialmente los intereses codificadores eran escasos, Prusia y el Sacro Imperio, junto a Baviera, se destacaron por sus primeras legislaciones procesales, muy propias, al tiempo que de origen romano-canónico. Sin embargo, la codificación del Imperio se extendió en los territorios imperiales solo en virtud del poder imperial. No fue sino hasta el ZPO alemán que la legislación germánica comenzó a ser vista como ejemplo entre las legislaciones continentales. Pues este código sistemático, conceptual, más liberal-privatista que tradicional, influenció sucesivamente al ZPO austriaco de dieciocho años después. Luego se extendió entre los países yugoslavos. Posteriormente, penetró en Francia a partir de la entrega de territorios tras la Primera Guerra Mundial, con efectos legislativos severos desde 1935, sobre todo, en torno a las ideas de la dirección judicial del proceso, la concentración y la oralidad.

Por sí solo, sin embargo, el ZPO austriaco fue el mayor símbolo de las grandes transformaciones procesales. En primer lugar, al buscar la oralidad, la intermediación y la actividad del juez en los territorios habituados al Código Josefino, completamente opuesto, fue una ruptura con la tradición. Y, en segundo lugar, al postular la actividad del juez, no como un investigador de la verdad en el proceso sin parcialidad, sino como un actor en el proceso mismo, con reconocimiento de las desigualdades sociales y papel nivelador frente a él (Fairén Guillén, 1978). Este Código influenció al alemán tras la Primera Guerra Mundial en la socialdemócrata República de Weimar; y, al italiano, de 1940 (Rechberger, 2008; Cappelletti, 1971), bajo el fascismo, pero con la dirección de grandes del procesalismo científico italiano — Calamandrei, Carnelutti y Redenti—.

8.1.4 La expansión italiana

Italia, sobre todo al continuar el impulso de la doctrina del proceso alemana y al tomar sus riendas incluso hasta el presente, con representantes como Taruffo y Cappelletti, fue la que eventualmente trajo a Iberoamérica la teoría y la legislación. Con el exilio de Goldschmidt a España, los contactos de este país con el procesalismo se multiplicaron y ocasionaron grandes críticas sobre la noventaenista LEC de 1881, si bien las reformas solo comenzaron a verse después de la Constitución de 1978. A Latinoamérica fueron llegando las influencias a través de la metrópoli española, lo cual se nota de manera particular en el desarrollo normativo y doctrinal de México, Argentina, Uruguay y Brasil, y en el surgimiento de una doctrina procesalista regional, que eventualmente originaría el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, con sus modernas propuestas de códigos modelo desde los años ochenta.

La influencia italiana, sobre todo a nivel doctrinal, es la que ha determinado muchas de las discusiones que se dan en Iberoamérica, si bien muchas veces mediada por la permanente importancia regional de España. Así, Alcalá-Zamora y Guasp siguen siendo grandes referentes en Latinoamérica, incluso en el presente.

En suma, presentamos el mapa de la Ilustración 1, a propósito de los intercambios doctrinales y legislativos en Europa.

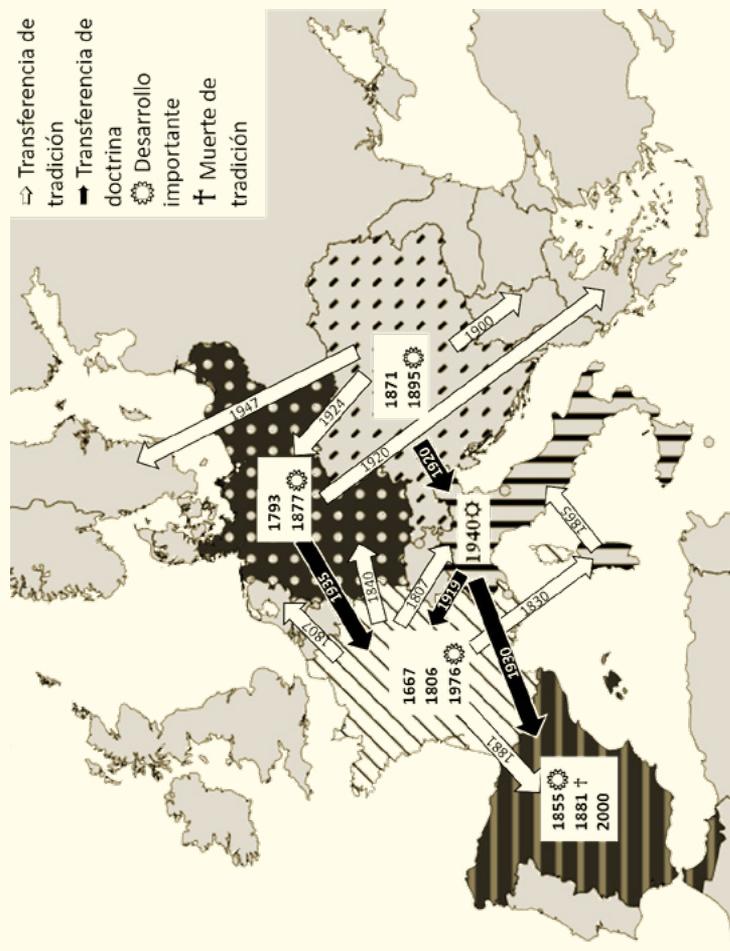


Ilustración 1: Transferencias entre tradiciones

Fuente. Elaboración propia con base en un mapa mudo de Google maps.

8.2 Elementos en común

A pesar de la nacionalización del derecho evidenciada desde el largo siglo XIX, y conservada durante buena parte del corto siglo XX, hay rasgos que nos permiten preservar la afirmación de la existencia de una tradición continental europea del derecho procesal, incluso frente a las dispares ideas sobre el papel de la congruencia en el proceso civil. Entre ellos, se marca la permanencia de la justicia rogada en todas partes, y la principalidad de las pretensiones en manos de las partes. La necesidad de buscar la verdad o de aumentar la celeridad no ignora este punto de partida, ni lo dejan atrás, sino que lo ponderan para favorecer intereses públicos involucrados en toda clase de administración de justicia.

8.2.1 La congruencia en la comprensión privatista

Como se puede ver desde la introducción, el concepto de congruencia propuesto por los sistemas procesales de inspiración romano-canónica es propio de un proceso adversarial, cuyo papel es resolver conflictos *de* privados, los cuales buscan definir entre ellos lo que le corresponde a cada uno según el conflicto que plantean al juez. Este esquema del problema se puede observar claramente en Carnelutti, que concibe la idea de que privados que tienen intereses conflictúan en ellos, pretenden a su respecto, traban litis y requieren heterocomposición que el Estado provee para el mantenimiento de la paz social (1938/1997a; 1942/1997b; 1958/1997c).

Dado tal esquema, es apenas natural que la jurisdicción deba atender solo las pretensiones y los hechos probados, pues no hay interés del Estado, de la jurisdicción en general o

del juez imparcial en un resultado u otro. Lo primero porque es un elemento mismo del conflicto, sin cuya atención no permanecerá este y el proceso habrá fallado en una de sus intenciones fundamentales. Lo segundo porque es la manera más lógica de proceder en un mundo en que todos los posibles juzgadores son parciales —pues son humanos (1958/1997c)—, ya que solo se tiende a un mayor equilibrio si un desconocedor de la situación se dispone a escuchar a las partes contrapuestas directamente interesadas (1938/1997a)³⁰, y solo juzga según sus afirmaciones, sin ningún interés o preferencia de por medio. Más aún, se obtendría que los hechos presentados en la confrontación resultaran en la totalidad de los hechos relevantes y pertinentes para el proceso, pues las partes habrán presentado la totalidad de lo que les convenía, y, como dos mitades correlativas, sumarán la totalidad. De modo que, la decisión que se provea habrá tomado en cuenta la totalidad de los hechos. Si ello es combinado con un derecho sustancial justo, se habrá conseguido la heterocomposición justa de un conflicto, que era lo buscado desde el comienzo. Sin embargo, muy difícilmente todo conflicto entre individuos es meramente un conflicto privado, solo calificado por su interés subjetivo en la atribución o ejecución de derechos o deberes, respecto de la cual nadie más puede ejercer derecho alguno.

30 Si toda persona es parcial y limitada, entonces lo que debe hacerse para dar lugar a una heterocomposición justa y no sesgada es buscar a un juez que no trate la cuestión según su juicio, sino según le sea introducida en el marco de un proceso institucionalizado, claramente imparcial por fuera de las partes. Este juez deberá considerar qué dar por probado, qué rechazar, y tomar en cuenta los mejores argumentos que le sean dados para otorgar las pretensiones que parezcan más probable que sean realmente debidas.

El rol del juez cambia en todas partes según las necesidades normativas. El juez activo es más frecuente que antes, sin que el proceso civil haya dejado de ser entre particulares. El proceso no pudo resistir una total dominación pública, ni un juicio de puras partes. El juez, al final, es un claro representante de la moral pública en las disputas que le sean elevadas. Pero no puede serlo si invade abusivamente la apertura que le permitieron los particulares al llevar su conflicto a sus manos autorizadas. E, igualmente, los particulares no pueden ya esconderse bajo una apariencia estrictamente negocial del proceso cuando, en realidad, es la sociedad la que condiciona sus actos y derechos, en su posibilidad y como circunstancia, y en el proceso mismo.

8.3 Las manifestaciones de la congruencia

Extraeremos los tipos generales de manifestaciones de la congruencia que encontramos en las tradiciones vistas. No lo haremos de manera sintética porque los elementos casuísticos de cada forma adoptada de la congruencia no simbolizan el cambio de actitud de la legislación y la doctrina frente al deber ser de la actividad judicial y serán estas las actitudes en las que nos concentraremos. Aclaramos que estas no son evoluciones lineales ni están temporal o progresivamente ordenadas. Más bien son tipos ideales (Weber 1904) que destacan elementos fundamentales de las diversas manifestaciones observadas y se concentran en ciertas particularidades, entendiendo que cada tradición tiene detalles ulteriores propios, tanto en la legislación como en su aplicación.

Por esto, los tipos que se generarán tienen por razón de ser la explicación que los respalda, y no son más que términos generales que dan a entender los casos particulares que

absorben. Por ello, permitirán cierta diversidad entre sus líneas y maneras a veces disímiles de plantearse la actividad del juez ante el conflicto que se asume es de las partes.

La manifestación liberal: Esta manifestación se destaca por dejar a las partes la dirección e impulso del proceso. Se basa en el concepto de proceso como propiedad de las partes, dado que trata de dirimir por heterocomposición de tercero imparcial un conflicto privado elevado a litigio. Por tanto, su resolución es llevada a cabo con desinterés de la jurisdicción y del Estado, y solo puede ser efectivamente impulsada por mano de las partes. La congruencia aquí es fuertemente seguida, pues las partes definen el proceso en su objeto y momentos en el marco de las oportunidades que les brinda la ley procesal para ello. Usualmente, las manifestaciones liberales se abrazan al llamado *garantismo procesal*, el cual protege ampliamente los derechos procesales de contradicción y defensa, ampliando los tiempos del juicio para permitir su debido ejercicio en el proceso y evitando la actividad judicial (Tapia Alvia, 2010; Montero Aroca, 2006). Ello, sin embargo, no siempre excluye que, para la protección de ciertas normas imperativas o para maximizar la eficiencia, el Estado imponga la intervención y control del juez. Así, no es raro ver que el juez tenga impulso oficioso para sanear nulidades o declarar excepciones, o para impedir el avance del proceso ante falta de presupuestos procesales —en sentido amplio—.

La manifestación inquisitiva: El centro de este tipo es la búsqueda de la verdad, para lo cual el juez puede superar las pretensiones y alegaciones de las partes. La base de este modelo es el concepto de proceso como la manera de realizar el deber ser del derecho. Por esto, el Estado pareciera ocupar un lugar

casi tan central como el de las partes mismas, cuyo conflicto se les escapa de las manos, y puede incluso ser dominado por el Estado jurisdiccional en busca de la satisfacción de su propio interés público, establecido en el derecho, facilitándose a sí mismo el conocimiento de los hechos, en virtud de la acción puesta en movimiento por el demandante. Su ejemplo único en esta exploración ha sido el CIF, que dejaba a los investigadores judiciales la responsabilidad última de investigar lo que en realidad había pasado, con independencia de las partes, para determinar junto a ellas la dimensión y contenidos de sus pretensiones.

La manifestación intervencionista: Este tipo se concentra en los aspectos social-funcionales del proceso, por lo cual lo considera un elemento del sistema económico y social imperante. Por ello, en sociedades capitalistas y de fundamento liberal, como las de la Europa continental y Colombia, al menos desde el siglo XX, su modelo es el de la libre disposición de las partes sobre el proceso, pero con poderes y deberes del juez tales que consiga el logro de los objetivos y funciones públicas que el sistema propone resolver a través del proceso, como el efectivo fin del conflicto privado representado en el litigio, la eficiencia económica, la celeridad, la efectiva satisfacción del derecho objetivo —y no solo la de los derechos subjetivos con mejor sustento—, entre otros. Ello no implica que el órgano jurisdiccional tomará cargo de los derechos subjetivos en cuestión de manera independiente iniciado el proceso, pero sí que ayudará a las partes o aportará en el desenvolvimiento del proceso y en la obtención de pruebas. En los casos vistos, solo están en cuestión 1) el más incisivo hallazgo de la verdad a través de la oficiosidad probatoria, y 2) la aclaración de pretensiones y alegatos, sin adición oficiosa de ellos. No obstante, sí se incluye el impulso oficioso para sanear nulidades o excepciones.

En la tabla 2 relacionaremos los distintos códigos y reformas consideradas en las partes anteriores de acuerdo con las manifestaciones de la congruencia tipificadas. No se incluirá el tipo inquisitivo en él porque solo se tiene un ejemplo y ya se relacionó y explicó.

Tabla 2: Clasificación de las legislaciones estudiadas según la tendencia entre las manifestaciones de la congruencia con la que son más afines.

Fuente. Elaboración propia..

	Tipo Liberal	Tipo Intervencionista
Italia	<p>CPC per gli Stati di S.M Re di Sardegna 1854: El poder monárquico plantea límites en determinados procesos civiles. El juez tiene que resolver y ejecutar de acuerdo con la petición, pero tiene libertad para avalar su pertinencia.</p> <p>CPC de 1865: El juez determinaba qué peticiones eran procesadas. Cuando era un caso urgente, tomaba decisiones inmediatas de acuerdo con lo escuchado.</p> <p>CPC de 1940: Se buscó limitar al juez en la mayoría de sus aspectos discrecionales. El juez solo debe seguir las reglas de la ley y decidir de acuerdo con ello.</p>	

	Tipo Liberal	Tipo Intervencionista
Francia	<p>CPC napoleónico (1806): El juez funciona como un árbitro que conoce el derecho y reacciona según se establezcan las subsunciones de los hechos y peticiones por las partes.</p> <p>Decreto ley de 30/10/1935: Se mantiene una dirección del proceso en las partes, donde al juez se le encarga un papel secundario en la dirección, con poco poder de iniciativa y sin eficacia.</p>	<p>Decreto de 13/10/1965: La labor del juez es dividida en dos partes formales donde se fijaba el litigio de manera altamente intervenida, con el fin de asegurar una investigación comprensiva y balanceada. Surgieron poderes de interrogación, fijación de plazos y decreto de pruebas.</p> <p>CPC de 1975: Los principios del proceso son de la tradición liberal francesa: el juez actúa solo frente a lo declarado y pedido por las partes. Pero la imparcialidad del juez no es pasividad y puede colaborar con la elaboración del caso.</p> <p>En las cuestiones prioritarias de constitucionalidad, el proceso escapa al dominio de las partes.</p> <p>Decreto de 18/12/1998: Se refuerza la colaboración del juez en el proceso civil.</p>

	Tipo Liberal	Tipo Intervencionista
España	<p>Novísima Recopilación(1805): Las partes son quienes están encargadas de probar los hechos que sustentan sus peticiones y el juez está sometido, sobre la verdad hallada, a resolver todas y cada una de las peticiones.</p>	
	<p>Instrucciones del Marqués de Gerona (1853): No se menciona nada acerca de la congruencia respecto de las pretensiones, por lo cual permaneció en su breve duración la regulación de la <i>Novísima Recopilación</i>.</p>	
	<p>LEC de 1855: Contempla la congruencia a nivel de la sentencia, pero en materia probatoria se da oficiosidad al juez de decretar pruebas para mejor proveer.</p>	
	<p>LEC de 1881: La sentencia debe ser congruente con las peticiones y conforme a las pruebas practicadas. En la práctica, el Tribunal Supremo afirmó que la congruencia es entre lo sentenciado y “lo litigado”, no necesariamente con la demanda.</p>	
	<p>LEC de 2000: La sentencia debe ser congruente y los aspectos probatorios están a cargo de las partes dentro del proceso.</p>	



	Tipo Liberal	Tipo Intervencionista
Tradición Alemana		<p>Ley bávara de 04/06/1848: Se instituyen procuradores judiciales del Gobierno para la aceleración, integridad y legalidad del proceso, pero como intervinientes en él.</p>
	<p>Codex Iuris Bavarici Iudicarii de 1753: Fuertemente romanista y, por ende, dispositivo.</p>	<p>Prozeßordnung bávaro de 1869: Congruente en las pretensiones, pero con poderes judiciales de interrogación.</p>
	<p>AGO austriaco de 1781: La congruencia es tan fuerte que incluso limita la disposición misma del proceso. Se asume que la verdad es la que las partes pronuncien en el proceso.</p>	<p>ZPO austriaco de 1895: El proceso es clarificado y ordenado hasta su culminación por el juez, buscando, sobre todo, la celeridad y la igualdad procesal material de las partes.</p>
	<p>AGO prusiano de 1793: Aunque conserva elementos finalistas del CIF, es eminentemente dispositivo y, por ende, congruente.</p>	<p>Emminger-Nouvelle de 1924, en Alemania: Se controlan los intentos dilatorios de las partes y se exigen argumentos para disponer de la demanda y ciertos alegatos.</p>
	<p>ZPO alemán de 1877: Aunque otorgaba gran posibilidad de dirección al juez y poderes de interrogación, tuvieron poco uso y primó la disposición.</p>	<p>Reforma de 1933, en Alemania: Introdujo la inversión de la carga de la prueba si era conveniente.</p>
		<p>Constitucionalización del proceso civil: Realización amplia y efectiva de las facultades judiciales.</p>



	Tipo Liberal	Tipo Intervencionista
Colombia	<p>Ley 13 de 1825: La congruencia solo se expresa en lo probatorio y en la definición del objeto del proceso. Directamente respecto de la sentencia no se le atiende.</p> <p>Ley Orgánica del Procedimiento Civil (1834): La congruencia comienza a adquirir un papel más claro y presente en la legislación.</p> <p>CJ de Cundinamarca de 1872: Prevaleció la carga habitual de la prueba y el fallo congruente con las peticiones. Con la Ley 105 de 1890 se aumenta el poder dispositivo de las partes.</p> <p>Proyecto de Arbeláez (1923): Se pensó en la posibilidad de un juez con poderes oficiosos frente a las pruebas. Tuvo brevísima duración.</p>	

	Tipo Liberal	Tipo Intervencionista
Colombia	<p>CJ de 1931: Se establecieron poderes del juez para decretar oficioso ciertas clases de pruebas.</p> <p>CPC, de 1970: El juez dependía aún altamente del impulso de las partes, pero adquiere el poder de interrogación y el deber de reconocer excepciones. Aun así, los poderes son solo en función de la claridad del juez y según necesidad.</p> <p>CGP, de 2012: El juez adquiere deberes de control de las dilaciones y de conservación de la igualdad de las partes. Pero el juez permanece controlado por las pretensiones de las partes.</p>	



Capítulo 9

Crítica a Colombia

Para poder continuar, es necesario tomar una posición sobre el concepto de proceso civil que se apoyará y que dará razón de ser al modelo de congruencia que se considere como el más apropiado. Finalmente, cerraremos el texto haciendo nuestra crítica al modelo de congruencia adoptado en Colombia.

9.1 Sobre el concepto del proceso civil

Es de entender que el proceso civil, al menos en la actualidad, es el conjunto de medidas por las cuales el Estado resuelve los problemas jurídicos que particulares le llevan para su decisión, con el objeto de obtener solución en derecho. En este trabajo nos hemos concentrado en los problemas jurídicos que son conflictos entre personas: litigios, por lo cual seguiremos hablando de ellos. Por ser el conflicto entre particulares, a lo largo de la historia hubo quienes dijieran que el proceso era un contrato entre las partes, por el cual se obtenía el servicio de un tercero para que definiera los derechos de cada una de

ellas (Silva Romero, 2020). Otros afirmaban que se asimilaba más a un cuasicontrato en el que una parte convocaba a obligaciones a otra ante el Estado y, finalmente, hubo quienes dijieran que era una relación jurídica *sui generis* (Von Bülow, 1868), o una sucesión de situaciones jurídicas también *sui generis* (Goldschmidt, 1936). La teoría de la relación jurídica ha prevalecido desde el siglo XX, no siempre incuestionada, pero se ha mantenido por su propuesta de que, una vez ejercido el derecho de acción por quien se percibe agraviado, el Estado queda vinculado, mediante su agente jurisdiccional, el juez, a procesar en derecho sus pretensiones en un procedimiento, al cual puede resistirse la persona de quien se exige el reconocimiento o realización de los derechos en cuestión.

Sin embargo, el Estado no puede realizar un proceso de cualquier manera. Como señalábamos más arriba, en torno a la *comprensión privatista* de la congruencia, debe satisfacerse el objetivo procesal de la resolución del conflicto de los particulares, de modo que prevalezca el interés subjetivo que se encuentre que corresponde al derecho objetivo. Pero si lo que debe prevalecer es el interés subjetivo, entonces son las partes quienes deben traer y operar los fundamentos de hecho y de derecho para convencer al juez de que su interés tiene el mejor derecho.

Ciertamente, cada parte tiene la mejor inteligencia sobre cuál es su interés y tiene facultad dispositiva sobre cómo ejercerlo en un Estado liberal. Esta es una de las razones por las cuales la justicia occidental, y en particular la continental europea, solo se moviliza por acción, rogamamente. Y, dado que el problema es privado, es impulsado privadamente de acuerdo con ciertas reglas. Mas, como también en esa sección

se apuntaba, es falso que la exposición privada de intereses garantice la realización del derecho objetivo. Al fin y al cabo, los intereses subjetivos no están obligados a apuntar a la realización del derecho objetivo, la cual es el interés público.

Por otra parte, no parece apropiado afirmar que el Estado no tenga intereses en la resolución conforme a derecho de los conflictos de particulares. El derecho privado existe precisamente para regular las relaciones y las facultades de los particulares, y buena parte de ese aparato normativo no es facultativo o meramente supletivo de sus actividades, obligaciones y deberes voluntarios. Si bien en lo facultativo y supletivo el derecho privado no es más que una potestad de las partes, el Estado no debería apartar la vista en lo que al interés público refiere. Si el interés público está dispuesto en las normas imperativas del derecho, entonces, ¿por qué el derecho procesal debería dejar su ejercicio solo a las partes?

La tradición europea continental reconoce al derecho procesal, incluyendo al derecho procesal civil, como un área del derecho público, y lo hace porque estas reglas vinculan a los particulares entre sí y ante el Estado en una de las funciones esenciales de este. Esta es un área del derecho cuya función es la realización cuidadosa y vigilada del derecho ante los conflictos de personas, por lo cual no se explica cómo los jueces deberían mantener un silencio absoluto en mero respeto del interés subjetivo de las partes. Si han traído su conflicto al Estado es porque admitieron su incapacidad para resolverlo por sus propios medios dispositivos. Y si, además de pretender y exponer voluntaria y primigeniamente el litigio como mejor les pareció a sus intereses, ¿por qué sería interés público el ejercicio

del derecho procesal solo según las visiones parcializadas de quienes tienen derecho a intervenir o a pretender en el proceso?

Es una realidad que es interés público el que las partes tengan disposición de sus derechos, pero no así el que se adjudiquen libremente los derechos mismos. Esta adjudicación es una función pública, que debe realizarse en interés público. La jurisdicción no puede ser un servicio público al estricto servicio de quienes se sometan a ella, sino al servicio de toda la sociedad. Por eso mismo, lo más pertinente es distinguir entre lo que es el interés público, entre lo cual está la libertad de las personas para disponer de sus derechos y la satisfacción del derecho objetivo, y el ejercicio del interés subjetivo, en el cual el Estado no debería inmiscuirse por ser propio de la libertad de las personas.

Por otra parte, si bien la congruencia es una manera de conseguir la realización del principio dispositivo, según el cual las partes manejan su propio problema según la disposición de sus oportunidades en el proceso, esto no quiere decir que puedan simplemente disponer de la realidad al presentarla al juez. En efecto, como manifestaba el rey Friedrich II de Prusia, el manejo privado de las pruebas es problemático porque no busca la verdad, sino la satisfacción de su interés subjetivo.

Ahora, tampoco se resolvería el problema preparando un esquema inquisitivo, pues el juez no puede ser un investigador científico de casos, dados los recursos limitados que tiene cualquier forma de administración de justicia, y la razonable carga de trabajo que debe tener cada despacho. Es necesario que le sean traídos los hechos, que le sean probados. Lo cual no tiene que negar que él mismo pueda objetar las pruebas,



recomendar otras, exigir mayores claridades o disponer también de su propio intelecto para conseguir su propio convencimiento. El problema de este punto de vista se halla en que bien puede ocurrir que tome partido o que despilfarre recursos en lo que no sería más que su exploración del caso.

Lo que se ha dicho hasta ahora apoya el punto de vista de la manifestación intervencionista de la congruencia, en la cual se reconoce la libertad de las partes para definir la materia del proceso, para accionar o no la justicia, para aportar o no sus pruebas y actuaciones, pero no para disponer libremente de la actuación procesal como un todo. Claramente, una visión inquisitiva sería inconveniente, pues supondría un control excesivo en manos del Estado, con gran propensión a ignorar los intereses subjetivos, lo cual no es la intención de ningún proceso civil que adjudique derechos de particulares, sino más bien de una institución jurisdiccional que atribuye privilegios en nombre del Estado. Por otra parte, la manifestación liberal no es suficiente para garantizar la correcta adjudicación de los derechos. Tal vez solo en un Estado en que la igualdad material de las partes sea la regla, en que los abogados sean en su mayoría de una calidad tal que certifique de antemano su actuación como diestra y leal —y no solo con las partes, sino con la administración de justicia—, y en que la independencia material de las partes no someta a ninguna de ellas a una transacción apresurada.

Frente a esto, es más fácil, como encontraría Langbein (1985), verificar que la constitución de la rama judicial sea diestra y leal a la administración de justicia, que esta se halle bien financiada, que se le otorguen poderes al juez que busquen

la celeridad, la realización del derecho objetivo y que las partes puedan controvertir los posibles desvíos del juez, es más tendiente a la verdadera satisfacción de los objetivos del proceso, y a la realización verdadera, ya no dispositiva, del derecho objetivo, la cual es la razón de ser de cualquier organismo de administración de justicia, en satisfacción del *suum quique tribuere* —dar a cada uno lo suyo—.

9.2 Sobre el proceso civil en Colombia

En esta última sección del trabajo señalaremos críticas al Código General del Proceso, y a la doctrina vigente respecto de la congruencia, con base en las manifestaciones que hemos revisado de la congruencia en los centros hegemónicos de la tradición continental europea del derecho y en las consideraciones hechas de la optimización de su uso. Aún podría aplicársenos, a nosotros los colombianos y a otros países inmersos en la tradición europea continental, esa expresión que lanzó Cappelletti en 1971:

En Italia, en España y hasta cierto grado incluso en Francia, el despliegue de un caso civil aún se parece a los esfuerzos por hacer andar el mecanismo dañado de un reloj que “debe ser golpeado y sacudido con la intención de ponerlo en movimiento así sea por un breve momento” (p. 859, citando a Menger, 1890, I.§11).

Contra esto, encontramos aconsejable la puesta en acción de una lista taxativa de poderes del juez, con los cuales él pudiera traer claridad y precisión al litigio, junto a un deber de reconocimiento de los hechos jurídicos conforme a los hechos probados en el proceso y que se permita a las partes la posibilidad

de renunciar a los derechos de su interés subjetivo. En esa dirección ha girado la tendencia en Colombia en materia del proceso civil, donde si bien los protagonistas a nivel probatorio y de la sentencia son las alegaciones y peticiones que instauran las partes, el juez va orientando su conocimiento y decisión conforme a lo probado en el proceso, teniendo en ciertas circunstancias la posibilidad de decretar pruebas de oficio en virtud de la averiguación de la verdad.

Lo óptimo, en todo caso, es la realización de los derechos subjetivos en su plenitud, por lo cual, al ser el CGP un código predominantemente liberal, se ve con muy buenos ojos la disposición a sanear las nulidades que vayan surgiendo en el proceso, protegiendo así la búsqueda de los derechos sustanciales pretendidos y el derecho al debido proceso, en aras de celeridad. También hallamos correcto que el juez esté en el deber de reconocer las excepciones que halle probadas en el proceso.

Es claro que el Estado debe aportar al derecho de los privados. Precisamente, estos vienen buscando la jurisdicción para que determine el derecho de la relación en cuestión y tome una decisión acorde, y no para confrontar las capacidades de las partes y sus abogados en un duelo jurídico. Más aún, el proceso debe conseguir la aplicación del derecho sustantivo en ejercicio del interés público. No es sensato que el juez deba simplemente apoyar las posiciones que las partes busquen establecer, o terminará por validar jurídicamente circunstancias antijurídicas, y contribuirá a vulnerar el imperio de la ley que busca la administración de justicia.

Ni el concepto liberal puro, ni el inquisitivo son, por tanto, admisibles. Solo bajo el supuesto del proceso como un duelo y, por lo mismo, como un cuasicontrato aleatorio, podría afirmarse que el proceso les pertenece a las partes. Y solo bajo el supuesto

de que no hay derechos, sino atribuciones estatales a las personas, el Estado podría lanzarse a disponer de los derechos de estas. Por el otro lado, algo de deseable tiene una investigación completa y profunda de los derechos para la obtención de la justicia perfecta e infalible, pero sus costos son insufragables, y sus efectos sobre el aparato económico insustentables.

La solución tiene que estar en cierto nivel de intervencionismo judicial en el proceso, de modo que las partes dispongan de los derechos que solo son su interés subjetivo, pero que tampoco estos les sean negados meramente en virtud de los mejores recursos de la contraparte o de la escasez de ideas del propio apoderado. Conseguir, a la manera francesa, establecer un plan del caso tras una debida, cuidadosa y concertada fijación del litigio podría tanto ahorrar tiempo de discusión como atender las verdaderas cuestiones en conflicto entre partes. Tras esto, plantear en manos del juez la dirección racional del proceso, a la manera austriaca, para atender las cuestiones sin dilaciones ni pérdidas de foco, con las pruebas pertinentes para lo que se alega y se explica, en busca de la satisfacción de los derechos subjetivos, podría optimizar la celeridad y la verdad.

Como ya otros han observado (Langbein 1985), un juez más poderoso requiere mayor preparación y recursos, una organización judicial más robusta y técnica y una observación cuidadosa que prevenga el abuso de la intervención judicial. Pero de esta manera podrían aminorarse los conflictos, resolverse efectivamente en derecho, sin necesidad de prolongarlos a través de interminables acciones judiciales o incidentes y recursos, y traerse una mejor y más efectiva justicia a la sociedad.

Referencias

Textos legislativos

Alfonso XII, Rey de España. (5-22 de febrero de 1881). Ley de Enjuiciamiento Civil. *Gaceta de Madrid*, 220(36), 326-329, (37), 337-341, (38), 353-356, (39), 364-366, (40), 373-378, (41), 386-395, (42), 402-403, (43), 411-412, (44), 417-419, (45), 432-433, (46), 442-443, (47), 452-454, (48), 460-462, (49), 471-472, (50), 481-482, (51), 490-494, (52), 501-503, (53), 512-518.

Alonso, J. Ministro de Gracia y Justicia. (20 de agosto de 1854). *Real Decreto de 18 de agosto*. *Gaceta de Madrid*, (596), 1.

Asamblea Constituyente de Cúcuta. (1821). *Constitución Política*. Sistema único de información normativa. [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dIII/Constitucion/30020077?fn=document-frame.htm&f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dIII/Constitucion/30020077?fn=document-frame.htm&f=templates$3.0)

Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Cundinamarca. (1872). *Código Judicial del Estado de Cundinamarca*. Imprenta de Echeverría Hermanos.

Assemblée Nationale Française. (1975, actualizado a 5 de julio del 2020). *Code de procédure civile*. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>

Carlos II, Rey de España. (1680). *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1998-62&tipo=L&modo=2

Carlos IV. Rey de España. (1805). *Novísima recopilación de las leyes de España*. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63&tipo=L&modo=2

Congreso de la República de Colombia. (1825). *Arreglando el procedimiento civil de los tribunales y los juzgados de la república*. En (1826) Colección de las leyes dadas por el Congreso Constitucional de la República de Colombia en las sesiones de los años 1825-1826. Imprenta de P. Cubides.

Congreso de la República de Colombia. (1923). *Ley 103 de 1923: Sobre la organización judicial y procedimiento civil*. Colpensiones. https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0103_1923.htm

Congreso de la República de Colombia. (1931). *Ley 105 de 1931: Sobre la organización judicial y procedimiento civil*. Colpensiones. https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0105_1931.htm

Congreso de la República de Colombia. (2012, actualizado 5 de julio del 2020). *Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso*. Secretaría del Senado. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

De Castro y Orozco, J. Marqués de Gerona, Ministro de Gracia y de Justicia. (1853). *Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria*. Imprenta Nacional.

Friedrich II. König von Preußen. (1781). *Corpus Iuris Fridericianum. Erstes Buch: von der Prozess-Ordnung*. Königlichen Akademie der Wissenschaften.

Friedrich Wilhelm II. König von Preußen. (1855). *Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten. Erster Theil: Prozeßordnung*. Georg Reimer. (Obra original de 1793).



Grandi, D. (1940). Relazione alla maestà del re imperatore del ministro guardasigilli. *Gazetta ufficiale del Regno de'Italia*, 81(253), 4001-4116.

Isabel II, Reina de las Españas. (1855). *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia.

Joseph II. Römische Kaiser. (1781). *Allgemeine Gerichtsordnung für Böhmeim, Mähren, Schlesien, Oesterreich ob und unter der Ennß, Steyermark, Kärnthen, Krain, Görz, Gradisca, Triest, Tyrol und die Vorlande*. Johann Thomas Edlen von Trattnern, Kaiserlich königlichen Hofbuchdruckern und Buchhändlern.

Juan Carlos I, Rey de España. (2000). *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

Ludwig II. König von Bayern. (1869). *Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern*. Königliche Hofbuchdruckerei C. Huber.

Maximilian II. König von Bayern. (1848). *Gesetz, die Grundlagen der Gesetzgebung über die Gerichts-Organisation, über das Verfahren in Civil- und Strafsachen und über das Strafrecht betreffend*. Verfassungen.de <http://www.verfassungen.de/by/bayern1818/bayern48-gesetz9.htm>

Maximilian III. Kurfürst von Bayern. (1753). *Codex iuris bavaricus iudicarii de anno MDCCLIII*. Johann Jacob Vötters.

Österreich-Ungarn Justiz Ministerium. (1895, actualizado a 2019). *Zivilprozessordnung*. Rechtsinformationssystem des Bundes. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699> >.

Pombo, L. (1845). *Recopilación de leyes de la Nueva Granada*. Imprenta de Zoilo Salazar.

Presidencia de la República de Colombia. (1970, actualizado a 5 de julio de 2020). *Decreto 1400 de 1970. Código de Procedimiento Civil*. Secretaría del Senado. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html

Vittorio Emanuele II, Re di Sardegna. (1854). *Codice di procedura civile per gli stati di S.M. il Re di Sardegna*. Stamperia Reale.

Vittorio Emanuele II. Re d'Italia. (1865). *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*. Stamperia Reale.

Wilhelm. Deutscher Kaiser (con Fuchs, T.). (1877, actualizado a 2019). *Civilproceßordnung vom 30. Januar 1877. Historisch-synoptische Edition. 1877-2019*. Lexetius.com. <https://lexetius.com/CPO/Titelei>

Wilhelm. Deutscher Kaiser. (1877). *Civilproceßordnung*. Wikisource. <https://de.wikisource.org/wiki/Civilproze%C3%9Fordnung>

Otros Textos

Aguilera y Velasco, A. (1881). *Código civil italiano, comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*. Librería Universal de Córdoba y compañía.

Albertoni, E. A. (1986). *Historia de las doctrinas políticas en Italia desde su origen hasta nuestros días*, (J. F. Fernández Santillán, Trad.). Fondo de Cultura Económica.

Alcalá-Zamora y Castillo, N. (1992). Evolución de la doctrina procesal. En *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. Tomo II. Números 12-30 (pp. 293-332). Universidad Nacional Autónoma de México. (Obra original publicada en 1949).

Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, (M. Atienza, Trad.). *Doxa*, 5, 139-151.

Arce y Flórez-Valdés, J. (1986). *El derecho civil constitucional*. Civitas.

Berman, H. J. (2001). *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, (M. Utrilla de Neira, Trad.). Fondo de Cultura Económica. (Obra original publicada en 1983).

Brus, F. (2014). *Le principe dispositif et le procès civil* [Disertación doctoral, Université de Pau et des Pays de l'Adour]. Theses.fr. <http://www.theses.fr/2014PAUU2012>

Cadiet, L. (2005). The new french code of civil procedure (1975). En C. H. Van Rhee (Ed.). *European Traditions in Civil Procedure* (pp. 49-68). Intersentia.

Cadiet, L. (2011a). Pour une 'théorie générale du procès'. *Ritsumeikan law review*, 28, 127-145.

Cadiet, L. (2011b). Introduction to french civil justice system and civil procedural law. *Ritsumeikan law review*, 28, 331-393.

Cadiet, L. (2018). Pierre Hébraud, doctrine vivante ? En L. Miniato, & J. Théron (Eds.). *Pierre Hébraud, doctrine vivante?* (pp. 211-231). Presses de l'Université Toulouse.

Cappelletti, M. (1971). Social and political aspects of civil procedure: Reforms and trends in western and eastern Europe. *Michigan Law Review*, 69(5), 847-886.

Cappelletti, M. (1974). *Proceso, ideologías, sociedad*, (S. Sentís Melendo y T. A. Banzhaf, Trad.). Ediciones jurídicas Europa-América.

Carnelutti, F. (con Figueroa Alfonso, E.) (1997a). *Instituciones del derecho procesal civil*. Harla. (Obra original publicada en 1938).

Carnelutti, F. (con Figueroa Alfonso, E.) (1997c). *Derecho procesal civil y penal*. Harla. (Obra original publicada en 1958).

Carnelutti, F. (con Sentís Melendo, S.) (1997b). *Instituciones del proceso civil. Volumen I*, 5ta edición. Ediciones Jurídicas Europa-América. (Obra original publicada en 1942).

Castaño García, J. I. (1993). Nulidades Especiales. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 14(14-15), 163-173.

Chiovenda, J. (2000). *Principios de derecho procesal civil. Tomo I. Volumen 2*. Editorial Reus. (Obra original publicada en 1913).

Cipriani, F. (2001). Giuseppe Chiovenda en Parma. (De la 'procedura civile' al 'diritto processuale'). Mayo 1900-diciembre 1902, (E. Ariano Deho, Trad). *Themis*, 43, 117-129. (Obra original publicada en 1991).

Cipriani, F. (2006). El proceso civil entre libertad y autoridad. (El reglamento de Klein), (A. Alvarado Velloso, Trad.). En A. Alvarado Velloso y O. A. Zorzoli. *El debido proceso*, (pp. 153-195). Ediar. (Obra original publicada en 1995).

Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis (Ed.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 105-156). Trotta.

Cuche, P. (1906). Le Centenaire du code de Procédure. *Revue politique et parlementaire. Trezième année, Tome XLVIII*, (142), 140-157.

De la Rúa, F. (1971). Escuelas procesales. *Lecciones y ensayos*, (43), 135-160.

Devis Echandía, H. (1966). *Nociones de derecho procesal civil*. Aguilar.

Devis Echandía, H. (2012). *Compendio de derecho procesal. Tomo I: Teoría general del proceso*, 15ta edición. Pontificia Universidad Javeriana, Temis.

Fairén Guillén, V. (1978). Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia (1900-1975). V. Fairén Guillén, J. A. Jolowicz, Z. Stalev, & S. Oñate I. *LXXV años de evolución jurídica en el mundo. Derecho procesal, Vol. III* (pp. 13-98). Universidad Nacional Autónoma de México.

Ferrante, R. (2013). Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano. *Revista de Derecho Privado*, 25, 29-53.

Garth, B. (1999). Franz Klein, Mauro Cappelletti, and the mission of comparative procedural scholars: Opening lecture for international association of procedural law. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 52, 555-563.



Goldschmidt, J. (1936). *Teoría general del proceso*, (L. Prieto Castro, Trad.). Editorial Labor.

Gómez y Negro, L. (1825). *Elementos de práctica forense*. Imprenta de don Mariano de Santander y Fernández.

Gonzáini, O. (2002). *Elementos de derecho procesal civil*. Editorial La Ley.

González Lagier, D. (1993). Algunas cuestiones sobre reglas técnicas. *Doxa*, 14, 473-496.

Grimm, D. (1986). Historische Erfahrungen mit Rechtsvereinheitlichung – das frühe 19. Jahrhundert in Deutschland. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 50(1), 61-76.

Guasp, J. (1952). *La pretensión procesal*. Civitas.

Guasp, J. (1997). *Concepto y método de derecho procesal*. Civitas.

Hernández de la Rúa, V. (1856). *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil. Tomo II*. Imprenta del Boletín de Jurisprudencia.

Hess, B. (2010). Deutsches Zivilprozessrecht zwischen nationaler Eigenständigkeit und europäischen Anpassungszwang. *Ritsumeikan law review*, 27, 191-208.

Hesse, K. (1995). *Derecho constitucional y derecho privado*, (I. Gutiérrez Gutiérrez, Trad.). Civitas. (Obra original publicada en 1988).

Hobsbawm, E. J. (1977). *The Age of Capital: 1848-1875*. Abacus.

Hobsbawm, E. J. (1995). *The Age of Extremes. The Short Twentieth Century: 1914-1991*. Abacus.

Hobsbawm, E. J. (1996). *The Age of Revolution: 1789-1848*. Vintage Books.

Jaramillo Pérez, J. F., García Villegas, M., Rodríguez Villabona, A. A. y Uprimny Yepes, R. (2018). *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*. Universidad Nacional de Colombia.

Kennedy, D. (2006). Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. D. Trubek, & A. Santos (Eds.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* (pp. 19-73). Cambridge University Press.

Klein, F. (1891). *Pro Futuro. Betrachtungen über Probleme der Civil-proceßreform in Oesterreich*. Franz Deuticke.

Langbein, J. H. (1985). The German Advantage in Civil Procedure. *The University of Chicago Law Review*, 52(4), 823-866.

Leborgne, F. (2015). Le droit selon Henri Motulsky. *Revue juridique de l'ouest*, (2), 9-38.

Mannheim, K. (1963). El pensamiento conservador. Mannheim, K. (con Kecskemeti, P.). *Ensayos sobre sociología y psicología social*, (pp. 84-183). Fondo de Cultura Económica. (Obra original publicada en 1927).

Manresa y Navarro, J. M. (1874). *Ley de Enjuiciamiento civil, comentada y esplicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación; con los formularios correspondientes á todos los juicios, y un repertorio alfabético de las voces comprendidas en la misma*. Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia.

Manresa y Navarro, J. M. (1948). *Comentario a la ley de enjuiciamiento civil*. Imprenta de la Revista de Legislación.

Marquardt, B. (2014a). *Historia mundial del Estado. Tomo II: El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*. Ecoe, Universidad Nacional.

Marquardt, B. (2014b). *Historia mundial del Estado. Tomo IV: El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*. Ecoe, Universidad Nacional.

Martínez Marina, F. (1820). *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*. Imprenta Villalpando.

Menger, A. (1908). *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. Laup. (Obra original publicada en 1890).



Monroy Hernández, C. L. (2012). De federalismo a regeneración. El paso de estados soberanos a departamentos político-administrativos. Boyacá, 1886-1903. *Historiela* 4(7), 218-239.

Montero Aroca, J. (1997). Síntesis de derecho procesal civil español. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 89, 633-793.

Montero Aroca, J. (2006). Sobre el mito autoritario de la 'buena fe procesal'. En J. Montero Aroca (Coord.). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (pp. 294-356). Tirant Lo Blanch.

Morse, R. M. (1999). *El espejo de Próspero. Un estudio de la dialéctica del nuevo mundo*, 2da edición, (S. Mastrangelo, Trad.). Siglo XXI editores. (Obra original publicada en 1982).

Nelken, D. (2004). Using the Concept of Legal Culture. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 29, 1-26.

Nelken, D. (2008). Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities. *Theoretical Inquiries in Law*, 9(2), 443-471.

Nieto, A. (1975). *Estudios Procesales*. Tecnos.

Nörr, K. W. (2015). Gegenwart und Zukunft in der Gedankenwelt Franz Kleins. En M. Marinelli, E.-M. Bajons, P. Böhm (Eds.) *Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins* (pp. 15-30). Verlag Österreich.

Ortiz Caballero, R. (1988). Estudio sobre la ley: del fuero juzgo a la novísima recopilación. *Derecho PUCP* (42), 123-144.

Ortiz de Zúñiga, M. (1841). *Elementos de práctica forense*. Imprenta y Librería de Sanz.

Palacio, L. E. (1986). *Derecho procesal civil*. Abeledo-Perrot.

Pardo, A. (1950). *Tratado de derecho procesal civil*. Imprenta de la Universidad de Antioquia.

Pérez Martín, A. & Scholz, J.-M. (1978). *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*. Universidad de Valencia.

Pérez Ragone, Á. (2014). El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones sobre eficiencia y derechos procesales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII(1), 523-551.

Pérez Ragone, Á. J. & Ortiz Pradillo, J. C. (Eds.) (2006). *Código procesal civil alemán (ZPO), Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra De Falco*. Konrad Adenauer Stiftung.

Picardi, N. (2012). Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. *Historia et ius*, (2), 1-28.

Rasse, A. (2012). *Die Entwicklung der Juristenausbildung und der juristischen Berufsprüfungen in Österreich seit dem 18. Jahrhundert* [Disertación doctoral, Universität Wien]. Universitäts Bibliothek.

Rechberger, W. H. (2008). Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa. *Ritsumeikan Law Review*, 25, 101-110.

Rivera Martínez, A. (2000). *Manual técnico práctico de derecho procesal civil. Parte general y especial*. Leyer.

Robles, G. (1984). *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*. Instituto de investigaciones jurídicas.

Rocco, U. (1969). *Tratado de derecho procesal civil. Vol. I. Parte general*. Temis, Depalma. (Obra original publicada en 1900).

Rojas Gómez, M. E. (2013). *Lecciones de derecho procesal. Tomo I: Teoría del proceso*, 3ra edición. Escuela de actualización jurídica.



Rueda Fonseca, M. del S. (2016). Las tendencias del proceso civil y los roles del juez frente a las determinaciones correccionales y de responsabilidad civil. En M. Vásquez Alfaro (Ed.). *Temas de derecho procesal y administración de justicia. Mecanismos alternos, procesos judiciales, temas probatorios y procesos administrativos* (pp. 152-246). Editorial Universidad del Norte, Grupo Editorial Ibáñez.

Sastre Ariza, S. (2006). Para ver con mejor luz una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica. En C. Courtis (Ed.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 157-174). Trotta.

Schermaier, M. J. (2006). German Law. En J. M. Smits (Ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (pp. 273-288). Edward Elgar Publishing.

Silva Romero, M. (2020). *Teoría general del proceso. Una concepción social y democrática del proceso*. Legis.

Somma, A. (2015). *Introducción al derecho comparado*. Editorial Universidad Carlos III de Madrid.

Tapia Alvial, C. (2010). Garantismo procesal: un debate ausente y una advertencia clara. *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 1(2), 233-251.

Tissier, A. (1906). Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme. *Revue trimestrielle de droit civil*, (5), 625-660.

Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (2016). *Derecho civil. Tomo I. Parte general y personas*, 18ava edición. Temis.

Van Rhee, C. H. (2000). Civil Procedure: A European *Ius Commune*? *European Review of Private Law*, 8(4), 589-611.

Van Rhee, C. H. (2005). Introduction. En C. H. Van Rhee (Ed.). *European Traditions in Civil Procedure* (pp. 25-47). Intersentia.

Van Rhee, C. H. (2011). Tradiciones europeas en el procedimiento civil: una introducción (G. Hermosilla Riobó y C. Sandoval Flores, Trad). *Revista de Estudios de la Justicia*, (15), 15-42. (Obra original publicada en 2005).

Van Rhee, C. H., & Verkerk, R. (2006). Civil procedure. En J. M. Smits (Ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (pp. 120-34). Edward Elgar Publishing.

Van Rhee, C. H., Heirbaut, D., & Storme, M. (2008). Preface. En C. H. Van Rhee, D. Heirbaut, & M. Storme (Eds.). *The french code of civil procedure (1806) after 200 years. The civil procedure tradition in France and abroad* (pp. xvii-xix). Kluwer.

Vásquez, M. (2012). *La ciencia útil. Una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina* [Disertación doctoral, Universidad de los Andes]. Séneca. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/7782/u627349.pdf?sequence=1&isAllowed=y> \h

Velandia, R. (2005). *Enciclopedia histórica de Cundinamarca*, en 5 tomos. Academia colombiana de historia.

Von Bülow, O. (1964). *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, (M. A. Rosas Lichtstein, Trad.). Ediciones Jurídicas Europa-América. (Obra original publicada en 1868).

Wach, A. (Con Krotoschin, E.). (1958). La relación entre el juez y las partes. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana* (pp. 59-87). Ediciones jurídicas Europa-América. (Obra original publicada en 1879).

Weber, M. (1949). 'Objectivity' in Social Science and Social Policy. En (con E. A. Shils, & H. A. Finch). *On the Methodology of Social Sciences* (pp. 50-112). The Free Press. (Obra original publicada en 1904).

Wielant, P. (1968). *Practijke Civil*. Uitgeverij Graphic. (Obra original publicada en 1573).

Wijffels, A. (2005). French Civil Procedure (1806-1975). En C. H. Van Rhee (Ed.). *European Traditions in Civil Procedure* (pp. 25-47). Intersentia.



Wijffels, A. (2008). The Code de procédure civile (1806) in France, Belgium and the Netherlands. En C. H. Van Rhee, D. Heirbaut, & M. Storme (Eds.). *The french code of civil procedure (1806) after 200 years. The civil procedure tradition in France and abroad* (pp. 5-75). Kluwer.

Zuleta Hincapié, N. E. (2015). *Antecedentes y evolución normativa del derecho procesal civil colombiano (1789-1888)* [Disertación doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia]. E-spacio. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Nezuleta/ZULETA_HINCAPIE_Nicolas_Enrique_Tesis.docx

El Silencio de los Jueces se terminó de diagramar en el mes de febrero de 2021, después de 22 masacres con 55 víctimas en lo corrido del año. Estas aún son motivo de investigación

Las familias tipográficas usadas fueron:
Optima (en sus diferentes pesos tipográficos)



Esta es una publicación digital de estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, en la que se aborda: el origen de la congruencia como regla del derecho procesal civil continental en Europa y Colombia; su relación territorial con los fenómenos históricos de los países analizados, así como explicaciones y justificaciones, de diversos teóricos, sobre el papel del derecho en el proceso civil. Finalmente, se hace una propuesta crítica con base en el marco de tradición jurídico colombiano.