

Procesos declarativos, ejecutivos y cautelares

MARCO GERARDO MONROY CABRA *

1. Concepto del proceso.

El proceso según Calamandrei es "una serie de actos coordinados y regulados por el Derecho Procesal, a través de los cuales se verifica el ejercicio de la jurisdicción" (1).

El proceso tiene una función pública como que busca la actuación del derecho cuando se presenta un conflicto de intereses. Como advierte Couture (2) el proceso es una garantía individual que "ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores". Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho a un proceso regular. Los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal dicen: "8. Toda persona tiene un recurso para ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución o por la Ley".

"10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". Las garantías judiciales están descritas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (art. 9), en la Convención Europea sobre Derechos Humanos (art. 5) y buscan que el proceso se desarrolle con las debidas garantías en orden a proteger la dignidad de la persona humana. Y es que el proceso es un instrumento de tutela del derecho, una garantía de justicia y una de las más preciosas garantías constitucionales. R. Casin (3) ha resumido las cuatro condiciones que deben garantizarse para

* Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

que la defensa del individuo se realice en un clima de auténtica justicia: 1º La presunción de inocencia; 2º el proceso público; 3º la garantía del derecho de defenderse; y 4º la irretroactividad de las leyes y de las penas.

Siempre hemos considerado que la consideración del proceso como garantía constitucional debe conllevar la consagración de la nulidad constitucional por violación del debido proceso que no existe en el proceso civil y que debería estatuirse, así como la necesidad de impugnar aquellas leyes que instituyan formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constitución acudiendo a la acción pública de inconstitucionalidad.

Así mismo, en la reforma al Derecho Procesal penal debieran incluirse las garantías judiciales contenidas en los Convenios sobre Derechos Humanos para que se tutelen adecuadamente los derechos de la persona humana.

2. Clasificación de los procesos.

No vamos a referirnos a la clasificación de los procesos según las distintas ramas del Derecho Procesal: civil, penal, laboral, administrativo, disciplinario, constitucional, fiscal, militar etc. Nos detendremos en la clasificación más conocida y que los divide en declarativos, ejecutivos y cautelares.

La relación procesal puede desarrollarse en distintas formas según la naturaleza del derecho que se pretende, dando lugar a procesos de diversa configuración. Además, no todos los procesos producen los mismos efectos entre las partes y los terceros, ni las sentencias que en ellos se dictan se ejecutan de la misma manera. De allí que puede hacerse una clasificación de los procesos referida a las circunstancias mencionadas.

Cualquiera advierte, dice Carnelutti (Sistema, N° 38 ob. cit) la razón de ser de tres tipos fundamentales de procesos: declarativos, ejecutivos y precautorios y pone este ejemplo: una cosa es que el acreedor a quien se niega su crédito pida al juez la declaración de su existencia; otra que el acreedor reconocido a quien no se paga pida la satisfacción de su crédito y otra que cualquiera que tema que su deudor substraiga sus bienes pida su secuestro para garantizar su crédito. En el primer caso hay una pretensión jurídica contestada, en el segundo hay una pretensión jurídica reconocida, pero no satisfecha; en el tercero, la duración del proceso puede poner en peligro la satisfacción de la pretensión jurídica. A estas tres situaciones corresponden tres procesos distintos: de conocimiento, ejecución y conservación. El proceso de conocimiento puede a su vez tener distinto objeto, según que la acción deducida sea de condena, de mera declaración o busque un efecto constitutivo.

a) Proceso declarativo.

El proceso declarativo según Carnelutti (4) "tiene por objeto acertar los estados jurídicos, es decir, establecer la aplicación obligatoria de las normas; para ello sirve admirablemente ese interés público que es la certeza del derecho". Este gran maestro italiano llama proceso de mero accertamiento aquél por el cual la parte no solicita del juez que reconozca la responsabilidad de su adversario, ni tampoco que lo condene a que modifique una relación jurídica que exista entre él y el adversario sino únicamente que acierte el modo de ser de la relación jurídica. Pone como ejemplo, el que dimana del artículo 2126 del Código Civil italiano, que concede una acción para que se declare existente una obligación jurídica o se impida su prescripción.

El proceso declarativo busca la certidumbre jurídica y exige como requisito indispensable el interés jurídico actual en el demandante.

Tradicionalmente el proceso declarativo se ha dividido en declarativo puro, declarativo de condena y de declaración constitutiva. El proceso declarativo según el tratadista y profesor Devis Echandía (5) es puro "cuando el interesado solicita al juez que declare la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, sin que se trate de imponer al demandado ninguna responsabilidad, ni de alegar incumplimiento, ni de pedir que se modifique una relación jurídica existente o que se constituya una nueva". El proceso declarativo de condena busca además de la declaratoria de existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, que se imponga al demandado una condena.

El proceso de declaración constitutiva opera no sólo una declaración de certeza jurídica, sino una modificación del estado jurídico preexistente.

Como advierte Rocco (6) "Naturalmente, el proceso de condena constituye un todo único con el proceso de declaración de certeza, pero nada impide que se pueda considerar un proceso de declaración de certeza separado de un proceso de condena, y considerar luego un proceso de condena separado y autónomo. "En el proceso de cognición, o de declaración de certeza, o de declaración de derecho, aparte de la incertidumbre, puede haber también la inobservancia de la norma que se ha de seguir en el caso concreto, una vez efectuada la declaración de certeza, por lo que se pide una condena". Normalmente al acto de condena procede un acto de declaración de certeza del derecho, ya que el juez no puede imponerle al obligado que ajuste su conducta a la obligación que emana de una norma jurídica, si antes y preliminarmente no es declarada cierta esa obligación en su real existencia.

De todo lo dicho se puede concluir que en su acepción genérica, proceso de cognición indica el fenómeno del desenvolvimiento de la función jurisdiccional civil cuando ésta se dirige a la certificación o declaración del derecho. Ahora bien, cuando se habla no de proceso de

cognición sino de procedimiento de cognición se habla según Rocco "no del fenómeno en sí mismo considerado, sino más bien la serie de hechos o de actos subsiguientes, según un orden previamente establecido, desde la iniciación hasta el momento final". El procedimiento de cognición comprende las formas legales para la sucesión y cumplimiento de los hechos y actos procesales con los cuales se desenvuelve el fenómeno proceso o proceso.

La operación en virtud de la cual el juez actúa el derecho en el proceso de cognición, aplicando la norma al caso concreto, se traduce en el llamado silogismo judicial. La obra del juez al decir de Rocco (7) "consiste en certificar si a determinado hecho o conjunto de hechos, constitutivos, modificativos, extintivos o expeditivos, la norma o normas jurídicas vinculan o no los efectos cuya existencia es afirmada por las partes". El juez subsume la hipótesis bajo la norma general y traduce en un precepto concreto el precepto abstracto contenido en la norma jurídica.

Usualmente el proceso de cognición tiene una fase preparatoria, una fase instructoria, una fase conclusiva, la fase decisoria y la fase postdecisoria.

El proceso ordinario es el prototipo del proceso plenario, vale decir, de pleno y total conocimiento, en tanto permite al actor el planteo, frente al demandado, de una o varias pretensiones (siempre que sean susceptibles de acumulación), quien con la misma amplitud puede esgrimir todo tipo de excepciones y defensas. La plenitud se observa, así mismo, respecto de los medios de prueba; en la extensión de los plazos, algunos con carácter extraordinario para producir la prueba y con relación a los medios de impugnación.

En consecuencia, la sentencia dictada en proceso ordinario, tiene efecto declarativo, y produce cosa juzgada sustancial; es imposible tramitar juicios posteriores con relación al litigio sentenciado.

Este proceso con estas características, si bien ofrece a las partes un máximo de garantía, presente serios inconvenientes que son principalmente la lentitud y onerosidad. Para corregir estos inconvenientes sería útil volver a pensar en la audiencia preliminar de conciliación e idear nuevos mecanismos para agilizar el proceso ordinario que es tan frecuente en nuestro medio procesal.

b) Proceso ejecutivo o de realización coactiva.

El proceso ejecutivo se presenta cuando, pese a la declaración de certeza y a la condena, el obligado no cumple las obligaciones declaradas a su cargo o se allane espontáneamente a cumplir la condena.

El proceso de ejecución está dirigido a asegurar la eficacia de las sentencias de condena.

El derecho del Estado a la realización coactiva del derecho, surgió originariamente como un derecho sobre la persona del obligado que competía al derecho habitante, pero en el derecho moderno se ha transformado y convertido en un derecho que corresponde al Estado que sustituye el mencionado derecho habitante, operando sobre el patrimonio del obligado para satisfacer los intereses tutelados por las normas jurídicas y que se habían quedado insatisfechos.

Couture (8) dice que los presupuestos de la ejecución forzada son tres: a) Un título de ejecución por aplicación del precepto *nulla executio sine titulo*; b) la acción ejecutiva (mejor demanda ejecutiva) por aplicación del principio *ne procedat iudex ex officio*; y c) el patrimonio ejecutable que constituye el objeto de la ejecución. En última instancia, la ejecución consiste en transferir ciertos bienes, o su valor, del patrimonio del deudor al patrimonio del acreedor. Al deudor sólo le pertenece lo que sobre una vez pagadas sus deudas: *bonanon consetur nisi deducto sere alieno*.

La finalidad de conseguir el bien mismo no siempre se logra y esto ocurre en dos casos: cuando existe una imposibilidad física para hacerlo por destrucción del objeto, o porque depende de un acto del obligado que no puede ser ejecutado por otra persona, y éste se niega a realizarlo, y cuando habiendo consistido en una abstención, ya lo realizó. En estos casos la restitución en sí no es posible y la ejecución se traduce en reparación económica o sea, indemnización de perjuicios. Cuando el bien se consigue del obligado, el interés del ejecutante se satisface por la dación, en las obligaciones de dar; cuando esto no cabe, esa satisfacción se logra mediante la transformación en reparación del daño. Esta transformación puede tener lugar en las obligaciones de hacer o no hacer, y puede tener dos formas, que son la ejecución del hecho por otra persona (cuando es posible), o la indemnización de perjuicios.

Queda claro que el proceso ejecutivo no tiene por objeto como el declarativo, declarar un derecho dudoso sino hacer efectivo el que ya existe reconocido en una prueba preconstituida. Carnelutti dice que los procesos ejecutivos tienen como fin "satisfacer una pretensión" y Chiovenda advierte que su finalidad es "lograr la actuación práctica de la Ley". El proceso ejecutivo presupone un título ejecutivo, tiene por objeto la realización efectiva del derecho, el juez debe examinar de oficio la procedencia de la vía ejecutiva, se inicia con el auto de ejecución y su tramitación es sumaria así en nuestro país no lo sea. No es este el momento de analizar cada uno de éstos requisitos sino de dar una noción de la naturaleza del proceso de ejecución.

Observa Podetti, que el proceso ejecutivo es un verdadero proceso jurisdiccional con una etapa necesaria de conocimiento (examen del título por el juez), bilateralidad y posible contienda cuando el ejecutado opone excepciones.

c) Proceso cautelar.

El proceso cautelar trata de prevenir los daños que el litigio pueda ocasionar o puedan derivarse de una situación anormal. La doctrina lo divide en conservativo e innovativo, según que tenga por objeto impedir que se modifique la situación existente, o, por el contrario, producir un cambio en ella, en forma provisional. Puede ser autónomo como el proceso de interdicción por demencia o por disipación, o un procedimiento previo o un proceso como las medidas cautelares previas al proceso ejecutivo y a otros procesos.

Rocco (9) dice que el proceso cautelar "no es más que una actividad dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminar tal peligro que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objeto, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho mientras está pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela aprontada por el derecho objetivo a dichos intereses.

La doctrina asigna a las providencias cautelares las características de sumariedad, urgencia, provisionalidad, autonomía y prevención. La finalidad de la providencia cautelar es la de eliminar un peligro que amenaza suprimir intereses, sustanciales o procesales, tutelados por el derecho. Sólo cuando la posibilidad de modificaciones de los intereses tutelados por el derecho ha desaparecido, desaparece la eficacia de la providencia cautelar.

En el ejercicio de la acción cautelar se distinguen dos fases:

- a) Una fase de la autorización o de la disposición; y
- b) una fase de la ejecución.

La providencia cautelar aplica el derecho declarando cierta, en vía sumaria y superficial, la existencia de una situación de hecho o jurídica incierta y la existencia de un peligro, emitiendo órdenes capaces de eliminar el peligro y conservando el estado de hecho o de derecho incierto y controvertido.

No puede confundirse el proceso cautelar con el declarativo por cuanto en el cautelar la declaración de certeza de la tutela que el derecho objetivo concede a los intereses sustanciales o procesales, está reservada a la sentencia final y no a la providencia cautelar.

En los procesos de condena, la orden de hacer o no hacer se dirige a un sujeto que resulta titular de una obligación jurídica, cuya existencia, sobre la base de la declaración de certeza realizada, resulta declarada cierta. En cambio, en las acciones cautelares, al no haber declaración de certeza de la existencia del derecho y de la obligación correlativa de

derecho sustancial, únicamente existe la apariencia de tal derecho y obligación por no haber sido probado y declarado todavía.

En el proceso ejecutivo se realiza sobre el patrimonio del obligado el derecho declarado cierto que ha quedado sin satisfacer, mientras que en la acción cautelar no se realiza ningún derecho sustancial sobre el patrimonio del obligado, pues no existiendo una declaración de certeza del derecho, sino solamente una declaración de certeza de la apariencia del derecho, que se puede dar lugar a realización de un derecho cuya existencia y efectivo alcance son inciertos y controvertidos.

Bibliografía

- (1) CALAMANDREI PIERO, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, pág. 156.
- (2) COUTURE EDUARDO J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962 pág. 198.
- (3) R. CASSIN, l'HOMME sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle, 1950 pág. 32.
- (4) CARNELUTTI, Sistema de Derecho Procesal Civil, T. L., Uthea Argentina, pág. 89.
- (5) DEVIS ECHANDIA HERNANDO, Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Editorial ABC, pág. 198.
- (6) ROCCO UGO, Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Temis - Depalma pág. 87.
- (7) ROCCO UGO, ob. cit. pág. 98.
- (8) COUTURE EDUARDO J. ob. cit. pág. 250.
- (9) ROCCO UGO, ob. cit. T. V. pág. 71.