

# ACTUALIDAD Y FUTURO DEL DERECHO PROCESAL

## Principios, reglas y pruebas

---

*-editor académico-*  
Gabriel Hernández Villarreal

### *Autores*

Luis Augusto Cangrejo Cobos  
Hugo Caveró Ruiz  
Gustavo Calvino  
Olga Edda Ciancia  
Oscar Cornejo Valdivia  
Alfonso Guarán Ariza  
Glaucó Gumerato Ramos  
Andrés Guzmán Caballero  
Gabriel Hernández Villarreal  
Luis Felipe Marín Charris  
Robert Marcial González  
Erick Rincón Cárdenas  
Hilda Eleonora Vallet





Actualidad y futuro del  
Derecho Procesal  
Principios, reglas y pruebas

Gabriel Hernández Villarreal  
*—editor académico—*



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2010 Editorial Universidad del Rosario  
© 2010 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,  
Facultad de Jurisprudencia  
© 2010 Luis Augusto Cangrejo Cobos, Hugo Cavero Ruiz, Gustavo Calvino, Olga Edda Ciancia,  
Óscar Cornejo Valdivia, Alfonso Guarín Ariza, Glauco Gumerato Ramos, Andrés Guzmán  
Caballero, Gabriel Hernández Villarreal, Luis Felipe Marín Charris, Robert Marcial  
González, Erick Rincón Cárdenas, Hilda Eleonora Vallet

ISBN: 978-958-738-116-0

Primera edición: Bogotá, D.C., junio de 2010  
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario  
Corrección de estilo: Natalia Herrera Eslava  
Diagramación: Margoth C. de Olivos  
Montaje de cubierta: Lucelly Anaonas  
Impresión: Javegraf  
Editorial Universidad del Rosario  
Carrera 7 N° 13-41 Tel.: 2970200 Ext. 7724  
editorial@urosario.edu.co

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

---

Hernández Villarreal, Gabriel  
Actualidad y futuro del derecho procesal: principios, reglas y pruebas / Gabriel Hernández  
Villarreal, editor académico.— Facultad de Jurisprudencia, Universidad Colegio Mayor de  
Nuestra Señora del Rosario. Bogotá : Editorial Universidad del Rosario, 2010.  
298 p.— (Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-116-0

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – HISTORIA / DERECHO PROCESAL – HISTORIA –  
COLOMBIA / JUECES – HISTORIA – COLOMBIA / PRÁCTICA DEL DERECHO – HISTORIA –  
COLOMBIA / I. HERNÁNDEZ VILLARREAL, GABRIEL / II. TÍTULO. / III. SERIE.

347.05 SCDD 20

---

Impreso y hecho en Colombia  
*Printed and made in Colombia*

# CONTENIDO

Introducción.....	15
Gabriel Hernández Villarreal	

## Procesal civil

Los jueces en el siglo XXI y la garantía del proceso.....	23
Gustavo Calvino	
1. Exordio.....	23
2. El juez en el contexto socio-político actual .....	27
3. La contribución del derecho procesal al sistema de justicia democrático.....	30
4. El activismo judicial y el garantismo procesal .....	35
5. El decisionismo judicial .....	39
6. El proceso ante situaciones de urgencia.....	43
7. Los jueces y la garantía del proceso en la búsqueda del equilibrio entre sistema y problema .....	45
8. Conclusión.....	49
9. Bibliografía .....	51

Los principios constitucionales, el proceso civil y la seguridad jurídica.....	53
--	----

Gabriel Hernández Villarreal	
1. Prefacio .....	53
2. Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho .....	57
3. Los principios constitucionales que impactan directamente al proceso civil .....	61
4. La cuestión metodológica .....	74
5. Conclusiones .....	77
6. Bibliografía .....	78

Citas doctrinales .....	78
Citas jurisprudenciales .....	80
Observaciones sobre el Derecho Procesal .....	83
Alfonso Guarín Ariza	
1. Suma histórica de la autonomía del derecho procesal.	
Acción, jurisdicción, proceso y justicia .....	83
Autonomía del derecho procesal. Alemania, Italia, América, España y Francia .....	83
Italia.....	84
América, España y Francia .....	84
Factores esenciales de derecho procesal .....	85
Derecho civil y teoría general del derecho procesal .....	85
Autonomía del derecho procesal y eficacia del proceso .....	85
2. Situación actual del derecho procesal .....	86
Ontología del proceso .....	88
3. Necesidades ontológicas venideras del derecho procesal .....	89
Visión general .....	89
Importancia de los protagonistas en el fenómeno social que es el proceso .....	90
Exigencias plenas de técnica administrativa en la organización funcional del proceso .....	91
Apología de la perención.....	95
Hugo Caveró Ruiz	
1. Introducción .....	95
2. La perención: generalidades .....	97
3. Razonabilidad de la perención .....	99
4. Nuestra posición.....	104
5. Perención y publicismo procesal.....	105
6. El caso colombiano.....	106

Algunas notas sobre solidaridad, garantía hipotecaria y litisconsorcio, a propósito de un fallo judicial.....	109
Luis Augusto Cangrejo Cobos	
1. Notas preliminares .....	110
2. Los supuestos fácticos generales de la decisión de la Corte..	110
3. Las conclusiones de la Corte.....	111
4. Análisis del fallo anterior .....	112
5. Conclusiones .....	116
El demandado en el proceso ejecutivo hipotecario .....	119
Luis Felipe Marín Charris	
1. Introducción .....	120
2. Intervención litisconsorcial necesaria en los juicios ejecutivos .....	120
3. Sucesión procesal .....	126
4. Sustitución procesal en el juicio real colombiano .....	127
5. ¿Quién debe ser demandado en el proceso de ejecución con título hipotecario? .....	128
6. Conclusiones .....	135
7. Bibliografía .....	136
<b>Probatorio</b>	
Repensando a prova de ofício .....	141
Glauco Gumerato Ramos	
1. Colocação do problema e a hipótese de análise .....	142
2. A prova de ofício no marco do debate <i>ativismo</i> X <i>garantismo</i> .....	146
3. Prova de ofício, imparcialidade e imparcialidade .....	150
4. Imediação como fator de <i>contaminação</i> subjetiva do juiz ...	152
5. Princípio da cooperação, da boa-fé objetiva e da igualdade..	156
5.1. Dever funcional de o juiz considerar-se suspeito e de afastar-se para não julgar o processo .....	159

6. Repensando o sistema de enjuizamiento: sistema de enjuizamiento escalonado (ou procedimiento judicial funcionalmente escalonado) como método garantidor do devido processo legal .....	160
7. Fechamento .....	162
La confirmación procesal desde una perspectiva republicana .....	165
Robert Marcial González	
1. Introducción .....	166
2. Breve noción acerca de las pruebas judiciales .....	169
2.1. Distintas ideas sobre los alcances de la prueba a través de la historia .....	170
3. El gran dilema: Estado o individuo .....	180
4. Valoración de las pruebas de cargo en el marco de una república .....	181
4.1. ¿Cuál es la finalidad del proceso penal? .....	182
4.2. ¿Puede “blanquearse” en juicio una prueba obtenida sin el debido respeto a las garantías? .....	183
4.3. ¿Quién debe servirse de la declaración del imputado? ...	184
4.4. ¿Son válidas y aprovechables para el ministerio público todas las pruebas de cargo producidas durante la investigación? .....	185
5. ¿En quién recae la carga de aportar pruebas dentro de un proceso respetuoso de los principios republicanos: el juez o el ministerio público? .....	186
6. Propuestas tendientes a potenciar la eficacia probatoria del ministerio público sin violentar el régimen republicano	188
7. Conclusiones .....	190
8. Bibliografía .....	192
Pruebas documentales y periciales de internet en el marco del procedimiento civil colombiano.....	195
Andrés Guzmán Caballero	
1. Introducción general .....	195

2. Pruebas de Internet documentales .....	197
2.1. Correos electrónicos .....	198
3. Pruebas documentales de sitios web .....	208
3.1. Viendo la fuente HTML de una página web .....	209
3.2. Capturando información de una página web .....	210
3.3. Embalaje y presentación de páginas de Internet .....	213
4. Pruebas relacionadas con los servicios de mensajería instantánea y salas de chat .....	214
4.1. Servicios de mensajería instantánea .....	215
4.2. Cómo funcionan los servicios de mensajería instantánea (IM) .....	216
4.3. Consideraciones para tomar la evidencia .....	217
4.4. Salas de chat .....	218
4.5. Recolección, embalaje y presentación de chats .....	219
5. Pruebas periciales en internet .....	220
5.1. Traza de correos. Rastreado un <i>e-mail</i> .....	221
5.2. Lectura y/o análisis de <i>logs</i> .....	221
5.3. Reconstrucción de lo navegado en Internet .....	222
5.4. Otras pericias informáticas .....	222
6. Bibliografía .....	222

El valor probatorio de los mensajes de datos en Colombia.

Una visión desde el derecho de las nuevas tecnologías .....	225
---	-----

Erick Rincón Cárdenas

1. Nota introductoria .....	225
2. La Ley 527 de 1999, una ley de carácter probatorio .....	226
3. Principios jurídicos aplicables a los medios electrónicos .....	230
3.1. Equivalencia funcional de los actos electrónicos .....	230
3.2. La neutralidad tecnológica .....	234
3.3. Buena fe .....	235
3.4. La libertad contractual .....	235
3.5. No se altera ni modifica el actual régimen jurídico sustancial .....	236

4. Administración de justicia por medios electrónicos .....	236
5. Comentarios sobre la notificación electrónica en particular .....	243
6. Sobre el valor probatorio de los mensajes de datos en Colombia y la intervención de terceros de confianza: las entidades de certificación digital .....	246
7. Bibliografía .....	251

### **Medidas cautelares**

Medidas cautelares contra el sistema republicano .....	255
--	-----

Hilda Eleonora Vallet

1. Introducción .....	255
2. La legalización del abuso .....	260
3. Medidas cautelares sin juez.....	261
4. ¿Es un procedimiento judicial aquel en que el juez no participa? .....	262
5. Medidas cautelares contra el sistema republicano .....	263
6. Conclusiones .....	264
7. Bibliografía .....	264

El futuro de las autosatisfactivas en el Perú .....	267
---	-----

Óscar Cornejo Valdivia

1. Introducción .....	267
2. El problema .....	269
3. Las autosatisfactivas ¿qué son?, ¿para qué sirven?.....	270
4. Recepción de las medidas autosatisfactivas y la realidad en el Perú .....	272
5. Conclusiones .....	283

Consideraciones sobre la ley de violencia familiar en Argentina.....	285
--	-----

Olga Edda Ciancia

1. Marco teórico .....	285
2. Marco legal .....	286
3. Cambio de mentalidad: hacia el entendimiento .....	292

4. Conclusión .....	292
5. Bibliografía .....	296

# Introducción

Gabriel Hernández Villarreal\*

Según lo anotaba el profesor Hernando Morales Molina, pese a que el derecho procesal nació a mediados del siglo XIX como ciencia autónoma, aún se encuentra en estado de formación y son diversas las teorías que existen sobre sus principales instituciones, motivo por el cual “es aventurado dogmatizar en la materia”.<sup>1</sup>

Sin embargo, y de acuerdo con este mismo autor, dicha circunstancia no implica que existan movimientos para resistirse a los progresos de la referida ciencia. Por el contrario, en todas partes se despierta el interés en los estudios procesales, pues estos contribuyen a despejar las dudas con responsabilidad científica y a obtener de esa manera conocimientos nuevos sobre la materia, los cuales, como se sabe, surgieron a partir de las investigaciones originadas primero en Alemania<sup>2</sup> con Savigny, Bethmann-Hollweg, Windscheid, Muther, Wach y Oskar Von Bülow, y desarrolladas luego en Italia<sup>3</sup> con Chiovenda, Carnelutti y Calamandrei, para terminar esparcidas en distintas latitudes y de modo muy particular en Iberoamérica.<sup>4</sup>

Precisamente y en razón a esos motivos es que un evento como el que nos concita, esto es el de la conmemoración de las cuatro décadas de la expedición del Código de Procedimiento Civil colombiano, tiene la capacidad de aglutinar a tan destacadas personalidades del mundo jurídico nacional e

---

\* Director de la Especialización en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario.

<sup>1</sup> Cfr. Morales Molina, Hernando. *Curso de derecho procesal civil*, parte general, 11ª edición, Editorial ABC, Bogotá, 1991, p.8.

<sup>2</sup> En rigor debemos empezar citando a Savigny, quien a comienzos del siglo XIX publicó su conocida *Historia del derecho romano en la edad media*, y en esa obra dedicó varias páginas a estudios de carácter procesal. Igualmente, en 1834 se editó el *Manual del proceso civil* de Bethmann-Hollweg, y después Windscheid y Muther, a quien se unió luego Wach, dieron un impulso decisivo a esta disciplina al exponer las teorías concretas de la acción. Desde luego, no son pocos los que estiman que los cimientos fundamentales de la autonomía del derecho procesal surgieron a raíz de la publicación de *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales* de Von Bülow.

<sup>3</sup> Aunque la escuela alemana gestó la autonomía de la acción frente al derecho material y a partir de ahí estructuró sus teorías concretas a este respecto, fue la escuela italiana, con Chiovenda como su precursor, la que se encargó de desarrollar y divulgar estos conceptos.

<sup>4</sup> Morales Molina, *ibidem*.

internacional, algunas de las cuales generosamente aceptaron vincularse a esta efemérides no sólo como conferencistas en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Procesal y Probatorio –que para el efecto organizó la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario los días 12 y 13 de mayo de 2010–, sino además en su condición de coautores del libro colectivo que con igual fin por este medio se presenta.

De esa pléyade de distinguidos juristas –y sin perjuicio de que más adelante nos refiramos también a aquellos otros que nos colaboraron escribiéndonos artículos para la citada obra– en primer lugar exaltamos los nombres de Jairo Parra Quijano y Adolfo Alvarado Velloso, como quiera que en los tiempos actuales, y desde sus respectivas orillas ideológicas, cada uno de ellos representa la doctrina que se conoce como *publicizadora* del proceso civil, en un caso, y *garantista procesal*, en el otro.

En cuanto a la visión publicística o de marcado activismo judicial, en Colombia uno de sus más connotados exponentes es el profesor Parra Quijano, quien a tono con esta línea de pensamiento sostiene que el juez de la concepción liberal decimonónica, es decir, el juez concebido como un árbitro impasible, ha sido sustituido por un juez asistente social<sup>5</sup> e interventor, que le debe dar la razón a quien la tiene conforme al derecho sustancial y no a quien se ampara en maniobras de mera técnica procesal para obtener un resultado a su favor.

Así mismo, para el reputado doctrinante –y en rigor para el grueso de la doctrina y la jurisprudencia nacional–, una sentencia que no se construya sobre la verdad no es ideológicamente defensible, y en consecuencia ello genera alarma social e incertidumbre. Para evitar este tipo de situaciones y lograr la justicia material, el juez debe decretar pruebas de oficio y, además, en armonía con Taruffo, ir diluyendo hasta desaparecerlo el principio o dogma de la congruencia, debido a que éste es un mecanismo que parte de la base de que “el proceso civil es un escenario para permitir la confrontación de partes individuales privadas, entendido como manifestación de su libertad y autonomía”.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *Procesos, ideología, sociedad*, EJEA, Buenos Aires, 1974, p. 25.

<sup>6</sup> Cfr. Taruffo, Michele, *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible? Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*. Editorial Trotta, Madrid, 1996, p.135.

Naturalmente, los *garantistas procesales*, con el reconocido profesor argentino Adolfo Alvarado Velloso a la cabeza, diferimos de estas respetables posturas y estimamos, en oposición a ellas, que el proceso es un método pacífico de debate y no de investigación y búsqueda denodada de la verdad; que la consecución de la verdad real dentro del proceso civil es un mito; que el decreto oficioso de pruebas rompe con la igualdad de las partes y la imparcialidad que debe observar siempre el juzgador; que la congruencia sí es un principio que hay que mantener incólume y que, al no tolerar alzamiento alguno contra la irrestricta vigencia de la Constitución, nos contentamos con que los jueces –comprometidos sólo con la ley– “declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos y lograr a la postre el mantenimiento de la paz social”.<sup>7</sup>

Por su lado, el Código de Procedimiento Civil colombiano de 1970 está impregnado de una fuerte tendencia inquisitiva –no obstante tener algunos matices dispositivos– que lo enrolan en el campo de lo publicitario antes expuesto. De hecho, así lo confirmó uno de sus autores, el doctor Hernando Morales Molina, cuando dijo que:

Entre el criterio individualista que restringe la actividad del juez a ser guardián del cumplimiento de las reglas del juego, y el publicista inspirado en la Ordenanza austríaca de 1895, obra de Franz Klein, que ha influido decisivamente en países de distintas orientaciones políticas, debió prevalecer el último, pues el proceso civil, como los demás, es de orden público, en atención a que exterioriza el ejercicio de una función del Estado, cual es la jurisdiccional o judicial (...)

El principio privatista de que el proceso era propiedad de las partes ha sido sustituido por el de que constituye una institución pública dirigida por el

---

<sup>7</sup> Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo. *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Librotecnia, Santiago de Chile, 2009, p.37.

juez en nombre del Estado, por lo cual se le dotó de muchos poderes que antes no tenía (...).<sup>8</sup>

Es más, al exponer cuáles fueron los principales cambios que en relación con el anterior Código Judicial o Ley 105 de 1931 introdujo el Código de 1970, el maestro Morales Molina expresó –en lo pertinente– que “[...] el principio de la verdad formal, creada por la voluntad de las partes, que implicaba una situación de hecho limitada y fragmentaria, la tarifa para apreciar la prueba y la limitación de los medios probatorios, fueron reemplazados por la prueba oficiosa cuando se estime necesaria para el esclarecimiento de la verdad de los hechos alegados por las partes, pues si es cierto que el derecho tutelado pertenece al particular, la forma de tutela la regula el Estado [...]”.<sup>9</sup>

Ahora bien, dejando de lado estas consideraciones generales y circunscritos a los distinguidos docentes que nos honraron con los artículos que forman parte del libro colectivo con el que conmemoramos los 40 años de la expedición del citado estatuto procesal, es claro que de la lectura de tales documentos se advierte con cuál de las citadas escuelas procesales se identifican ellos.

Sin embargo, no es esta la oportunidad para encasillar a sus autores en una u otra corriente, lo que además resultaría abusivo, sino para recomendarle al amable lector que no vaya a pasar por alto las serias y atinadas observaciones que sobre el derecho procesal, sus necesidades ontológicas, la importancia de sus protagonistas y las exigencias plenas de técnica administrativa en la organización funcional del proceso nos plantea el profesor Alfonso Guarín Ariza en su juicioso artículo.

La misma invitación la extendemos para los escritos de los doctores Gustavo Calvinho (sobre el rol de los jueces en el siglo XXI y la garantía del proceso); Hugo Cavero Ruiz (acerca de la perención) y Luis Augusto Cangrejo Cobos y Luis Felipe Marín Charris, quienes escribieron sendos artículos relacionados con el proceso ejecutivo hipotecario.

En el plano del derecho probatorio, trascendentales resultan los aportes efectuados por los juristas Glauco Gumerato Ramos (*Repensando a prova de*

---

<sup>8</sup> Morales Molina, *op. cit.*, p. 10.

<sup>9</sup> *Ibidem.*

*oficio*); Robert Marcial González (*La confirmación procesal desde una perspectiva republicana*); Erick Rincón Cárdenas (*El valor probatorio de los mensajes de datos en Colombia: una visión desde el derecho de las nuevas tecnologías*) y, por supuesto, Andrés Guzmán Caballero, quien con su artículo acerca de las *Pruebas documentales y periciales en Internet en el marco del procedimiento civil colombiano*, nos ilustra con minuciosidad y en términos didácticos sobre aspectos que van desde el cómo funciona el correo electrónico hasta la manera en que deben embalarse las páginas de Internet, las consideraciones jurídicas para tomar la evidencia y las lecturas y/o análisis de *logs*.

Frente al tema de las medidas cautelares destacamos el particular enfoque que le dieron las profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, doctoras Hilda Eleonora Vallet (*Medidas cautelares contra el sistema republicano*) y Olga Edda Ciancia (*Consideraciones sobre la ley de violencia familiar en Argentina*), así como el impecable tratamiento prodigado por el profesor Óscar Cornejo Valdivia (*El futuro de las autosatisfactivas en el Perú*).

Finalmente, concluimos esta presentación agradeciéndoles una vez más a todos los citados autores y desde luego a los doctores Hans Peter Knudsen (Rector) y Alejandro Venegas Franco (Decano de la Facultad de Jurisprudencia), quienes apoyaron incondicionalmente y de manera eficaz tanto la realización de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Procesal y Probatorio como el lanzamiento de esta obra colectiva.



A la administración de justicia suelen formularse todo tipo de críticas; sin embargo, una de las formas en que desde la academia podemos contribuir al mejoramiento de la misma consiste en conocer y estudiar con rigurosidad científica los diversos mecanismos que el legislador –con apoyo en la doctrina y la jurisprudencia– ha concebido para su puesta en práctica.

Con ese propósito, en este libro conmemorativo de la expedición de los 40 años del *Código de Procedimiento Civil colombiano* el lector encontrará variadas, modernas y muy serias posturas ideológicas y jurídicas expresadas por juristas nacionales e internacionales, acerca de temas de tanta trascendencia para el derecho procesal como son el rol que debe asumir el juez en procura de hacer efectivas las garantías del proceso, la inseguridad jurídica que surge de una falta de metodología en la aplicación de los principios constitucionales y las reglas del procedimiento, el replanteamiento de la prueba de oficio, la actual visión en torno a las medidas cautelares y los medios de prueba electrónicos, el instituto de la perención o la figura del litisconsorcio necesario y las consecuencias de la solidaridad en los procesos ejecutivos que se adelantan con base en un título hipotecario.

