N.º 1

TESIS DE GRADO

La creación judicial del derecho

Luis Guillermo Acero Gallego

Universidad Externado de Colombia

FACULTAD DE DERECHO

Nº 1

TESIS DE GRADO

UNIVERSIDAD
EXTERNADO
DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

Luis Guillermo
Acero Gallego

La creación judicial del derecho

Universidad Externado de Colombia

ISBN 958-616-421-1
ISBN 978-958-710-483-7 e-book

© 2000, luis guillermo acero gallego
© 2000, universidad externado de colombia
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
www.uexternado.edu.co
publicaciones@uexternado.edu.co

Diseño de carátula y composición: Departamento de Publicaciones
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A.
Tiraje de 200 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
Las opiniones expresadas en esta obra son de responsabilidad del autor.

A mi familia, a mis amigos,
pero sobre todo a Ana.
A aquellos por su afecto y apoyo;
a ella por haber llegado a mi vida

Contenido

Introducción 13

Capítulo primero

Noción subjetivista de la acción 17
I. Introducción histórica 17
II. La acción en la civilización romana 17
III. Las épocas de evolución de la acción 19
A. La época de las acciones de la ley 20
B. El procedimiento formulario 23
C. Tercera etapa: el procedimiento extraordinario 27
IV. La noción de acción para los romanos 28

Capítulo segundo

Noción objetiva de la acción 33
I. Antecedentes 33
II. La reacción alemana 34
A. La posición de Windscheid 35
B. La polémica con Muther 37
C. Posición de Degenkolb 38
D. Posición de Wach 39

Capítulo tercero

La posición de Chiovenda sobre la acción 43
I. Antecedentes 43
II. El sentido de la acción 44
III. Naturaleza de la acción 46

Capítulo cuarto

El derecho justicial material de Goldschmidt 49
I. La concepción sobre el proceso 49
II. Normas que regulan el proceso 52
III. Bases del proceso de derecho justiciario 53

IV. Naturaleza de las normas procesales 55
V. Posición de Goldschmidt 57

Capítulo quinto

El ordenamiento en el prisma de la declaración 61
I. Introducción 61
II. El aspecto dinámico del derecho 63
III. La acción procesal como poder 65
IV. Sobre la norma fundamental 66
V. El sistema paritario y el sistema impositivo 67
VI. Derechos subjetivos y declaración judicial 68
VII. Relación entre proceso y derecho sustancial 71

Capítulo sexto

Estudio del acto jurisdiccional 75
I. Introducción 75
II. La esencia del acto jurisdiccional 76
III. La formación de la sentencia 78
IV. El fallo y el derecho 81
V. Tipos de sentencias 85

Capítulo séptimo

La cosa juzgada 87
I. Introducción 87
II. Posturas tradicionales 87
III. Relación jurídica, litis y proceso 89
IV. Esencia de la cosa juzgada 89
V. Consecuencias de la cosa juzgada 91
VI. Límites de la cosa juzgada 95
A. Límites objetivos 95
B. Límites subjetivos 96

Capítulo octavo

La creación judicial del derecho 101
I. Introducción 101
II. Evolución de la discusión 101

A. Las posturas tradicionales 101
B. La doctrina innovadora de Bülow 103
C. La escuela del derecho libre 104
III. Las dimensiones de la función creadora 104
A. La creación intelectiva 105
B. La norma particularizada 107
C. La nueva relación jurídica 111
IV. Relación entre la ley y la declaración judicial 112
V. Conclusiones 114

Bibliografía 119

Introducción

En este trabajo se hace un estudio del juez como sujeto procesal principal a través del acercamiento a la naturaleza de su función en relación con el proceso y el derecho en general. La idea de su elaboración surgió luego de haber escuchado las exposiciones que sobre el tema hiciera el doctor Gustavo Figueroa Cantillo en la cátedra de Sujetos Procesales I, de la especialización en derecho procesal civil, y como posterior desarrollo de la línea de investigación del departamento de derecho procesal, denominada "Sujetos procesales", dirigida por el mismo profesor.

Las ideas que a continuación van a exponerse no son evidentes de manera alguna; si así lo fueran, este trabajo no tendría sentido. No esperamos de ellas su aceptación, ni inmediata ni posterior, y muchos de los postulados que las componen deberán someterse a revisión y profundización futuras. Por lo pronto, baste decir que a las páginas siguientes las mueve la necesidad de lucha en contra del amodorramiento científico e intelectual en el que varias de las materias del saber jurídico han caído.

Dentro de las ramas del derecho existe una región casi que inexplorada, de cuyas fronteras participan el derecho público constitucional y el derecho procesal, correspondiente al estudio de la función jurisdiccional. Los teóricos de cada una de esas disciplinas niegan paternidad sobre la materia, bajo el pretexto de que el análisis de la misma le corresponde a la otra.

A ella se puede llegar desde varios puntos de vista: se le puede abordar desde la perspectiva de la teoría constitucional, pero también desde la de los sujetos procesales, particularmente la del juez. Y esto último es posible, por cuanto las modernas tendencias han dejado de lado la visión de la jurisdicción como simple presupuesto procesal para dar paso a una postura mucho más vigorizada, algunas de las cuales reclaman incluso el cambio de denominación del derecho procesal por la de "derecho jurisdiccional", en virtud a que el juez y su actividad jurídica no son especie sino género, dentro del cual, como categoría, se desenvuelve el proceso.

Esta tesis de grado no pretende ser más que una propuesta sobre una nueva visión acerca de la función que el juez cumple en su pronunciamiento de fondo. A ella la anteceden, como es apenas lógico, un cúmulo de exposiciones y disputas teóricas, casi que sin igual en la ciencia jurídica, la mayoría de las cuales se mencionan en las páginas siguientes.

¿El juez crea o aplica el derecho? Ya se verá cómo la respuesta en uno u otro sentido, al menos en nuestro sistema jurídico, de raigambre latina, no puede ser absoluta. De todas formas, la visión tradicional, a la que aún hoy increíblemente algunos tratadistas se aferran, debe ser modificada; aquella en la cual no se ve en la sentencia sino una extensión de la ley, debe dar paso a una postura nueva, que conjugue en su interior otras ideas que se han planteado sobre el tema, a la vez que recoja los elementos