

TEMAS PROCESALES

13

octubre
1991

El despacho saneador en la acción rescisoria
Marcos Afonso Borges

La ley 54 de 1991, imprecisa procesalmente
Jaime Soto Gómez

Actividad jurisdiccional
Francisco Cláudio de Almeida Santos

Las medidas cautelares
Luis Carlos Reyes

Del testimonio
Alfonso García S.

Estructura y contenido de la justicia distributiva
en la nueva Constitución
Alfonso Ortiz Rodríguez

La conciliación contencioso administrativa
Ricardo Hoyos Duque

El Centro de Estudios de Derecho Procesal, tiene por objeto la profundización en el estudio del derecho procesal, su divulgación y sostenimiento de su vigencia en la actividad forense, por cualesquiera medios lícitos como elaboración de trabajos individuales y colectivos, publicaciones, conferencias, cursos, etc.

TEMAS PROCESALES

Nº 13 Octubre 1991

Revista del Centro de
Estudios de Derecho Procesal

Director
Orión Alvarez A.

Consejo de redacción
Jaime Soto Gómez
José Fernando Ramírez R.
Gilberto Martínez Rave

Correspondencia
Eugenio Prieto Mesa
Apartado Aéreo 50088
Medellín, Colombia

Los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores. Es permitida la reproducción total o parcial, citando la fuente.

Miembros del Centro de Estudios de Derecho Procesal

Jaime Soto Gómez
Orión Alvarez Atehortúa
Rodrigo Velilla Gómez
Eugenio Prieto Mesa
Beatriz Quintero de Prieto
Alejandro Ochoa Botero
José Fernando Ramírez Gómez
Gilberto Martínez Rave
Alvaro Mora Ramírez
Alberto Ceballos Velásquez
Jairo Duque Pérez
Fernando Ossa Arbeláez
Alvaro Vargas
Alfonso García S.
Darío González Vásquez
Jorge Octavio Ramírez R.

DISTRIBUIDORA:

Biblioteca Jurídica Díké
Apartado Aéreo 51838
Medellín, Colombia.

**TEMAS PROCESALES: Revista del Centro de Estudios
de Derecho Procesal**

--nº 13 (octubre, 1991) -- Medellín, El Centro, 1991
anual hasta 1986, semestral a partir de 1987.
ISSN 0120-8519

1. DERECHO PROCESAL - PUBLICACIONES SERIADAS
El Centro...

SUMARIO:

El despacho saneador en la acción rescisoria Marcos Afonso Borges	5
La ley 54 de 1991, imprecisa procesalmente Jaime Soto Gómez	17
Actividad jurisdiccional Francisco Cláudio de Almeida Santos	29
Las medidas cautelares Luis Carlos Reyes	53
Del testimonio Alfonso García S.	63
Estructura y contenido de la justicia distributiva en la nueva Constitución Alfonso Ortiz Rodríguez	85
La conciliación contencioso administrativa Ricardo Hoyos Duque	105

ACCION RESCISORIA ** EL DESPACHO SANEADOR EN LA

*Marcos Afonso Borges **

1. *Introducción* 2. *Acto procesal* 2.1. *Concepto* 2.2. *Actos procesales de las partes* 2.3. *Actos procesales del juez* 3. *Acción rescisoria* 3.1. *Concepto* 3.2. *Características* 3.3. *Hipótesis de procedencia* 3.4. *Competencia* 4. *El despacho de saneamiento* 4.1. *Concepto* 4.2. *Origen* 4.3. *El saneamiento en los códigos de 1939 y 1973* 4.4. *El saneamiento de la acción rescisoria.*

1. *Introducción*

Según lo que dispone el artículo 493 e incisos del Código del Proceso Civil, son competentes para juzgar la petición rescisoria el Supremo Tribunal Federal y el Tribunal Federal de Recursos (inciso I), y los Tribunales de Justicia de los Estados (inciso II) en las causas de su competencia y según los dictámenes de los Reglamentos Internos o de las leyes de organización judicial.

Se deriva también, según lo estatuido en el artículo 491 del mismo ordenamiento legal, que al relator designado le incumbe no solamente deferir o inaceptar la demanda, determinar la citación del demandado, como también proceder a la instrucción de hecho, siendo facultado inclusive, cuando haya necesidad de re-

* Profesor titular de derecho procesal civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Goiás, Abogado. Miembro de la Academia Brasileña de Letras Jurídicas.

** Versión del portugués por Orión Alvarez A.

coger prueba pericial, para delegar competencia al juez singular de la comarca donde deba producirse, con tal fin.

Sin embargo, ha surgido un problema respecto de la competencia para apreciar cuestiones referentes a los presupuestos procesales y a las condiciones de la acción, cuando son argüidas o suscitadas como preliminares de la contestación.

2. *Acto procesal*

2.1 "Acto es todo movimiento del ser vivo, sea que se exteriorice, sea que permanezca en lo íntimo del agente" (Santo Tomás). El pensamiento, la palabra, el gesto, el hecho, en este sentido amplio, todos son actos. Pero, desde los romanos, en sentido jurídico, la palabra acto expresa la voluntad manifestada, no bastando la voluntad en el pensamiento.

Actos procesales son actos del proceso. La relación jurídico-procesal contenida en el proceso se refleja en actos. Son actos procesales los que tienen importancia jurídica para la relación procesal, esto es, aquellos actos que tienen por efecto la constitución, la conservación, el desarrollo, la modificación o la cesación de la relación procesal" ⁽¹⁾ desde que sean practicados en el proceso, evidentemente ⁽²⁾.

2.2 Según la doctrina procesal moderna, los actos de las partes se clasifican en: a) postulatorios, aquellos por los cuales las partes pretenden pronunciamientos del juez acerca del proceso o del mérito; b) dispositivos, los consistentes en declaraciones de voluntad, que se clasifican en unilaterales, concordantes y contractuales (ejemplos: desistimiento de la acción; aquiescencia del demandado al desistimiento formulado después de la contestación; suspensión del proceso; c) instructorios, los que tienen por finalidad formar la convicción del juzgador acerca de la verdad de los hechos alegados; y d) reales, los que se manifiestan por cosas y no por palabras.

2.3 A su turno, los actos del juez son clasificados en: a) de trámite, por medio de los cuales el juzgador únicamente im-

1. Moacyr Amaral Santos: *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil* vol. I, página 240. Editora Saraiva. São Paulo, 1977.

2. Arruda Alvim: *Manual de Direito Processual Civil*. vol. I, página 259. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.

pulsa el proceso; b) interlocutorios, aquellos que sin terminar la relación procesal, deciden incidentes procesales; y c) sentencias finales, subdivididas en "terminativas" o inhibitorias, cuando concluyen el proceso sin decidir el mérito; y definitivas, cuando hacen cesar la relación procesal con el juzgamiento de la pretensión.

El legislativo de 1973, atendiendo a una conveniencia de orden práctico, no siguió la clasificación pregonada por la doctrina, y dispuso en el artículo 162 y siguientes que los actos del juez consisten en sentencias, decisiones interlocutorias y de trámite. Las primeras son aquellas que concluyen con el proceso decidiendo o no el mérito (corresponden a las denominadas sentencias finales); las segundas, las que en el curso del proceso resuelven incidentes (corresponden a las decisiones o "despachos" interlocutorios); y las terceras, de simple movimiento procesal (corresponde a las de trámite o "despachos de expediente").

3. *Acción rescisoria*

3.1 Se denomina acción rescisoria aquella por medio de la cual "se pide la revocatoria de la sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, con eventual rejuzgamiento de la materia en ella juzgada" (3).

3.2 La principal característica de la acción rescisoria es la de que solamente podrá ser utilizable para la revocatoria de la sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada.

Aunque, en la clasificación de los actos del juez, el legislador no haya diferenciado entre sentencia final terminativa, y sentencia final definitiva de mérito, en el artículo 484, de manera expresa tipificó ese acto decisorio. Y lo hizo con el propósito, por demás acertado, de no permitir la utilización de esta *acción* contra actos decisorios que sólo concluyen el procedimiento, toda vez que éstos sólo determinan cosa juzgada formal, y así podrá el actor, si lo desea, intentar nuevamente la misma acción, con el mismo objetivo, desde que supla las fallas que determinaron la extinción del proceso sin el juzgamiento de mérito.

3. Barbosa Moreira, José Carlos: *Comentarios al Código de Processo Civil*, página 122. Editora Forense, Río de Janeiro, 4ª edición.

* Nota del traductor: la doctrina llama a la simple rescisión *iudicium rescidens* y al nuevo juzgamiento *iudicium rescissorium*.

3.3 Según los términos del artículo 485 del C.P.C. es procedente la acción rescisoria cuando la sentencia de mérito que haya hecho tránsito a cosa juzgada: I. Fue dada por prevaricato, concusión o corrupción del juez; II. Proferida por juez impedido o absolutamente incompetente; III. Fue el resultado de dolo de la parte vencedora en detrimento de la parte vencida, o de colusión entre las partes, a fin de defraudar la ley; IV. Violación de la cosa juzgada; V. Fundarse en pruebas cuya falsedad haya sido probada en proceso penal o sea probada en la propia acción rescisoria; VI. Violar literal disposición de la ley; VII. Si después de la sentencia, el actor obtuviere documento nuevo cuya existencia ignoraba, o del que no pudo hacer uso; suficiente por sí solo, para asegurarle un pronunciamiento favorable; VIII. Existir fundamento para invalidar confesión, desistimiento o transacción, en que se basó la sentencia; y IX. Haberse fundado en error de hecho, resultante de los actos o documentos de la causa.

Aunque el artículo 486 del C.P.C. rece que "los actos judiciales, que no dependen de sentencia o en que ésta fuere meramente homologatoria, pueden ser rescindidos, como los actos jurídicos en general, en los términos de ley civil", es entendido unánimemente por la doctrina nacional y por la jurisprudencia, que aunque la ley hable de rescindir, en realidad tales actos son rescindibles por la acción anulatoria, ante el juez común. La palabra rescindidos debe entenderse como anulados.

Además, se deben entender como actos judiciales, los actos de las partes en el proceso, actos esos que envuelven declaración de voluntad que no dependen de sentencia homologatoria, con el reconocimiento de la pretensión, etc. Se evidencia, sin embargo, que son anulables y no rescindibles solamente las sentencias homologatorias integrativas de forma, o sea, aquellas que son proferidas para dar validez a la manifestación de voluntad de las partes. Las que son más que integrativas de forma, las que aunque homologatorias también condenan, como es el caso de las proferidas en las acciones de división y demarcatorias, son rescindibles.

3.4 La competencia para juzgar la acción rescisoria es de los tribunales, en consonancia con lo dispuesto en los incisos del artículo 493 del C.P.C.

4. *El despacho de saneamiento* *

4.1 Según el concepto de Galeano Lacerda, el despacho saneador, hoy denominado despacho de saneamiento, es “la decisión proferida después de la fase postulatoria, en la cual el juez, al examinar la legitimidad de la relación procesal, niega o admite la continuación del proceso o de la acción, disponiendo si fuere necesario, sobre la corrección de vicios saneables” (4).

Para Jacy de Assis, “el despacho saneador es una decisión judicial proferida dentro del proceso, que resuelve las cuestiones derivadas de los presupuestos y todas las demás que puedan obstaculizar el adecuado desenvolvimiento de la instancia y la decisión final sobre el mérito del litigio” (5).

Los conceptos antes expuestos fueron elaborados durante la vigencia del Código de Proceso Civil de 1939 y aún son actuales, pues aunque la norma dinámica brasileña en vigor no haya reproducido lo dispuesto en el artículo 294 del régimen derogado, incorporó el instituto dándole nuevo ropaje.

4.2 El origen próximo del despacho saneador lo encontramos en el derecho portugués.

José Alberto dos Reis al describir el origen y evolución, enseña que: “fue el decreto nº 3 de 29/5/1907 (art. 9º) el que introdujo entre nosotros esta especie de despacho, al que la doctrina y la jurisprudencia dieron el nombre de despacho regulador del proceso. Del decreto del 29 de mayo, el despacho pasó para varios decretos sobre el proceso de desalojo, pues los términos de este proceso son manifiestamente vaciados en los moldes del proceso sumario. Es así como el despacho regulador del proceso nos aparece en el artículo 12 del decreto del 30/8/1907, en el artículo 21 del decreto del 12/6/1918, y en el artículo 75 del decreto nº 5.411 del 17/4/1919” (6).

Ese despacho, que según el mencionado procesalista portugués, se destinaba a conocer de las nulidades en el proceso suma-

* Nota del traductor: Ver en la revista Temas Procesales nº 10, páginas 138 y 139 *La Saneadora*, incluido en el artículo Reforma Judicial de Eugenio Prieto Mesa.

4. *Despacho saneador*, página 7. Editora Sulina, Porto Alegre, 1953.

5. *Despacho saneador*, página 20. Uberlândia, 1953.

6. *Breve estudio sobre la reforma del proceso civil y comercial*, página 149. Coimbra, 1929.

rio, fue posteriormente ampliado, pasando a incidir también “sobre la apreciación de la legitimidad de las partes y sobre las otras cuestiones previas o prejudiciales, de manera que quedara el proceso desembarazado de todo cuanto pudiera obstaculizar el conocimiento del fondo de la causa” (7).

4.3 En el Código del Proceso Civil de 1939 (artículo 294 e incisos) el saneador era el momento en que el juzgador, en desarrollo de la relación jurídico-procesal, debía decidir sobre los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, determinando, consecuentemente, providencias en el sentido de la regularización procesal. Si el juez monocrático entendiese estar el proceso en orden, debía proferir despacho declarándolo saneado. Caso contrario, determinaba las providencias necesarias para la regularidad del mismo.

La actual norma dinámica no siguió el mismo camino, adoptando una orientación más moderna, en el sentido de que “el principio del saneamiento del proceso es más que el propio saneador que le quiso dar cuerpo. Guiado por tal principio, el juez agota, en la clasificación de su examen, todas las cuestiones que exijan solución, yendo más allá de la letra incompleta de la ley. Es que el principio del saneamiento es más que el saneador, tal como lo prueba el hecho de que su actuación comienza antes del momento ofrecido por la ley derogada (art. 294), como específico del saneador” (8).

De hecho, dispone el artículo 331 e incisos del C.P.C.: “Si no se verifica ninguna de las hipótesis previstas en las secciones precedentes, el juez, al declarar saneado el proceso: I. Decidirá sobre la realización del examen pericial, nombrando el perito y facultando a las partes para indicar los respectivos asistentes técnicos; II. Fijará la audiencia de instrucción y juzgamiento, definiendo las pruebas que en ella han de producirse”.

Por lo expuesto, se verifica que en la actualidad, no tiene el juez que proferir despacho declarando expresamente saneado el proceso. Pero es de cuestionar, frente a lo que dispone el artículo 267, inciso 3º del C.P.C., si al decretar la prueba pericial, o al fijar la audiencia de instrucción y juzgamiento, implícitamente

7. Obra citada, página 150. Sobre la evolución histórica del instituto, véase, entre otros, a Galeano Lacerda, obra citada, página 13 y siguientes, y a Jacy de Assis, obra citada, página 31 y siguientes.

8. Eliézer Rosa, *Diccionario del Proceso Civil*, página 184. Editora de Direito, Río de Janeiro, 1957.

está el juzgador decidiendo sobre los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, acarreando, si no hubiere interposición de recurso, la preclusión.

Las opiniones no son unísonas.

Entiende Calmon de Passos que ... "las cuestiones pertinentes a los presupuestos procesales, condiciones de la acción y validez de los actos en la fase postulatoria son objeto de decisión expresa o implícita en el despacho saneador, que declara y asegura la regularidad, teniendo sobre ellas efecto preclusivo, salvo las excepciones expresamente consignadas en el propio Código, no pudiendo las partes volver a argüirlas".

Y continúa: hay una dificultad que precisa ser superada. "El inciso 3º del artículo 267 preceptúa que el juez conocerá de oficio, en cualquier tiempo y grado de jurisdicción, mientras no sea proferida la sentencia de mérito, de la materia que consta en los numerales IV, V y VI del mismo artículo, y agrega que si el demandado, aún no alega en la primera oportunidad en que le corresponda referirse a los autos, las materias señaladas, responderá por las costas del retardo.

También el dispositivo se refiere al grado de jurisdicción. El juez puede, en cualquier grado de jurisdicción, conocer de oficio de las materias ya mencionadas. Hablar en grado de jurisdicción, sólo es pertinente relativamente a recurso o a proceso originario de los tribunales. Decir, por tanto, en cualquier grado de jurisdicción, equivale a decir que los jueces de segunda instancia también pueden conocer, de oficio, de las materias que constan en los ítems IV, V y VI del artículo 267. Si el límite de ese conocimiento de oficio, entre tanto, es el proferimiento de la sentencia de mérito, ¿cómo conciliar ese término y la permisibilidad de apreciación de esas materias, de oficio, en cualquier grado de jurisdicción? ¿Esto significaría que el juez que profiere la decisión estaría impedido para apreciarlas, lo que no ocurriría con el juez del recurso? Es el entendimiento válido y coherente con la tradición de nuestro derecho y con la mejor lección de la doctrina extranjera. Al considerar los presupuestos procesales y condiciones de la acción, conociendo de ellos en grado de recurso, aún de oficio, en principio, debe ser admitido" (9).

9. *Comentarios al Código de Processo Civil*, páginas 594 y siguientes. Editora Forense, Río de Janeiro, 3ª edición. En el mismo sentido Rogerio Lauria Tucci, *Do Julgamento conforme o Estado do Processo*, página 163. Bushtsky Editor, São Paulo, 1ª edición.

A su turno asevera Jacy de Assis: "Habiendo el juez proferido la decisión de saneamiento, que no es simple despacho o trámite, sino interlocutoria pasible de recurso (art. 162, inc. 2º, y 532), no puede volver a decidir las materias implícitas o explícitamente decididas, sino apenas la reforma de la decisión mediante el recurso de reposición (art. 524).

El inc. 3º del art. 267 dispone, entretanto, que en cualquier tiempo y grado de jurisdicción, en cuanto no se haya proferido la sentencia de mérito, el juez puede conocer de oficio de la materia referida en los incisos IV, V y VI.

Importa decir:

- a) Si en la decisión del saneamiento el juez del proceso conoció de la materia discutida y la decidió sin recurso, quedó precluida nueva apreciación, como también nueva discusión de las partes;
- b) Si no se refirió a ella cuando el saneamiento, pero juzgó simplemente saneado el proceso, precluyó para él nuevo reexamen, pero la materia queda transferida al Tribunal que conoce de la apelación (art. 516)" (10).

A su turno afirma José Carlos Barbosa Moreira: "El despacho saneador produce la preclusión:

- a) De todas las cuestiones decididas 'ex officio' o mediante provocación de parte, por el juez, salvo la posibilidad que siempre le queda, de determinar la realización de la prueba rechazada que le venga a parecer más tarde necesaria a la instrucción de hecho (art. 130) y también
- b) De las cuestiones no decididas —antes suscitadas o simplemente suscitables o apreciables de oficio— cuya solución cabía en el despacho saneador, exceptuadas apenas aquellas que, a la luz de la regla legal específica o del sistema del Código, puedan ser resueltas posteriormente, así, v.g. la de incompetencia absoluta (art. 113 caput), la relativa a alguna nulidad que la parte pruebe no haber alegado antes en virtud de 'legítimo impedimento' (art. 245, parágrafo único, *in fine*).

La preclusión no significa, en el caso del literal b) que las

10. *Procedimiento ordinario*, página 157. Leud Editora, São Paulo, 1ª edición.

cuestiones deban considerarse, por inútil ficción jurídica, 'implícitamente decididas', como a veces se afirma: significa siempre y apenas, que de ahí en adelante ya no es posible apreciarlas. La eficacia preclusiva del despacho saneador opera desde el momento en que éste se torne irrecurrible por el transcurso *in alibis* del plazo o por cualquier otra causa; o también, si contra él se interpusiere recurso admisible (reposición, art. 522), desde el tránsito de cosa juzgada de la sentencia del órgano 'ad quem' " (11).

José Frederico Marques enseña: "Pero si el demandado u otro sujeto procesal, promovió preliminar, la declaración que declara saneado el proceso será alcanzada por la preclusión 'pro iudicato' si no fuere interpuesta la reposición. Y esto, aunque el juez en el despacho saneador, nada diga sobre la cuestión, visto que la falta expresa de referencia no excluye el juzgamiento explícito, que se contendrá en el despacho, repeliendo la preliminar.

Al disponer que el juez conocerá de oficio, en cualquier tiempo y grado de jurisdicción, en cuanto no profiera la sentencia de mérito, de la materia que consta en los numerales IV, V y VI, el artículo 267 no excluyó para esos casos, los efectos de la preclusión 'Pro iudicato'. El texto transcrito se debe confrontar con aquel otro del artículo 516. De donde se concluye que el conocimiento 'ex officio' de la mencionada materia persistirá hasta la sentencia sobre el mérito, si de ella no se decidió explícita o implícitamente. Existiendo pronunciamiento, aunque implícito, la preclusión 'pro iudicato' torna irrevocable la decisión e impide el reexamen de la materia en que incidió" (12).

Dice Alexandre de Paula que "frente a la sistemática adoptada por la nueva ley procesal, el acto del juez a que se refiere el art. 331 comprende una decisión interlocutoria, con efecto preclusivo, contra la cual cabe la reposición, y configura mera decisión ordinaria, no operando la preclusión, pues es irrecurrible. Es decisión interlocutoria en la parte en que el juez aprecia la regularidad del proceso y verifica que existan las condiciones de la acción, declarándolo saneado. Y es decisión ordinaria, cuando resuelve respecto de las pruebas y señala audiencia" (13).

-
11. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, volumen I, páginas 87 y 88. Editora Forense, Río de Janeiro, 4ª edición.
 12. *Manual de Direito Processual Civil*, volumen 2, páginas 171 y 172. Saraiva Editores. São Paulo, 1ª edición.
 13. *Código de Processo Civil Anotado*, volumen II, página 178. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1ª edición.

Finalmente sustenta Sérgio Bermudez que “el despacho saneador tiene eficacia preclusiva limitada a la parte, que si no recurrió de él, ya no puede discutirlo más adelante, merced a la regla del art. 473 del C.P.C. Entretanto, frente a lo estatuido en el inc. 3º del art. 267 el proferir el despacho no genera preclusión para el juez, en cuanto él no dicte la sentencia de mérito” (14).

De lo expuesto, salvo mejor opinión, las posiciones son las siguientes:

1ª) Juzgado saneado el proceso, o simplemente fijada la audiencia de instrucción y juzgamiento, profiere el juzgador una decisión interlocutoria, pasible de reposición, y si no se interpone, determina la preclusión, porque explícita o implícitamente el juez apreció los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.

2ª) Se opera la preclusión únicamente para el juez monocrático, si decidió expresamente, pudiendo el grado superior reapreciar la materia, según lo dispuesto en el art. 267 e incisos del C.P.C.

3ª) Si el demandado promovió la preliminar, la decisión que la aprecia será alcanzada por la preclusión, no habiendo recurso. No siendo suscitada por la parte, el juez podrá apreciar la materia hasta la sentencia final, si no la apreció en el saneador explícita o implícitamente; caso contrario, opera la preclusión.

4ª) Habiendo el saneador decidido la cuestión, si no fue interpuesto recurso, hay preclusión solamente para la parte, no para el juez, teniendo en cuenta el ya citado art. 267 e incisos del C.P.C.

El asunto como se ve, es por demás polémico, y creemos que el análisis deberá ser hecho, teniendo en cuenta el principio de la preclusión que permea el derecho procesal. De no ser así, el proceso se tornaría instrumento fácil de obstaculización para la pronta, eficaz y segura prestación jurisdiccional.

Por tanto, las siguientes circunstancias deben servir de base para una solución lógica:

14. *Despacho Saneador no Código de Processo Civil*, in juriscível do Supremo Tribunal Federal, nº 53, página 14. Editora Legis Summa, São Joaquim da Barra, São Paulo. Parece que ese también es el concepto de Moacyr Amaral dos Santos, obra citada, volumen 2, páginas 234 y 235 y de Humberto Theodoro Junior, *Processo de Conhecimento*, tomo 2, páginas 516 y 517. Forense, Río de Janeiro, 1981.

1ª) El demandado, en la respuesta y preliminarmente, arguye la inexistencia de presupuesto procesal o de condición para la acción;

2ª) El sujeto pasivo nada alega;

3ª) El demandante, en la réplica, arguye la falta de los requisitos anotados arriba;

4ª) El sujeto pasivo no suscita la cuestión.

Habiendo manifestación expresa de las partes, nos parece que el juzgador deberá pronunciarse al respecto en el momento del saneamiento. Si la falta es remediable, fijará la oportunidad para que sea saneada. Si entendiere que le falta la razón a quien arguye, juzgará regular el proceso y satisfechas las condiciones de la acción. Habiendo solicitud, si el juez simplemente decreta las pruebas y fija audiencia de instrucción y juzgamiento, entendió implícitamente que la relación procesal estaba en orden para propiciar un juzgamiento de mérito. En esa hipótesis, entonces la materia estará preclusa en el caso de que no haya sido interpuesto el recurso de reposición (art. 522 del C.P.C.). Esta preclusión, a nuestro entender, inclusive impide la reapreciación de la materia por el Tribunal de Justicia.

Se debe tener en mente que la facultad concedida por el artículo 516 está adscrita a la materia decidida por la vía del mero trámite, pues las interlocutorias dependen de la interposición del recurso.

Aquí es correcta la interpretación de Calmon de Passos en el sentido de que la expresión "grado de jurisdicción" inserta en el artículo 267, inciso 3º sólo es pertinente a recurso o a proceso originario de los tribunales.

Si la materia no fuere argüida por las partes podrá el juez monocrático en cualquier momento antes del juzgamiento de mérito, apreciar la cuestión, desde que no se haya manifestado al respecto, porque en ese caso, si no hubiere recurso, la preclusión también ocurre, visto que se trata de una interlocutoria, respecto de la cual cabe remedio específico, y como tal su reapreciación está condicionada a provocación.

En esta hipótesis, también habrá preclusión para el Tribunal si no hubiere impugnación recursal ⁽¹⁵⁾.

15. Perfeccionamos nuestro entendimiento manifestado en la nota Despacho Saneador, de la Enciclopedia Saraiva do Direito.

4.4 Como ya quedó explicado en las líneas anteriores, el juez relator tiene la función de instruir el proceso, a fin de que el colegiado decida la petición.

En el desempeño de esta función, le compete según los términos del artículo 490 e incisos, desatender la inicial en los casos previstos en el artículo 295, y en la circunstancia de no haber sido efectuado el depósito exigido por el artículo 488 del C.P.C.

Entre las hipótesis ventiladas por el mencionado artículo 295, está la de la verificación de la perención y de la prescripción (inciso IV), oportunidad que una vez pronunciada en los términos del artículo 269, inciso IV del C.P.C., se opera la extinción del proceso con juzgamiento de mérito.

Así, el juez instructor puede extinguir el proceso sin juzgamiento de mérito (art. 490, inciso I, en concordancia con el artículo 295, incisos I, II, III, V y VI del C.P.C.) y con juzgamiento de mérito (art. 490, inciso I, en concordancia con los artículos 295, inciso IV y 269, inciso IV, todos del C.P.C.).

Ahora, quien puede lo más puede lo menos. De esta forma, es por demás evidente, "permissa venia", que habiendo solicitud expresa de la parte, pueda el juez instructor, en el saneador, apreciar los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, acarreando en este caso la preclusión para el colegiado, si la parte interesada no interpusiere el recurso.

Lo mismo se verificará, si aunque no fuere debatido, el juez instructor expresamente se manifestare sobre la materia. Si éste guardare silencio, podrá el colegiado apreciar la cuestión, una vez que no hubiere decisión sobre el mérito.

Además, si el juez instructor entendiere haber falta insana-ble, con soporte en uno de los presupuestos procesales o condiciones de la acción, podrá terminar el proceso, porque estará profiriendo un acto decisorio de la misma naturaleza de aquellos a que hace mención el artículo 490, inciso I, en concordancia con el artículo 295, incisos I, II, III, V y VI del C.P.C.

Como la competencia para la acción rescisoria es del Tribunal, el recurso contra el referido decisorio será aquel previsto en el Reglamento Interno del Tribunal, y no existiendo, el Mandato de Seguridad, que en la hipótesis funciona como un sucedáneo.

Otorgar al órgano competencia para apreciar todas las cuestiones, inclusive las de orden formal, "in casu", además de caracterizar la función del juez instructor, constituiría una violación al principio de la preclusión, que permea todo el proceso.

LA LEY 54 DE 1991, IMPRECISA PROCESALMENTE

*Jaime Soto Gómez **

1. Aspectos generales 2. ¿Capitulaciones sociales o extramatrimoniales? 3. Disolución y liquidación 4. Aspecto probatorio 5. Trámite y competencia 6. Conclusiones.

1. Aspectos generales

Para entender sus aspectos procesales hay que entender sus fines, en cuanto cada proceso particular es el medio de hacer operante la ley sustancial. A la luz de la experiencia se deduce que el proyecto encontró resistencia, por lesionar intereses particulares, y que ello condujo a un conjunto de transacciones y concesiones que dio como resultado un texto desordenado e impreciso.

El título de la ley o enunciación de la materia de que trata, según el art. 46 del C. de R. P. y M., es “por el cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, el cual también es impreciso, pues lo que hace es regular este fenómeno, a la vez que es púdicamente eufémica; pues, realmente, la materia de la ley o su esencia es la regulación del fenómeno de las sociedades concubinarias, sencillamente.

Aunque el término “concubinato” (del latín, “cum”, con, y “cubo”, acostarse) es tradicional y castizo, el artículo 1º, en forma púdicamente eufémica, denomina unión marital de hecho un con-

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal

cubinato integrado por estos elementos: a) comunidad de vida permanente y singular, b) dualidad de sexos y, c) permanencia en la unión de los compañeros.

Pero tal unión no tiene efecto jurídico autónomo, no vale por sí solo, sino como causa de una figura patrimonial, que el art. 3º llama sociedad patrimonial entre concubinos (en lugar de sociedad concubinaria, simplemente), el cual, a su vez, exige la concurrencia de estos requisitos: a) unión marital de hecho, b) trabajo de los compañeros y ayuda y socorro mutuos y, c) un patrimonio como resultado del trabajo y la ayuda y el socorro mutuos.

La denominación "sociedad patrimonial" es redundante, pues toda sociedad jurídica, no meramente política, moral o cultural, es patrimonial. En cambio, "sociedad concubinaria" sería denominación precisa.

Por no tener vida propia la unión marital de hecho, sobra el art. 4º, en cuanto establece libertad probatoria (cosa obvia, de suerte que lo que habría que declarar sería la restricción probatoria) y la asignación de competencia; pues sólo excepcionalmente habrá lugar a pedir la declaración de la existencia de la unión marital permanente en abstracto, salvo quizá para efectos futuros, cosa que no tiene fundamento práctico: que dos concubinos convivan y colaboren al compás de un proceso contencioso. Hemos de volver sobre el punto. El meridiano de la realidad, de las reglas de la experiencia, no pasó por el mundo mental de los autores de la norma.

La sociedad regulada en la ley constituye un fenómeno específico, distinto del común o genérico de la simple sociedad de hecho (civil o comercial) (arts. 2.082, 2.083 y concs. del C. C. y 498 y ss. del C. de Co.), que subsiste y se constituye por el simple aporte de bienes para un fin económico común, sin necesidad de ayuda, convivencia, trabajo y socorro mutuos.

Esta sociedad es particular, y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes (concubinaria) es universal, por cierta falta de límites objetivos.

En el párrafo, el art. 3º excluye de su activo bienes adquiridos sin ayuda mutua, análogamente a lo que rige en la sociedad conyugal; pero incluye "los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión marital de hecho", quizá refiriéndose con "mayor valor", al resultado de mejoras hechas en tales bienes, en forma distinta de la contemplada en

los arts. 1.802 y concordantes del C. C. (Pero ya se divisa una contradicción formal con el art. 7º, por remitir al art. 1.792 del C. C.). Aquella comunión de muebles se explica por la natural confusión que surge entre bienes de tal naturaleza, difíciles de distinguir y separar por su origen.

Pero, en armonía con el 5º y el 6º, el 3º incurre en contradicción y en impropiedad diciendo que el patrimonio o capital de la sociedad patrimonial “pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes”, como si fuera una comunidad, queriendo decir que “corresponden” o que los titulares tienen derecho a la mitad, recíprocamente, en forma análoga a la de la sociedad comercial de hecho y a la conyugal.

Además, esa especie de sociedad oculta no puede afectar a terceros, que no tienen medios para descubrir una realidad velada y discutir la apariencia de dueño exclusivo con que un concubino se presenta ante ellos.

El citado art. 6º mantiene un concepto de sociedad de hecho, contrario al de comunidad, refiriéndose a “la liquidación de la sociedad patrimonial y la adjudicación de los bienes”, en lugar de división, que es lo que correspondería a la liquidación de la comunidad.

Pero, aunque la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes (concubinaria) no se opone a la existencia de sociedad de hecho, civil o comercial, el art. 2º da a entender que la existencia de una sociedad conyugal de uno de los integrantes sí se opone a la existencia de una sociedad informal o concubinaria, en todos los casos (no en uno o dos casos, como parece decir la mera letra).

Si la ley fuera lógica, el art. 4º ocuparía el lugar del 2º, pues aquel tiene relación con el 1º, y el 2º y el 3º inician la regulación de un fenómeno distinto del contemplado en el 1º y 4º, según se vio inicialmente.

El 2º dice presumir y que “hay lugar a declarar judicialmente” sociedad patrimonial en dos casos, que son uno solo: entre compañeros permanentes (concubinos) que estén en esta situación: a) llevar dos años de convivencia y, b) ninguno de los dos haber tenido sociedad conyugal ilíquida desde un año antes de iniciar la relación concubinaria.

Así como otras normas de la ley copian normas de distintas leyes anteriores (como se verá), el citado art. 2º copia la inicia-

ción del art. 6º de la L. 75 de 1968, que, en forma taxativa, presume la paternidad extramatrimonial deduciéndola de relaciones sexuales, tomadas directa o indirectamente, o sea, en este caso, deduciéndolas de meras manifestaciones indirectas.

De igual modo, en forma impropia, el art. 2º dice presumir la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes en el único caso (doble) en que existe.

Con todo, el artículo puede dar la idea de que sólo facilita la prueba, mediante la presunción, y que en los demás casos hay que dar la prueba directa. Pero ello sólo es así si se adopta la tesis absoluta, indicada por la colocación del art. 176 en el C. P. C., de que la presunción es exoneración de prueba, la cual es exagerada. Además, una comparación entre los arts. 2º y 4º de la ley, en relación con el aspecto probatorio, aclarará el planteamiento que se hace aquí.

Según el art. 66 del C. C., “se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas”.

El concepto tradicional considera la presunción legal o de derecho un indicio elevado a la categoría de plena prueba, por su gravedad y precisión.

Así, no es exacto que con respecto a todos los hechos presumidos la ley exima de prueba, como lo indica el mismo art. 176 citado, al exigir que los hechos mismos en que se funde la presunción “estén debidamente probados”; pues lo que hace la ley en tal caso es aliviar o facilitar la prueba, sustituyendo la del hecho presumido por una indirecta, del hecho que sustenta la presunción.

En estos casos tampoco implica inversión de la carga de la prueba, como entiende alguna doctrina.

Para entender el punto hay que atender a qué causa corresponde cada presunción.

El concepto tradicional corresponde a la idea de que las presunciones tienen causa eficiente, en las reglas de la experiencia, aunque no lo diga: que la fuerza de los hechos, de la experiencia, ha inducido al legislador a reconocerles determinada causa.

Así, la presunción de que el hijo de mujer casada es hijo de su marido (art. 214 del C. C.) obedece en primer lugar a un acontecer normal (regla de la experiencia) (causa eficiente): afortunadamente, la mayoría de las mujeres casadas es fiel, en forma

tal que induce a reconocer el hecho como norma general. Porque lo común es que el poseedor es dueño, el art. 762 ib. declara presumir esto. A causas análogas obedecen otras presunciones.

Pero, a la vez, la ley busca con ello asegurar ciertas bases del orden social (causa final).

Otras presunciones no se deben a esa causa, sino al fin de obtener un efecto social. El primer antecedente que se conoce en nuestra legislación en tal sentido es el art. 5º de la Ley 46 de 1923 ("sobre instrumentos negociables", hoy títulos valores), en cuanto a presunción de autenticidad de las firmas que aparecieran en tales documentos.

Así, por ejemplo, para presumir auténticos los documentos a que se refieren los arts. 252 del C. P. C. y 189 del C. de Co. (actas de sociedades) (no incluidas en aquel) (igual que el 1.052 y el 1.053 ib.) no corresponden a un común acontecer, aunque de hecho se dé, sino a crear confianza en documentos útiles socialmente (causa final).

En estos casos la presunción sí constituye exención o dispensa de prueba, porque no se requiere suministrar ninguna para obtener el efecto de la presunción, en contra de lo dicho en los arts. 66 y 176 anteriormente citados.

En cambio, con respecto a las presunciones que tienen causa eficiente sí hay que dar una prueba del hecho que genera la presunción, prueba más fácil, sí, que la del hecho presumido: v.gr., en lugar de probar el engendramiento por el marido (teóricamente posible sólo por confesión suya), se prueban solamente el matrimonio y el nacimiento respectivos, lo cual sí es fácil. Otro tanto ocurre con la prueba del dominio por medio de la posesión, especialmente con respecto a muebles, en el otro ejemplo puesto.

Crear que el art. 2º de la ley no se opone a la existencia de la sociedad concubinaría en casos distintos del contemplado, en forma doble, en él es contrariar su espíritu, como indica el hecho de que, mientras el art. 4º, en forma innecesaria, establece que la mera relación personal admite prueba libre (cosa obvia), ninguna norma dice lo mismo con respecto a la sociedad patrimonial; lo cual indica que el contenido del art. 2º es taxativo, como se dijo atrás.

Y, aunque la comparación no es rigurosamente exacta, sí es aproximada: admitir la posibilidad de probar la sociedad en otros casos es análogo a creer que se puede probar la legitimidad del

hijo por fuera de las presunciones contenidas en los arts. 213 y 214 del C. C. y concordantes.

Las restricciones son de orden público y las presunciones que corresponden a éste son taxativas.

Así, en forma impropia, el art. 2º habla de inexistencia de impedimento (que no es matrimonial, sino de sociedad conyugal) y luego reduce éste a tener sociedad conyugal ilíquida en el último año de iniciada la relación concubinaria; de suerte que la sociedad patrimonial puede existir aunque los integrantes tengan impedimento para casarse, como la de uno de los dos estar casado con otra u otras personas, tener parentesco que impida el matrimonio (unión incestuosa), etc., siempre que no tengan sociedad conyugal ilíquida, aun entre sí, como es el caso de cónyuges divorciados o cuyo matrimonio se declaró nulo que continúen conviviendo.

En cuanto a si la ley tiene efecto retrospectivo (no retroactivo, descartado) o sólo efectos futuros, dice mucho en este sentido el empleo del verbo existir en presente de subjuntivo: cuando en el presente estén cumplidos los dos años de convivencia, en las circunstancias dichas.

Ahora, en su afán por copiar ciegamente, en el art. 7º, del título XXII del libro 4º del Código Civil toma los seis capítulos, indiscriminadamente, en forma que incluye el III, derogado por la Ley 28 de 1932, y el IV, insubsistente también, por sustracción de materia, por exclusión de las hipótesis legales a que sería aplicable.

Y, así, los arts. 3º y 7º contienen una contradicción, advertida inicialmente, en relación con intereses ("réditos" para el art. 3º), en cuanto la remisión que hace el art. 7º comprende el art. 1.792 del C. C., en su apte. 6º, que excluye la comunión de créditos constituidos antes del matrimonio.

Ella tiene explicación en la tesis de que los créditos no son muebles; por lo cual el art. 667 ib. tiene que reputar mueble la acción de quien ha prestado dinero para que se le pague; que "se reputa" mueble porque no es tal. Al contrario, una vaca no se reputa mueble, porque es tal.

De la confusión creada entre los arts. 3º y 7º citados se deduce que los capitales adquiridos por título lucrativo no entran en la sociedad patrimonial, pero sí sus intereses o réditos.

2. *¿Capitulaciones sociales o extramatrimoniales?*

Así como la ley permite la formación del fenómeno social informal, sin más límites que el orden público, con mayor razón, en gracia de la seguridad jurídica, principio que informa la ley, no se opone a estipulaciones que respeten aquel, como son las que no afecten a terceros.

Se conoce antigua jurisprudencia restrictiva a la sociedad de hecho civil, contemplada en el art. 2.083 del estatuto respectivo, entre concubinos, jurisprudencia celosa de que “la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato”, pues ello constituiría objeto ilícito, y de que “se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos”.

Pero es que normalmente el pacto social y el pacto sexual sólo coexisten materialmente, no en unión jurídica, análoga a la de contratos; por lo cual en la práctica no es fácil confundir la “sociedad de hecho” y la “sociedad de lecho”.

3. *Disolución y liquidación*

Entre los arts. 5º y 6º existe una contradicción aparente, pues mientras el art. 5º se refiere a la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, el 6º, adoptando un texto semejante al del art. 505 del C. de Co., en relación con la sociedad comercial de hecho, sin mencionar la disolución, establece el principio obvio de que los compañeros permanentes o sus herederos, o sea los titulares mismos de los derechos respectivos, están legitimados sustancialmente para “pedir la liquidación de la sociedad patrimonial y la adjudicación de los bienes”, para luego dar a entender que ello opera así cuando la causa de disolución es la muerte de uno de los compañeros, caso en el cual la disolución opera de pleno derecho o por ministerio de la ley.

El art. 5º establece estas causales de disolución: a) la muerte de uno o de los dos concubinos, b) el matrimonio de uno de ellos o de los dos, con persona distinta del otro, c) el consentimiento común consignado en escritura pública y, d) sentencia judicial.

Surgen varias cuestiones.

Una es: ¿qué ocurre si los concubinos se casan entre sí? Puede ser que hayan celebrado capitulaciones matrimoniales que determinen la subsistencia de su sociedad inicial. Si lo hacen, ella puede confundirse con la sociedad conyugal, o excluirla. Y, si no las celebraron, la ley determina el nacimiento de ésta, que excluye aquella. Por tanto, también en ese caso se disuelve; luego no importa que el matrimonio sea de los compañeros entre sí.

Otra cosa es que en este caso interese a los cónyuges liquidar o no la sociedad informal.

Otro punto es que la ley parece interesada en la subsistencia de ésta, en cuanto no permite su disolución consensual, sino por escritura pública, específica y restrictivamente, a pesar de que puede formarse consensualmente y aun tácitamente.

Y esto, en armonía con el art. 8º, permite creer que subsiste la sociedad patrimonial aunque los compañeros se hayan separado física y definitivamente, cosa que en muchos casos puede no ser fácil de apreciar, como cuando también su retiro ha sido lento e imperceptible.

Se deduce que entonces se entiende subsistir mientras el juez no declare lo contrario.

A la ley no le interesa su subsistencia, sino la certeza de su extinción; tácitamente la presume existente mientras el juez no declare su disolución, por extinción del vínculo personal. Lo mismo ocurre con la escritura pública.

Así, la sentencia judicial no es causal de disolución de aquella, como parece dar a entender el art. 5º, pues el juez no puede crear causales autónomas, sino reconocer la realidad de una causal establecida en la ley y probada ante él, como la voluntad de los concubinos de interrumpir la convivencia.

La ley no contempla como causal el simple incumplimiento del trabajo, la ayuda y el socorro mutuos, que es la base de la constitución del patrimonio social, según el art. 3º, sino que exige la forma compleja de la interrupción de la convivencia, como forma ostensible de incumplimiento.

En distintas formas, la ley exige certeza sobre la disolución.

4. *Aspecto probatorio*

Con desorden criticado atrás, en lugar de hacerlo el art. 2º, el 4º dispone que "la existencia de la unión marital de hecho se establecerá por los medios ordinarios de prueba", regulados en el Código de Procedimiento Civil; norma superflua, pues lo que la ley debe expresar en materia probatoria son las restricciones, ya que la libertad probatoria es la regla general.

Al efecto, entre otros medios, con valor determinado por las circunstancias, valen éstos, que contempla el parágrafo del art. 105 del C. del Menor (Ley 56 de 1988), en los aptes. 2, 3, 4 y 5, así: a) la inscripción del compañero o compañera permanente en los registros de caja de compensación familiar o de institución de seguridad o previsión social; b) el acta de matrimonio celebrado ante autoridad competente de otro país, con el lleno de los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil para la autenticación de documentos otorgados en el exterior; c) inscripción en el libro de varios de la notaría del lugar de la pareja (pero igual en otra notaría); y, d) el registro de nacimiento de los hijos habidos por la pareja.

Ellos son antecedentes indicadores de la sociedad patrimonial contemplada en el art. 2º. Justificarían la existencia de una presunción legal en tal sentido.

5. *Trámite y competencia*

Así como la primera parte del art. 4º sobra, según se dijo al principio, la segunda es inútil, en cuanto asigna a los jueces de familia el conocimiento de la unión marital de hecho, que por sí sola no tiene efecto práctico, sino como fundamento de un fenómeno jurídico. Por sí sola es un mero fenómeno material.

De igual modo, sería inútil una norma que determinara la competencia para conocer de la mera existencia del matrimonio (no de su celebración, de su nulidad o de otra forma de extinción), del nacimiento o de la muerte, de incumplimiento de obligaciones o de relaciones sexuales no punibles, etc., hechos que sólo tienen efecto jurídico vinculados a un fenómeno jurídico concreto, como vicios de aquel, derechos que unos u otros hechos generan, etc., de suerte que sólo interesan por un aspecto trascendental, no por sí mismos.

El art. 5º omite decir expresamente que también se puede liquidar la sociedad patrimonial por escritura pública (así como se puede disolverla), cosa que se logra deducir de la sola referencia (criticada atrás) a los capítulos I a VI del régimen de la sociedad conyugal, que comprende el art. 1.820 del C. C. (25 de la L. 1ª de 1976), según el cual, si la sociedad se liquida por escritura pública, los ex-socios “responderán solidariamente ante los acreedores con título anterior al registro de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad conyugal”, la cual sólo será oponible a terceros mediante su registro conforme a la ley.

El se refiere a la inscripción de la escritura pública en la respectiva oficina de registro de instrumentos públicos, si existen inmuebles de la sociedad liquidada, y, en todo caso, al registro en los libros de nacimiento y varios, a que se refieren, respectivamente, los arts. 44 del Dto. 1.260 de 1970 y 1º del Dto. 2.158 de 1970, los cuales se enuncian el contenido del acto relativo a bienes, no a la forma del acto: escritura o providencia.

En contraste con ellos, el art. 72 del Dto. 1.260 citado, en relación con el libro de matrimonios, se refiere a “las providencias” que produzcan determinados efectos jurídicos; lo cual se explica históricamente: al tiempo de su expedición, éstos sólo se producían por medio de providencias. La intención del casuista redactor no era anclar el derecho en el momento de su expedición, como no lo quiso en los otros dos artículos.

Y, aunque la Ley 23 de 1991 es posterior a la que se comenta, en el apte. c) del art. 47 no contempló expresamente la posibilidad de hacer por su vía la liquidación de la sociedad concubinaria.

Pero no hay duda de que tales normas son aplicables por analogía, porque cumplen los fines que la ley sustancial pretende con ellas (como hacer sus efectos accesibles a las clases económicamente desfavorecidas). Y no se puede decir que las funciones del defensor de familia son taxativas o limitadas hasta el punto de no poder hacer esto; porque las limitaciones de competencia que determinan los arts. 20, 26 y concordantes de la actual Constitución Nacional (cuyos equivalentes en la futura Constitución no se conocen al tiempo de redactar este escrito) tienen como bases los derechos humanos, que incluyen el de defensa, y el respeto a las bases de la organización jurisdiccional; principios que no vulneran el entender la ley en la medida del servicio que el Estado quiere prestar. (No es probable que la nueva Constitución restrinja la competencia en este punto, en lugar de ampliarla, si es posible).

Otra omisión de la Ley 54 comentada es no haber autorizado el trámite del proceso verbal de única instancia (“sumario”), adoptado en el art. 435 del C. P. C., apte. 4 del párrafo 1, para la separación convencional de cuerpos o de bienes. Es de desear que una reforma suya lo haga.

También es impreciso el art. 7º de la misma ley, en cuanto, en forma vaga, remite a los arts. 625 y 626 del C. P. C., al disponer el trámite de la disolución y la liquidación de la sociedad concubinaria, siendo así que tales normas sólo se refieren a la liquidación y el art. 625 se refiere a liquidación por causa de sentencia eclesiástica y entre excepciones que contempla está la de que el matrimonio no estuviera sujeto al régimen de sociedad conyugal, cosa opuesta al fenómeno que la ley regula.

Se advierte que por la vía del art. 48 de la L. 23 de 1991, ya propuesta, es posible aplicar los párrafos 1 y 2 del art. 444 del C. P. C., que remite al art. 691 ib., gracias a la presunción favorable a la sociedad establecida en el art. 1.795 del C. C., acogida por el art. 7º de la Ley 54 comentada.

Y tampoco es preciso el art. 49 de la citada Ley 23 de 1991, en cuanto dice solamente que “en cuanto corresponde a las obligaciones alimentarias entre los cónyuges, los descendientes y los ascendientes” el acta respectiva prestará mérito ejecutivo; pues el defensor de familia tiene autoridad o competencia administrativa para dar autenticidad a tal acta en relación con cualquier acuerdo válido entre las partes, como el relativo a una indemnización, por ejemplo (v.gr., por daño moral causado por el incumplimiento de un cónyuge), luego presta mérito ejecutivo en todos los casos en que se ajuste al contenido del art. 488 del C. P. C.

6. Conclusiones

La comentada Ley 54 tiene mucho de parto de los montes o de danza india para atraer la lluvia; tiene pocas nueces y hace mucho ruido. Le sobran palabras y le faltan soluciones.

Copia del C. de C., de la Ley 75 de 1968 y del C. C., pero un poco al azar.

No hay razón para que subordine la existencia de la sociedad patrimonial que reconoce a inexistencia de sociedad conyugal, pues el derecho permite la coexistencia de ésta con todas las demás sociedades, sin perjuicio para ella y sí con beneficio.

Con todo, la deficiente regulación comentada marca un principio de solución para un grave problema social.

Se podría mejorarla con una reforma sencilla, que elimine normas sobrantes y contradictorias y contenga soluciones fáciles, sobre estas bases:

1) Se presume sociedad de hecho comercial entre concubinos, aunque ninguno de los dos sea comerciante ni ejecuten actos de comercio.

2) Se presumen integrantes de ésta todos los inmuebles que los concubinos adquieran por título oneroso y los muebles adquiridos durante su existencia.

3) Se presume la existencia de sociedad concubinaria en los casos que contempla el parágrafo del artículo 105 del Código del Menor en los apartes 2, 3, 4 y 5.

4) Se puede disolver y liquidar la sociedad concubinaria en la misma forma que la sociedad conyugal y su liquidación tendrá los mismos efectos de ésta ante terceros.

5) La sociedad concubinaria se extingue también: a) por muerte de uno o ambos concubinos, b) por el matrimonio de uno o de los dos, con cualquier persona y, c) por la separación física o incumplimiento de su colaboración que dure más de... meses.

6) Los vacíos de esta ley se llenarán con las normas relativas a la sociedad conyugal que no pugnen con ella.

7) Además de las causas legales de interrupción de la prescripción, la interrumpe el cumplimiento de medidas previas que surtan su efecto final en el proceso.

ACTIVIDAD JURISDICCIONAL **

Principios generales aplicables

*Francisco Cláudio de Almeida Santos **

1. Funciones del Estado. Jurisdicción 2. Juez natural 3. Acceso a la justicia 4. Publicidad de la actividad jurisdiccional 5. Motivación de las decisiones. Garantía del estado de derecho 6. Contradictorio 7. Inaplicabilidad de las leyes o actos contrarios a la Constitución 8. Actuación del juez como creador de la norma en el caso concreto.

1. *Funciones del Estado. Jurisdicción*

1. Al analizar las funciones del Estado, debe antes el estudioso examinar el tratamiento dado por la Constitución a los problemas de la separación de los poderes, no sólo porque la teoría de las funciones deriva de la teoría de la separación, sino porque algunas atribuciones, aunque privativas de uno de los órganos fundamentales, son de hecho también adscritas a otros.

2. Reproduce la Constitución vigente, en su art. 2º la fórmula montesquiana, adoptada en todos los regímenes constitucionales republicanos, además, con redacción que se asemeja a la del caput del art. 6º del orden constitucional instituido en 1967, con las alteraciones de la Enmienda de 1969:

* Ministro del Superior Tribunal de Justicia y Profesor de enseñanza superior.

** Versión del portugués por Orión Alvarez A.

“Son Poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”. (Art. 2º de la Constitución de 1988).

No repitió la Ley Mayor, entretanto, como regla de rigidez de la separación, el principio de la indelegabilidad de poderes, previsto en el párrafo único del art. 6º de la Constitución anterior, aunque haya mantenido la prohibición de delegar los actos de la competencia exclusiva del Congreso Nacional, de la competencia privativa de la Cámara de Diputados o del Senado Federal, de la materia reservada a la ley complementaria, y de la legislación sobre organización del Ministerio Público y garantía de sus miembros, nacionalidad, ciudadanía, derechos individuales, políticos y electorales; planes plurianuales, directrices presupuestarias y presupuestos, todo relativo al proceso legislativo de las llamadas leyes delegadas. (art. 68).

Confirmó la garantía del libre ejercicio de cualquiera de los poderes en las unidades de la Federación, catalogada como causa de la intervención en los Estados (art. 34) y sin respaldo en la moderna doctrina constitucional, agregó limitaciones explícitas al poder de reforma constitucional, al lado de la forma federativa del Estado, del voto directo, secreto, universal y periódico, y de los derechos y garantías individuales, y la “separación de los poderes” (art. 60, párrafo 4º).

3. Para contrabalancear la rigidez del principio de la separación o división de poderes, tenido por la mayoría de los constitucionalistas modernos como técnica decadente ⁽¹⁾ trajo la Constitución de 1988, una sorprendente novedad al establecer que mantienen los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, *de forma integrada*, el sistema de control interno con la finalidad de evaluar el cumplimiento de las metas, programas y presupuestos del gobierno, de comprobación de la legalidad, en cuanto a la eficiencia y eficacia de la gestión presupuestaria, financiera y patrimonial de la administración federal, del control de las operaciones de crédito y de los derechos y haberes de la Unión, y finalmente de apoyo al control externo, en el ejercicio de la misión institucional (art. 74). Otra muestra de esa colaboración entre los poderes está consignada en el art. 99, que asegura la autonomía administrativa y financiera del Poder Judicial y determina la fijación de límites,

1. “La separación de poderes es, como vimos, técnica en declinio” afirma Paulo Bonavides, en “Do Estado Liberal ao Estado Social”, 4ª edición. Río de Janeiro, Forense, 1980, página 37.

estipulados conjuntamente con los demás poderes, en la ley de directrices presupuestarias, para fines de la elaboración de las respectivas propuestas presupuestarias.

4. De lo expuesto se ve que el asunto ha sido tratado de modo contradictorio en la Ley Básica, olvidando el legislador constituyente la lección actualizada de José Afonso da Silva: "Hoy, el principio no configura aquella rigidez de otrora. La ampliación de las actividades del Estado contemporáneo impone una nueva visión de la teoría de la separación de los poderes y nuevas formas de relación entre los órganos legislativo y ejecutivo y de éstos con el judicial, tanto que actualmente se prefiere hablar de 'colaboración de poderes' que se fundamenta en la conciliación de dos técnicas: independencia orgánica y armonía de poderes". (Curso de Direito Constitucional Positivo. 2ª edición. São Paulo, RT, página 74) (2).

5. De cualquier forma, conservadas están las funciones fundamentales del Estado, según la división tradicional (3), o sea, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, participando los órganos máximos del Ejecutivo y del Judicial, en especial el primero, de algunas fases del proceso legislativo, tales como de iniciativa de las leyes, el veto, el ordenamiento delegado y las medidas provisionales pasibles de transformarse en leyes; y el Judicial, del decreto de inconstitucionalidad de la ley, de la creación de la regla infraconstitucional a falta de normas reglamentarias que tornen inviable el ejercicio de los derechos de libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, en el caso concreto, en mandato de exigencia, de la elaboración de sus reglamentos internos y de la fiscalización conjunta sobre la realización de los fines del Estado.

6. De ese contexto interesa la función jurisdiccional, actividad típica y privativa del órgano denominado Poder Judicial, que según el gran procesalista José Frederico Marques, es actividad pública y constituye monopolio del Poder Judicial "a no ser en

2. Incluido en *Curso de Direito Constitucional Positivo* de José Afonso da Silva. 2ª edición, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, página 74.

3. Se confirma en *Processo Constitucional* de José Alfredo de Oliveira Baracho. 1ª edición, Río de Janeiro, Forense, 1984, páginas 26 a 73, así como en *Curso de Direito Constitucional* de Celso Ribeiro Bastos, 7ª edición. São Paulo. Ed. Saraiva, 1984, páginas 178/179.

casos estrictísimos de las actividades anómalas” (4). Tiene por finalidad la actividad jurisdiccional, también de acuerdo con el citado autor “tornar efectivo el orden jurídico e imponer, por medio de los órganos estatales del Poder Judicial, la regla jurídica concreta, que por fuerza del derecho vigente, debe regular determinada situación jurídica”, recordando a Liebman (5).

7. Sobre la misma función dice el Profesor Arruda Alvim: “Podemos, así, afirmar que la función jurisdiccional es aquella realizada por el Poder Judicial, teniendo en vista aplicar la ley a una hipótesis controvertida mediante proceso regular, produciendo al final, cosa juzgada, con lo que sustituye, definitivamente, la actividad y voluntad de las partes”. Y continúa: “Evidentemente se tiene que distinguir la actividad jurisdiccional de la administrativa y de la legislativa. Las dos últimas, especialmente la administrativa, consisten en actuar de conformidad con la ley, pero son nítidamente diversas de la actividad jurisdiccional, pues ésta es actividad secundaria o sustitutiva, al paso que la administrativa es primaria” (6). Ahí está, en verdad, la distinción entre la actividad legislativa tendiente a crear la norma general y abstracta y la jurisdiccional consistente en la aplicación del derecho al caso concreto, en producir cosa juzgada, efecto que la destaca de la actividad puramente administrativa.

8. La función jurisdiccional, en conformidad con la doctrina de los constitucionalistas y de los procesalistas, está subordinada a normas generales o principios, que se muestran como características destacadas de esa actividad (7). No se tiene por propósito en este estudio, el examen sistemático de tales reglas, pero sí, la exposición y análisis de los principios que rigen su dinámica, en la provocación y en la actuación de la función jurisdiccional, a la luz del texto constitucional en vigor, sin mayores preocupaciones por la inmutabilidad del acto jurisdiccional, cualificativo por igual, de la jurisdicción.

4. Incluido en *Instituições de Direito Processual Civil* de José Frederico Marques. Volumen I, 1ª edición. Río de Janeiro, Forense, 1958, página 262.

5. *Idem*, página 263.

6. Incluido en *Curso de Direito Processual* de José Manuel de Arruda Alvim Neto, volumen I, 1ª edición, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971, página 149.

7. Se confirma en *Manual de Direito Processual* de José Manuel de Arruda Alvim Neto, volumen I, 1ª edición, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, páginas 75 a 78 y en *Curso de Direito Constitucional* de Celso Ribeiro Bastos, 7ª edición, São Paulo, Ed. Saraiva, 1984, páginas 187/188.

2. *Juez natural*

9. Uno de los principios básicos de la jurisdicción es el del “juez natural”, así entendido el juez integrado al Poder Judicial, regularmente, cercado de garantías propias a aquellos que ejercen ese Poder, y por eso mismo, independientes e imparciales. Surgido de la Carta Constitucional francesa de 1814, figura hoy en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, con esta redacción: “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”.

En la Ley Mayor, siguiendo una larga experiencia, se encuentra el principio trazado en el inciso XXXVII del art. 5º: “no habrá juicio o tribunal de excepción”.

10. “Precisamente teniendo en vista este principio, recuerda Arruda Alvim, “se agregan a los jueces, complementariamente, las garantías aseguradoras de imparcialidad” (8). Tales garantías están previstas en el art. 95 de la Constitución, así redactado:

“Los jueces gozan de las siguientes garantías:

I. Vitalicidad, que en el primer grado sólo será adquirida después de dos años de ejercicio, dependiendo la pérdida del cargo, en ese período, de la deliberación del tribunal al que el juez estuviere vinculado, y en los demás casos, de sentencia judicial que haga tránsito a cosa juzgada;

II. Inamovilidad, salvo por motivo de interés público, en la forma del art. 93, VIII; y

III. Irreductibilidad de la remuneración, observando en cuanto a ésta, lo que disponen los arts. 37, XI, 150, II, 153, III y 153 párrafo 2º, I”.

Debe destacarse, que no constituye ningún privilegio la irreductibilidad de las remuneraciones, ya que irreductibles son también los salarios, de acuerdo con lo que dispone el capítulo de los derechos sociales (art. 7º, VI), e irreductibles son además los de los servidores públicos, civiles y militares, de conformidad con lo establecido en las disposiciones generales de la administración pública (art. 37).

8. Obra citada en el nº 7 anterior, página 76.

3. *Acceso a la justicia*

11. Problema de la mayor trascendencia es el del acceso del jurisdicionado a la justicia, porque a pesar de que el Estatuto Constitucional garantiza enfáticamente “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza al derecho” (art. 5º, inc. XXXV), al proclamar el principio de la indeclinabilidad, son innumerables los obstáculos para una efectiva provocación de la función jurisdiccional. La cuestión ha preocupado a juristas de todo el mundo, al verificar las inmensas dificultades que tiene la población, sin condiciones de sufragar los gastos de un buen profesional de la abogacía y del proceso para obtener la apreciación justa y rápida de sus pretensiones, pues, como es sabido, por el principio de la inercia de los órganos jurisdiccionales, el proceso sólo comienza por iniciativa de parte (*nemo iudex sine actore*; *ne procedat iudex ex-officio*).

12. En el Brasil, en São Paulo, en mayo y junio de 1987, se realizaron importantes encuentros de juristas nacionales y extranjeros, el primero patrocinado por la Orden de Abogados del Brasil, Sección de aquel Estado de la Federación; y el último por la Procuraduría General del Estado de São Paulo y Facultad de Derecho de la Plaza de San Francisco (USP), donde el tema fue largamente discutido.

13. En uno de los simposios, como expositora en el panel intitulado “La justicia para el pueblo en la Constitución”, la profesora Ada Pellegrini Grinover, observó: “En cuanto a la cuestión de la crisis de la justicia, existe otro aspecto que es el de la dificultad de acceso a la misma, por el pueblo. Estudios bastante interesantes han sido hechos al respecto en los últimos años, principalmente en Europa, y me permito recordar una lección clásica de Mauro Capeletti, jurista italiano de gran sensibilidad, que habla del acceso a la justicia como método de reforma y también como método de pensamiento. Como método de reforma intuitivo, más que como método de pensamiento, a medida que el problema de acceso a la justicia hace con que se deba invertir aquella óptica tradicional, según la cual, se mira primero para el Poder Judicial y después para el consumidor de la justicia, cuando en verdad, el enfoque correcto es, según Capeletti, el de mirar esencialmente para el consumidor, para la manera como el jurisdicionado se aproxima de la justicia, a fin de que ella cumpla su función de pres-

tación jurisdiccional” (9). Adelante, relaciona la nombrada maestra algunas sugerencias, parcialmente acogidas en la nueva Constitución, como se verá. Primeramente, sugirió la extensión de las garantías del Ministerio Público a los abogados de oficio, hoy denominados defensores públicos; después, propuso la institución del ombudsman, con legitimidad al lado del Ministerio Público y de las entidades representativas de los intereses sociales y colectivos, para la defensa de esos intereses; por último, hablo de lo que ella llamó de *desformalización del proceso*, que sería su simplificación, para darle mayor celeridad, sin olvidar su colaboración para una mejor expresión al principio de la indeclinabilidad. En efecto, pretendía que se diese al actual inciso XXXV esta redacción, mucho más amplia y clara que aquella aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente: “La ley no podrá excluir de la apreciación del Poder Judicial ninguna lesión o amenaza de derechos e intereses legítimos”, proponía la profesora Ada Pellegrini Guinover. De esa proposición ampliada se aprovechó el texto constitucional vigente para incluir el vocablo *amenaza*, y tornar más abarcadora la garantía de indeclinabilidad.

14. En el último seminario o juez Kazue Watanabe, en trabajo titulado *Acceso a la justicia y sociedad moderna*, presentó las siguientes conclusiones:

a) El derecho de acceso a la justicia es fundamentalmente, derecho de acceso al orden jurídico justo;

b) Son datos elementales de ese derecho: 1) el derecho a la información y perfecto conocimiento del derecho sustancial y a la organización de investigación permanente a cargo de especialistas y orientación para perfección constante de la adecuación entre el orden jurídico y la realidad socio-económica del país; 2) derecho de acceso a la justicia adecuadamente organizada y formada por jueces inmersos en la realidad social y comprometidos con el objetivo de la realización del orden jurídico; 3) derecho a la preordenación de los instrumentos procesales capaces de promover la efectiva tutela de todos los derechos; 4) derecho a la remoción de todos los obstáculos que se antepongan al acceso efectivo a la justicia con tales características (10).

9. Incluido en *Problemas y Reformas*. Subsidios para el debate constitucional: Departamento editorial de la O.A.B. SP, São Paulo, 1988, página 141.

10. Incluido en *Participación y Proceso*, coordinación de Ada Pellegrini Guinover, Cândido Rangel Dinamarco y Kazuo Watanabe, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1988, página 135.

15. Sobre las garantías de acceso a la justicia, o de provocation de la justicia, no se puede esconder que ha sido significativo el avance, en el régimen recientemente promulgado. En el capítulo de los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos están incluidos, además del principio de indeclinabilidad ya transcrito:

XXXIV. Son a todos asegurados, independientemente del pago de tasas:

a) El derecho de petición a los Poderes Públicos en defensa de los derechos o contra ilegalidad o abuso del poder;

b) Obtención de certificados en despachos públicos, para la defensa de derechos y esclarecimiento de situaciones de interés personal;

LXXIII. Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular dirigida a anular acto lesivo del patrimonio público o de entidad en que el Estado participe, de la moralidad administrativa, del medio ambiente o del patrimonio histórico o cultural, quedando el actor, salvo comprobada mala fe, exento de las costas judiciales y de los gastos consecutivos a la pérdida de la acción;

LXXIV. El Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que comprueben insuficiencia de recursos;

LXXVII. Son gratuitas las acciones de habeas corpus y habeas data, y en forma establecida en la ley, los actos necesarios al ejercicio de la ciudadanía.

En consecuencia, el mandato de imposición para la obtención del proveimiento judicial que suple la ausencia de norma reglamentaria de prerrogativa inherente a la ciudadanía, también debe ser gratuito.

16. De cierta forma el mandato de seguridad colectivo representa una economía para los interesados, y de esta manera, es un medio de facilitar el acceso a la justicia, ya que puede ser interpuesto por partido político con representación en el Congreso Nacional, organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento por lo menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados (inc. LXX del mismo art. 5º).

17. Decisión de gran alcance de los constituyentes de 1988, dice respecto a los juzgados especiales de las pequeñas causas, disciplinados por la Ley Federal nº 7.224 del 7/11/84, de creación

facultativa por los Estados, Distrito Federal y Territorios, y ahora elevados al nivel constitucional, de instalación obligatoria para la Unión, en el Distrito Federal y Territorios, y para los Estados. La norma constitucional está expresada así en el art. 98:

“La Unión, el Distrito Federal, los Territorios y los Estados crearán:

I. Juzgados especiales, provistos por jueces togados, o togados y legos, competentes para la conciliación, el juzgamiento y la ejecución de causas civiles de menor complejidad e infracciones penales de menor potencial ofensivo, mediante los procedimientos oral y sumarísimo, permitidos en las hipótesis previstas en la ley, la transacción y el juzgamiento de recursos por grupos y jueces de primer grado”.

18. De inicio, se nota la creación compulsoria, no sólo de juzgados civiles, para las causas de reducido valor económico, como dispone el art. 3º de la ley aplicable, sino de causas civiles de menor complejidad, lo que ciertamente amplía el abanico de causas posibles de solución por medio de estos juzgados, y además determina la instauración de juzgados para el juzgamiento de infracciones penales de menor potencial ofensivo.

19. Los actuales juzgados especiales de pequeñas causas, tienen por objetivo buscar la conciliación de las partes, fin también observado en el comando constitucional, al hacer explícita la competencia de los juzgados para la conciliación, antes del juzgamiento, y la posibilidad de transacción, de conformidad con lo que se expone en el texto. Por otro lado, la simplicidad del proceso está implícita en la adopción de la oralidad y el procedimiento sumarísimo. Con eso, está garantizada la celeridad y el abaratamiento de los costos del proceso. A propósito, sería loable una disposición de la Carta Magna en el sentido de eximir de costas o de cualquier gasto a los postulantes de esa actividad jurisdiccional, pero su falta, en nada obsta para que la ley de costas o cualquier gasto, de cada Estado, contenga la previsión de esa exoneración.

20. Un último factor para ser analizado sobre posibles dificultades que tornan inaccesible la justicia, son las costas. La Constitución de 1967 disponía en su art. 8º, XVII, c, que competía a la Unión legislar sobre la “tasa judicial, costas y emolumentos remuneratorios de los servicios forenses, de registros públicos y notariales”. La Constitución en vigor prescribe: Art. 24. Compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre... IV. Costas y servicios forenses” y en las dispo-

siciones generales, en su art. 236, parágrafo 2º “La ley federal establecerá normas generales para la fijación de los emolumentos relativos a los actos practicados por los servicios notariales y de registro”.

21. Separados, pues, fueron las costas de los servicios forenses y los emolumentos para el pago de los actos notariales y de registro, debiéndose en cuanto a los últimos, aguardar la ley federal de normas generales. Con referencia a las costas “en cuanto gasto por el uso del servicio forense estatal, tiene la naturaleza constitucional de tasa”, según doctrina del juez Bruno Afonso de André ⁽¹¹⁾, naturaleza reconocida por el Supremo Tribunal Federal, en la decisión plenaria que acogió la Representación de Inconstitucionalidad nº 1.094/5-SP, frente a la promoción de la Orden de los Abogados del Brasil, Sección São Paulo, redactada por los abogados Yves Granda da Silva Martins y José de Castro Bigi, instruida con notables y eruditos pareceres de Hamilton Dias de Souza y Marco Aurelio Grego, en conjunto, y otro de Yonne Dolácio de Oliveira, y dirigida al autor de la representación, el Procurador General de la República ⁽¹²⁾.

22. Teniendo las costas esa naturaleza, deben ser instituidas por ley (principio de legalidad tributaria) de iniciativa del Jefe del Poder Ejecutivo (art. 61, parágrafo I, II, b, de la Constitución) obedeciendo al principio de la igualdad (art. 150, II) de la irretroactividad (art. 150, II, a) y de la anterioridad (art. 150, II, b).

23. Como las tasas son del sujeto activo de la obligación tributaria, sea la Unión o los Estados Miembros de la Federación, según el caso, no deben ser pagas a los servidores forenses del Estado, quienes perciben las remuneraciones y ventajas del cargo, regla que se aplica tanto a los magistrados como a los escribanos, escribientes y oficiales de la justicia. Los últimos, según lo dispone la ley paulista nº 4.952 del 27/12/85, cuando mucho, pueden ser resarcidos de los gastos de la diligencia, en general, de la conducción, siéndoles vedada la percepción de cualquier numerario de la parte, directamente.

11. Incluido en *O Novo Sistema de Custas Judiciais*, de Bruno Afonso de André, São Paulo, Ed. Saraiva, 1987, página 2.

12. Los trabajos citados están reunidos en la publicación intitulada *A natureza das Custas Judiciais*. Co-edición O.A.B.-SP y Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1982.

4. *Publicidad de la actividad jurisdiccional*

24. La publicidad no es condición inherente a la actividad jurisdiccional en otros países, los cuales conservan dispositivos que permiten juzgamientos secretos, lejos del clamor del público, del alarido de la prensa y de las presiones de los grupos. En verdad, el juzgamiento secreto no es un juzgamiento de excepción. Al contrario, el juzgamiento lejos del público es necesidad imperiosa, principalmente en los casos que apasionan a la opinión pública, para una reflexión tranquila, una meditación más ponderada sobre la controversia. Sólo quien es juez sabe cuánto coraje es preciso para el juzgamiento contrario, adverso, a aquel que desearía la masa, muchas veces bajo la influencia de los medios de comunicación o de personas interesadas.

25. Se encuentra el país, entretanto, en un clima de transparencia, y esa aspiración para que todos los actos practicados en nombre del Estado sean claros y sin disfraz, ciertamente influenciarán al legislador constituyente para aprobar la norma que consta en el art. 96, inciso IX, así redactado:

“Ley complementaria, de la iniciativa del Supremo Tribunal Federal, dispondrá sobre el Estatuto de la Magistratura, observados los siguientes principios: ... todos los juzgamientos de los órganos del Poder Judicial serán públicos, y fundamentadas todas las decisiones, bajo pena de nulidad, pudiendo la ley, si el interés público lo exigiere, limitar la presencia en determinados actos a las propias partes y sus abogados, o solamente a éstos”.

26. Se piensa por principio autónomo, de aplicación inmediata, y cuya inscripción en el futuro Estatuto de la Magistratura, ley que dispondrá sobre el régimen jurídico de la magistratura nacional, es perfectamente dispensable, una vez que dice respecto a la actividad jurisdiccional, siendo garantía de honestidad y de imparcialidad de los juzgamientos de los tribunales. Tan sólo permanece secreto, el voto de los jurados, en la institución del jurado popular (art. 5º, inciso XXVIII, b). Se destaca, la comisión expresa de nulidad del juzgamiento no público, consignada en la parte constitucional transcrita (“todos los juzgamientos de los órganos del poder Judicial serán públicos, y fundamentadas todas las decisiones, bajo pena de nulidad...”).

5. *Motivación de las decisiones. Garantía del estado de derecho*

27. Se contempla en la misma norma constitucional, por último apreciada, que también es causa de nulidad, expresamente manifestada en la letra de la Constitución, énfasis hasta dispensable, visto que son nulas todas las acciones contrarias a la Ley Fundamental, las decisiones no fundamentadas, o no motivadas. Esa inservibilidad de la decisión no motivada del Poder Judicial ya se encuentra declarada en la ley procesal, según se lee en el art. 458 del C.P.C., que establece como requisito de la sentencia (II) su fundamentación, y en el art. 165, in verbis: "Las sentencias serán proferidas con observancia de lo dispuesto en el art. 458; las demás decisiones serán fundamentadas aunque de modo conciso". Ahora el tema resurge en la Constitución.

28. No se está delante de una originalidad, por cuanto la Constitución italiana de 1948 rezaba: "Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati" (art. 111, 1ª línea) de acuerdo con el ejemplo citado por el procesalista José Carlos Barbosa Moreira, en primoroso trabajo intitulado: "La motivación de las decisiones judiciales como garantía inherente al estado de derecho" (13). Recuerda el autor que le dieron dignidad constitucional al principio en Bélgica, en su Constitución de 1831 (art. 97) así como en Colombia, Haití, México y el Perú (art. 14).

29. En el citado artículo de la doctrina, expone el renombrado autor las siguientes conclusiones:

1) La motivación de las decisiones judiciales, como expresión de la *justificación formal* de los actos emanados del Poder a que competen, por excelencia la tutela del orden jurídico y de los derechos subjetivos, constituye garantía inherente al estado de derecho.

2) El principio de que las decisiones judiciales deben ser motivadas, se aplica a los pronunciamientos de naturaleza decisoria emitidos por cualquier órgano del Poder Judicial, sea cual fuere el grado de jurisdicción, sin exclusión de los que posean índole discrecional o que se funden en juicios de valor libremente formulados.

13. Incluido en *Temas de Direito Processual*, de José Carlos Barbosa Moreira. Segunda Serie, 2ª edición. São Paulo. Ed. Saraiva, 1988, páginas 83 y 95.

3) Es conveniente la inclusión en la Constitución de la República, de un dispositivo que consagre en términos expresos el principio de la obligatoriedad de la motivación” (14).

La sugestión fechada en marzo de 1978, en buena hora vino a ser adoptada en la Constitución.

30. Michele Taruffo, profesor de la Universidad de Pavía, al escribir sobre “El significado constitucional de la obligación de la motivación”, después de advertir que la motivación asegura la posibilidad de control vertical sobre la operación del juez, exigencia típica del Estado burocrático centralizado, afirma en lo esencial, que la motivación debe tenerse como garantía (15). Adelante comenta: “Bajo el plano de la jurisdicción, ella (la obligación constitucional de la motivación) significa que el proveimiento del juez no se legitima en cuanto ejercicio de autoridad absoluta, sino en cuanto el juez rinda cuenta del modo por el cual ejercita el poder que le es dominio delegado del pueblo, primero y verdadero titular de la soberanía” (16).

31. La Constitución brasileña, entretanto, no se contentó con la obligatoriedad de la motivación en las decisiones judiciales, las extendió a las decisiones administrativas, reguladas en el inc. X del mismo art. 93:

“— las decisiones administrativas de los tribunales serán motivadas, siendo las disciplinarias por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros”.

6. *Contradictorio*

32. El contradictorio hace parte del conjunto de principios y garantías del llamado *justo proceso* o del *due process of law* (debido proceso legal), cláusulas cuyos orígenes y desarrollo se encuentran en el sistema del *common law* y del derecho romano-germánico clásico. Sobre el debido proceso legal, enseña la consagrada profesora Ada Pellegrini Grinover, en asunto de su predilección:

14. Idem, página 95.

15. Véase el libro citado en el n° 11 anterior, el artículo del profesor Michele Taruffo, intitulado *II significato costituzionale dell' obbligo di motivazione*, páginas 37 a 50.

16. Idem, página 41.

“Vanas serían las libertades del individuo, si no pudiesen ser reivindicadas y defendidas en juicio. Pero es necesario que el proceso haga posible efectivamente a la parte, la defensa de sus derechos, la sustentación de sus razones, la producción de sus pruebas. La oportunidad de defensa debe ser realmente plena, y el proceso debe desarrollarse con aquellas garantías, en cuya ausencia no puede existir el *debido proceso legal*, incluido en toda Constitución realmente moderna”...

En el *due process of law* el elemento a que se subordina toda la legalidad del procedimiento es la efectiva posibilidad de la parte de defenderse, de sustentar sus propias razones, de tener *his day in Court*, en la denominación genérica de la Suprema Corte de los Estados Unidos” (17).

33. La Ley Fundamental de 1867, con redacción dada en la Enmienda de 1969, en dos párrafos (15 y 16) del art. 153, aseguraba a los acusados amplia defensa y establecía que la instrucción criminal sería contradictoria, resintiéndose así el proceso civil de una garantía explícita, aunque la doctrina y la jurisprudencia no la negasen. Hoy, la garantía es amplia y cristalina, gravada en el inciso LV, del art. 5º de la Constitución de 1988, a saber:

“A los litigantes en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general son asegurados el contradictorio y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes”.

34. Garantizan esa disposición otras más que merecen registro;

“LIII. Nadie será procesado ni sentenciado sino por la autoridad competente”;

“LIV. Nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal”; y

“LVI. Son inadmisibles en el proceso, las pruebas obtenidas por medios ilícitos”.

35. El contradictorio es característico de la propia jurisdicción, conforme lo acentúa Celso Ribeiro Bastos (18) y sin su observancia, ella no existe, de acuerdo con lo que se desprende de la

17. Incluido en *As garantias Constitucionais do Direito de Ação*, de Ada Pellegrini Grinovir, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, páginas 15 y 16.

18. Obra citada en los números 3 y 7, página 87 del último.

lección de Liebman: “El principio del contradictorio. El juez no puede procesar ni juzgar, sin haber llamado delante de sí a todas las partes, para oír sus razones (audiatur et altera pars: c.p.c., art. 101). Es una elemental exigencia de la justicia dar a todas las partes la ocasión y posibilidad de defenderse antes de que el juez pronuncie su juzgamiento (la defensa es derecho inviolable en cualquier estado y grado del procedimiento)”. Constitución, art. 24, 2ª parte ⁽¹⁹⁾.

36. Con el nuevo orden constitucional brasileño, el contradictorio es garantía del jurisdicionado, en cualquier proceso (inclusive en el proceso administrativo), de cualquier especie, sea civil o criminal, asegurando también el doble grado de jurisdicción, no sólo por la referencia inherente a la amplia defensa, como por la creación de los tribunales de segundo grado de jurisdicción, en la Justicia Federal y en la Justicia Estadual —Tribunales de Justicia, Tribunales de Justicia Militar, Tribunales de Alzada y Tribunales Regionales Federales— y por la competencia recursal de los tribunales superiores, prevista en la Constitución.

7. *Inaplicabilidad de las leyes o actos contrarios a la Constitución*

37. Se habla habitualmente entre autores europeos y constitucionalistas suramericanos de la existencia de una jurisdicción constitucional, exclusiva, en varios países de Europa Occidental, de las Cortes o Tribunales Constitucionales, estructurados fuera del Poder Judicial, con auténticos poderes moderadores, guardianes e intérpretes de la Constitución. Así ocurre en Alemania Occidental, en Austria (patria además, con el privilegio de la concretización de esas ideas, gracias a Kelsen), en España, en Portugal y en Italia, entre otros.

38. Al respecto de la jurisdicción constitucional, en el último país, dice el gran Enrico Tullio Liebman: “La institución de la Corte Constitucional, a la que se confía con exclusividad el control de la constitucionalidad de las leyes, limita en otro sentido los poderes de los jueces, tanto ordinarios como especiales: cuando en un proceso (giudizio) surgen dudas sobre la legalidad constitu-

19. Includo en *Manual de Direito Processual Civil*, de Enrico Tullio Liebman, traducción de Cándido Dinamarco, Río de Janeiro, Forense, 1984, página 11.

cional de una norma de ley que allí debería ser aplicada (o que torna relevante la cuestión acerca de la validez de la norma) si la cuestión no fuere manifiestamente infundada debe el juez suspender el proceso y remitir a la Corte Constitucional la decisión al respecto (Const., art. 134; ley constitucional n° 01, del 9/2/48, art. 1°). A continuación dice el maestro italiano: "En otros países, por ejemplo, Estados Unidos, tal control ocurre de manera difusa, o sea, es realizado por cualquier juez, cuando delante de él se suscita la cuestión de constitucionalidad" (20).

39. De la misma forma que en los Estados Unidos, surgió en el Brasil el control difuso, concreto, *incidenter tantum*, merced al trasplante de aquel sistema de control de constitucionalidad, bajo el influjo de la palabra y de la doctrina de Rui Barbosa, por medio del patrocinio de causas políticas, en pleitos memorables antes de la primera Constitución Republicana de 1891, y de la propia connotación de corte constitucional, parcialmente conferida al Supremo Tribunal Federal, desde sus comienzos, aunque no se pensase en la acción directa de inconstitucionalidad; pero recientemente apareció el control para justificar la intervención de la Unión en los Estados y Municipios, establecido en la Constitución de 1946 (art. 8°, párrafo único) reglamentado en la ley n° 2.271, del 22 de julio de 1954; y por último el control concentrado, abstracto, en tesis, ordenado en la Enmienda Constitucional n° 16, del 26/11/65 (expuesta en la Constitución de 1946). Hay, así, el control por vía directa, de la acción directa de inconstitucionalidad conforme lo dispone el inciso I, a, del art. 102, en concordancia con el art. 103 de la Constitución Federal, tratándose de la defensa de la Constitución Federal, y los respectivos Tribunales de Justicia de los Estados en cuanto se refieren a la defensa de la Constitución del Estado, y el alegato de inconstitucionalidad por vía de excepción.

40. De esta manera, son competentes para dejar de aplicar la ley por considerarla inconstitucional, cualesquiera jueces, de cualquier instancia, en el juzgamiento de un caso concreto, esto es, *incidenter tantum*. No sólo las leyes como los actos de cualquier función del Estado contrarios a la Constitución. Además, no depende el examen del alegato de parte. Es lo que afirma Arruda Alvim: "La inconstitucionalidad deberá ser decretada, habiendo o no alegación de parte. Este procedimiento no es sino consecuencia y aplicación de la regla de *da mihi factum, dabo tibi jus*. El

20. Idem, páginas 28 y 29.

juez no es obligado a aplicar el derecho y la regla jurídica ordinaria que contraviene a la Constitución porque no es derecho, pues, por la jerarquía de las normas, es la constitucional la que tendrá irrefragablemente que prevalecer sobre las inconstitucionales” (21).

41. Son motivos suficientes para elevar el control constitucional al nivel de principio regente en la actividad jurisdiccional, no sólo la regla de que “solamente por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros y de los miembros del respectivo órgano especial podrán los tribunales declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto del Poder Público”, escrita en el art. 97 de la nueva Constitución, sino también el recurso extraordinario, de competencia del Supremo Tribunal Federal, en las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida (art 102, III) :

- a) Contrarie dispositivo de esta Constitución;
- b) Declare la inconstitucionalidad de tratado o ley federal; y
- c) Juzgue válida ley o acto de gobierno local contrario a esta Constitución.

8. *Actuación del juez como creador de la norma, en el caso concreto*

42. Problema crucial, en el ámbito de la jurisdicción constitucional y de la jurisdicción relativa a la efectividad de los derechos y libertades constitucionales, o sea, de los derechos fundamentales, y de los derechos sociales definidos por la nueva Constitución (art. 6º), de manera ejemplar como “la educación, la salud, el trabajo, el descanso, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y la infancia, la asistencia a los desamparados”. Tan grave es la cuestión de la aplicación de los principios consagrados en la Ley Máxima, que antes de las diversas etapas de la promulgación, los juristas y el pueblo brasileño ya se preocupaban con su efectiva y concreta realización. La preocupación, además, es bastante antigua. Basta con recordar que en la monografía ya clásica sobre la *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, escrita por José Afonso da Silva, el autor

21. Obra citada, en el número 7 anterior, página 85.

abordaba el tema de la inconstitucionalidad por omisión ⁽²²⁾, asunto estudiado más recientemente en tesis de doctorado por la profesora Anna Cândida de Cunha ⁽²³⁾. Paulo Lopo Saraiva, igualmente, en libro intitulado *Garantía constitucional de los derechos sociales en el Brasil*, de 1983, proponía la inserción constitucional de la inconstitucionalidad por omisión y sugería la creación del Mandato de Garantía Social, en el ordenamiento constitucional “destinado a hacer consagrar, respetar, mantener y restaurar, preventiva o represivamente, los derechos sociales previstos explícita o implícitamente en la constitución federal, contra actitudes activas u omisivas del Poder Público o de los particulares, para los cuales no existía remedio propio” ⁽²⁴⁾.

43. En el anteproyecto elaborado por la Comisión presidida por el senador Afonso Arinos, se lee en el caput del art. 10, “Los derechos y garantías que constan en esta Constitución tienen aplicación inmediata”, norma reproducida por el parágrafo primero del art. 5º de la Constitución vigente (“Las normas definidoras de derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”), y en aquel anteproyecto, se encuentra adelante: “En la falta u omisión de la ley el juez decidirá el caso de modo a alcanzar los fines de la norma constitucional” (parágrafo primero). Celso Antonio Bandeira de Melo, expositor de uno de los paneles del ciclo promovido por la O.A.B.-SP, en abril de 1987, cuyo tema era intitulado “Cómo hacer para que la Constitución sea cumplida”, propuso para que la Constitución se torne más eficaz, operativa, en fin, para ser cumplida, la inserción del siguiente artículo:

“...Cuando la acción u omisión estatal implicare agravio o impedimento al disfrute de un bien jurídico, abstractamente previsto en regla constitucional, cabrá la acción judicial para hacerla valer, aunque el dispositivo que la contemple depende de reglamentación.

22. Incluido en *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, de José Afonso da Silva, 2ª edición. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1982, página 118.

23. Véase *Inconstitucionalidad por omisión, una propuesta para la constituyente*, de Anna Cândida da Cunha Ferraz. Incluido en la Revista de Informação Legislativa. a. 23 nº 89, enero/marzo 1986, página 99.

24. Incluido en *Garantía constitucional de los derechos sociales en Brasil*, de Paulo Lopo Saraiva, Río de Janeiro, Forense, 1983, página 102.

Parágrafo 1º Se considera titular para proponer la acción todo aquel que personalmente disfrutaría del bien jurídico referido en la disposición constitucional, aunque el disfrute deba realizarse conjuntamente con la colectividad de personas supuestas en la regla.

Parágrafo 2º Además de los referidos en el parágrafo anterior, también las entidades de clase podrán proponerla, en favor de sus afiliados.

Parágrafo 3º El objeto de la acción será la prestación personal del Poder Público a los autores o beneficiarios de ella, si el agravio consistiere en omisión. Su objeto será la anulación de los actos, si la lesión del bien jurídico, prevista en la regla invocada, derivare de conducta activa del Estado.

Parágrafo 4º Cuando la omisión estatal lesiva se debiere a la ausencia de ley que reglamente la disposición constitucional, el Poder Judicial decidirá la litis, aplicando al caso concreto, análogicamente, principios y disposiciones normativas de otros países, en los cuales se regule el mismo derecho, o derecho similar al de la regla constitucional brasileña” (25).

44. Innegablemente, la falta de cumplimiento de un precepto constitucional es fuente de desprestigio del orden jurídico y del propio Poder Judicial, permaneciendo “buena parte de nuestro derecho en un depósito tan sólo de buenas intenciones sin ninguna significación jurídica”, como señala Celso Bastos (26).

45. Por todo lo expuesto, deben ser recibidas con euforia las nuevas disposiciones constitucionales, atinentes al llenado de estas verdaderas lagunas, que hasta entonces, por omisión del legislador o del administrador, venían frustrando conquistas y garantías anunciadas como medidas redentoras. Estas medidas de defensa de los derechos atrás calificados le proporcionan una nueva característica a la función jurisdiccional en el país, la del *mandato de imposición y la acción directa de inconstitucionalidad por omisión*. La primera está concebida en el inciso IXXXI, del art. 5º: “Se concederá el mandato de imposición siempre que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la

25. Obra citada, número 9 anterior, página 24.

26. Incluido en *Direitos e Garantias Individuais*, de Celso Ribeiro Bastos, obra intitulada *Constituição e Constituinte*, Cadernos Apamagis, nº 6. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”; y la segunda está incluida en el art. 103 que disciplina la acción de inconstitucionalidad por omisión, parágrafo 2º, del siguiente tenor: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de la medida para tornar efectiva una norma constitucional, será comunicada al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y si se trata de órgano administrativo, para hacerlo en treinta días”.

46. La cuestión gana intensa relevancia en la medida en que ocurren omisiones del legislador y hasta del órgano ejecutivo, en la reglamentación de normas que se presentan bajo la forma de no ejecutables (“not self-executing provisions”) de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia americanas, o se presenta en la siempre actualizada división adoptada por José Afonso da Silva, como “normas constitucionales de eficacia limitada o reducida”, o sean, aquellas que “no producen, con la simple entrada en vigor, todos sus efectos esenciales, porque el legislador constituyente, por cualquier motivo, no estableció sobre la materia una normatividad bastante para eso, dejando esa tarea para el legislador ordinario o en otro órgano del Estado” (27). Tales normas, de conformidad con el renombrado constitucionalista brasileño, pueden ser “declaratorias de principios institutivos u organizativos”, correspondientes a lo que parte de la doctrina denomina “normas de legislación” y “declaratorias de principios pragmáticos”, también, simplemente llamadas “programáticas” (28).

47. Entretanto, como ya enseñaba Ruy, “no hay en una Constitución, cláusulas a las que se deba atribuir meramente el valor moral de consejo, aviso o lecciones. Todas tienen fuerza imperativa de reglas, dictadas por la soberanía nacional o popular a sus órganos” (29). Francisco Campos en el mismo sentido, años después aseveraba: “repugna absolutamente, al régimen de constitución escrita o rígida, la distinción entre leyes constitucionales en el sentido material y formal: en tal régimen, son indistintamente constitucionales todas las cláusulas que constan en la Constitución, sea cual fuere su contenido o naturaleza”. Siendo pues, continúa Campos, “todas ellas de orden constitucional, tendrán igualmente la misma fuerza, que proviene, no de su materia, sino

27. Obra citada en el número 23 anterior, página 73.

28. Idem, página 75.

29. Incluido en *Comentarios á Constituição Federal Brasileira*, de Ruy Barbosa, volumen II, São Paulo, Ed. Livraria Acadêmica, 1983, página 489.

del carácter de instrumento a que adhieren” (30). José Afonso da Silva, en varios pasajes de su citada obra, expone: “Las normas constitucionales pertenecen esencialmente al *jus cogens*”; “no hay norma constitucional alguna destituida de eficacia”.

48. Así, teniendo presente aquella disposición que torna aplicables de inmediato las normas definidoras de derechos y garantías fundamentales, en las que se comprenden todas las incluidas en el título II de la Constitución, además de otros que son derechos fundamentales y están esparcidos, por ejemplo, en las disposiciones generales de la Administración Pública, en el capítulo del Poder Judicial, en el capítulo del Sistema Tributario y del Orden Económico, cualquier ausencia de norma que haga imposible el disfrute de esos derechos puede ser suplida integralmente, por el mandato de imposición, y parcialmente (lo que es lamentable) por la acción directa de inconstitucionalidad por omisión.

49. La falta de norma reglamentaria de derecho consagrado en la Constitución, hasta entonces, denunciaba la existencia de una laguna técnica. Sobre este tipo de laguna, enseña Kelsen: “Al lado de las lagunas propias acostumbran distinguirse las lagunas técnicas, que son consideradas posibles aún por aquellos, que desde un ángulo positivista, niegan la existencia de las lagunas propias. Una tal laguna técnica se presenta cuando el legislador omite la norma que debería haber regulado la materia, para que en un todo fuese técnicamente posible aplicar la ley” (31). Norberto Bobbio después de clasificar las lagunas en *extra legem* e *intra legem*, considera las lagunas técnicas como *intra legem* y así las explica: ellas ocurren cuando el legislador se contenta con indicar un principio general “sin indicar modalidades de aplicación de ese principio”, o “simplemente indica el fin a ser alcanzado, sin dar los medios para lograrlo” (32).

50. En nuestro sistema jurídico constitucional ahora modificado, la falta no puede quedar, con todo, en el campo de la mera teoría de las lagunas de la ley, que a pesar de ofrecer condiciones al juez para la solución de los problemas que les son presentados, por medio de la analogía, de las costumbres, de los principios ge-

30. Incluido en *Direito Constitucional*, de Francisco Campos, volumen I, São Paulo/Río de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1956, página 392.

31. Incluido en *Teoría Pura do Direito*, de Hans Kelsen, 4ª edición. Coimbra, Armenio Amado, Sucesor, 1979, página 342.

32. Apud Antonio Carlos de Campos Pedroso, incluido en *Integração Normativa*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, página 53.

nerales del derecho y hasta de la equidad, encuentra en la cuestión de los derechos constitucionales no reglamentados y en la imposibilidad que tiene el juez de sustituir al legislador, la posibilidad de actuar como legislador positivo, idea que causa un gran pavor a los juristas y políticos de formación clásica, sobre todo por la posibilidad de la implantación del gobierno de los jueces. Otras soluciones fueron reclamadas ante la ausencia permanente de relevantes derechos constitucionales, y aunque esto venga a chocar a los propios jueces, tienen ellos una gran responsabilidad en la ejecución y aplicabilidad de la Constitución de 1988.

51. Ese desorden en la estructura de las funciones del Estado no es novedad. En países donde el problema se agravó, reconoce la doctrina que la iniciativa legislativa no puede ser remitida para las calendas griegas. “Admitida la libertad de conformación del legislador”, dice el jurista portugués Gomes Canotilho, “la demora de éste en actualizar la Constitución puede originar, primero, una situación constitucional imperfecta, y posteriormente, una verdadera inconstitucional por omisión”⁽³³⁾. Y Otto Bachoff, Juez de la Corte Constitucional Alemana, en su discurso de posesión en la Universidad de Tübingen, publicado bajo el título de *Jueces y Constitución*, hace las siguientes advertencias:

“Ley Fundamental y Poder Judicial: ya la expresión de *Poder Judicial* ha sonado escandalosamente a los juristas alemanes, así como a los mismos jueces, durante mucho tiempo; y aún hoy en día puede resultar chocante para alguno. Sin embargo, fue casi un credo jurídico que el juez debe limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos mentales estrictamente lógicos y debe abstenerse de propias decisiones arbitrarias; que está vinculado solamente al poder secular de la justicia en la ley, sin tener que representar o practicar un poder social propio. No obstante, resultaría ocioso conformarse hoy con tales ideas. Ya desde la superación del dogma de la falta de lagunas del ordenamiento jurídico, debido especialmente al célebre discurso rectoral de Tübinga e inaugural de Leipzig, de Oscar Bülow sobre “Ley y Judicatura” (1885) al no menos conocido discurso de Tübinga de Gustav Rümelin sobre “Juicios de valor y decisiones arbitrarias” (1891), al detenido análisis de Reichel sobre “Ley y Sentencia” (1915) —no cito más— se hizo evidente que en verdad al juez no ha corres-

33. Incluido en *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, de José Joaquim Gomes Canotilho, Coimbra Editora Limitada, 1982, página 205.

pondido nunca a la concepción de Montesquieu de un mecanismo de pura subsunción —“la bouche qui prononce les paroles de la loi”—; que el Poder Judicial, el llamado tercer poder en el sistema de división de poderes, no ha sido nunca “en quelque façon nul”. Se ha reconocido que el juez había tenido siempre, incluso bajo el imperio de un positivismo jurídico rígido, una parte importante en la creación del derecho; que no sólo la ley, sino “Ley y Judicatura crean para el pueblo” (Bülow) ⁽³⁴⁾. Frente a las expresivas manifestaciones consignadas, no es extraña al derecho, la creación de norma por el juez, de modo a realizar la integración normativa plena para concretar todos los principios del sistema, principalmente, en el orden jurídico nacional, al conferir al juez la condición de legislador negativo, en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, y del legislador positivo, delante del vacío jurídico dejado por los integrantes de los demás órganos del Poder, para la solución de un caso concreto, razón por la que debe ser realizada esa facultad como una nueva característica de la actividad jurisdiccional, en el Brasil.

53. El ejercicio de tales facultades, por el juez, no es de fácil desempeño —se advierte, y muchos tropiezos deben surgir hasta que se alcance una aplicación ideal de esos poderes. Muchas críticas y objeciones pueden presentarse— contra esas conclusiones, en especial, la carencia de legitimidad del juez, como representante del pueblo, fuente única y exclusiva de poder, para elaborar la norma, obstáculo procedente, solamente superable si fuese acogido el tratamiento dado a la cuestión de la divisibilidad de las funciones del Estado, con la creación de un Tribunal Constitucional puro, además de las funciones específicas del Judicial, como se adoptó en las últimas décadas en Alemania, Italia, España y Portugal, para citar apenas países antiguos que tuvieron sus democracias reestructuradas, en el tránsito del Estado Liberal para el Estado Social, calificado como un verdadero Estado Judicial.

34. Incluido en *Jueces y Constitución*, de Otto Bachoff. Madrid, Ed. Civitas, 1985, páginas 23/24.

LAS MEDIDAS CAUTELARES

*Luis Carlos Reyes **

1. *Visión general* 2. *Cauciones* 3. *Secuestro* 4. *Suspensión*
5. *Innominadas* 6. *Allanamiento* 7. *Otras medidas cautelares*
8. *Conclusión*

1. *Visión general*

Nuestro procedimiento civil entiende por *medidas cautelares* aquellas que puede adoptar el juez, a solicitud de parte, o de oficio, con el fin de garantizar el resultado del proceso en desarrollo o del futuro proceso.

Esas medidas, acorde con el propósito señalado, tienden a reconocer, o depositar o simplemente retener determinados bienes del demandado, o presunto demandado, que son o serán objeto de controversia judicial, o a ordenar la suspensión de obras o de otras actividades, para impedir su enajenación, ocultación o transformación y, en todos los casos, asegurar la ejecución de la sentencia.

Son típica manifestación, pues, de la función cautelar de la jurisdicción.

En el Código Judicial de 1917, recientemente derogado, a las medidas en comento se les denominaba acciones precautorias y se les distinguía, por su orden, como arraigo, secuestro, exhibición y suspensión. El nuevo Código opta por una denominación más

* Ex-Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá y doctor Honoris Causa de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, Colombia.

apropiada, siguiendo las orientaciones de las nuevas corrientes procesales, aunque no por ello deja de darles un tratamiento separado, como adelante veremos.

En efecto, el Código Judicial vigente desde el 1º de abril de 1987 le dedica el Título II del Libro II a las **MEDIDAS CAUTELARES**, regulándolas en seis capítulos, así: El primero, intitulado de *Normas Generales*, compuesto por los artículos 521 y 522; el segundo, sobre el *Secuestro*, que contiene los artículos que van del 523 al 553; el tercero, relativo a la *Suspensión*, comprendido en los artículos 554 a 557; el cuarto, constante de un solo artículo —el 558— denominado de las *Medidas Conservatorias o de Protección en General*; el quinto, que trata de las *Cauciones*, del artículo 559 al 561 y el sexto, referente a la *Diligencia de allanamiento*, la cual regula en los artículos 562 al 569, inclusive.

Vemos, entonces, lo ya indicado, esto es, que el nuevo Código contempla las medidas cautelares de manera global, en cuanto a principios generales, pero establece la tramitación especial de cada una, y esto se explica por sus particulares diferencias.

Igualmente debemos señalar que el nuevo Código, como su antecesor, contempla otras medidas cautelares, además de las expresamente previstas en su Título II del Libro II, tales como el aseguramiento de pruebas (art. 803 y siguientes), la inscripción provisional de la demanda sobre inmuebles o muebles registrables (art. 1212, numeral 3), el aseguramiento de bienes hereditarios (art. 1503), etc. Sin embargo, son las anteriormente descritas las más conocidas y de mayor uso, como todos sabemos.

Conviene recordar, en homenaje a nuestra historia procesal, que el arraigo, o mandamiento de *ne exeat*, lo hizo desaparecer de nuestro mundo jurídico la Constitución Política de 1946, aunque realmente fue siete años después cuando se declaró su inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia, mediante el Acuerdo N° 10 del 5 de febrero de 1953, resolviendo consulta elevada por el Juez del Circuito de Veraguas, y, por lo tanto, a partir de esa fecha fue cuando formalmente desapareció de nuestro derecho positivo. Valga la referencia histórica, pues fui gestor de la mencionada consulta a la Corte Suprema.

Las medidas cautelares, en general, quedan sujetas en su ejercicio y sustanciación a las siguientes reglas: 1) Se tramitan sin audiencia del demandado, o presunto demandado, en cuaderno separado; 2) El escrito de solicitud requiere menores formalidades que el libelo de demanda, pues bastará que exprese el nombre de

las partes, reales o presuntas, la medida que solicita, el objetivo y cuantía sin necesidad de acompañarse certificación del registro público; 3) No requerirá reparto; 4) Deberá prestarse fianza de perjuicios a satisfacción del tribunal; 5) El auto que fija la caución es apelable en efecto devolutivo; 6) El juez procurará evitar daños y perjuicios y molestias innecesarias al demandado en la ejecución de la medida y podrá sustituirla de oficio, bajo su responsabilidad personal, oyendo al actor y si fuere posible al demandado, siempre que queden plenamente asegurados los intereses del solicitante; 7) El demandado podrá obtener la suspensión o revocatoria de la medida, dando bienes suficientes en garantía, excepto en los casos de pretensiones reales; 8) Las oposiciones y las impugnaciones incidentales se formularán y sustanciarán oralmente cuando se presenten en el momento de la ejecución de la medida, sin perjuicio de que puedan serlo posteriormente en el tribunal, y mediante una lacónica relación de lo probado y alegado el juez resolverá en el acto lo que corresponda; 9) El juez goza de los poderes adecuados para adoptar las decisiones que fueren necesarias durante la substanciación, incluidos los de imponer sanciones por desacato y utilizar la fuerza pública; 10) Las resoluciones que decreten o rechacen las medidas cautelares admiten el recurso de apelación, pero su interposición no suspende ni interrumpe su ejecución.

Es preciso resaltar la sencillez del nuevo procedimiento, en homenaje al principio de economía procesal, proclamado en el artículo 212 de la Constitución Política, introducido por las reformas de 1983, y los poderes del juez para la adopción y el cumplimiento de la medida, en forma que asegura plenamente los derechos del actor, sin causar daños o perjuicios innecesarios al demandado, y la facilidad para atender y resolver las oposiciones y las impugnaciones en el momento en que se ejecuta la medida o después, circunstancias éstas que, entendidas y aplicadas con la prudencia debida, servirán a los intereses sociales y al prestigio de la justicia.

El artículo 522 del nuevo Código concede a las partes la vía incidental, para las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios causados por la medida, lo cual obvia el juicio ordinario largo y costoso al cual antes tenían que acudir.

2. *Cauciones*

Como vimos, para obtener las medidas cautelares es preciso prestar la caución que el tribunal señale.

El Capítulo V, relativo a las cauciones (arts. 559 a 561) las limita a cuatro especies o formas, a saber: *dinero efectivo, hipoteca, bonos del Estado y fianza de compañía de seguros*. Esta última constituye una conveniente innovación del nuevo Código.

La caución monetaria o bonaria deberá prestarse mediante Certificado de Garantía del Banco Nacional de Panamá. Es evidente la conveniencia de permitir la obtención de estos certificados como se venía haciendo desde la Ley N° 79 de 1963.

El juez señalará las cauciones y las podrá mejorar, a su prudente arbitrio, en resolución motivada, que será apelable.

Mediante el dinero efectivo podrá sustituirse cualquier otra caución ya constituida, pero los depósitos en dinero no serán reemplazables por otras cauciones. Esta norma, contenida en el artículo 561; pone término a innumerables controversias sobre este tópico.

3. *Secuestro*

Pasando el examen particular de las medidas cautelares, tenemos que el secuestro, posiblemente la más utilizada, se seguirá tramitando conforme a la práctica tradicional, atemperada por las modificaciones ya expresadas.

En esta importante medida cautelar las reformas han querido, fundamentalmente, hacerla más funcional, es decir, adaptarla a la finalidad para la cual ha sido creada, cual es la de asegurar la ejecución de la sentencia, y no, como algunos han pretendido, convertirla en medio para obtener ilícitos enriquecimientos, a base de la deshonesta administración de los bienes secuestrados, o en elemento de presión indebida para conseguir transacciones leoninas.

La nueva legislación otorga claros poderes al juez para impedir estas distorsiones, cuando en los artículos 541 y 542 le autoriza a nombrar y remover el Depositario Judicial, de oficio, si fuere necesario a los altos fines de la Administración de Justicia, y en el 521, numeral 5, para sustituir, igualmente, él o los bienes

objetos del secuestro, si considera que en la forma pedida provocará perjuicios graves o innecesarios al demandado, siempre que queden asegurados los intereses del actor.

Desde luego que el juez en ambos casos deberá proceder con la ponderación que se requiere para cumplir estos elevados propósitos.

Estas modificaciones se inspiraron, en parte, en la jurisprudencia, que las reclamaba como fórmula para salirse al paso a las distorsiones antes señaladas. No parece demás recordar, a guisa de ejemplo, el fallo del 15 de abril de 1975, mediante el cual el Primer Tribunal Superior de Justicia removió de oficio un Depositario Judicial en resolución motivada, sentando un precedente que ahora la legislación ha recogido como disposición legal.

Debo llamar la atención a tres nuevas disposiciones legales referentes a la medida cautelar de secuestro, producto también de la jurisprudencia, a saber:

a. El deudor podrá obtener la suspensión o el levantamiento del secuestro depositando en dinero el monto de lo secuestrado y las costas, según el artículo 536. Antes debía depositar lo demandado y las costas, lo cual resultaba inequitativo, por razones explicables;

b. No podrá sustituirse con otros bienes ni con caución el secuestro de dinero efectivo, créditos o valores fijos, también según el artículo 536. Anteriormente esta situación ocasionaba frecuentes conflictos, por falta de una norma clara al respecto; y

c. Se añadió una nueva causal de levantamiento del secuestro, establecida en el artículo 537 del nuevo Código Judicial, cual es la de que también se levantará dicha medida en el caso que no se hubiere hecho la notificación de la demanda dentro de los tres meses siguientes a su presentación y el demandante no haya pedido el emplazamiento del demandado, o si puestas las copias del edicto emplazatorio a su disposición para su publicación, no los haya hecho publicar en los treinta días siguientes. Antes del nuevo Código se daban casos de secuestros cumplidos y paralizados, con grave perjuicio para los afectados, porque quien los obtuvo no demostraba interés en la continuación del trámite, sin consecuencias por este abandono de gestión.

Estimo positivas las innovaciones descritas, pues servirán al propósito de una actividad procesal diligente y responsable.

Los incidentes de levantamiento de secuestro, de harta frecuencia, han sido sustituidos por un procedimiento más sencillo, mediante el artículo 549 del nuevo Código Judicial, el cual lo reemplaza por una solicitud con las pruebas documentales que la sustenten, la cual se pasará en traslado al secuestrante, por un término de tres días, quien a la contestación del traslado puede acompañar la prueba documental de que disponga, y cumplido este trámite el tribunal fallará. La decisión es apelable en el efecto devolutivo.

En cuanto a la caución exigida al secuestrante, la regla general contenida en el artículo 559 mantiene la tradicional consignación del dinero o bonos del Estado en el Banco Nacional y que esta entidad expida el correspondiente certificado de garantía y también puede constituirse mediante la hipoteca forzosa. Pero además instituye la fianza de compañías de seguro. Esta novedad, que es extensiva a todas las cauciones, facilita la obtención de la medida cautelar, pues es bien sabido que el Banco Nacional mantiene menos días y horas de servicio al público que las aseguradoras.

4. *Suspensión*

A la Suspensión el nuevo Código Judicial le concede la estatura que le corresponde, para cumplir sus fines, pues de acuerdo con la nueva regulación, contemplada en los artículos 554 al 557, una vez solicitada y constituida la fianza de perjuicios, el tribunal del conocimiento ordenará al demandado suspender cualquier transacción, negociación, innovación, transformación, operación u obra respecto de la cosa que es objeto de la demanda. La resolución judicial es recurrible en apelación con efecto devolutivo.

La medida cautelar de suspensión sólo procede en las pretensiones reales y cuando, a juicio del tribunal, no produzca perjuicios irreparables.

Decimos que la nueva legislación fortalece la medida cautelar de suspensión, porque de ella desaparece la facultad al afectado de hacerla cesar mediante fianza, que el artículo 413 del anterior Código otorgaba, la cual la hizo prácticamente ineficaz.

5. *Innominadas*

Las medidas cautelares innominadas, que el artículo 558 del Código Judicial de 1987 autoriza, siguiendo modernas corrientes procesales, es una de las conquistas que a nivel nacional y foráneo provoca la expresión de criterios divergentes, como lo pudimos apreciar en reciente debate que se dio en el Colegio Nacional de Abogados.

Por mi parte la creo conveniente, porque estimo positivo que la sociedad y la justicia cuenten con medios adicionales para procurar la conservación y protección en general de aquellos elementos de cualquier clase que puedan influir en el fallo final.

No veo peligro alguno en la aplicación de esta medida cautelar, pues la disposición establece que la petición se tramitará y decidirá de acuerdo con las reglas del Título II, Libro II del Código Judicial, las cuales ofrecen las debidas seguridades para evitar los abusos que algunos presagian.

Será el tribunal, en todo caso, el que mediante su prudente arbitrio decretará la medida, previa la debida fianza de perjuicios.

6. *Allanamiento*

El allanamiento, incluido en el Título de Medidas Cautelares en los artículos que van del 562 al 569 del actual Código Judicial, ha sufrido pocos cambios con respecto al ordenamiento del Código subrogado. Podríamos señalar, como más significativos, los que siguen:

a) Se otorga facultad a los secretarios de los tribunales para practicarlo, cuando sea necesario en las actuaciones que legalmente puedan efectuar esos servidores públicos, siempre que el juez haya decretado el allanamiento en la resolución o que la orden esté comprendida en la misma, según la ley. Ejemplos: diligencias de secuestro, citaciones, notificaciones y otras análogas, las cuales llevan implícita la orden de allanar, según los artículos 562 y 564;

b) Se extiende el período dentro del cual se puede llevar a cabo el allanamiento. Anteriormente era de seis de la mañana a seis de la tarde. El nuevo Código lo señala de seis de la mañana a siete de la noche (art. 567);

c) El afectado tiene derecho a recibir copia del acta de allanamiento, si la solicitare (art. 569). Considero que esta entrega es libre de costos, por el sentido imperativo de la norma, en relación con el artículo 478 *ibídem*.

Con la regulación del allanamiento concluye el Título II del Libro II del Código Judicial vigente.

7. Otras medidas cautelares

No obstante creo conveniente reiterar lo expresado inicialmente, en cuanto a la existencia de otras medidas cautelares, no comprendidas en el Título II del Libro II del Código Judicial. Ejemplos: 1) La acción exhibitoria, que el Código de 1917 acogía entre las acciones precautorias y que el actual ubica dentro de los medios de aseguramiento de pruebas; 2) La inscripción provisional de la demanda sobre derecho real en inmuebles o muebles registrables; 3) El aseguramiento de bienes hereditarios, y 4) Otros similares que conceptualmente tienen esa calidad y como tales deben entenderse y tratarse, en lo pertinente.

Efectivamente, la diligencia exhibitoria, que en el nuevo Código pasa a ser uno de los medios de aseguramiento de pruebas, como parte del Título VII (art. 803, numeral 1), también puede ser utilizada como medida cautelar, pues así lo autoriza expresamente el artículo 814, numeral 2 *ibídem*.

Obviamente que la exhibición, como medida cautelar, debe solicitarse y tramitarse conforme al procedimiento previsto para estas medidas, incluidas la prestación de caución o fianza de perjuicios, la falta de audiencia previa al demandado o presunto demandado, máxima celeridad posible, allanamiento judicial para su práctica, si fuere necesario, etc., de acuerdo con las reglas generales ya expuestas, reiteradas en los artículos 805, 806, 807 y concordantes de la excerta.

8. Conclusión

La regulación legal que el nuevo Código Judicial establece para las medidas cautelares resulta positiva, para las partes, y fundamentalmente para los intereses de la sociedad y la administración de justicia, las cuales ahora disponen de mejores y más

eficaces reglas legales para su petición, tramitación, decisión y ejecución.

Como ya lo he expresado, el nuevo Código regula las medidas cautelares apropiadamente, con más garantías para su ejercicio, producto de la laboriosa jurisprudencia sentada por nuestros tribunales de justicia y de los criterios de distinguidos procesalistas nacionales y extranjeros, además de la doctrina y el derecho comparado.

No faltan, desde luego, ajustes por hacer al nuevo Código, sobre este particular, y ellos ocupan actualmente la atención del Instituto Panameño de Derecho Procesal y del Colegio Nacional de Abogados, además de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la Honorable Asamblea Legislativa y de otras instituciones públicas y privadas.

Cabe advertir que también en otros procedimientos, como el penal, laboral, contencioso administrativo, etc., se contemplan medidas cautelares, pero es en el proceso civil donde su uso es más frecuente, y, por lo tanto, se ha dedicado este estudio a su examen.

Otra oportunidad, con más tiempo disponible, será propicia para examinar las medidas cautelares en general.

Concluimos formulando votos porque mediante todos estos esfuerzos podamos lograr el perfeccionamiento del sistema de medidas cautelares de nuestro país.

Panamá, 6 de octubre de 1990.

(Intervención el 6 de octubre de 1990 en el IV Congreso Nacional de Abogados).

DEL TESTIMONIO

(Continuación de la Revista N° 10)

*Alfonso García S. **

1. Requisitos del testimonio 2. Formalidades previas al interrogatorio 3. El testigo técnico 4. Práctica del interrogatorio 5. Ratificación de testimonios 6. En qué consiste la ratificación 7. Prescendencia de la ratificación 8. Testimonio ante notarios y alcaldes 9. Careos 10. Declaración de testigos residentes fuera de la sede del juzgado 11. Limitación de la eficacia del testimonio 12. Principio de prueba por escrito.

1. Requisitos del testimonio

De acuerdo con el artículo 226 del Código de Procedimiento Civil, las preguntas se formularán en forma oral dentro de la audiencia previamente señalada para ello, salvo que las partes prefieran dejar en poder del Secretario del Despacho, con anterioridad a la diligencia, el pliego contentivo de las respectivas preguntas.

Debe anotarse que las preguntas pueden ser sustituidas, en todo o en parte, por preguntas verbales, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, al cual remite el 226, antes citado.

Es decir, que si quien va a interrogar al testigo ha presentado el pliego que contenga las preguntas, prefiere hacerlo en forma oral, puede prescindir de aquél al momento de la audiencia.

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal y abogado litigante.

Empero, si quiere sustituir el pliego que presentó originalmente por otro cuestionario, deberá hacerlo con anterioridad a la iniciación del interrogatorio.

Ahora bien, si la pregunta respectiva versa sobre más de un hecho, o no es clara y concisa, el juez deberá entonces formularla de manera que quede referida a un solo hecho y sea diáfana y precisa.

Y el inciso segundo del artículo que se viene comentando, agrega:

“... Cuando la pregunta insinúe la respuesta deberá ser rechazada, sin perjuicio de que una vez finalizado el interrogatorio, el juez la formule eliminando la insinuación, si la considera necesaria”.

El aparte de la norma que se acaba de transcribir, nos ingresa al campo de las preguntas insinuantes, vale decir, de aquellas que en forma sutil sugieren la respuesta, y que son muy del agrado de algunos abogados litigantes.

Cuando esta clase de preguntas se filtran en el interrogatorio, el juez deberá negarles toda credibilidad a las respuestas y desestimarlas como medio de prueba, máxime si se hallan en desacuerdo con otras declaraciones que abiertamente las contradicen.

Las preguntas deberán ser totalmente imparciales, vale decir, que han de conducir al testigo a responder en forma objetiva y desapasionada sobre la forma como llegaron a su conocimiento los hechos que son materia de investigación en cada proceso o interrogatorio.

2. *Formalidades previas al interrogatorio*

En primer término, los testigos deben ingresar al Despacho judicial, o al lugar en donde se les vaya a recibir la declaración en forma separada, con el fin de que no se escuche por parte de quienes no han declarado, los testimonios de los demás.

Es bien claro el sentido de la prohibición, pues si los declarantes en un mismo asunto o proceso conocieran las deposiciones de los demás, con antelación a la propia, esta circunstancia le menguaría la seriedad y espontaneidad de que debe estar investida la prueba testimonial.

Seguidamente el juez procederá a identificar al testigo, y lo prevendrá sobre la responsabilidad de carácter penal en que incurre quien presta juramento en falso.

Esta fórmula, así a secas, sin poner a Dios por testigo de lo que se va a declarar nos parece adecuada, puesto que el testigo debe jurar que irá a decir la verdad, no por temor a un Ser Supremo, en quien creemos, sino porque si miente incurre en un delito sancionable de acuerdo con la legislación positiva.

Al final de este inciso se releva a los impúberes de la obligación de prestar el juramento previo a la declaración.

Ello está bien porque seguramente el legislador procesal consideró que los impúberes carecen de capacidad para comprender la intimidación psicológica que conlleva el juramento para quien lo presta en falso.

Pero también es conveniente anotar la siguiente contradicción de carácter legal al respecto:

En armonía con el artículo 34 del Código Civil Colombiano, impúber es “el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce. . . .”.

Luego, si en un proceso o en diligencia en los que se decreten testimonios, se llama a declarar a un hombre y a una mujer, ambos con edad de trece años cumplidos, al varón no se le puede tomar juramento y a la mujer sí.

El inciso tercero del artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, que aparece inserto dentro de las “formalidades previas al interrogatorio”, pero que debiera estar incluido en la “práctica del interrogatorio”, establece:

“El juez rechazará las preguntas manifiestamente impertinentes, y las superfluas por ser repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón de la ciencia del testigo sobre el hecho, y las que recaigan sobre hechos que perjudiquen al testigo, caso de que éste se oponga a contestarlas. Rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante, que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia. Estas decisiones no tendrán recurso alguno”.

Preguntas impertinentes son las que no vienen al caso que se controvierte, o que es materia de la respectiva declaración.

Por su parte, preguntas superfluas son, como lo indica la misma norma, innecesarias o inútiles porque constituyen la repetición de una pregunta ya respondida.

De igual manera, debe el juez rechazar la pregunta que de alguna manera resulte perjudicial para el testigo, ya que no se trata de un interrogatorio de parte, sino de la declaración de un tercero, excepto si éste acepta responderla.

Al testigo se le interroga en relación con hechos sobre los cuales tenga conocimiento (art. 227, inciso 2º del C. de P. C.) y que versen sobre el asunto o proceso que ha sido llevado a conocimiento del juez. Por esta razón establece la norma que el juez debe rechazar las preguntas cuya finalidad consista en “provocar conceptos del declarante”, a menos que éste sea una persona cuyos conocimientos especiales resulten necesarios para dilucidar el asunto que es materia de indagación, como se verá en seguida.

3. *El testigo técnico*

La declaración del llamado doctrinariamente testigo técnico se configura cuando aquella proviene “de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia”.

Este testigo técnico es de singular importancia dentro de algunos procesos; a veces no sólo es necesario, sino que resulta imprescindible.

Con el fin de precisar en estas notas su importancia, me valdré de lo que al respecto dice el tratadista Jairo Parra Quijano, en su Manual de Derecho Probatorio, edición de 1986, páginas 66 y 67:

“Piénsese en la persona que sufre transitoria enajenación mental y que en ese estado celebra un contrato y que, con posterioridad, desaparece la situación patológica; en este caso, no podríamos valernos de la prueba pericial para que los peritos dictaminaran sobre si esa persona que está cuerda hoy, sufrió enajenación en algún período pasado; en cambio, los médicos psiquiatras que atendieron al enfermo en la época de la celebración

del contrato son quienes están en capacidad de emitir conceptos científicos sobre lo que observaron en el examen practicado al enfermo”.

Del mismo autor en cita, es el siguiente ejemplo:

“Si en un proceso de filiación extramatrimonial se alega que el demandado es infértil, se puede acreditar la infecundidad con el testimonio del médico o médicos que lo examinaron en una época anterior, para deducir desde cuándo existe la deficiencia. Los médicos (testigos técnicos) podrán narrar los hechos que les consten y las deducciones que sacaron en esa época e, incluso, emitir concepto en cuanto a si esa incapacidad para procrear era irreversible o no. Si empleáramos la pericia, los peritos sólo podrían conceptuar sobre si en el presente es infértil o no, pero no desde cuándo. Desde qué tiempo es infecunda la persona, sólo lo podrán decir los testigos técnicos, es decir, los médicos que la examinaron en la época en que se presentó la anomalía”.

4. *Práctica del interrogatorio*

En primer término, de acuerdo con el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, el juez interroga al testigo acerca de su nombre y apellidos, edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios que haya cursado, las demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo de sospecha.

A renglón seguido le informará al testigo en pocas palabras sobre los hechos que constituyen la materia de su declaración y le ordenará la confección de un relato de todo lo que le conste con respecto de los mismos.

Una vez que el testigo haya cumplido con lo anterior, si el juez lo considera necesario deberá continuar con el interrogatorio, a fin de precisar el auténtico conocimiento que el testigo pueda tener sobre los hechos y obtener en esta forma un informe voluntario con relación a los mismos.

La omisión del requisito que se deja anotado, por parte del juez, la contempla la norma como causal de mala conducta.

Debe así mismo el juez poner especial empeño en que el testimonio sea lo más exacto y completo y para este logro deberá exigir al testigo una exposición razonada del conocimiento de su

dicho, con anotación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos y la forma como llegaron a su conocimiento, vale decir, para establecer si el testigo los presencié personalmente, o si, por el contrario, se trata de un acontecimiento cuyo relato proviene de terceros, o son conceptos propios del declarante, ordenándole una explicación de las circunstancias con fundamento en las cuales pueda apreciar su verdadero alcance y sentido.

Dentro de este numeral se hace referencia al denominado "testigo de oídas", que si bien es cierto no carece en absoluto de eficacia probatoria, deberá ser analizado y apreciado por el juez en cada caso concreto, ya que mediante aquél no se lleva ante el juez una representación histórica directa de los hechos materia del proceso o de la declaración, sino que narra un relato de lo que otro presencié, circunstancia que hace más deleznable la prueba, por hallarse más distante de su fuente de creación.

Continuando con la práctica del interrogatorio, después de que lo ha hecho el juez podrán hacerlo las partes, debiendo empezar aquella que invocó el testigo.

Y si después de esta intervención, el juez considera que es necesario interrogar de nuevo al testigo, la ley procesal lo faculta ampliamente para ello.

Por otra parte, al testigo no le es permitido dar como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción literal del texto de la misma.

Expresa, así mismo, la norma, que al testigo le está vedado consultar apuntes o notas, salvo expresa autorización del juez, que sólo puede ser otorgada para consultar cifras o fechas, o en los eventos en que aquél lo considere justificado y con la condición de que "no se afecte la espontaneidad del testimonio".

Si en el curso del interrogatorio el testigo pide plazo con el fin de consultar documentos, el juez se lo concederá si lo estima justificado, quedando así aplazada la respuesta pertinente, pero el interrogatorio proseguirá con las preguntas aún pendientes de formulación.

Y cuando concluyan dichas preguntas, antes de que el testigo abandone el recinto, dentro de la misma audiencia, el juez fijará día y hora para la absolución de las preguntas que hubieren sido aplazadas.

Si el juez considera que las preguntas aplazadas son indispensables para los fines del proceso, y el testigo no comparece en la oportunidad señalada para su absolución, el dicho del testigo carecerá de todo mérito probatorio, si las preguntas aplazadas habían sido formuladas por el juez, o por la parte opositora a la que solicitó el testimonio.

Con todo, si el testigo o el mandatario judicial que solicitó la prueba justifica, dentro de los tres días siguientes a la audiencia que se había aplazado, la no comparecencia, se podrá fijar fecha para una nueva audiencia, la cual no podrá ser aplazada otra vez.

Las preguntas y las respuestas se deberán consignar en forma textual, es decir, copiando fielmente el contenido de las mismas.

Sería de gran conveniencia que a los empleados judiciales que se van a encargar de recibir las declaraciones testimoniales (y también los interrogatorios de parte) se les hiciera previamente un examen de ortografía, pues en la mayoría de los despachos judiciales causa verdadero estupor leerlas, por el mencionado aspecto.

Y cuando el testigo se niegue a prestar el juramento, o a declarar; o si al declarar lo hace con respuestas evasivas, no obstante haber sido requerido por el juez para que responda en forma categórica, se le impondrá multa que oscilará entre dos y cinco salarios mínimos mensuales, quedando siempre con la obligación de comparecer a declarar, salvo si manifiesta que no recuerda los hechos que son materia del interrogatorio.

Por último, cuando dentro de la audiencia se hubiesen recepcionado varios testimonios, la disposición legal prevé que el acta respectiva se debe suscribir por cada testigo cuando finalice su respectivo interrogatorio.

También se faculta al juez para que la suscripción del acta se haga al concluir la audiencia, disposición de ningún sentido práctico y que seguramente no utilizarán los jueces, pues sólo haría perder tiempo a los testigos primeramente examinados.

5. *Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso*

El artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, preceptúa:

“Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.

2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en su audiencia, y el juez no la considera necesaria.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior”.

La hipótesis que contempla el numeral uno (1) se explica en la siguiente forma:

En un proceso adelantado por A en contra de B se rindió un testimonio, y se pretende la ratificación posterior de dicho testimonio, en ulterior proceso que adelanta A en contra de B y de C.

Resulta lógico que dicho testimonio no ha sido controvertido frente a C, por no haber sido parte en el proceso anterior, por lo que se debe pedir la ratificación del mismo dentro del nuevo proceso, para que C tenga la posibilidad de controvertirlo activamente, si lo quiere en esta oportunidad.

El numeral dos (2) de la norma que venimos comentando establece que los testimonios sólo se pueden ratificar “cuando se hayan recibido fuera del proceso y en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299”.

Luego, veamos en primer lugar el texto del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil:

“Testimonio para fines judiciales. Con el fin de allegarlos a un proceso, podrá pedirse que se reciban testimonios anticipados únicamente a personas que estén gravemente enfermas, con citación de la parte contraria en la forma prevista en el artículo 318 y en los numerales 1, 2 y 3 del 320.

La solicitud deberá formularse ante el juez de la residencia del testigo, y el peticionario expresará bajo la gravedad del juramento, que se considerará prestado por la presentación del escrito, que el testigo se encuentra en la circunstancia mencionada, e

informará el lugar donde puede citarse a la persona contra quien se pretende hacer valer la prueba.

Cuando el peticionario manifieste también bajo juramento prestado de igual manera que ignora dónde puede citarse a la presunta contraparte, se aplicará el artículo 318.

El juez rechazará de plano la recepción de testimonios extraproceso para fines judiciales, cuando la solicitud no cumpla los requisitos exigidos en los incisos anteriores.

Los testimonios que se reciban con violación de este artículo no podrán ser apreciados por el juez”.

El prementado artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, ubicado en el Capítulo IX del Libro 2º, que corresponde a las “Pruebas Anticipadas”, establece en primer lugar que los testimonios anticipados para fines judiciales sólo se pueden recibir a personas que estén “gravemente enfermas”.

Consideramos que esta circunstancia la deberá apreciar el juez con su prudente arbitrio, al momento de practicar la respectiva prueba, pues el numeral segundo de la disposición en comento establece que el peticionario de la prueba deberá manifestar bajo la gravedad del juramento, que se considerará prestado por el hecho de presentar el escrito, “que el testigo se encuentra en la circunstancia mencionada”.

Por nuestra parte estimamos que enfermedad grave es aquella que en el lenguaje convencional de la profesión médica se denomina “terminal”, o sea la que conlleva para el paciente la posibilidad de ser la que pondrá término a la existencia humana.

Se debe, pues, calificar bajo esta perspectiva la enfermedad grave, para que dé origen al decreto del testimonio de una persona en forma anticipada, porque exista la posibilidad de que aquella persona desaparezca sin que pueda relatar hechos que puedan ser de su conocimiento y que interesen para fines procesales; o se está ante la expectativa de que pierda las facultades mentales para poderlos relatar, debido al deterioro general progresivo que es consecuencia de la misma enfermedad que padece el testigo, o por causa de su edad.

Si resulta no ser verídica la afirmación hecha por el peticionario de la prueba, vale decir, si al momento de practicar el interrogatorio el juez aprecia que el testigo no se encuentra “gravemente enfermo”, simplemente no recibe el testimonio, pues para

ello lo faculta el inciso cuarto del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil.

Debe advertirse que el inciso citado expresa que la solicitud se rechazará "de plano" cuando no reúna los requisitos que se exigen en los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 298.

Pero si en el memorial respectivo se pide la citación de la parte contra la cual se pretende hacer valer la prueba, y, además, se afirma que el testigo se halla en grave estado de salud, estimamos que el rechazo de la solicitud respectiva no podrá hacerse "de plano", vale decir, sin trámite previo, pues el juez sólo podrá advertir que no existe enfermedad grave únicamente al momento de practicar la diligencia.

En cuanto a la citación de la parte contraria, el inciso primero del artículo 298 impera que aquella debe hacerse "en la forma prevista en el artículo 318 y en los numerales 1, 2 y 3 del 320".

Significa lo anotado que la persona o entidad en contra de quien se vaya a hacer valer el testimonio, debe ser notificada personalmente del decreto de la prueba.

Y si dicha persona no se puede localizar por el peticionario, quien afirma en el memorial respectivo que desconoce su habitación o el lugar donde trabaja, y no aparece en el directorio telefónico; o el que debe ser notificado personalmente se halla ausente y se desconoce su paradero, el artículo 318 autoriza para que se le emplace mediante edicto que deberá ser fijado en la Secretaría del respectivo Despacho judicial durante un lapso de veinte días, vencidos los cuales, si la parte contra quien se pretende hacer valer el testimonio no se presenta a recibir notificación personal, dentro de los cinco días siguientes el juez le nombrará un curador a quien se le notificará la práctica de la prueba testimonial anticipada.

Ahora bien, si la notificación no puede hacerse porque la parte contra quien se pretende hacer valer la prueba testimonial anticipada no se encuentra, o aquella impide u obstaculiza dicha notificación, se procede en la forma siguiente:

1º El empleado que vaya a hacer la notificación dejará en manos de la persona que habite o trabaje en dicho lugar, un aviso en el que se exprese la diligencia de que se trate, es decir, solicitud de recibo de prueba testimonial anticipada, la orden de que com-

parezca al respectivo Despacho judicial y el objeto de dicha comparecencia.

Además, dicho aviso deberá expresar el lugar, fecha y hora en los que habrá de practicarse la diligencia, aviso que deberá ser firmado por el secretario.

La persona a quien se entregue el aviso deberá firmar una copia que queda en poder del empleado que hace la notificación, la cual se agrega al expediente.

Si la persona se niega a firmar, se deja constancia de dicha conducta.

2º El aviso deberá fijarse en la puerta de entrada al lugar, excepto, claro está, que se impida su fijación al notificador.

Del aviso se enviará copia a la misma dirección por correo, y el secretario dejará constancia de ello en la actuación.

Si cuando se vaya a entregar el aviso que autoriza la ley procesal, sustitutivo de la notificación personal de la solicitud de recepción de testimonio en forma anticipada, la persona que allí se halle se niega a recibirlo, o a firmarlo, o impide que el notificador lo fije, éste deberá rendir un informe por escrito en el que se expresen los motivos que le impidieron hacer la notificación, o entregar el aviso, u obtener su firma, o fijarlo en la puerta de acceso de la habitación, residencia u oficina indicadas en la respectiva solicitud.

3º Llegado el día de la práctica de la diligencia, si la parte frente a la que se pretende hacer valer el testimonio solicitado como prueba anticipada no comparece a su práctica, se prescinde de la diligencia, previa constancia dejada por el secretario de dicha conducta, y se procede al emplazamiento respectivo, en los términos del artículo 318, sin que se necesite proferir auto que ordene realizar dicho emplazamiento.

En suma: si por cualquier circunstancia se llegare a realizar una diligencia de recepción de testimonio en forma anticipada, cuando no se trate de persona gravemente enferma, o sin citación de la parte contra quien se pretende hacer valer la prueba, en la forma como se deja anotada, tal probanza no podrá ser apreciada por el juez en el proceso subsiguiente, si se incoare, pues así lo previene el inciso final del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil.

Y si no obstante el énfasis imperativo de la ley procesal al respecto, el juez resuelve valorar la prueba practicada con la omisión de los requisitos exigidos, la parte que no fue debidamente notificada podrá impetrar la nulidad de lo actuado, al tenor de lo prevenido por el artículo 140, numeral 9, del Código de Procedimiento Civil.

6. *¿En qué consiste la ratificación del testimonio?*

Los incisos cuarto y quinto del artículo 229 que se viene comentando, y que transcribimos de nuevo por razones de método, son del siguiente tenor, en su orden:

“Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito presentado como se dispone para la presentación de la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considere necesaria.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su anterior declaración”.

Pues bien, ratificar, en armonía con el Diccionario de la Real Academia Española es “aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos”.

Luego, cuando un testigo ratifica su declaración anterior ante el juez, lo que hace, simple y llanamente, es confirmar o aprobar su versión oral ya dada en relación con el mismo asunto.

Pero no se trata, con la prementada ratificación, de expresar que es cierto lo que con antelación se había dicho, sino, como lo establece en forma diáfana la norma, que al testigo se le debe formular de nuevo, en su totalidad, y de acuerdo con el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, el interrogatorio respectivo para que pueda ser apreciado por el juez en la oportunidad legal, y sin permitir al testigo, por ningún motivo, que alcance a leer su primitiva declaración.

7. *Prescindencia de la ratificación*

Pueden las partes, obrando de consuno y por medio de memorial presentado bien sea personalmente ante el juez que conoce

del proceso, o ante el secretario de cualquier Despacho judicial, o ante el notario de cualquier Círculo del país, solicitar al juez que se prescinda de la ratificación de los testimonios recepcionados como prueba anticipada, quedando a discreción del juez acceder o no a la prementada solicitud, pues bien puede estimar que sea necesaria la ratificación, porque existan aspectos que no quedaron debidamente dilucidados en la declaración inicial, o porque avizore la existencia de colusión o tentativa de fraude procesal.

E. Testimonios ante notarios y alcaldes

El artículo 299 del Código de Procedimiento Civil es del siguiente tenor:

“Testimonios ante notarios y alcaldes. Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente, los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin”.

Digamos, ante todo, que prueba sumaria es prueba suficiente, vale decir, que con ella puede el juzgador tener por demostrado el hecho sobre el cual versa la declaración, pero a la cual sólo le falta el requisito de la controversia, y siempre y cuando la ley no exija una solemnidad especial para la demostración del hecho.

Y tal declaración está contemplada por la ley, v. gr. en el caso del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, numeral 2, que autoriza al actor, en el proceso de restitución del inmueble arrendado, para que anexe “la prueba siquiera sumaria de que se han hecho al arrendatario los requerimientos privados o los judiciales previstos en la citada disposición (se refiere al artículo 2035 del Código Civil), a menos que aquél haya renunciado a ellos o que en la demanda se solicite hacerlos”.

Como se puede apreciar, si el contrato de arrendamiento no consta por escrito, puede el actor acompañar a la demanda “prueba sumaria” de la existencia del convenio; y si aquella se pidió sin citación de la contraparte, una vez notificada la demanda podrá el demandado controvertir en forma activa la prueba, y,

eventualmente, enervar la pretensión porque se demuestre que no existió la relación contractual de tenencia invocada por el arrendador.

Finalmente, como se infiere del contexto del artículo 299 que se viene comentando, los testimonios que tengan fines judiciales, y que se soliciten como "prueba sumaria" autorizada por la ley, también se pueden solicitar ante alcalde o notario con citación de la parte en contra de la cual se vayan a hacer valer, caso en el cual se llevarán al proceso debidamente controvertidos.

9. Careos

El Código de Procedimiento Civil derogado (ley 105 de 1931) no contemplaba el llamado "careo" dentro del medio de prueba que se viene analizando.

Peró el Código de Procedimiento Civil actualmente vigente, y que está contemplado en los decretos 1.400 y 2.019 de 1970, y 2.289 de 1989, en su artículo 230 reza:

"El juez podrá ordenar cuando lo considere conveniente, careos de los testigos entre sí y de éstos con las partes en las oportunidades señaladas en el artículo 180".

No se trata, anotamos, de un medio de prueba nuevo, sino de un método investigativo, que participa del testimonio y del interrogatorio de parte a la vez, ya que se trata de confrontar un testigo frente al demandante o al demandado, o a dos testigos entre sí.

Se advierte, con respecto de la afirmación que se acaba de hacer, que aquí el interrogatorio reviste una forma *sui generis*, pues no lo formula el juez o la contraparte, sino el testigo o una de las partes a aquél, y no existe límite al número de preguntas que se pueden formular.

A pesar de que el careo ha resultado por completo extraño dentro de nuestro procedimiento civil, sería de gran utilidad que los jueces lo usaren, disipando temores, pues con todo y tratarse de una diligencia compleja, su adecuado manejo puede conducir al funcionario del conocimiento a una mejor ilustración de su criterio, frente a la verdad material que en todo proceso se trata de investigar.

El Código de Procedimiento Penal derogado, correspondiente al Decreto 409 de 1971, contemplaba la diligencia del "careo" en sus artículos 413 y 414, que, en su orden, establecían al respecto:

Artículo 413. "Careo. Cuando los testigos o procesados entre sí, o aquéllos con éstos discordaren acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que interese a la investigación, el funcionario podrá ordenar el careo de los discordantes.

El careo debe hacerse sólo entre dos personas".

Artículo 414. "Procedimiento para el careo. Para verificar el careo el funcionario hará comparecer a las personas cuyas declaraciones sean contradictorias, juramentará a los que sean testigos y exhortará a todos a decir la verdad; sin leer a los careados sus declaraciones, hará que éstos declaren de nuevo en presencia el uno del otro y en el orden en que el juez considere oportuno. En seguida, el funcionario ordenará que cada uno de los careados haga al otro las preguntas que estimare conducentes y las observaciones a que diere lugar, y procederá luego a interrogarlos".

Las disposiciones legales que se dejan transcritas, fueron derogadas por el Código de Procedimiento Penal expedido por el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias, y que se conoce como Decreto 0050 de 1987, que dentro de "La investigación de autores y partícipes", en sus artículos 376 a 392, no reprodujo las normas citadas atrás, y, además, en su artículo 678 preceptuó: "Derogatoria. Derógase la ley 2ª de 1982 por la cual se adoptó el Código de Procedimiento Penal expedido mediante Decreto 409 de 1971, y todas las disposiciones que sean contrarias al presente decreto".

Nos parece oportuno haber hecho una transcripción de las normas sobre el careo, que, aunque derogadas por el actual Código de Procedimiento Penal, marcan una pauta para el juzgador en materia civil, cuando encuentre discordancias en las declaraciones de los testigos entre sí, o entre las versiones rendidas por éstos y los interrogatorios de parte absueltos por el demandante o por el demandado.

Su vigencia en materia civil es incuestionable, pues se trata, además, de una diligencia que sólo se concibe decretable ex-officio, ya que las contradicciones que con ella se trata de dilucidar, solamente se pueden apreciar de manera objetiva por el juez del conocimiento con posterioridad a las respectivas declaraciones, y absolución de interrogatorios de parte.

Así lo previó acertadamente el legislador extraordinario del año de 1970, cuando contempló la facultad de decretar dicha diligencia en armonía con el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, que corresponde a las facultades de oficio conferidas al juez civil en relación con los medios de prueba.

Debe, pues, el juez, anotar las contradicciones que en relación con el tema del debate observe entre los diferentes testimonios y los interrogatorios de parte, si los hubiere, y con fundamento en ello elaborar las preguntas orientadas a superar las dudas que aún subsistan en su mente, imprimiendo así al proceso la actividad dinámica y creativa que debe caracterizar al juzgador moderno, ya que según Descartes, “la duda no es una blanda almohada sobre la cual pueda reposar tranquila una cabeza bien puesta”.

10. *Declaración de testigos residentes fuera de la sede del juzgado*

Sobre el particular, estatuye el artículo 231 del Código de Procedimiento Civil:

“El juez, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, podrá ordenar que testigos residentes fuera de la sede del juzgado comparezcan a éste. Para tal efecto, el juez señalará los gastos de transporte y permanencia, que serán consignados por cualquiera de las partes, dentro de la ejecutoria del respectivo auto, salvo que los testigos asuman el gasto. Si no se hiciera la consignación o no comparecieren en el día y la hora señalados, libraré despacho comisorio al juez correspondiente, sin necesidad de auto que así los disponga”.

Varios son los aspectos que contempla la norma acabada de transcribir, a saber:

1º Si el testigo no reside en el lugar donde cursa el proceso en el cual se decretó la respectiva prueba, puede el juez, de manera oficiosa, o mediante solicitud de una cualquiera de las partes, expedir orden de comparendo para que el testigo se haga presente en el Despacho, con el fin de rendir la declaración que se le solicita.

2º Como es natural que el desplazamiento conlleva a que el testigo deba realizar gastos de transporte y alojamiento, la norma estipula que, en este evento, el juez señale los gastos respectivos.

Y valga la pena anotar que si el testigo v. gr. debe viajar de Bogotá a Medellín, con el fin de rendir su declaración, el juez que conoce del proceso deberá señalar por concepto de gastos el equivalente al costo de un tiquete aéreo, de ida y regreso, por cada vez que el testigo deba comparecer al Despacho para cumplir con su deber. De igual modo, señalará, por concepto de gastos de alojamiento los correspondientes, no a un hotel de cinco estrellas, pero tampoco los de uno de los llamados por el vulgo "pensiones de mala muerte".

La dignidad de la administración de justicia exige que a quien con ella deba colaborar en un determinado momento, se le dé un trato equivalente.

La disposición contempla, sobre este aspecto, la facultad para el testigo de asumir por su propia cuenta los gastos de transporte y de alojamiento con tal fin, caso que será insólito, pero que bien puede presentarse en algún proceso.

3º Si no se opta por esta forma de recepcionar la declaración testimonial, es decir, si dentro de la ejecutoria del auto que señale día y hora para la práctica de la prueba no se consigna la suma de dinero determinada por el juez, o el testigo llamado a declarar no comparece el día en que aquella debe tener lugar, se entiende que las partes no se han acogido a dicho procedimiento, y, en este evento, el juez deberá proceder a librar despacho comisorio, sin que tenga necesidad de proferir auto que así lo ordene, al juez de igual o inferior categoría que sea competente por razón del domicilio del testigo, para que se le reciba su declaración.

4º Por último, téngase en cuenta que la forma acabada de comentar, para la práctica de testimonios de personas que residan fuera de la sede del Despacho donde ha de llevarse a efecto la diligencia, sólo es procedente dentro de un proceso que tenga el carácter de litigioso.

Se afirma lo anterior, porque la disposición en comento habla de "partes" y éstas sólo existen, procesalmente hablando, en procesos controvertidos. En los de jurisdicción voluntaria sólo es dable hablar de "interesados".

11. *Limitación de la eficacia del testimonio*

Cualquier hecho o acontecimiento de la vida cotidiana puede ser representado por medio del testimonio, sin que por este aspecto existan límites teóricos al concepto.

Lo dicho significa que desde el punto de vista de la dificultad perceptiva no existe diferencia entre los hechos susceptibles de demostración testimonial o no.

En consecuencia, cuando en el derecho positivo se prohíbe al juez tener por demostrados ciertos hechos mediante declaración de terceros, ello tiene incidencia sobre la eficacia probatoria del testimonio, mas no sobre la existencia de tales hechos.

Se trata, pues, de una medida de política jurídica, generalmente vinculada a la cuantía de la obligación o a la importancia del contrato de cuya prueba se trate, en orden a asegurar la coincidencia de los resultados de la demostración del hecho con la realidad histórica preexistente.

En cuanto a las limitaciones impuestas por el legislador procesal a la eficacia de la prueba testimonial, por el aspecto relacionado con la cuantía económica de la obligación, su evolución es la siguiente:

El artículo 703 del Código Judicial derogado, o ley 105 de 1931, preceptuaba:

“Lo dispuesto en la ley civil sustantiva sobre restricciones para admitir la prueba de testigos con relación a promesas u obligaciones cuya cuantía pase de quinientos pesos, es aplicable tanto para establecer la existencia de esas promesas u obligaciones, como para el modo de extinguirlas”.

Y el artículo 91 de la ley 153 de 1887 es del siguiente tenor:

“Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos.

No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere en modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la suma de quinientos pesos.

Para el cómputo de la referida suma de quinientos pesos no se incluirá el valor de los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida”.

Esta norma, y los artículos 92 y 93 de la prementada ley, fueron derogados expresamente por el artículo 698 del Código de

Procedimiento Civil expedido en el año de 1970, que en su artículo 232 dispone:

“Limitaciones a la eficacia del testimonio. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia del acto o contrato.

Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciarán por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

El inciso primero del artículo que se acaba de transcribir, prescribe la prohibición de la prueba testimonial por la naturaleza del hecho o del negocio jurídico.

Serían los casos, por ejemplo, relativos a la compraventa de inmuebles, o de derechos hereditarios —así la sucesión esté integrada exclusivamente por bienes muebles—, o constitución de servidumbres, para cuya demostración es necesaria la existencia de la respectiva escritura pública (artículo 1.857, inciso 2º, Código Civil), o la promesa de celebrar un contrato que debe estar contenida en escritura pública o documento privado debidamente reconocido por los otorgantes y firmado ante testigos (artículo 89, ley 153 de 1887).

No sería posible, entonces, acudir a la prueba testimonial para demostrar la constitución de una hipoteca (artículo 2.434, inciso 1º, Código Civil), o la celebración de un contrato de renta vitalicia (artículo 2.292 del Código Civil), circunstancias que se encuentran corroboradas por los artículos 187 y 265 del Código de Procedimiento Civil.

Y en lo tocante con el inciso segundo del citado artículo 232, el legislador de 1970 introdujo una norma de sana crítica según la cual, a menos que el valor del contrato o el pago, o la calidad de las partes intervinientes, o las circunstancias en que ocurrió, justifiquen el que no se hubiere otorgado documento, o siquiera un principio de prueba por escrito, se deberá apreciar por el juez como indicio grave de la inexistencia del respectivo contrato o pago, la ausencia de tal documento o principio de prueba por escrito.

Sea lo primero advertir que cuando se configura una de las causales que contempla la norma como impeditivas para obtener el respectivo documento, ello no indica que no pueda tenerse por demostrado el contrato, o el pago, pues, por una parte, se trata de un solo indicio, que al no ser necesario no constituye prueba suficiente de la inexistencia del respectivo contrato o pago; y, por otra parte, como presunción juris tantum que es, puede suministrarse prueba en contrario, o sea testimonial, que el texto legal y las reglas de la sana crítica autorizan, en orden a demostrar que sí se celebró el convenio o se realizó el pago.

En segundo lugar, mostremos con algunos ejemplos prácticos los eventos de imposibilidad para obtener el documento o el principio de prueba por escrito, en los que puedan hallarse las partes al momento de celebrar un contrato y que las hace consistir la norma en las circunstancias, el valor o la calidad de las partes:

a) Sería el caso relativo a la demostración de la compraventa de un lote de quinientas reses, efectuado en el corral de ganados de una finca, entre dos personas que el mismo día del negocio tenían que regresar urgentemente a sus lugares de residencia;

b) Al desaparecer la limitante relacionada con la demostración del contrato, o un pago, de acuerdo con el valor, estimamos que el juez deberá ser bastante prudente al examinar la prueba respectiva, pues no es lo mismo analizar la prueba testimonial relacionada con un contrato de compraventa, o el pago, sobre un vehículo automotor, por valor de cinco millones de pesos, que un caso similar que versó sobre una nevera de cien mil pesos, cuando de ambos contratos las partes no dejaron ningún documento como prueba de su celebración;

c) En cuanto a la "calidad de las partes", ya la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia tiene establecido que la imposibilidad de procurarse el documento, derivada de la calidad de las partes, puede ser material o moral.

Ejemplo de la primera circunstancia nos lo suministra el hecho del depósito necesario, cuando a causa de un incendio en su apartamento, el ocupante de éste guarda en el garaje del vecino el automóvil de su propiedad, para evitar que lo consuman las llamas.

La imposibilidad moral se patentiza v. gr. en el caso del padre que a raíz del accidente sufrido por su hijo, a consecuencia

del cual posteriormente muere éste, atiende los gastos de hospitalización y cirugía respectivos.

12. *Principio de prueba por escrito*

Como la norma que se viene comentando se refiere no sólo a la falta de documento, sino también a la ausencia de “un principio de prueba por escrito”, veamos qué quiere decir esta locución.

El artículo 93 de la ley 153 de 1887, en su inciso primero, definía el principio de prueba por escrito como “un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso”.

Empero, como en el artículo 698 del actual Código de Procedimiento Civil se derogó en forma expresa el prementado artículo, corresponde a la doctrina fijar el alcance y significado jurídicos de lo que debe entenderse por “principio de prueba por escrito”.

El tratadista Hernando Devis Echandía, en su obra “Teoría General de la Prueba”, expresa que un principio de prueba por escrito debe reunir los requisitos que a continuación se anotan:

a) Que provenga de la parte a quien se opone, o de su representante o causante.

Es decir, afirmamos nosotros, que se trata de un escrito emanado de la contraparte o de su representante o causante, que permita deducir la existencia del contrato, pues la verdadera intención de las partes, al confeccionar el escrito, no se infiere, prima facie, del documento mismo.

b) Que goce de autenticidad, o que ésta se pruebe.

El artículo 252 del Código de Procedimiento Civil contempla los casos en que un aumento privado es auténtico:

“1. Si ha sido reconocido ante juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.

2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.

3. Si habiéndose aportado al proceso y afirmado estar suscrita o haber sido manuscrita por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaron de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

4. Si fue reconocido implícitamente de conformidad con el artículo 276.

5. Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, o en la diligencia de reconocimiento de que trata el artículo 274”.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el escrito debe hacer verosímil o probable el hecho alegado.

Verosímil es lo que parece verdadero, y, por tanto, puede creerse.

Y esa verosimilitud debe inferirse por medio de la prueba testimonial, de una variada gama de circunstancias que de acuerdo con la apreciación racional, fundada en las reglas de la experiencia, extrae el juzgador al analizar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que fue creado el denominado “principio de prueba por escrito”.

Finalmente, como rasgo de carácter histórico del “principio de prueba por escrito”, acotemos, con Fernando N. Barrantes, que tiene como antecedente remoto el Statute of Frauds, ley inglesa del año 1677, según la cual determinados actos o compromisos no se podían ejecutar ni demandar, mientras no existiera algún escrito o nota debidamente suscritos por la parte supuestamente obligada a su cumplimiento. El objetivo de esta restricción es obvio: prevenir falsos testimonios y fraudes para constituir la prueba de la obligación.

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA EN LA NUEVA CONSTITUCION

*Alfonso Ortiz Rodríguez **

1. Elementos ideológicos del nuevo orden 2. Estructura general de la justicia distributiva 3. Los repartidores 4. Los objetos del reparto 5. La forma del reparto 6. Los criterios para hacer el reparto 7. Los beneficiarios o destinatarios 8. Etico-técnica inscrita en la nueva Constitución 9. Factores adversos a la realización de la justicia.

1. Elementos ideológicos del nuevo orden

El humanismo. Este elemento, fundado en la dignidad humana, está constituido por el conjunto de derechos humanos proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 y desarrollados en los tratados internacionales que fueron aprobados por Colombia mediante las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972. Los derechos individuales y las libertades públicas, propios del ideario liberal, han sido una constante en la tradición constitucional colombiana. Pero el claro reconocimiento de la dignidad, contenido en el nuevo orden, significa que el ser humano es un autofin que siempre debe ser considerado como un fin en sí mismo y jamás como un medio al servicio de fines ajenos a los suyos propios. Esta afirmación del Humanismo o Personalismo, así escritos con mayúscula, constituye una evidente defensa del individuo frente a la acción gubernamental.

* Ex-magistrado del Tribunal Superior de Medellín y ex-profesor de la Universidad de Medellín.

La democracia. Esta forma política de ejercicio del poder público es también parte integrante de la tradición constitucional colombiana. Pero en el nuevo orden ella ha sido modificada. El artículo 3 que se refiere a la soberanía como fuente del poder público, dice que "El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece". Es una mezcla de democracia popular; gobierno directo del pueblo, y de democracia representativa, gobierno de los representantes del pueblo. A eso lo llaman democracia representativa y participativa. De esta manera se ha incrementado el número de eventos electorales y el número de situaciones en que el elector puede intervenir. A esto se agrega la consagración del multipartidismo político y del estatuto de la oposición que deben garantizar la controversia política en todo momento. De todo esto se espera el enriquecimiento de la vida política colombiana y la proscripción de toda forma de violencia como método de acceder al ejercicio del poder.

El intervencionismo. La intervención del Estado en la economía del país se estableció por primera vez en la reforma constitucional de 1936 y se conservó en la de 1968. Por este método, ya tradicional en Colombia, se pretende dirigir y racionalizar la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, la distribución, la utilización y el consumo de bienes para realizar la justicia distributiva. Este intervencionismo está íntimamente ligado al plan nacional de desarrollo a que se refiere el artículo 339.

El programa de justicia social. El Presidente Alfonso López Pumarejo y todos los que han ejercido la Presidencia de la República desde 1958 hasta hoy, se han preocupado de realizar programas de vivienda, educación, salud, ampliación y mejoramiento de los servicios públicos domiciliarios, de redistribución de la tenencia de la tierra y de los ingresos, pero también de otros bienes para mejorar las condiciones materiales y espirituales de vida de los colombianos. Es cierto que el objetivo final no se ha logrado. Pero lo que quiero significar es que los programas de justicia distributiva han estado presentes en la vida política y administrativa del país. Lo nuevo es haber insertado en la constitución un programa de justicia distributiva que todos los gobiernos deberán ejecutar en ejercicio del poder público. Ya no será sólo el programa de un candidato presidencial o de un presidente, sino el programa permanente de los órganos de las ramas legislativa y ejecutiva. La realización de la justicia distributiva para lograr el

bienestar general de la población y asegurar un orden justo, es ya un propósito nacional y no el de un partido o movimiento político. Esto es lo que me determinó a elaborar el presente estudio sobre la estructura y el contenido de la justicia distributiva en el nuevo orden constitucional.

2. *Estructura general de la justicia distributiva*

La justicia distributiva, enseñó Aristóteles, se da “en las distribuciones de honores o de riquezas o de otras cosas que puedan repartirse entre los miembros de la república, en las cuales puede haber desigualdad e igualdad entre uno y otro”. Conforme a esto, la justicia que consiste en una igualdad proporcional entre por lo menos cuatro términos, debe realizarse en el mencionado reparto. Esta idea distributiva, para los miembros de determinada república, presupone lo siguiente: La existencia de personas encargadas de hacer la distribución. La existencia de honores, riquezas y otras cosas que pueden distribuirse. La existencia de formas especiales para hacer el reparto. La existencia de criterios conforme a los cuales debe hacerse la distribución. La existencia de personas a quienes se distribuyen esos bienes; y la existencia de desigualdad e igualdad entre uno y otro de esos destinatarios del reparto. Esta concepción ha sido acogida y desarrollada por el humanismo. Por eso es por lo que Werner Goldschmidt, entre otros, expresa que la justicia humana “consiste en el reparto de todos los bienes y males entre todos y cada cual de los hombres por personas autorizadas y de acuerdo a reglas derivadas de la razón”. Ahora es claro que la justicia distributiva es un reparto. Lo que suele llamarse justicia social es el reparto de la mayor cantidad de bienes y servicios posible al mayor número posible de personas para lograr el bienestar general de la población. Pero el programa de justicia distributiva insertado en la nueva constitución no sólo comprende aquellos bienes y servicios sino también todos los bienes, derechos y libertades contenidos en el humanismo. La estructura de este amplio programa está compuesta por los repartidores, los objetos del reparto, las formas del reparto, los criterios para hacer el reparto y los beneficiarios del reparto. En este orden me referiré a la estructura y contenido de la justicia distributiva en la nueva constitución.

3. *Los repartidores*

En la estructura de la justicia distributiva, prevista en la nueva constitución, los repartidores son los gobernantes. Tienen tal carácter, a nivel nacional, el congreso integrado por los congresistas y el presidente de la república con los servidores públicos de mayor jerarquía. Son gobernantes a nivel departamental la asamblea departamental integrada por los diputados y el gobernador del departamento con los servidores públicos de mayor rango. Son gobernantes a nivel distrital y municipal el concejo respectivo integrado por los concejales y el alcalde distrital o municipal con los servidores públicos de más alto rango. Los miembros de las mencionadas corporaciones intervienen en la elaboración de repartos generales y abstractos. Los otros funcionarios ejecutivos intervienen en la realización de repartos individuales y concretos. Todos ellos son repartidores pero actúan como tales en diversas fases del reparto.

Los congresistas, el presidente de la república, los diputados, los gobernadores, los concejales y los alcaldes reciben su respectivo poder de los ciudadanos que los eligen en elecciones libres y periódicas. Por eso se trata de repartidores poderosos y democráticos que deben ejercer su poder conforme a la constitución, la ley y el reglamento. Los demás servidores públicos antes mencionados obtienen su poder por el libre nombramiento que les hace el repartidor democrático. Tal designación se funda en ciertas capacidades intelectuales y ciertas cualidades morales del nombrado. O bien lo adquieren por haber igualado o superado los requisitos y condiciones fijados por la ley para determinar los méritos y calidades del nombrado. Estos servidores públicos, sean de libre nombramiento o de carrera, tienen el carácter de repartidores aristocráticos. Esta característica se apoya en las ya dichas capacidades intelectuales y cualidades morales. Así, pues, en la estructura de la justicia distributiva prevista en la nueva constitución, los repartidores se dividen en democráticos que son principales y aristocráticos que son secundarios.

El sistema de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades previsto en la nueva constitución respecto a todos y cada uno de los servidores públicos, garantiza que los repartidores de que vengo haciendo mención obrarán con imparcialidad que es el principio supremo de la justicia. Por otra parte, la dignidad humana que es fundamento de la república, significa que tales personas no tienen precio y deben siempre ser consideradas como un fin

y jamás como simple medio. Por eso los repartidores no deben venderse y nadie debe pretender comprarlos o utilizarlos como medio para fines antihumanistas, transpersonalistas o totalistas. Finalmente, de todo el texto constitucional y particularmente de los artículos 2 y 366, se infiere que todos los repartidores deben poseer la virtud de la justicia que consiste en el poder ejecutivo de la voluntad que se esfuerza en dar a cada cual lo que le corresponde para que pueda desarrollar plenamente su personalidad.

Conclusión: Los repartidores principales son poderosos y democráticos. Los repartidores secundarios son poderosos y aristocráticos. Todos ellos deben ser imparciales, dignos, poseedores de la virtud de la justicia; y deben ejercer sus funciones conforme a la constitución, la ley y el reglamento. Siendo como deben ser, el reparto que les corresponde hacer será justo. Pero si ninguno de los repartidores posee el conjunto de calidades antes mencionadas, la justicia que realicen, si es que realizan alguna, será un bien para ellos y un mal para los demás. Si unos poseen esas cualidades y otros no, tendremos tan sólo parte de la justicia distributiva. Por eso los órganos de control, previstos en la nueva constitución, deben velar porque los repartidores sean lo que deben ser para que la justicia distributiva se realice en el más alto grado posible.

4. *Los objetos del reparto*

Para lograr los fines señalados en el preámbulo y en los artículos 2 y 366, los bienes y servicios que deben distribuirse por los ya mencionados repartidores son de muy variada índole. Trataré de sistematizarlos en el orden siguiente:

Protección para el derecho a la vida. El derecho a la vida, que es lo mismo que el derecho a vivir, es el primer corolario de la dignidad humana. Por eso está atribuido a todos los seres humanos y según el numeral 1 del artículo 4º de la convención americana sobre derechos humanos, ratificada por Colombia mediante la ley 16 de 1972, debe ser protegido por la ley "a partir de la concepción". Por consiguiente, debe dispensarse protección tanto a la vida humana intrauterina como a la vida humana extrauterina. El congreso de la la república, mediante leyes, es quien otorga esa protección de manera general y abstracta. Pero es al presidente de la república a quien corresponde, en la práctica, repartir ese bien indispensable para la seguridad de la vida humana. Ciertamente, las fuerzas militares, según el artículo 217,

tienen, entre otras, la finalidad de defender el “orden constitucional” y dentro de ese orden está el derecho a vivir. Por otra parte, el fin primordial de la policía, conforme al artículo 218, “es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”. Y el numeral 3 del artículo 189 atribuye al presidente de la república la función de “Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República”. Es evidente, pues, que corresponde a tan alto funcionario del Estado dispensar, a través de la fuerza pública, la oportuna y eficaz protección para que el derecho a vivir sea una realidad.

La protección a que me vengo refiriendo consiste en evitar que los demás individuos, grupos o autoridades públicas atenten injustamente contra mi vida, mi integridad corporal o mi salud. En evitar que los sucesos naturales o sociales causen daño a mi vida, mi integridad corporal o mi salud. En evitar que la insalubridad del medio ambiente me cause los mencionados daños. En suministrarme los auxilios necesarios para evitar que la incapacidad de sostenerme a mí mismo por mi propio esfuerzo o por el de mis familiares por razones de edad, invalidez, desempleo forzoso e inevitable, etc., me ocasionen daño en el cuerpo o en mi salud. En evitar que las actividades peligrosas desarrolladas por otros individuos que puedan causarme daño en mi vida, mi integridad corporal o mi salud. En fin, la protección para el derecho a la vida tiene tantas manifestaciones como el derecho mismo a vivir. Es cierto que en la defensa de tal derecho intervienen numerosas autoridades, pero principalmente la fuerza pública dirigida y comandada por el presidente de la república. Si el derecho a vivir está totalmente protegido, la convivencia pacífica es su consecuencia necesaria.

Protección para los derechos de libertad. Los derechos de libertad son el segundo corolario de la dignidad humana. La libertad del ser humano que vive en sociedad, aunque limitada por la libertad igual de los demás, tiene multitud de manifestaciones. Y cada una de ellas debe estar suficientemente protegida para que la convivencia armónica y pacífica pueda ser una realidad palpitante en la vida social. La protección de la libertad, pues, consiste en evitar las injerencias de otros individuos y de las autoridades públicas que afectan o anulan la autonomía de mi voluntad o mi intimidad. En evitar las acciones de cualquier clase que atentan contra mi libertad de conciencia o de pensamiento o

escoger mi propia religión o de practicar mi propio culto. En evitar que mi libertad de expresar mis propias ideas y opiniones se vea impedida o anulada. En evitar toda clase de trabas a mi libertad de transitar por el territorio del país; de salir de él o regresar. Favorecer o amparar mi libertad de locomoción o movimientos y la de escoger dentro del país el lugar de mi propia residencia. Facilitar el ejercicio de mi libertad de escoger profesión, arte u oficio. Proteger mi libertad de celebrar actos y contratos y la de ejercer mis propios derechos. Favorecer la libertad de toda persona o asociarse, a constituir sindicatos y pertenecer o dejar de pertenecer a ellos; amparar la libertad de reunión y la de manifestación. Eliminar todo obstáculo que pueda impedir o perturbar el ejercicio de las libertades políticas. Impedir la injusta privación de libertad y la injusta violación de la correspondencia. La protección de los derechos de libertad consiste en impedir que otros individuos, grupos o autoridades públicas realicen acciones que anulen o dificulten el ejercicio de la libertad; y en crear condiciones favorables para el ejercicio ordenado de tales derechos de libertad.

¿A quién corresponde dispensar esta protección? El congreso de la república, mediante leyes, debe dispensarla de manera general y abstracta. Pero es al presidente de la república a quien corresponde, mediante el correcto empleo de la fuerza pública, dispensar esa protección de manera individual y concreta. Tan alto funcionario estatal es el comandante supremo de las fuerzas armadas y, como ya anoté, ellas deben defender el orden constitucional y mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas. Si tales fuerzas son bien dirigidas y cada uno de sus integrantes hace lo que le corresponde hacer, es muy probable que el derecho a la vida y los derechos de libertad estarán garantizados. Pero es evidente que, para que tal ocurra, es necesario que el congreso de la república expida las leyes pertinentes sobre las condiciones necesarias para el ejercicio de tales derechos y libertades. Si esto llega a ocurrir, la convivencia armónica y pacífica será el estado normal de los colombianos.

Oportunidades y beneficios del desarrollo económico. El modelo de desarrollo económico diseñado en la nueva constitución se funda en la propiedad privada individual y asociativa y solidaria, la libertad de actividad económica, la libertad de iniciativa privada, la libre competencia económica, la empresa y las organizaciones solidarias. Tales propiedad y libertades sólo están limitadas por el interés social, el medio ambiente y el patrimonio cultural

de la nación. Y aunque el desarrollo económico total está bajo la dirección del Estado que interviene por mandato de la ley en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía, lo cierto es que dicho Estado debe proteger y estimular cada uno de los elementos fundantes del proceso para que se pueda mejorar la calidad de vida de los habitantes y para que pueda producir las oportunidades y beneficios que luego se repartirán equitativamente como lo prevé el artículo 334.

Así, pues, el congreso mediante ley y el gobierno central mediante actos de ejecución de esa ley, deben favorecer y estimular las libertades antes dichas, pues según el artículo 333, ellas son básicas para un desarrollo económico ordenado y fructífero. De la misma forma se debe proteger, estimular y fortalecer la empresa económica como base de ese desarrollo. También se deben fortalecer las organizaciones solidarias. Por tanto, el congreso y el gobierno central deben estimular ese desarrollo suministrando un plan general claro y estable, recursos de capital y recursos tecnológicos, etc. La inversión de capitales nacionales o extranjeros es indispensable para dicho desarrollo. En este mismo orden de ideas, la producción de alimentos debe ser especialmente estimulada y protegida. Se espera, pues, un notable crecimiento de la riqueza, de los bienes y servicios y de las finanzas estatales. Se espera, igualmente, un notable aumento del número de empleos o puestos de trabajo.

Pienso que también deberá estimularse el desarrollo de los monopolios rentísticos previstos en el artículo 336, porque la mayor rentabilidad de ellos redundará en beneficio directo de los servicios de salud y educación. Pero su crecimiento aumentará, también, el número de empleos o puestos de trabajo.

En síntesis: lo que se pretende lograr con el desarrollo económico es el pleno empleo, mayor remuneración al trabajador, mayores recursos económicos para el Estado, que las personas de menores ingresos tengan acceso a los bienes y servicios básicos y, desde luego, que los ricos se hagan más ricos. La idea general es convertir a la sociedad colombiana en una sociedad desarrollada. Si se logra el reparto equitativo de esos bienes, el bienestar general será el estado normal de los colombianos.

Bienes del saber y la cultura. Educar, en un sentido, es instruir. En otro sentido es enseñar algo. En un tercer sentido es

desarrollar y perfeccionar las facultades intelectuales, morales y físicas del niño y del joven. En general, en el proceso de enseñanza-aprendizaje el individuo adquiere conocimientos que luego utiliza en diversa forma. El comportamiento presente conforme a ese saber adquirido es cultura viviente. El saber objetivado en lo que el ser humano ha hecho con un motivo, un sentido y una finalidad es cultura que fue. La primera es forma de vida humana viviente y la segunda forma de vida humana que fue pero susceptible de revivirse. Acorde con estos puntos de vista considero que la educación, la investigación y la capacitación científica, técnica, profesional y artística son bienes del saber y la cultura. Estas actividades pueden ser libres o dirigidas. La constitución, conforme al humanismo que consagra, acoge parcialmente la libertad. ¿Cómo se reparten los mencionados bienes?

La educación es obligatoria para todas las personas comprendidas entre los cinco y los quince años de edad. Ella comprende como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica. En las instituciones del Estado es gratuita pero se cobran derechos académicos a quienes puedan pagarlos. Con tal educación se busca que esas personas tengan acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura. Pero el inciso segundo del artículo 67 dice: "La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del medio ambiente". Y el artículo 41 dispone: "En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la instrucción cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana". Tales finalidades y mandatos seguramente son buenos. Pero lo que no es bueno es establecerlos como dogma constitucional. Este dogma contraviene lo dispuesto en el artículo 68 respecto de que el Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra. El dogma constitucional antes dicho impide que los individuos adquieran conocimientos nuevos para diseñar, elaborar y difundir alternativas distintas del dogma. También está en contradicción con el ejercicio del derecho de los padres de familia "de escoger el tipo de educación para sus hijos menores" previsto en el mismo artículo 68. Si nadie puede ser obligado a recibir educación religiosa en los establecimientos del Estado, ¿por qué sí está obligado a recibir la educación que vengo mencionando?

La enseñanza científica, técnica, artística y profesional deben ser promovidas y fomentadas por el Estado de manera que todos los colombianos tengan iguales oportunidades de acceso a tal enseñanza. Finalmente, se debe dispensar protección para el patrimonio cultural y arqueológico y otros bienes que conforman la identidad nacional. La ley deberá declarar cuáles son los que constituyen la identidad nacional.

Bienes para el desarrollo político. Todo ciudadano tiene derecho de fundar, organizar y desarrollar un partido o un movimiento político. Y el Estado debe contribuir a la financiación del funcionamiento de tal partido o movimiento. Todo ciudadano puede organizar otro tipo de asociación de personas para participar en alguna elección de las previstas en los artículos 40 y 103 o para ejercer el derecho de iniciativa legislativa o de revocatoria del mandato a algún elegido. Tanto los partidos como los movimientos políticos y estos otros grupos tendrán la contribución económica del Estado para adelantar sus campañas electorales. Los candidatos debidamente inscritos podrán utilizar los medios de comunicación social del Estado en todo tiempo de acuerdo con la ley. Pero sólo los partidos y movimientos políticos con personería jurídica pueden utilizar dichos medios. Así, el candidato de un grupo significativo de ciudadanos que no constituye partido ni movimiento político, puede usar esos medios pero no otra persona de la agrupación. Para que los partidos políticos, los movimientos políticos y las otras agrupaciones tengan razón de existir y para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho de elegir y ser elegido, es necesario que el Estado organice las elecciones periódicas y libres, pero también plebiscitos, referendos, consultas populares, etc. Si esto no ocurre el desarrollo político se estanca o desaparece.

Algunos de los partidos políticos y movimientos políticos participarán en el gobierno y otros no. Estos últimos "podrán ejercer libremente la función crítica" frente al gobierno y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para tales fines se les garantizan los siguientes derechos: de acceso a la información y a la documentación oficiales, salvo las restricciones legales. De uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para congreso inmediatamente anteriores, salvo las restricciones legales. De réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales, salvo las restricciones legales. Y de participación en los organismos electorales, salvo las restricciones le-

gales. Los partidos y movimientos minoritarios tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados según su representación en ellos.

Tal como se establece en el artículo 112, sólo los partidos y movimientos políticos que no participen en el gobierno pueden hacerle oposición. ¿Por qué no pueden hacerla las demás asociaciones? Sólo aquellos partidos y movimientos tienen los derechos señalados en la disposición mencionada. ¿Por qué no los tienen las demás asociaciones aunque hayan obtenido representación en el congreso? ¿Por qué sólo tienen derechos de oposición los movimientos políticos que ya hayan intervenido en elecciones para congreso? Pero lo peor es: ¿qué restricciones puede establecer la ley a los derechos de la oposición? La distribución de los bienes para el desarrollo político parece injusta. Pero todavía queda por preguntar: ¿es admisible en la vida política del país, un movimiento político en cuyo programa incluye el empleo de las armas como instrumento de lucha para llegar al poder? ¿Es admisible un movimiento político en cuyo programa incluya el postulado de que la religión católica es la oficial de Colombia, y que es obligatoria la enseñanza de tal religión en todos los establecimientos de enseñanza? Y así otras cosas que no se prevén en la constitución. La respuesta parece negativa debido al dogmatismo consagrado en esta carta fundamental. Este dogmatismo cierra las puertas a cualquier otra alternativa política diferente de la diseñada en la constitución.

Bienes para el bienestar general. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, dice el artículo 366. En el humanismo, el bienestar general es el resultado de distribuir la mayor cantidad posible de bienes al mayor número posible de individuos. En otras palabras, consiste en la satisfacción del mayor número de necesidades al mayor número posible de personas. Pero como se infiere del texto de la disposición citada, parece que tal bienestar consiste en satisfacer las necesidades de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Y, además, en la satisfacción de las necesidades de servicios domiciliarios como se colige del artículo 367. A pesar de esto, pienso que la satisfacción de las necesidades de seguridad social, vivienda y recreación de que tratan los artículos 48, 51 y 52, es indispensable para producir el bienestar general. En cambio, bienes como la paz, el orden público, el orden social, la prosperidad financiera del Estado, la integridad del territorio nacional, la independencia nacional, los recursos naturales, los recursos culturales, etc., constituyen lo que

llaman bien común. Claro que el mantenimiento de éste resulta necesario para lograr el bienestar general.

El gobierno central y los gobiernos departamental y municipal deben prever, en sus planes y presupuestos, la inversión que deben hacer para satisfacer las mentadas necesidades. A esta inversión el artículo 366 la llama "gasto público" y agrega que tiene prioridad sobre cualquiera otra. Pero es al gobierno central a quien corresponde promover los planes de vivienda social y fomentar la recreación y el deporte según se infiere de los artículos 51 y 52. Esto no debe ser obstáculo para que los otros gobiernos hagan lo mismo a nivel departamental o municipal según el caso.

Recursos para financiar lo antes dicho. Para financiar el reparto de los bienes y servicios previstos en la Constitución, el Estado colombiano cuenta con los recursos del gobierno central que se originan en los ingresos tributarios, no tributarios y de capital. De los recursos de los departamentos formados por los ingresos tributarios, no tributarios, de capital y del situado fiscal, artículo 356. De los recursos de los municipios originados en los ingresos tributarios, no tributarios, de capital y de su participación en los ingresos corrientes de la nación, artículo 357. De las rentas producidas por la explotación de los monopolios de que trata el artículo 336. Por último, hay que contar con las oportunidades y beneficios producidos por el desarrollo económico.

5. *La forma del reparto*

El proceso de expedición de la ley, la ordenanza o el acuerdo es la forma como el congreso, la asamblea y el concejo distrital o municipal hacen el reparto general y abstracto. El acto ejecutivo o administrativo es la forma como el gobierno central, departamental, distrital y municipal realizan en la práctica el reparto general y abstracto. Cada una de las formas del reparto debe ser conforme al orden jurídico del país. En caso contrario pueden ser declaradas inconstitucionales o ser anuladas.

6. *Los criterios para hacer el reparto*

Los criterios para hacer el reparto están constituidos por los principios que deben inspirar y fundamentar la acción de los repartidores para que el reparto sea justo. En general, según el

artículo 209, tales principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Pero en relación con cada tipo de objeto el reparto obedece a criterios especiales.

La protección del derecho a la vida y a los derechos de libertad debe repartirse por igual a todos los miembros de la república, con imparcialidad y de manera oportuna y eficaz. Todos los integrantes de la sociedad colombiana merecen igual protección. Estos criterios resultan violados cuando se dispensa especial protección a ciertas personas. El otorgamiento de esta ventaja o privilegio sólo se justifica cuando tal persona está particularmente amenazada de muerte o de ser secuestrada, por ejemplo. Todas las personas que se encuentren en esa misma situación especial merecen ser especialmente protegidas. Por eso puedo decir que en condiciones iguales las personas merecen igual protección. En condiciones desiguales la protección que se dispensa debe ser desigual. Por tanto, si una persona o grupo de personas se encuentra en situación particular de peligro para sus vidas o su libertad y la autoridad pública no dispensa oportuna y eficazmente la protección especial, esa autoridad pública prevarica por omisión y la persona o personas que sufran daños por esa omisión deben ser indemnizadas.

Las oportunidades y beneficios producidos por el desarrollo económico deben repartirse equitativamente. La palabra "equitativa" contenida en el artículo 334 tiene el sentido y alcance de igualdad proporcional. Esto significa que tales oportunidades y beneficios se reparten teniendo en cuenta la aportación hecha por cada uno en ese desarrollo. Generalizando puedo decir que participen en ese desarrollo el capital, el trabajo y el gobierno central que lo dirige. A mayor intervención del capital en ese proceso, mayor rentabilidad. A mayor intervención del trabajo en el proceso, mayor remuneración. A mayor eficacia del gobierno central en el proceso, mayor la contribución que le corresponde. Pero si ese desarrollo económico ha perjudicado el medio ambiente físico, es necesario algo para la recuperación de ese medio o para conservar la salubridad del mismo.

El reparto de los bienes del saber y la cultura obedece también a criterios especiales. El primero tiene que ver con la edad de los individuos que deben recibir educación. Entre los cinco y los quince años de edad esos individuos tienen que recibir esa educación. La educación superior se reparte a las personas aptas para ella. Parece que se trata de una aptitud intelectual y nada

más. La disminución psico-física de la persona es el criterio para darle educación y la capacitación de que trata el artículo 47. La superioridad intelectual es criterio para privilegiar a esos superdotados. La educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional se reparte por igual a todos los colombianos según el artículo 70. Pero la formación y habilitación profesional y técnica, obligación del Estado y los empleadores, es sólo para quienes la necesiten. El apoyo para la investigación científica es sólo para la que se lleva a cabo en las universidades.

Son criterios para la contribución del Estado a la financiación del funcionamiento y de las campañas electorales los siguientes: La personería jurídica del partido o movimiento. El obtener el "porcentaje" de votos que diga la ley. Es criterio para otorgar el derecho a utilizar los medios de comunicación social del Estado el de la personería jurídica del partido o movimiento. El criterio para conceder a un partido o movimiento político los derechos de la oposición, es el de que no participe en el gobierno. La ley tendrá que definir con mucha claridad qué se entiende por participar en el gobierno. De esta manera los políticos quedarán divididos en gobiernistas y opositores. No habrá términos medios.

Los criterios para hacer el reparto de bienes sociales son múltiples y específicos. El de la necesidad es como el más general. Conforme a él se promoverá el acceso a la propiedad en general, a la propiedad de la tierra del trabajador agrario, a la vivienda social; la atención médica, hospitalaria y de medicamentos; el agua potable y los servicios domiciliarios. Figuran como beneficiarios todos los individuos necesitados de los mencionados bienes. El criterio para dar crédito agropecuario es el de los ciclos de las cosechas y de los precios en el mercado. La cuantía del situado fiscal se determina según las necesidades de educación preescolar, primaria, secundaria y media y de salud. La participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación se determinará por criterios como el número de personas en situación de pobreza con relación a la totalidad de la población; la eficiencia fiscal y administrativa del respectivo municipio; y el progreso demostrado en la calidad de vida del correspondiente municipio.

7. *Los beneficiarios o destinatarios*

Los beneficiarios, según la ciencia de la justicia, son los seres que se benefician o perjudican con el reparto. En la estruc-

tura de la justicia distributiva prevista en la nueva constitución parece que nadie se perjudica, pues ni siquiera las contribuciones fiscales y parafiscales se consideran perjuicio para el contribuyente. Esa estructura está diseñada para repartir bienes y, por tanto, los destinatarios del reparto son las personas y otros seres que se benefician con la distribución. Aquellas se llaman recipiendarios personales y éstos se denominan recipiendarios parapersonales.

Son recipiendarios personales todos los individuos de la especie humana que habitan en Colombia. Tales individuos hay que dividirlos en colombianos y extranjeros. Y los colombianos hay que subdividirlos en las siguientes clases o categorías: I) Los que están por nacer. II) Los niños. III) Los adolescentes. IV) Los adultos. V) Los ancianos o de la tercera edad. Pero entre todas estas personas es necesario distinguir otras tres categorías, a saber: la de los disminuidos psico-físicos; la de los superdotados intelectualmente, y la de las mujeres embarazadas. Pero como si esto fuera poco, hay que subdistinguir a los indígenas que habitan en las llamadas "entidades territoriales indígenas" y los miembros de las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del pacífico. Lo que acabo de exponer significa que los destinatarios del reparto se agrupan en estatus. Pero todavía habría que distinguir el estatus de quienes tienen mayores ingresos, de quienes tienen medianos ingresos y de quienes tienen menores ingresos. Y para completar, una misma persona puede pertenecer simultáneamente a varios estatus. Todo esto dificultará la distribución justa de los bienes a repartir. Todo esto dificultará la realización de la justicia total. Y cuanto más fraccionaria esa justicia mayor será el malestar social.

Los recipiendarios parapersonales son animales y cosas que se benefician con el reparto. Se les reparte protección, alimentos, atención médica, medicamentos, etc., como ocurre con los animales. O se realizan acciones para conservar, recuperar, restaurar, mejorar, etc., ciertos bienes como el medio ambiente, estatuas, pinturas, bibliotecas, hemerotecas, videotecas y así. En la estructura de la justicia prevista en la constitución sólo se mencionan como destinatarios parapersonales el medio ambiente físico, los recursos naturales, el espacio público, el patrimonio cultural de la nación y el patrimonio arqueológico y otros bienes de la nación. Estos recipiendarios parapersonales gozan de la protección estatal.

8. *Ético-técnica inscrita en la nueva Constitución*

Toda ética pura y toda ético-técnica se compone de un conjunto de deberes que los seres humanos deben cumplir para realizar los valores de lo bueno. En tanto que deberes hay que observar son limitaciones de la libertad individual. Los artículos 83 y 95 establecen un decálogo en la forma siguiente:

1º) Debes obrar siempre de buena fe en tus actuaciones como autoridad pública y en tus actuaciones como particular. No soy libre de obrar de mala fe aunque ello sea indispensable para salvar mi vida o mi libertad, o la de otra persona.

2º) Debes respetar los derechos ajenos y no debes abusar de los propios derechos. Debo obrar de esta manera aun en caso de necesidad. Pienso que esto le quita el fundamento constitucional a las causales de justificación previstas en el Código Penal.

3º) Debes obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de otras personas. Debo obrar de esta manera aunque la situación peligrosa ponga en peligro mi propia vida o mi propia salud.

4º) Debes respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales. Es curioso que sólo se me imponga el deber de respeto y apoyo en relación con la independencia y la integridad. ¿Será que para otra finalidad no debo respetarlas ni apoyarlas?

5º) Debes defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica. Es curioso que no se me imponga el deber de defender y difundir otros valores.

6º) Debes participar en la vida política, cívica y comunitaria del país. ¿Debo pertenecer a algún partido o movimiento político? ¿Debo participar en cuanta elección haya en el país? ¿Debo formar parte de alguna de las llamadas instituciones cívicas? ¿Debo participar en manifestaciones callejeras? Así era en las extintas sociedades socialistas marxistas.

7º) Debes propender al logro y mantenimiento de la paz. ¿Cómo hago para hacer lo primero si todos los procesos para el logro de la paz los dirige el gobierno central? ¿Qué trascendencia tiene mi acción individual ante los grupos que perturban la

paz? ¿Puedo propender al logro de la paz eliminando a los que quieren la guerra o la guerrilla? Todo esto es muy extraño.

8º) Debes colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia. La administración de justicia puede funcionar mal por multitud de causas o razones. Por ejemplo: por causa del sistema legal mismo. Por causa del escaso número de jueces. Por causa de amenazas contra los jueces. Por falta de peritos. Por mala dotación de los despachos judiciales. Porque los sueldos son insuficientes. En fin, son demasiadas las causas del mal o buen funcionamiento de dicha administración. Todas ellas están fuera de mis posibilidades. ¿Cómo hago para colaborar en el buen funcionamiento? ¿O será que debo colaborar como testigo? ¿O como perito? ¿O como abogado ad-honorem?

9º) Debes proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano. Es increíble. ¿Cómo puedo yo proteger una biblioteca contra la acción de los dinamiteros? ¿Cómo puedo yo proteger las murallas de Cartagena contra la acción de los agentes naturales? ¿Cómo hago yo para proteger la fauna o la flora? ¿Y cómo hago yo para mantener un medio ambiente salubre si en numerosas regiones del país el Estado con todo su poder y todos sus recursos no ha podido hacerlo?

10º) Debes contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad. Si se trata de pagar las contribuciones fiscales, parafiscales nacionales, departamentales, distritales y municipales, el cumplimiento del deber es posible. Pero si se trata de hacer préstamos o donaciones o cosas similares al gobierno central, departamental, distrital o municipal, eso sólo pueden hacerlo los gobiernos y los bancos extranjeros y, tal vez, algunos bancos nacionales.

Este decálogo de deberes restringe notoriamente las libertades individuales consagradas en la misma Constitución. Y llega a eliminar la responsabilidad fundada en la autonomía de la voluntad. Tal como se infiere de ese decálogo, soy responsable por el solo incumplimiento del deber prescrito. Por otra parte, la ética ni la moral se imponen. Ni siquiera se enseñan. Los principios éticos se muestran y cada individuo es libre de seguirlos o no. El extinto socialismo marxista pretendía convertir a cada persona en funcionario del Estado y por eso se exigió que el padre denunciara a su hijo y a la inversa y así. Pero todo esto es incompatible con el Humanismo establecido en la Constitución.

9. Factores adversos a la realización de la justicia

Factores constitucionales:

1º) *La expropiación.* Tal como quedó consagrada en el artículo 58, esa institución dificultará o impedirá la inversión nacional y particularmente la extranjera. Su consecuencia será la parálisis del desarrollo económico o su bajo índice de crecimiento, con sus secuelas de empobrecimiento empresarial y desempleo. Pero como dicho desarrollo es indispensable para la prosperidad financiera del Estado, su estancamiento o bajo crecimiento afectará necesariamente el desarrollo cultural, político y social. La falta de recursos económicos impedirá que la protección de los derechos y libertades públicas sea oportuna y eficaz. Algo similar es lo que ha venido ocurriendo.

2º) *La educación dirigida y dogmática.* Estas características constitucionales de la educación contrarían la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra que también está prevista en la constitución. La educación dirigida y dogmática impide el libre desarrollo cultural y político.

3º) *El decálogo de deberes.* Este decálogo contenido en los artículos 83 y 95 tiene la marcada finalidad de sumergir la conciencia política en la ideología de la constitución. Tal tendencia totalista es contraria al humanismo consagrado en la misma constitución. Es contrario, inclusive, a la dignidad humana que es el principal fundamento de la república unitaria.

Factores de la realidad colombiana:

1º) *La existencia de grupos guerrilleros.* Estos grupos han obstaculizado y hasta hecho imposible la protección oportuna y eficaz del derecho a la vida y de los derechos de libertad. Han obstaculizado la protección del derecho de propiedad y afectado notoriamente el desarrollo económico, principalmente el del sector agropecuario. Mientras subsistan estos grupos, la justicia distributiva prevista en la nueva constitución será poco menos que imposible.

2º) *La existencia de organizaciones criminales.* Estas organizaciones, a las que se les dan diferentes nombres, han obstaculizado y hasta hecho imposible la protección oportuna y eficaz del derecho a la vida, del derecho de propiedad y de las libertades previstas en la constitución. Mientras subsistan esas organizacio-

nes, la justicia distributiva prevista en la nueva constitución será poco menos que imposible.

3º) *La criminalidad individual.* El constante incremento de la criminalidad individual o no organizada ha venido produciendo los mismos efectos antes mencionados. La intranquilidad y la zozobra son el común denominador en diversos sectores de las grandes ciudades.

4º) La mala situación económica y financiera de numerosas empresas está generando estancamiento del desarrollo económico y con ello desempleo.

Existen muchos otros factores adversos a la realización del programa de justicia distributiva insertado en la nueva constitución. Pero he mencionado los anteriores por considerarlos principales.

LA CONCILIACION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

*Ricardo Hoyos Duque **

I. Casi como un dogma y para proteger con celo los recursos fiscales, se ha impuesto en la práctica la creencia de que las entidades públicas no pueden propiciar soluciones extrajudiciales a los conflictos en que puedan verse involucrados con los particulares.

Se olvida así y aún se ignora, que el Código Civil en el art. 2469 contempla la transacción como "un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".

No hay duda que muchos litigios contra la Administración que hoy se ventilan ante la jurisdicción contencioso administrativa, hubieran podido precaverse por medio del contrato de transacción. Igualmente los procesos en curso podrían terminarse anormalmente a través de transacción judicial. En este sentido el art. 341 del Código de Procedimiento Civil, establece:

"Transacción por entidades públicas. Los representantes de la nación, departamentos, intendencias, comisarías y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del Gobernador, intendente, comisario o alcalde, según fuere el caso.

"Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza".

* Presidente del Tribunal Administrativo de Antioquia. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

También el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo permite el allanamiento a la demanda y la transacción en los procesos relativos a contratos y los de reparación directa y cumplimiento de la Nación, previa autorización del gobierno nacional, que para estos efectos y de acuerdo con el art. 57 de la Constitución Nacional está integrado por el presidente y el respectivo ministro. Las demás entidades públicas pueden allanarse y transigir previa autorización expresa y escrita del ministro, jefe del departamento administrativo, gobernador o alcalde que los represente o a cuyo despacho están vinculados o adscritos.

Lo precedentemente expuesto nos permite arriba a esta conclusión: mecanismos extrajudiciales y judiciales de solución de los conflictos de la administración han existido desde antes. Lo que habría que preguntarse es ¿cuántas veces la administración pública transigió extrajudicial o judicialmente una demanda? ¿Cuántas veces se allanó a la misma? Creo, según mi experiencia, que muy pocas.

Para que se vea lo contradictorio de nuestra legislación, vale la pena mencionar que mediante decreto ley 2304 de 1989 (art. 55) el gobierno nacional modificó el art. 218 del C.C.A. a que aludí antes y eliminó toda posibilidad de allanamiento a la demanda o transacción sobre las pretensiones en los procesos ante la Corte Suprema de Justicia, ésta en sentencia del 20 junio de 1990 la declaró inexecutable por considerar que se había rebasado el límite de las facultades concedidas al gobierno. Allí se dijo:

“Por expresa voluntad del Congreso, el legislador extraordinario en ejercicio de sus atribuciones debía respetar los fines para los que se confirmaron las facultades. Las normas que con fuerza de ley dictase deberían dirigirse inequívocamente a hacer más expedito el camino de los trámites judiciales o ajustarlos a la informática y a las técnicas modernas.

“Esta guía teleológica impuesta por la ley resulta en un todo coherente con los antecedentes de la misma y con el resto de su texto. En efecto, la ley 30 de 1987 se dictó para tomar medidas tendientes a la mejor distribución de los negocios que ventilan los jueces y a descongestionar los despachos judiciales, por ello se habilitó para crear cargos, redistribuir competencias, buscar soluciones no judiciales a los conflictos, sacar del conocimiento de los jueces determinadas materias y otorgárselo a los notarios, etc.”. (Se resalta).

II. Posteriormente dentro de esa tendencia de soluciones no judiciales de los conflictos que ya había iniciado la ley 30 de 1987, en cuanto facultó al gobierno para asignar a otras autoridades o entidades trámites administrativos y otros, no contenciosos que estuvieran a cargo de los jueces así como la creación de sistemas judiciales de solución de conflictos entre particulares, los juicios de equidad, etc. (art. 1º literales f y g) la ley 23 de 1991 del 21 de marzo del presente año, por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales se enmarca como complemento.

Así el capítulo V de la citada ley, artículos 59 a 65, regula la conciliación contencioso administrativa como una forma nueva de precaver o terminar un litigio entre la Administración pública y un particular, en los siguientes términos:

“Podrán conciliar total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ventilarían mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo”.

A pesar de que en el título pertinente del Código Civil que reglamenta la transacción no se establece de manera expresa como elemento de la esencia de ese negocio jurídico las concesiones recíprocas, es lo cierto que doctrinaria y jurisprudencialmente se exige la presencia de este elemento. Así, la Corte Suprema de Justicia, en casación del 3 de marzo de 1938 dijo: “para que haya transacción en el sentido estrictamente jurídico del vocablo, requiérese según los dictados de la jurisprudencia universal, que los contratantes terminen una controversia nacida, o eviten un litigio que está por nacer mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones...”. (Se resalta).

Para el tratadista Hernando Morales Molina es éste el elemento que permite distinguir la transacción de la conciliación. Además, en la conciliación el juez del conocimiento interviene a título de intermediario y no jurisdiccionalmente a fin de avenir a las partes, como medida para prevenir el proceso, “...pero son las partes mismas quienes autocomponen la litis, pudiendo la una reconocer todos los derechos de la otra”. (Curso de derecho procesal civil, Bogotá, Editorial ABC, 1973, 6ª ed. p. 452).

Por el contrario, para el Profesor Hernán Fabio López Blanco la conciliación es apenas una forma de transacción. "...no resiste ningún análisis el argumento atinente a que aquí el juez no desempeña función jurisdiccional sino que actúa como intermediario, cuando esa labor, igual que los demás, se la adscribe la ley por su carácter de tal y por eso es esencialmente jurisdiccional. De otra parte la conciliación es una forma de transacción porque sólo cuando se cede parcialmente por los litigantes es que nos encontramos en una auténtica composición del litigio por conciliación, es decir que ésta, al igual que la transacción, implica renunciar algo por cada una de las partes". (Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. T. I. Parte General. Bogotá. Editorial ABC. 1991. 5ª ed. p. 745).

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que de acuerdo con la ley 23 de 1991 la conciliación contenciosa administrativa puede operar total o parcialmente, sobre las pretensiones de carácter particular y contenido particular. Esto quiere decir, que por definición se excluirían las pretensiones de nulidad que regula el artículo 84 del C.C.A., conocida también como contencioso objetivo de anulación que busca restablecer el orden jurídico quebrantado por el acto ilegal, sin que se busque directamente la protección de un derecho subjetivo del administrado.

Esta acción por ser pública o popular, en cuanto puede ser instaurada por cualquier persona y además por ser imprescriptible y no susceptible de desistimiento, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto (véase Carlos Betancur Jaramillo. Derecho Procesal Administrativo. Medellín, Señal Editora, 1985. 2ª ed. pp. 338 y 339), se acerca en mucho al control de constitucionalidad que realiza la Corte Suprema de Justicia sobre las leyes y los decretos con fuerza de ley expedidos por el gobierno, a través de la llamada acción de inexequibilidad que puede instaurar cualquier ciudadano (art. 214 C. N.).

Tampoco serán susceptibles de conciliación las controversias electorales, toda vez que éstas son una modalidad de la acción de nulidad.

Igualmente no son conciliables los procesos de nulidad de cartas de naturaleza, nulidad de laudos electorales ni los procesos de jurisdicción coactiva, estos últimos a pesar del carácter particular y contenido patrimonial del conflicto, por no estar expresamente autorizada en la ley.

Se pueden conciliar los conflictos que se ventilarán a través de las acciones previstas en el art. 85 del C.C.A. nulidad y restablecimiento del derecho o contencioso subjetivo de anulación, mediante la cual quien se crea lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica puede pedir que además de la nulidad del acto administrativo se le restablezca en su derecho. El parágrafo del art. 95 de la ley 23 de 1991, expresamente excluye de la conciliación los asuntos de carácter tributario que se ventilan por esta cuerda.

También se pueden conciliar los litigios que se tramitaron mediante la acción de reparación directa, art. 85 C.C.A., en los cuales se busca la indemnización del daño que tiene su causa en un hecho, una omisión, o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos.

Por último, pueden ser objeto de conciliación las llamadas controversias contractuales que regula el art. 87 del C.C.A. en virtud del cual "cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones.

A fin de acabar con la discusión que se presentaba antes sobre si las entidades públicas podían o no transigir libremente, o si sus representantes legales requerían autorización expresa y escrita, el art. 59 de la ley faculta en forma expresa a las personas jurídicas de derecho público para conciliar los conflictos que mencionamos antes. Para tales efectos, estarán representadas en los siguientes términos: "La Nación por los Ministros, los Jefes de Departamento Administrativo, los Superintendentes, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República. Los departamentos por los respectivos Gobernadores; las intendencias y comisarias por los Intendentes y Comisarios; el distrito especial de Bogotá, por el Alcalde Mayor y los Municipios por sus Alcaldes.

"Las ramas legislativa y jurisdiccional estarán representadas por los ordenadores del gasto.

"Las entidades descentralizadas por servicios podrán conciliar a través de sus representantes legales, directamente o previa

autorización de la respectiva junta o consejo directivo, conforme a los estatutos que las rigen y a la asignación de competencias relacionadas con su capacidad contractual”.

Aquí se presenta una incongruencia en cuanto a la representación de las ramas jurisdiccional y legislativa que para efectos procesales y de acuerdo con el art. 149 del C.C.A. ostentan el Ministerio de Justicia y de Gobierno, respectivamente. En tanto que para efecto de la conciliación la representación o posibilidad de obligar a la administración recae en los respectivos ordenadores del gasto, esto es, en los directores seccionales y nacional de la Carrera Judicial y en las mesas directivas de las cámaras, según lo establece la ley de presupuesto (art. 91 de la ley 38 de 1989 y decreto ley 2405 de 1989). Resultaría conveniente la unificación de dicha facultad en todos los niveles de la administración, en los ordenadores del gasto que son los que tienen la capacidad de disposición de los dineros del erario público.

En cuanto se refiere a la representación del Distrito Especial de Bogotá, cabe anotar que la ley 21 se sustrae al régimen general de su representación legal y judicial que sigue radicada en el personero, de conformidad con el artículo 199 de la Constitución Nacional y el decreto ley 3133 de 1968.

Aunque la norma no lo diga, el respectivo representante de la entidad pública podrá comparecer directamente o a través de su apoderado.

Sobre este punto se ha presentado alguna discusión ya que el art. 60 de la ley 23 habla de la citación por el agente del Ministerio Público “a los interesados para que concurren a la audiencia de conciliación”, lo que daría a entender que debe comparecer directamente el representante de la entidad.

Y esta discusión no es del todo infundada, si se tiene en cuenta que la audiencia de conciliación que regula el art. 101 del C. de P. C., modificado por el decreto ley 2282 de 1989, perentoriamente establece que el juez debe citar a demandantes y demandados para que personalmente concurren, con o sin apoderado a la audiencia.

En este caso no hay ninguna duda que las partes tienen la obligación de comparecencia personal. Pero, en el evento de la conciliación contencioso administrativa, deberán aplicarse las reglas generales del mandato.

Si se constituye apoderado, no debe olvidarse que de conformidad con el penúltimo inciso del art. 70 del C. del P. C., la fa-

cultad de conciliar en cuanto implica disposición del derecho, debe ser expresa.

En forma similar a la transacción, que puede celebrarse por fuera del proceso o dentro de él, la conciliación también puede ser extrajudicial o judicial, con la diferencia de que la conciliación debe ejecutarse siempre con la intervención del ministerio público.

A. *Conciliación prejudicial*

Puede lograrse en cualquier tiempo, antes de la iniciación del proceso, siempre y cuando el término para el ejercicio de la correspondiente acción no hubiere caducidad. (Parágrafo art. 6º ley 23 de 1991).

La solicitud de conciliación suspende el término de la vía gubernativa y el de la caducidad, por un plazo no mayor de 60 días. Se dirige al Fiscal correspondiente y debe enviarse copia a la entidad o al particular, según el caso. No dice la ley cómo se envía. Podría ser por correo certificado como se establece en el art. 44 del C.C.A., para la citación del interesado, a efecto de recibir la notificación personal del acto administrativo.

Aquí encontramos las primeras objeciones a la ley. Parece absurdo pensar, que si está en trámite el debate gubernativo a través de los correspondientes recursos —reposición y apelación—, el administrado intente un debate paralelo de conciliación con la administración, ante el ministerio público.

Precisamente uno de los pocos motivos prácticos que justifican hoy día la supervivencia de la vía gubernativa como presupuesto procesal para la impugnación de ciertos actos administrativos, es el hecho de que ésta pueda utilizarse para precaver eventuales litigios. Como lo expresa el Profesor Jean Rivero, "...ella conduce a crear una especie de instancia de conciliación (preliminaire de conciliation). Si las dos partes son de buena fe, pueden ponerse de acuerdo, economizando un proceso. Ellas descargan de esta manera al juez administrativo y llegan a una solución más rápida". (Derecho Administrativo. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984, pp. 237 y 239).

La misma razón nos conduce a afirmar que carece de todo sentido la creación de la conciliación como nuevo requisito de la demanda en los procesos contencioso administrativos cuando ha habido debate gubernativo y por consiguiente, la administración

ha tenido oportunidad de expresar sus puntos de vista, en la fase preliminar de la controversia.

Porque ¿qué nos hará pensar fundadamente que la administración pública cambiará su punto de vista en la conciliación, cuando por ejemplo, ya ha decidido negativamente tres veces la petición del administrado: en el acto administrativo inicial, al resolver la reposición y la apelación?

Podría decirse que para eso están las medidas coercitivas señaladas en el art. 64 de la ley, según el cual la no comparecencia del representante de la entidad pública a la audiencia de conciliación, el abstenerse de presentar propuestas de solución, el negarse a discutir las fórmulas o asumir actitud de rechazo a las posibilidades de acuerdo legítimo, conductas que calificará el fiscal, constituyen falta disciplinaria (causal de mala conducta), que será apreciada en el proceso judicial, si hay lugar al mismo, como indicio grave en contra de la entidad que representan.

Sin embargo, esto no es suficiente para que la conciliación en esos casos sí vaya a tener operancia práctica. ¿Podría preguntarse si acaso las violaciones al derecho de petición se eliminaron simplemente porque el art. 76 del C.C.A tipificó catorce (14) causales de mala conducta sancionables con destitución o multas hasta de \$ 1'000.000.00?

Algunos han creído que el hecho de que la norma diga que deben presentarse fórmulas de conciliación, so pena de sanción disciplinaria, hace obligatoria la conciliación. Razonablemente hay que entender que se trata de los casos en que hay lugar a presentar fórmulas.

No debe mantenerse la odiosa discriminación en cuanto a la sanción de la conducta omisiva de la entidad pública, que apenas constituye indicio grave en su contra en tanto que si ésta proviene del particular, se presumen como ciertos los hechos susceptibles de confesión enumerados por la entidad pública (art. 64 ley 23 de 1991).

Algo similar se consagraba en el art. 14 del C. C. A., derogado por el art. 68 del decreto ley 2304 de 1989 en lo relativo a la falta de contestación de la demanda, que era apreciado como indicio en contra del demandado, siempre que éste no fuera una entidad pública.

A nuestro modo de ver, la conciliación contencioso administrativa se debió limitar a los asuntos de reparación directa y a

las controversias contractuales. Aunque en este último tipo de conflictos en algunas ocasiones existe previo debate gubernativo, como en el caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento del contrato. Nos parece discutible además, que pueda presentarse la conciliación, cuando lo que se debate es la existencia o nulidad del contrato.

Tampoco creemos que pueda presentarse en la práctica, conciliación en asuntos donde se impugna la validez de un acto administrativo. Piénsese en los asuntos laborales donde se demanda la nulidad de la declaratoria de insubsistencia de un empleado público y que constituyen un porcentaje importante de los procesos que se tramitan ante la justicia administrativa.

En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el gobierno, se afirmó que “el campo de aplicación de este mecanismo de solución extrajudicial de conflictos es fundamentalmente el de las controversias de carácter laboral, y en la responsabilidad civil de carácter contractual y extracontractual”. Consideramos que es básicamente en estos dos últimos, donde la conciliación podrá tener alguna aplicación.

No entendemos de qué manera, como se dijo en la exposición de motivos del gobierno, la conciliación contencioso administrativa evitará que “el Estado pierda año por año inmensas sumas de dinero por razón de actuaciones irregulares de las personas responsables del manejo de las entidades públicas”.

Si lo que se quería era corregir las irregularidades cometidas por funcionarios públicos, para eso existe la potestad disciplinaria y la Procuraduría General de la Nación. ¿O es que acaso el que es negligente en el proceso, dejará de serlo como por arte de ensalmo en la conciliación?

Por cierto que muchas entidades públicas contratan pólizas de seguros de daños a terceros y en los contratos administrativos se estipula la cláusula de garantía para asegurar diversos riesgos (art. 67 D. L. 222 de 1983). No estableció la ley de qué manera podría lograrse la comparecencia del asegurador en el trámite de la conciliación, situación que el Código de Procedimiento Civil regula en el llamamiento en garantía (art. 57).

En tratándose de la conciliación frente al silencio administrativo, cabe recordar aquí que el inciso 2º del artículo 136 del C. C. A., modificado por el D. L. 2304 de 1989 establece que “si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro

(4) meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio negativo”.

En contra de lo que disponía el D. L. 01 de 1984, según el cual la acción contra los llamados actos presuntos “podía interponerse en cualquier tiempo”.

Polémica doctrinaria y jurisprudencial. (Cfr. nuestro trabajo Silencio Administrativo y Vía Gubernativa).

Betancur— inaplicable.

De la posición que se adopte, dependerá que se diga si hay o no término para intentar la conciliación.

Una vez que se ha presentado la solicitud de conciliación, el fiscal citará a la entidad pública correspondiente o al particular, en el evento de que la conciliación la hubiere iniciado la administración pública, a una audiencia en la que deberán presentarse los medios de prueba de que disponen para sustentar sus pretensiones. Se tratará básicamente de prueba documental o de pruebas anticipadas (inspección judicial, testimonios, etc.).

Hay que advertir que la ley exige que el fiscal evalúe la seriedad y razonabilidad de la petición. Debe entenderse lógicamente que en la conciliación judicial, esas características se desprenden de la admisión misma de la demanda.

Si las partes logran ponerse de acuerdo, deberán suscribir un acta que refrenda el fiscal y se envía al Consejero o Magistrado que corresponda, según los criterios de competencia establecidos por los artículos 128 y ss. del C. C. A., a fin de que las apruebe, mediante providencia motivada contra la cual no procede recurso alguno.

La ley sólo establece dos causales o motivos para que no se imparta aprobación al acta de conciliación:

— que resulte lesiva para los intereses patrimoniales del Estado (debió decir, de la Administración Pública).

— que esté viciada de nulidad absoluta.

La pregunta que surge es ¿cuándo puede el acuerdo conciliatorio resultar lesivo para los intereses patrimoniales del Estado? Consideramos que sería el caso de una indemnización de perjuicios que rebasa en mucho los criterios admitidos por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre la manera de tasar los perjuicios.

A pesar de su similitud fonética, la intervención del juez administrativo nada tiene que ver como han creído algunos con el llamado recurso o acción de lesividad del Derecho Español, en virtud del cual cuando un acto resulta lesivo para la Administración y ésta no puede revocarlo por haber creado una situación jurídica favorable al administrado, solicita su anulación.

No dice la ley cuáles son las causales de nulidad absoluta. Las que establece el artículo 1741 del C.C. —objeto y causa ilícita, omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriban para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los efectúan o acuerdan e incapacidad absoluta—, miran más la situación del particular. De ahí que habría sido más acertado que en forma expresa se hubiera remitido a los literales b, c y d del artículo 79 del decreto ley 222 de 1983, que establece como motivo de nulidad absoluta de los contratos el que se celebren en contravención de normas de derecho público, contra expresa prohibición constitucional o legal o por funcionarios que carezcan de competencia.

No se consagra como causal de improbabación, el que se hubiere logrado conciliación frente a una petición cuya eventual acción ya estuviere caducada, que podría darse cuando las partes o el fiscal no hayan advertido esa situación que enerva el derecho a demandar. Indudablemente, que por tratarse de un evento en el que ni siquiera puede intentarse la conciliación (parágrafo del art. 61 de la ley 23 de 1991), con mayor razón no podrá aprobarse lo que pudiere lograrse erróneamente.

Tampoco se contempló el caso en el que deba interponerse obligatoriamente el recurso de apelación contra un acto administrativo para agotar la vía gubernativa, y a pesar de no haberse interpuesto se concilia. ¿Podrá aprobarse dicha conciliación? Lógicamente no. Pero no se trata de causal de nulidad absoluta ni resulta lesiva para los intereses patrimoniales de la administración. ¡El juez tendrá que hacer verdaderos malabares jurídicos para negar su aprobación!

El acta de conciliación suscrita por las partes y el fiscal y aprobada por el correspondiente magistrado o consejero, produce efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo ante jurisdicción coactiva, si se trata de créditos a favor de una entidad pública y siempre que ésta se encuentre autorizada por la ley (Controversia Jurisprudencial Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de

Estado, Sección Cuarta del Consejo de Estado y Tribunal Disciplinario. D.L. 2304 de 1989, art. 11, inexecutable C. S. J. —junio 26— 1990). En caso contrario, ante la jurisdicción ordinaria.

El efecto de cosa juzgada significa que ninguna de las partes podrá intentar proceso judicial que verse sobre el mismo objeto y se fundamente en la misma causa (art. 332 C. de P. C.).

Implícitamente el artículo 62 de la ley 23 de 1991, da a entender que si la Administración intenta la conciliación respecto de un acto que ha creado o modificado una situación jurídica de carácter particular a favor del administrado o reconocido un derecho de igual categoría, debe procederse a la revocación directa del mencionado acto, una vez se haya logrado el acuerdo conciliatorio. En este caso, el acta de conciliación equivaldrá al consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, que exige el art. 73 del C. C. A.

Creemos que esta revocatoria directa es innecesaria, toda vez que si el acta de conciliación produce efectos de cosa juzgada carece de todo sentido que la administración deba hacer desaparecer el acto favorable, máxime cuando dicha acta recoge el consentimiento expreso y escrito del beneficiario de alterar los efectos del acto. Si bien la conciliación no anula ni revoca el acto administrativo que se controvierte, sí lo hace desaparecer al ser posterior y de sentido contrario.

Con fundamento en el párrafo 3 del art. 101 del C. de P. C., debe entenderse que la proposición de fórmulas e intervención tanto del fiscal como del juez administrativo, no significa prejuzgamiento alguno y por consiguiente no serán motivo de impedimento o recusación.

B. *Conciliación judicial*

Cuando no se haya intentado la conciliación prejudicial, en el auto admisorio de la demanda y una vez notificada, se ordenará el traslado de la misma al fiscal correspondiente para que la adelante, de conformidad con las mismas reglas de la conciliación prejudicial. El trámite de la conciliación suspende el proceso. No dice la ley, sin embargo, cuánto tiempo. Algunos afirman que ese término debe ser de 60 días, por la remisión que el art. 65 de la ley hace a las normas de la conciliación. Sin embargo, en esta materia la ley debió decir de manera expresa la duración de esa

suspensión, que del tenor de la norma no parece deducirse. Podría pensarse, de conformidad con el art. 119 del C. de P. C., que a falta de término en este evento, el juez señale el que estime necesario para la realización de la conciliación y que sería factible señalarlo en más de dos meses.

En el caso de la conciliación judicial por tratarse de la comparecencia al proceso, las partes deberán hacerlo por conducto de quien tenga derecho de postulación, esto es, abogado inscrito salvo en los casos en que la ley permita su intervención directa (art. 63 C. de P. C.). Para tal efecto, se aplicará el art. 151 del C. C. A. (modificado por el art. 30 del D.L. 2304 de 1989), que gobierna la comparecencia de las entidades de derecho público a los procesos contencioso administrativos.

Si se logra acuerdo conciliatorio sobre la totalidad de las pretensiones, la correspondiente Sala del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo deberá declarar terminado el proceso. Igualmente, el acta que recoge el acuerdo, una vez aprobada, tendrá efectos de cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo (artículo 60 inciso final ley 23 de 1991).

Si no hubo conciliación, si la conciliación fue parcial o la lograda resulta lesiva para los intereses patrimoniales del Estado o está viciada de nulidad absoluta, así deberá declararse mediante providencia motivada. A diferencia de lo que se establece en la conciliación prejudicial, la competencia para aprobar o improbar el acuerdo conciliatorio es de sala y no del ponente como en aquella.

Al igual que en la conciliación prejudicial, las providencias proferidas por la Sala en el trámite de la conciliación judicial carecen de recursos. Excepción art. 181 numeral 3 C. C. A. auto apelable el que pone fin al proceso.

Cabe preguntarse, ¿qué sucede cuando el asunto llega para dictar sentencia y se advierte que no se ordenó el trámite de la conciliación?

Como la conciliación no es un requisito de la demanda en forma, toda vez que puede intentarse antes de tramitarse el proceso, no constituye un nuevo presupuesto procesal y su omisión no puede decirse que conduzca a un fallo inhibitorio.

Tampoco puede pensarse que el no agotamiento de la conciliación sea causal de nulidad, ya que según el principio básico en esta materia, el de la especificidad, no hay defecto capaz de es-

estructurarla sin que la ley expresamente la establezca (no hay nulidad sin texto legal). Las previsiones en lo concerniente a la nulidad, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de agosto de 1974, citada por Morales Molina (op. cit. p. 449) son "reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas,..."

No se podría aplicar la causal 5ª de nulidad del art. 140 del C. de P. C., porque ésta se refiere al caso del proceso que se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión y en el caso que nos ocupa, si bien el trámite de la conciliación suspende el proceso, ésta no puede ocurrir simplemente porque se ordenó.

Creemos que el no haberse surtido el trámite de la conciliación configura una irregularidad del proceso, que al no estar consagrada como causal de nulidad no invalida la actuación surtida y debe entenderse subsanada, de conformidad con el parágrafo del art. 140 del C. de P. C., si el auto admisorio de la demanda que no la ordenó no fue impugnado oportunamente a través del recurso de reposición (art. 180 C. C. A.).

No sería procedente que la omisión de la conciliación se pretendiera subsanar ordenando su trámite y ya cuando el proceso se encuentra para fallo, porque precisamente la finalidad de orden práctico que se busca con ésta es evitar el proceso.

Cosa distinta sería que en el auto admisorio se hubiera ordenado la conciliación. En este evento, no cabe duda que si el proceso se reanuda se configura la causal de nulidad que establece el numeral 5 del artículo 140 del C. de P. C.

A modo de conclusión digamos que la conciliación en los procesos administrativos es una institución que apenas comienza. De ahí que la aproximación que se haga a su análisis, es más teórica que práctica. Seguramente, esa misma práctica llevará a que se le introduzcan posteriores correctivos o adiciones.

La conciliación administrativa como la conciliación en el proceso civil, debería ser solamente judicial ante el magistrado y después de la fijación en lista, esto es, cuando la entidad pública ha podido contestar la demanda, para buscar una triple finalidad:

1. Sanear los vicios del proceso.
2. Fijar el objeto del litigio. Los hechos aceptados deben darse por probados y en el período probatorio no deberá volverse

sobre los mismos. Salen del tema de prueba y

3. La conciliación misma, como una solución pronta a los conflictos de intereses con la Administración Pública.

Debería igualmente señalarse un término perentorio para la celebración de la audiencia de conciliación y establecerse que si dentro del mismo no se ha llevado a cabo, el proceso debe reiniciarse porque de lo contrario se lograría una supuesta descongestión de los despachos judiciales a cambio de la congestión de las fiscalías.

Cali, 17 de mayo de 1991.