ISSN 0120 - 8519

TEMAS PROCESALES

9

octubre 1989

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

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 9 octubre 1989

Revista del Centro de
Estudios de Derecho Procesal

Correspondencia
Eugenio Prieto Mesa
Apartado aéreo 50088
Medellín, Colombia

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

-- nº 9 (octubre 1989) -- Medellín, El Centro, 1989
anual hasta 1986, semestral a partir de 1987

ISSN 0120-8519

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

SUMARIO:

¿ES REALMENTE NEUTRA LA NORMA PROCESAL?

Alvaro Vargas *

Dos textos publicados con antelación en esta revista y avalados por las autorizadas firmas de los magistrados Beatriz Quintero de Prieto [1] y José Fernando Ramírez Gómez [2], me han constreñido a desantender por un momento los requerimientos de la vida cotidiana, para intentar, por mi parte, una respetuosa pero impostergable réplica, como quiera que no comparto, muy a mi pesar, la conceptualización y caracterización de las normas de derecho procesal, que ensayan tan distinguidos profesores.

Afirmar, en efecto, que el derecho procesal carece, dada su naturaleza manifiestamente instrumental, de todo contenido axiológico o valorativo y que, en consecuencia, el problema de la favorabilidad se halla, frente a él, completamente fuera de lugar, comporta la adopción de una tesis cuyas implicaciones políticas son francamente inquietantes y cuyos fundamentos teóricos riñen, a mi modo de ver, con acabados y pacíficos logros de la ciencia del derecho, en general, y de la ciencia del proceso, en particular.

Antes de abordar, empero, con el debido comedimiento, el análisis crítico de la prealudida tesis, conviene presentarla en las propias palabras de sus defensores, acudiendo en primer lugar, en

---

* Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín Profesor de asignaturas procesales en las facultades de derecho de las universidades Pontificia Bolivariana y Autónoma Latinoamericana.

1) *Teoría de la norma procesal,* revista Temas Procesales, número 5, Medellín, octubre de 1987, páginas 75 a 94.

2) *Neutralidad de la norma procesal,* revista Temas Procesales, número 7, Medellín, octubre de 1988, páginas 29 a 39.

aras de su precedencia cronológica, al texto de la magistrada Quintero de Prieto, quien discurre así sobre el asunto: "Por eso la norma procesal tiene un contenido incoloro: ni favorable ni desfavorable, ni buena ni mala, sin nexo alguno con los juicios de valor, ni con el derecho sustancial que va a ser aplicado, sino que es apenas la forma, cumplida la cual, los actos son legales" (3).

Adscrito a la misma concepción, pero tornando explícito aquello que en el escrito de su colega se halla apenas implícito, el magistrado Ramírez Gómez, a su turno, expresa: "Contra la opinión de muchos, entre ellos el propio legislador colombiano, que utilizan calificativos de favor o disfavor (favorable o desfavorable), respecto de la norma procesal, nosotros consideramos que dicha norma por esencia es neutra... Las normas de raigambre procesal se hallan en ese grado cero, en ese punto de indiferencia. Frente a ellas no cabe elección o preferencia por virtud de favorabilidad. A propósito del tránsito legislativo, su carácter público, por regla general, impone su inmediato y obligatorio cumplimiento" (4).

Clara es, entonces, si se atiende a sus predicadas asepsia y descontaminación, la filiación positivista —y específicamente kelseniana— de la tesis que postula la neutralidad valorativa de la norma procesal. Así las cosas, enteramente pertinentes resultan frente a ella, para comenzar, los diversos cuestionamientos y objeciones que, a raíz de su pretendido aislamiento, se le han formulado con frecuencia, desde el punto de vista metodológico, al positivismo jurídico de linaje kelseniano. A la manera sobria de Angel Latorre, tales reparos metodológicos pueden concretarse como sigue: "Kelsen se esforzó en 'purificar' el Derecho de toda contaminación ideológica. Para él todo Derecho se justifica en sí mismo y todo Estado es un Estado de Derecho. ¿Pero está justificada esta tendencia a la pureza? ¿El Derecho ha de prescindir de esos elementos metajurídicos tan tajantemente condenados por Kelsen? La técnica de aislamiento, que al principio calificábamos de típica de todo el positivismo, alcanza aquí su instrumento más afiliado. Y cabe preguntarse, si el Derecho es un fenómeno social y los fenómenos sociales forman entre sí una unidad, ¿está justificado y es recomendable llevar al máximo ese aislamiento? Como decía Hegel, 'la verdad es el todo', y aunque sea necesario por razones de análisis y de especialización separar entre sí los diferentes fenómenos so-

---

3) Artículo y revista citados en la nota (1), página 94.

4) Artículo y revista citados en la nota (2), páginas 29 y 30.

ciales, esas distinciones no deben hacernos olvidar la conexión necesaria que todos tienen entre sí" [5].

Yendo un poco más allá, sin embargo, de la mera objeción metodológica —que es apenas preliminar y común a todo el enfoque jurídico-positivista en su conjunto— no es difícil demostrar que, a la luz de la teoría general del derecho, la tesis en controversia desnuda también algunas falencias.

Antes que cualquiera otra cosa, las normas de derecho procesal son, en efecto, verdaderas normas jurídicas y, como tales, poseen, además de una evidente estructura lógica —integrada por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, unidos por la cópula debe ser—, un clarísimo fondo o contenido, constituído, en esencia, por una conducta humana ordenada o prohibida por el legislador, en razón de su conformidad o contrariedad con ciertos fines, ordinariamente inequívocos, aunque no siempre manifiestos.

Una cosa es, entonces, que la norma jurídica —y, por ende, la norma procesal— posea una forma o estructura lógica y otra, muy distinta, es que la norma sea solamente eso —es decir, una escueta forma o estructura vacía de contenido—, hasta el extremo de que su definición deba intentarse, como lo sugiere la primera dama del derecho procesal en Colombia, a base de meros "elementos formales, conceptuales, puros" [6].

Por el contrario, con referencia a la norma jurídica, la forma y el contenido integran un todo o unidad inescindible, cuyo reconocimiento ha conducido a que contemporáneamente se tienda, cada vez más, a considerarla como una entidad poliédrica y compleja, susceptible de ser examinada, por lo menos, desde tres perspectivas no excluyentes, a saber: La estrictamente lógica, que se ocupa de su estructura formal; la sociológica, que la contempla como hecho social y la axiológica, que la pondera de cara a la obtención de ciertos fines.

La anterior es, por ejemplo, la línea de pensamiento de Elías Díaz, cuando anota: "En este concepto del Derecho que venimos sintetizando como sistema normativo positivo que intenta organizar la sociedad según una cierta concepción de la justicia, convergen tres perspectivas ya clásicas en la definición de lo jurídico: la pers-

---

5) Latorre, Angel. *Introducción al derecho,* Editorial Ariel S. A., Barcelona, 1983, páginas 144 y 145.

6) Artículo y revista citados en la nota (1), página 93.

pectiva normativa, la perspectiva social y la perspectiva valorativa. Norma, hecho social y valor —se ha dicho explícitamente— constituirían las tres dimensiones esenciales del Derecho" [7].

Insistir, consecuencialmente, en privilegiar uno cualquiera de los anteriores enfoques, en detrimento de los otros dos, implica adoptar un punto de vista anacrónicamente reduccionista y completamente superado por la ciencia jurídica de hoy, cada vez más dominada por la concepción trialista o tridimensional del derecho, que considera el fenómeno jurídico como la resultante de una síntesis dialéctica entre hecho, valor y norma, según ha quedado expuesto.

Así las cosas, suponer la existencia de una norma jurídica enteramente desprovista de contenido axiológico, es decir, valorativamente neutra, es algo que sólo puede intentarse, en la actualidad, a espaldas de la teoría general del derecho, uno de cuyos logros más interesantes consiste, precisamente, en haber llamado la atención acerca de la inequívoca inserción del derecho —merced al componente valorativo que le es propio—, dentro de aquel "conjunto de instrumentos y técnicas dirigidos a presionar sobre los individuos para obtener de ellos la conformidad de su comportamiento con ciertas reglas de conducta", que, en palabras de Giuseppe Lumia, "constituye lo que se llama control social" [8].

En resumen, cuando los disertos catedráticos que me han forzado a esta réplica abogan por la presunta neutralidad valorativa de la norma procesal, simultáneamente le están arrebatando a esta última el carácter de verdadera norma jurídica o, en el más benigno de los casos, la están considerando como de rango o jerarquía inferior a la norma de carácter sustancial o material, reviviendo así, a deshora, aquella antigua dicotomía —muy común en las etapas precientíficas del derecho procesal, pero completamente abandonada en la actualidad— que solía oponer a un estelar "derecho sustantivo", un minusválido "derecho adjetivo", aparentemente secundario o accesorio.

Ahora bien, si, como es notorio, el "status" de la norma procesal es hoy evidentemente otro, ello obedece a que la doctrina de más general aceptación no es propiamente la que predican los

---

7) Díaz, Elías, *Sociología y filosofía del derecho,* Taurus Ediciones S A., Madrid, 1982, páginas 50 y 51.

8) Lumia, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del derecho,* Editorial Debate, Madrid, 1985, página 13.

magistrados Quintero de Prieto y Ramírez Gómez, sino, justamente, la contraria, es decir, aquella que, reconociendo en la norma procesal la presencia del coeficiente axiológico inherente a toda norma jurídica, pone de manifiesto, además, la existencia de una estrecha relación entre el modelo político adoptado por el Estado y su organización procesal, tal como lo testimonian los siguientes dos párrafos, hijos, en su orden, de las ilustradas plumas de los profesores José Almagro Nosete y Hernando Devis Echandía: "El Derecho Procesal cataliza en su ordenación, según los sistemas políticos y las épocas históricas, ya sea el individualismo, ya sea el transpersonalismo como concepciones de filosofía social. Cabe hablar, con perfecto sentido, de un Derecho Procesal liberal y de un Derecho Procesal autoritario" (9). "Gran influencia tiene en el sistema procesal consagrado en las leyes para la organización de la justicia judicial, la ideología política vigente en cada país, principalmente respecto a la justicia social y a la consiguiente protección de los débiles y pobres en busca de una real y práctica igualdad de oportunidades para la tutela de sus derechos..." (10).

Lo anterior, que ha sido escrito con referencia al derecho procesal en general, se convierte en irrefutable axioma, cuando se le traslada al campo específico del derecho procesal penal, donde se admite sin discrepancias que el ejercicio, frente a un caso concreto, del denominado "Jus Puniendi" —entendido como el derecho subjetivo de penar correspondiente al Estado—, establece entre éste y el presunto infractor de la ley penal una verdadera relación jurídica, en virtud de la cual el primero se halla facultado para procesar y sancionar al segundo, que se halla obligado, por su parte, a someterse tanto al proceso como a la sanción. "Objeto fundamental del proceso penal", escribe al respecto Eugenio Florián, "es una determinada relación de derecho penal que surge de un hecho que se considera como el delito, y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicada a este último la ley penal" (11).

Así razonando, puesto que dicha relación jurídica se desenvuelve íntegramente en el proceso penal, el cual constituye, a su vez,

---

9) Almagro Nosete, José y otros, *Derecho procesal,* Tomo I (Vol. I), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1987, página 27.

10) Devis Echandía, Hernando, *Compendio de derecho procesal,* Tomo I, Editorial A.B.C., Bogotá, 1985, página 10.

11) Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal,* Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1934, página 49.

la materia específica de regulación del derecho procesal penal, fácil es entender el motivo por el cual el proceso penal refleja, fatalmente, en cuanto a su estructura y organización, el modelo político, autoritario o democrático, que inspire en su conjunto toda la gestión estatal en un lugar y tiempo determinados. Para una mejor intelección de lo expuesto, piénsese, por ejemplo, en el asfixiante halo autoritario que impregna al exótico proceso instituído por el decreto Nº 180 de 1988 —artículos 39 y siguientes—, donde, una vez clausurada la etapa del sumario y fenecidos unos minúsculos traslados establecidos en horas para las partes, el juez debe entrar a proferir sentencia, sin la formulación previa de una acusación, cuyos términos hubieran podido y debido discutirse en una etapa de juzgamiento, que, naturalmente, también se suprime.

No obstante la meridiana claridad de lo anterior, fue precisamente el derecho procesal penal —donde la simbiosis entre lo jurídico y lo político jamás se ha discutido— el ordenamiento elegido, contra toda predicción, por el magistrado José Fernando Ramírez Gómez, para intentar demostrar la tesis relativa a la neutralidad de la norma procesal, utilizando, al efecto, fuera de contexto, una propuesta de sistematización de los imperativos procesales ideada por el profesor Clemente A. Díaz [12] y merecedora, claro está, de mejor suerte.

De la mano de la argumentación precedente, considero ya, sin embargo, respetuosamente controvertidos, por mi parte, los fundamentos teóricos de la tesis que postula la neutralidad de la norma procesal. Otro tanto puede decirse del planteamiento según el cual las normas procesales —y específicamente las de carácter penal— son refractarias a la aplicación del principio de favorabilidad. Efectivamente, por tratarse de una mera consecuencia lógica de la tesis de la neutralidad, la refutación de ésta —ya cumplida— comporta necesariamente la suya. No obstante, como el magistrado Ramírez Gómez concluye sus reflexiones haciendo expresa referencia al ordenamiento jurídico colombiano, forzoso me parece señalar que, entre nosotros, una discusión seria sobre el particular no puede siquiera plantearse, toda vez que el principio cuya vigencia pretende desconocer el connotado articulista, ha sido objeto de expresa con-

---

12) Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal,* Parte General, Tomo I, Introducción, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, páginas 169 y siguientes.

sagración en los artículos 26-2 de la Constitución Nacional [13] y 5 del Código de Procedimiento Penal [14].

Con respecto al principio de favorabilidad, antes que obstinarse en negar en vano su existencia, lo que realmente debe hacerse, entonces, es reclamar su plena vigencia frente a todas las normas de derecho procesal penal, incluidas las orgánicas y las de simple sustanciación o trámite, que, a contrapelo del diáfano texto constitucional recién aludido [15], suelen sustraerse a la aplicación del principio, en tributo a una larga tradición legislativa que se remonta hasta el artículo 40 de la ley 153 de 1887 [16].

Lo anterior, que ha venido siendo propugnado últimamente, entre otros, por el fecundo publicista Fernando Velásquez Velásquez [17], se apoya en la circunstancia —fácilmente demostrable— de que inclusive un mero cambio de competencia puede llegar, eventualmente, a desmejorar en gran medida la situación procesal del justiciable. Efectivamente, como el recurso extraordinario de casación sólo procede —por mandato del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal— contra ciertas sentencias de segunda instancia proferidas por los tribunales superiores de distrito judicial, si se les asignara, por ejemplo, a los jueces penales municipales el conocimiento de un asunto antaño atribuído a los jueces penales del circuito, tal cambio de competencia privaría inmediatamente al

---

13) Tal canon constitucional reza: "En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable

14) Dicho texto legal dispone: "La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pero la que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir".

15) La expresión exacta es "a contrapelo", porque la "materia criminal" a que alude el precepto constitucional comprende, si no se violenta la hermenéutica, tanto las normas de derecho penal sustancial o material, como las procesales de todo género y las de ejecución.

16) El texto de este artículo —evidentemente concebido para y aplicable a materias distintas a la "criminal"— es el siguiente: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

17) Velásquez Velásquez, Fernando, *Principios rectores de la nueva ley procesal penal,* Editorial Temis S. A., Bogotá, 1987, páginas 36 a 46.

procesado de la posibilidad de interponer dicho recurso en contra de la sentencia de segundo grado, que, a raíz de la mutación supuesta, habría de ser expedida, ya no por un tribunal superior de distrito judicial, sino por un juez penal del circuito.

Antes de epilogar estas líneas, se hace necesario, empero, tornar a la tesis de la neutralidad, no propiamente para insistir en la fragilidad de sus premisas conceptuales —que es tarea ya cumplida—, sino para hacer una breve referencia a las inquietantes consecuencias políticas que comporta su adopción. Para ello, basta simplemente recordar que, merced a sus pregonadas asepsia e incontaminación, el positivismo jurídico —cuyos postulados teóricos inspiran evidentemente la tesis controvertida— ha sido siempre considerado como una ideología conservadora y retardataria, apta para legitimar innombrables abusos y desafueros, en aras de una pretendida defensa social. Así lo recalca Elías Díaz, en el siguiente y encendido párrafo: "Por supuesto que hay y ha habido juristas positivistas que simulando no ocuparse de valores, o creyendo posible prescindir sin más de ellos, autocalificándose como meros técnicos, adoptan una actitud eminentemente acrítica, social y políticamente conservadora. De ellos unos son más sinceramente técnicos (tal vez habría que decir tecnócratas): serían acríticos servidores de cualquier orden jurídico-político, incluso de los de contenido más opuesto... Otros, no: otros juristas simulan ser técnicos sólo porque su sistema de valores concuerda perfectamente con el sistema de legitimidad que orienta ese concreto derecho positivo; pero ante cualquier cambio importante en dicho sistema de legalidad, estos neutros técnicos alegarían inmediatamente criterios de carácter valorativo que ahora dicen no tener para nada en cuenta y que, incluso, se permiten el lujo de menospreciar como algo perfectamente estéril y hasta 'metafísico' " [18].

No sobra advertir, por supuesto, que, entre las dos categorias de juristas positivistas a que alude el fogoso polemista ibérico, personalmente considero incluídos en la primera —la de los "sinceramente técnicos"—, porque conozco su formación y ejecutorias, a los destacados procesalistas cuyos textos me he permitido, con toda cortesía, examinar.

En un tono más sosegado, sin embargo, como corresponde a la amistad que a ellos me liga, me considero obligado a recordarles que, en un medio jurídico como el nuestro, cada vez más permeable

18) Díaz, Elías, obra citada, página 293.

al autoritarismo estatal —fehaciente prueba de lo cual suministra el ya citado decreto Nº 180 de 1988—, ningún jurista, cualquiera sea el escenario de su quehacer científico o profesional, puede perder de vista que "el derecho", según afortunado símil de Angel Latorre, "es una arma en manos del legislador, que lo puede utilizar en muy diversas direcciones y con variados propósitos" [19].

Cordialmente, invito, pues, a mis dos respetados compañeros del Centro de Estudios de Derecho Procesal a repensar, sin excesiva prisa, los lineamientos generales de la tesis cuya réplica he intentado en este escrito. Entre tanto, para ellos y para quienquiera que se interese en el asunto, la discusión continúa amistosamente abierta, en torno al interrogante adelantado desde el comienzo: ¿Es realmente neutra la norma procesal?

---

19) Latorre, Angel, obra citada, página 38.

LA PRORROGA DEL TERMINO PARA PRONUNCIAR EL LAUDO EN LOS ARBITRAMENTOS

Hernando Devis Echandía *

Se discute si los apoderados necesitan autorización expresa de sus mandantes o sea de las partes del litigio sometido a arbitramento, para prorrogar el término inicialmente señalado en el compromiso o en la cláusula compromisoria o el que a falta de estipulación al respecto señala en seis meses el art. 2017 del C. de Comercio y el art. 669 del C. de P. C.

Nuestra opinión es que no se requiere esa autorización especial, por no exigirla ninguno de los dos códigos, y nos fundamentamos en las siguientes consideraciones:

1ª *El art. 669 C. de P. C. y su gemelo 2.017 del C. de Co., en cuanto por lo menos a su inciso 1º, no son aplicables al caso presente,* porque ambos textos se refieren al supuesto de que "en el compromiso o en la cláusula compromisoria *no se señala el término para el proceso"*, y ocurre que *en el presente caso sí se señaló el término en el documento de compromiso,* pues en su cláusula cuarta se dice: *"El laudo deberá producirse en un término mayor de seis (6) meses,* a contar de la fecha de la primera audiencia de que trata el ordinal sexto (6º) del artículo 2.018 del Código de Comercio, *obligándose las partes desde ahora a prorrogarlo antes de su vencimiento, por mutuo consenso, si fuere necesario, hasta por un término no superior a los seis (6) meses adicionales".*

Por consiguiente, la exigencia del inciso 1º de aquellos dos textos, de que *"las partes"* lo prorroguen, no tiene aplicación al caso presente, si se toma en su sentido literal.

---

* Tratadista de derecho procesal.

2ª Pero en el supuesto de que pudiera aplicarse la norma comentada, a este caso que es de presupuesto fáctico contrario al que aquella contempla para su aplicación, tampoco podría interpretarse dándole a la palabra "partes" el significado de que tienen que ser las propias personas cuyas pretensiones se someten al arbitramento, quienes personalmente deben hacer la prórroga, *porque la regla general sobre facultades del apoderado rechaza esa interpretación y resulta violada por ella,* puesto que el art. 70 del C. de P. C. Colombiano dice que el poder *"habilita al apoderado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados por la ley a la parte misma"* y no existe norma que diga que la prórroga del término para decidir los árbitros requiera acto de la "parte misma" (ni en el art. 2.017 del C. de Co., ni en el art. 669 del C. de P. C. ni en ninguna otra norma de esos dos códigos, ni en otra ley). *Luego las excepciones a esa norma general son taxativas y deben ser expresas,* como en el caso del desistimiento del proceso o la demanda, de la transacción, de la renuncia al derecho sustancial.

El mismo profesor Hernando Morales Molina lo dice claramente, en la edición de 1983 de la Parte General (cinco años posterior a la edición de la Parte Especial de la cual se toma la cita que hace el excepcionante, por lo que prima lo dicho por él en aquella): *"Para que no pueda efectuar un acto se necesita que la Ley lo diga, tal cual sucede con la transacción, el desistimiento...* (no pone entre las excepciones la prórroga del término para el arbitramento). (Num. 307, pág. 28 Idem. pág. supra).

3ª Nuestro C. de P. C. tiene por lo menos un centenar de textos en los cuales se utiliza la palabra "partes" o "parte" para referirse a *actos que o sólo pueden ejecutar los apoderados o pueden ejecutar éstos y sus mandantes,* como interponer recursos, alegar nulidades, proponer excepciones, solicitar copias, realizar actos dentro de los términos judiciales, solicitar pruebas, dar traslado a las partes, presentar alegaciones, invocar costumbres, tachar testigos, pedir ampliación de dictámenes, practicar inspecciones con las partes que concurran, aportar documentos, exhibir lo ordenado, practicar pruebas de oficio o a solicitud de partes, tachar documentos como falsos, aprobar la liquidación que presente la parte obligada, apelar o adherirse a la apelación de la otra parte, notificación por conducta concluyente (arts. 34, 97, 115, 118, 125, 130, 131, 132, 133, num. 4, 137, 140, 149, 151, 157, 167, 179, 183, 185, 186, 188, 190, 208, 218, 228, 4, 235, 236, 238, 246, 268, 276, 285, 288, 289, 290, 308, 309, 310, 311, 330, 335, 337, 344, 345, 349, 350, 353, 357, 359, 360, 361, 364, 369, 373, inciso 6, 383, inciso final

389 num. 6, 393, num. 4, 6, 419, 445, num. 2 y 3 y 5 y 8, 447, 448, 464, num. 3, 464 inciso 1º, 464 num. 3, 484 inciso 3º, 514, 528, 545 inciso 2º, 549, *557 num. 2 sobre prórroga por las partes del término para consignar la diferencia del precio en los remates;* 600 num. 8, 601 inc. 1º, 631 num. 4 y num. 636 inc. 1º, 637 inciso 3º, 641 num. 2, 642 num. 4, 651 num. 1 inc. 2º. *Y en el mismo título sobre arbitramento:* art. 665 inciso 4º, 670 num. 1 y 2 y 3 y 6 inciso final; 671 num. 2 incisos 1º y 2º y num. 6, 672 inciso 1º y num. 9 inc. 2º, 674 (además del art. 669) *en embargos:* arts. 681 num. 1 inciso 2º, 6669, 691 num. 1.

Además de que muchos otros textos se refieren al demandante o demandado o interesado, y los actos que contemplan pueden ser ejecutados por sus apoderados.

Ante tan numerosos textos que utilizan la palabra "partes" y en uno solo el apoderado puede ejecutar el acto y en otros éste y el mandante: por qué interpretar el art. 669 C. P. C. de manera diferente y excepcional, a pesar de que tiene idéntica redacción y que contempla un acto que no es disposición del derecho, ni transacción, ni renuncia al derecho sustancial, sino apenas la continuación del proceso por voluntad de las partes (como en tantos otros textos se dice y sin embargo nadie discute que pueden hacerlo los apoderados), para exigir que sean las propias partes, sin que en ese texto ni en el resto del Código se exija autorización especial para que el apoderado obre en representación de la parte mandante y *a pesar de la regla general de que puede ejecutar todos los actos para los cuales la ley no exija expresamente autorización especial.*

Hay casos en que nadie discute que a pesar de decirse *"parte"*, puede ejecutar el acto el apoderado, *no obstante tratarse de actos que pueden acarrear graves consecuencias al mandante,* como el art. 308 cuando dice que "el Juez aprobará de plano la liquidación que expresamente acepte la parte obligada"; como en la notificación por conducta concluyente porque el apoderado manifieste conocer la providencia o retire el expediente, a pesar de que el texto se refiere a "la parte"; el art. 118 que se refiere a los actos de las partes en general; el 131 que contempla la retención del expediente por la parte, para aplicarle graves consecuencias, y puede ser hecha por el apoderado; el art. 156 que considera saneada la nulidad porque la parte o sea su apoderado no la alega en oportunidad; cuando se refiere a tachar *la parte* sea a testigos o a documentos, imponiendo grave consecuencia a su silencio, y se refiere en realidad a los apoderados, en los arts. 218 y 289; y el 235 sobre re-

cusación de peritos; y el 246 cuando dice que la inspección se practicará con las partes que concurran, pero se trata de los apoderados; el 276 que dispone el reconocimiento del documento de la parte que lo presente, pudiendo hacerlo el apoderado, etc., etc. *El 557 sobre prórroga del término para el precio del remate, es un caso de analogía perfecta con el del art. 669. También lo son los anteriores.* Luego es contradictorio, ilógico, ilegal, impedir que los apoderados prorroguen el término del arbitramento en representación de las partes, siendo idéntica la redacción a la de esos 100 y más textos. *Las doctrinas extranjeras* no son aplicables porque nuestra ley procesal las rechaza.

4ª Prorrogar la duración del proceso arbitral, no es renunciar al derecho discutido, ni disponer de éste, ni transigir, por lo cual éstas son situaciones y actos totalmente distintos, y resulta absurdo invocar analogía con el primero para exigir autorización especial del mandante.

5ª Pero en el supuesto de que se tratara de prórroga por los apoderados sin facultad para ello, ocurre que *el art. 672 C. P. C. le dio legalmente el carácter de nulidad, al hecho de haberse expedido el laudo "después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral";* luego en Colombia, no puede discutirse que este caso configura solamente un vicio de nulidad, y que debe alegarse en el término y por el trámite señalados en los arts. 2020 del C. de Comercio y 672 del C. de P. C.

6ª Además, el mismo art. 672 C. P. C. otorgó *exclusiva competencia* para reconocer del vicio del otorgarse el laudo después de vencido el término fijado para ello, al Tribunal Superior del Distrito donde funcionó el Tribunal de Arbitros; lo cual significa que les quitó la competencia al juez del ejecutivo para el cumplimiento del laudo y al Tribunal Superior cuando conozca en apelación de dicho ejecutivo. La competencia del Tribunal Superior se circunscribe al conocimiento del recurso de "anulabilidad".

7ª Por otra parte, la nulidad ocurrida en la sentencia final (o el laudo), que contempla el inciso final del art. 154 C. P. C. *es cuando contra aquella (o aquel) no proceda recurso alguno, y contra el laudo existe el de anulabilidad;* luego no puede invocar en este caso dicho texto. Y el art. 672 del C. P. C. y su gemelo del C. de Co. le dieron el carácter de nulidad a ese vicio.

8ª Tampoco procede el recurso extraordinario de revisión, porque la causal 7ª del art. 380 no opera debido a que si hubo

exceso de representación o sea indebida representación en el acto de los apoderados, el vicio queda saneado al vencer el término para proponer la anulación del laudo y la causal 7ª tampoco porque contra el laudo existe el recurso de anulación ya comentado.

EL AUTO DE CONTROL DE LEGALIDAD

J. Héctor Jiménez Rodríguez *

La tesis de que el control de legalidad que se encomienda al juez del conocimiento o sentenciador a través de auto interlocutorio es meramente formal y le impide comprometer su criterio e imparcialidad auscultando el fondo de la resolución de acusación, no pasa de ser enunciado sin fundamento lógico en determinadas situaciones, que, además, autorizaría mantener la vigencia de cargos que no corresponden a la realidad probatoria y jurídica del asunto.

¿A qué conduce, por ejemplo, el impulso o trámite del juicio edificado en ostensible error de calificación del mérito del sumario si desde el comienzo se advierte, sin posibilidad de variar, acudiendo al mecanismo del artículo 501 del C. de P. P., la adecuación típica de hechos probatoriamente establecidos sin equívocos, pues ellos estructuran ilicitudes distintas de aquellas que el juez en su nociva resolución de acusación no alcanzó a desentrañar por un falso juicio de valoración, v. gr., encubrimiento, en vez de complicidad en el hurto, abuso de confianza, en lugar de peculado, falsedad en documentos privados, no públicos?

¿Qué decir cuando el vicio de calificación de la etapa investigativa demuestra sin dubitaciones que los hechos corresponden a figuras delictivas que encajan en otras competencias, v. gr., tentativa de homicidio y porte ilegítimo de arma de defensa personal, en vez de lesiones personales y de infracción de la última naturaleza; secuestro extorsivo, en lugar de concusión y detención arbitraria; hurto entre condueños, en cambio de abuso de confianza en cuantía de un millón de pesos?

---

* Magistrado del Tribunal Superior de Medellín y profesor en las universidades de Antioquia y de Medellín.

Si bien es cierto que la doctrina nacional ofrece soluciones para las hipótesis en que está en juego la competencia y abre el sendero al respectivo conflicto para discutir la adecuación típica del hecho (véase la obra *El Proceso Penal,* Jaime Bernal Cuéllar, Eduardo Montealegre Lynett, Universidad Externado de Colombia, 1987, páginas 405 y 406). trazando el camino de la absolución cuando el caso se mantiene en la órbita de atribuciones del juez y el error no puede corregirse recurriendo al sistema del artículo 501 (ob. cit., páginas 348 a 352), en buena hora un tratadista de sólida estructura académica, el Dr. Gustavo Gómez Velásquez, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se aparta, así lo entendemos, de esa especie de dogma de la inmutabilidad de la imputación y de la camisa de fuerza que el funcionario instructor impone al juez del conocimiento, para salir del funesto embrollo del vicio nacido de la equivocada valoración del comportamiento antijurídico acudiendo al instituto de la nulidad que no vacilamos en acoger.

Con laudable acierto escribe en su Código de Procedimiento Penal, comentando las normas rectoras de la nulidad: "La legislación abandonó, como semillero de controversias y de obstáculos a la labor de la justicia, la inmodificabilidad de la acusación formulada. No es que haya desaparecido el error en la denominación jurídica de la infracción, como alegremente piensan algunos, sino que hay posibilidad, sin retrotraer el juicio, de sanearlo. Pero si no se hace, o se hace contraviniendo las garantías que al respecto fijan los artículos 501 y 533 (sobre lo cual fue muy enfática la Corte al declarar la exequibilidad de una preceptiva de tan importante índole), la declaratoria de nulidad se hará sentir, así tenga que reconocerse como *comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso o la violación del derecho de defensa".*

"Conviene reiterar que la calificación provisional no autoriza la redacción confusa, vaga y sin el lleno de los requisitos probatorios que la condicionan". (Páginas 330 y 331).

Ese remedio procesal, no se oculta, sofocaría la alarmante impunidad surgida de mantener un vicio de calificación del mérito del sumario a expensas de que la resolución de acusación ejecutoriada es ley del proceso mientras no se cambie acudiendo al formalismo del artículo 501 ya citado.

Se nos contestará entonces, para desestimar nuestra tesis, que el legítimo proceso judicial establecido para investigar y juzgar los hechos de conocimiento de los jueces superiores y de circuito, les impide abandonar el ámbito del control estrictamente formal y

sólo les autoriza para resolver si se han observado los ritos propios del juicio, no se conculcó el derecho a la defensa y está a salvo el principio de favorabilidad, y de inmediato la respuesta vuelve a enmarcar la controversia en el plano de "la comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso" (artículo 305-2), a menos que se limite la órbita de la causal de nulidad para conseguir el silencio del juez socapa de que al amparo del reparto o distribución de funciones y de los acentos o tendencia acusatoria del proceso ordinario la labor de calificación del instructor puede arrasar con todas las normas y principios, aún de linaje constitucional, que gobiernan la factura del pliego de cargos, como si fuese lícito desconocer la esencia de los hechos, tergiversarlos, insertarlos en textos que no corresponden a su genuina adecuación típica, ignorar la verdadera forma de culpabilidad en que actuó el sujeto, etc., etc.

¿Es que los vicios de naturaleza formal y sustancial en que incurra el juez en aquel auto, piedra angular de la causa y por lo mismo presupuesto ineludible del legítimo proceso, hay que ocultarlos o pasar al vuelo sobre ellos para que no se desquiecen las bases o la estructura del proceso semiacusatorio? Criterio tan deleznable y halagüeño para el acusado no se justifica en un sistema regido igualmente por el principio de que la sentencia debe dictarse en un trámite válido y que las garantías instituídas por el constituyente y el legislador común también se encaminan a preservar los intereses básicos del Estado a fin de que el ordenamiento penal cumpla la misión de ser un factor de la tranquilidad, del orden y de la paz social.

De otra manera la sentencia que desata el proceso o resuelve el conflicto originado en el núcleo social no haría otra cosa que servir de alimento a la más escandalosa impunidad en nombre de un exagerado culto a formalidades capaces de convertir la resolución de acusación en sofocante tabú o mito después de que sale de las manos del juez instructor y no encuentra en nuevas probanzas la manera de purgarse del gigantesco error que lo acosa.

Si tan absurda e intocable resolución de acusación mantiene su fuerza vinculante hasta el fallo y en nombre de la congruencia el juez que no ha logrado el *cambio de la adecuación típica* (peculado en vez de hurto o abuso de confianza, v. gr.), basándose en prueba sobreviniente en la etapa de juzgamiento está en la obligación de absolver (C. de P. P., artículos 226, num. 2º, y 501) como tributo, además, a la garantía de la defensa que impide cam-

biar la calificación jurídica del hecho, es necesario llegar a la deplorable conclusión de que hemos construído un ordenamiento procesal tan formalista que la ejecutoria del pliego de cargos y la ausencia de nuevas probanzas *imprimen carta de naturaleza al error, le otorgan muy saludables efectos,* y apenas dejan abierta la vía para impugnar la sentencia bajo el ataque de ser "violatoria de la ley sustancial" por alguno de los motivos que señala el artículo 226, numeral 1º, ya citado, cuando regula el recurso extraordinario de casación que la defensa no interpondrá por falta de legitimación o agravio, el Ministerio Público en virtud de su conocida inercia y el verdadero perjudicado por no haberse constituído en parte civil.

Como vivimos en el país de las soluciones escritas e inoperantes, es posible que ahora mismo se esté escribiendo otra reforma para brindarle oportunidad al juez de enmendar *los errores de calificación de la etapa investigativa* gracias a un instrumento legal que simplemente le exija una revaloración de los hechos y de las pruebas que obraban en el proceso a tiempo de incurrirse en el nocivo vicio.

En el ámbito del procedimiento ordinario yacen otras inquietudes que no se examinan ahora y frente a las cuales la jurisprudencia de algunos juzgados y tribunales va tomando inquietantes posiciones, a saber: ¿Tanto en los juicios en que actúan jueces de conciencia como en los que se ritúan en estricto derecho, es posible incluir en la sentencia circunstancias específicas de agravación del hecho punible no deducidas en la resolución de acusación ni en el respectivo cuestionario por el juez letrado? ¿Basta, para agravar el cargo, que estén probadas con elementos de convicción sobrevinientes o que se hubiesen analizado en el debate oral de la causa (C. de P. P., artículo 533)? ¿Se puede romper la armonía entre la acusación o pliego de cargos, el veredicto y la sentencia para eliminar circunstancia agravante o modificadora del hecho punible bajo el mero argumento de que el asunto fue debatido en la audiencia y las probanzas no acreditan ese desfavorable factor de intensificación punitiva, no importa la respuesta afirmativa del juri?

Creemos que la justa solución de estos interrogantes está en los criterios expuestos en la sentencia de la Sala Plena de 16 de julio de 1987, según la cual el fallador está sujeto a la ineludible obligación o presupuesto de aceptar "que las circunstancias adventicias en que ha de apoyar la nueva denominación del hecho o la *variación de las circunstancias que lo califican, hubiesen recibido adecuada comprobación* en la etapa probatoria o en la audiencia pública y que éstas hayan sido previamente sometidas a la apre-

ciación del jurado, en razón de que el juez del conocimiento no puede hacer adiciones al veredicto de los jueces populares".

Mas el salvamento de voto que suscribieron cinco magistrados de la H. Corte Suprema de Justicia no deja de originar cierto desasosiego cuando se acomete la tarea de desentrañar el nítido alcance del artículo 533 aludido, ya que tales juristas no descartan "la posibilidad de que la variación de la denominación jurídica se haga en la misma sentencia, esto es, que se agrave un cargo sin posibilidad de que sobre él se ejerza oportunamente el derecho de defensa".

EL CURADOR AD-LITEM EN LA REALIDAD PROCESAL *

Orión Alvarez A. **

1. Objeto. 2. Justificación. 3. Universo y método. 4. Referencias jurídicas. 5. Eventos estudiados. 6. Observación de la realidad procesal. 7. Opiniones sobre el curador ad-litem. 8. Conclusiones.

1. *Objeto*

Esta investigación tuvo por objeto observar en los juzgados civiles municipales de Medellín, la actuación de los curadores ad-litem, en orden a determinar su relevancia en las decisiones judiciales; y a comparar su desempeño con el de los apoderados contratados.

2. *Justificación*

No se han hecho en nuestro medio averiguaciones sobre el comportamiento procesal de los curadores ad-litem, ni se ha com-

---

* Trabajo realizado en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Ver información complementaria al final del artículo.

** Docente investigador del referido Centro y miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

parado ese comportamiento con el de los abogados contratados que representan a la otra parte, a fin de establecer la eficiencia relativa de unos y otros.

Los estudios sobre el curador ad-litem son escasos y no profundizan en esta institución, cuya importancia es innegable, ya que permite la continuación del proceso, y por tanto, la solución del conflicto o la efectividad del derecho, de una parte; y de la otra, la defensa de las personas asistidas por el curador ad-litem. Si los estudios de tipo conceptual a los que aludimos son pocos, las investigaciones son inexistentes hasta donde alcanza nuestra información.

El nuevo conocimiento que puede generar esta investigación, unido a las anteriores consideraciones, la justifica.

3. *Universo y método*

El universo se circunscribió a los procesos que se adelantaron con curador ad-litem, en 10 de los 21 juzgados municipales de Medellín. Fueron elegidos al azar los juzgados 1, 3, 5, 8, 10, 12, 13, 15, 20 y 21, que representan el 47,6% del total.

Seleccionados los juzgados, se determinaron los procesos sujetos a observación, que fueron los terminados en 1986 con actuación de curador ad-litem hasta la sentencia. El total de estos procesos fue de setenta, los que se leyeron metódicamente auxiliados por un formulario, que antes de ser aplicado fue discutido en grupo, probado y corregido.

Además se consideró útil consultar la opinión de los abogados que en esos procesos representaron a la parte no asistida por el curador ad-litem. Al azar fueron elegidos 18, muestra que se estimó representativa del total.

También se indagó el parecer de todos los profesores que en las cuatro facultades de derecho existentes en Medellín, servían las cátedras de derecho procesal civil; y el de todos los jueces civiles municipales. Trece fueron los primeros y veintiuno los segundos.

El cuestionario para las entrevistas a los abogados, los profesores y los jueces siguió el mismo procedimiento que el formulario destinado a observar los procesos, o sea, discusión en grupo de

las preguntas, elaboración del cuestionario, prueba del mismo, corrección y aplicación.

Conviene, antes de presentar los hechos observados en los procesos, las opiniones de los entrevistados, los análisis correspondientes y las conclusiones, exponer brevemente desde el punto de vista jurídico, algunos aspectos relativos al curador ad-litem.

4. *Referencias jurídicas*

El legislador trata someramente la institución del curador ad-litem, a pesar de su importancia, y lo hace de manera imprecisa, sin que la jurisprudencia haya suplido las deficiencias normativas.

El código civil se refiere al curador ad-litem en los artículos 443, 583 y 584, únicamente. El primero establece que las curadurías son de tres clases: testamentarias, legítimas y dativas. De las últimas, que son las que confiere el juez, nos ocupamos en este trabajo de aquellas previstas en los artículos 318 y 320 del código de procedimiento civil.

El segundo dispone que "los curadores para pleito o ad-litem son dados por la judicatura o prefectura que conoce en el pleito".

Y el tercero, ordena que el curador ad-litem debe expedir recibo de los documentos, cantidades o efectos que se pongan a su disposición para el desempeño de su cargo y tiene la obligación de dar cuenta fiel y exacta de esos efectos.

"Los curadores ad-litem, aunque no deriven su representación de la voluntad del representado, son mandatarios que el juez les da a ciertas personas que no pueden o no quieren comparecer en juicio, en circunstancias que la ley determina". (Casación del 11 de agosto de 1963, XLIV, 114).

Tienen los curadores ad-litem, según los artículos 46 y 70 del código de procedimiento civil, las mismas facultades de los apoderados judiciales, salvo las de sustituir, recibir y disponer del derecho en un litigio, pero pueden designar por su cuenta y bajo su responsabilidad apoderado judicial.

La Corte Suprema de Justicia alude a las prohibiciones que tiene el curador ad-litem en los siguientes términos: "No tiene ca-

pacidad para confesar. No produce efectos jurídicos la confesión del curador ad-litem en contra de su representado, pues en tal supuesto el confesante carece de capacidad jurídica para hacerlo en nombre de éste, y por ende, no tiene poder dispositivo sobre el derecho de su representado que resulta de lo confesado. Por lo demás, el curador ad-litem no tiene calidad de representante legal de la persona respecto de la cual ejerce sus funciones de curador... es claro que las aseveraciones o declaraciones que al contestar la demanda hubiese hecho el curador ad-litem no tienen la calidad de confesiones en relación con el demandado del cual es curador, no perjudica a aquel y no forman por consiguiente, por sí sola, plena prueba en contra del demandado". Sentencia de enero 26 de 1977 (1).

"El curador ad-litem es temporal, pues actuará en el proceso como lo manda el art. 46 del C. de P. C. hasta cuando concurra a él la persona a quien corresponda la representación o desaparezca el motivo de ésta" (2).

Como todo guardador, el curador ad-litem entra a ejercer las funciones de su cargo, cuando éste se le discierne y después de posesionarse.

Los curadores ad-litem son auxiliares de la justicia, cumplen funciones públicas y deben ser abogados inscritos.

Respecto de los honorarios que deben percibir por su actuación, el Consejo de Estado se pronunció, así: "En la actualidad no hay norma legal que señale la tarifa de los honorarios de los auxiliares de la justicia, por lo que es autónomo el juez para señalarlos, por cuanto el decreto reglamentario 2265 de 1969 quedó derogado por el código de procedimiento civil, decretos leyes 1400 y 2019 de 1970, el último de los cuales en su artículo 9º, numeral 2º, dispuso que en decreto reglamentario posterior se establecería lo concerniente a los honorarios de los auxiliares de la justicia y tal decreto no ha sido expedido hasta el presente" (3).

---

1) Sala de Casación Civil. M. P. Humberto Murcia Ballén. Incluido en *Jurisprudencia y Doctrina.* Tomo VI, Nº 63. Legis. Bogotá, 1977. Páginas 147 y 148.

2) Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. M. P. Antonio Rodríguez R. Incluido en el *Código de procedimiento civil y legislación complementaria.* Legis. Bogotá, 1987. Página 55.

3) Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. M. P. Jorge Valencia Arango. Incluido en la revista *Jurisprudencia y Doctrina.* Tomo XIII, Nº 153. Bogotá, septiembre 1984. Páginas 801 y 802.

5. *Eventos estudiados*

Fueron los previstos en los artículos 318 y 320 del código de procedimiento civil.

El primero, ocurre cuando se ignora la habitación y el lugar del trabajo de quien debe ser notificado personalmente, o éste se encuentra ausente y no se conoce su paradero. En este caso, el juez, previo juramento de parte interesada que se considera prestado con la presentación de la solicitud, ordena el emplazamiento por medio de edicto.

El segundo se presenta, cuando transcurridos cinco días desde cuando se suministró lo necesario para la notificación personal y realizadas las diligencias del caso sin que ella se haya podido practicar por ocultación del demandado, el juez a solicitud de parte interesada y previo testimonio juramentado del secretario, dispone que se emplace a la persona a quien se ordenó citar, por medio de edicto.

En ambos casos, vencido el término del edicto, que se fija por un mes en lugar visible de la secretaría y se publica en un diario de amplia circulación en la localidad, por tres veces durante el mismo término y por medio de radiodifusora del lugar, si la hubiere; y transcurridos cinco días a partir de la expiración del término del emplazamiento, el juez designará al citado un curador ad-litem, con quien se surte la notificación y se continúa el juicio.

Se transcriben en lo pertinente, jurisprudencias relativas a los eventos anotados, en cuanto a la validez del emplazamiento, por ser este episodio el que más dificultades ofrece en la práctica, generadoras de nulidades, evitables con una actuación oportuna del curador ad-litem.

"Si la afirmación de desconocer la habitación o lugar de trabajo de quien debe ser notificado no se hace bajo la gravedad del juramento, no puede devenir válidamente su emplazamiento; el art. 318 del C. de P. C. que regula el punto, hace imperiosa tal exigencia. El citado precepto dispensa es de prestar el juramento, esto es, que no es de rigor practicar la diligencia misma del juramento porque la ley lo entiende prestado, pero no ha dispensado en manera alguna, de que se asevere, diga o manifieste en el escrito respectivo, que el desconocimiento de la habitación o lugar de trabajo referidos

se hace bajo la gravedad de juramento". (Sentencia del 17 de junio de 1987, Corte Suprema de Justicia) [4].

"Es necesario el testimonio juramentado del secretario, como prueba del ocultamiento del art. 320 del C. de P. C.; no es un mero informe bajo juramento. Es una declaración rendida ante el juez como la de cualquier testigo, donde el secretario refiere las diligencias cumplidas y todos los detalles de los cuales pueda inferirse que la notificación se ha imposibilitado, no por ignorarse el paradero de la persona, sino porque se han empleado argucias para eludir la notificación" [5].

"Debe haber prueba del ocultamiento. El ocultamiento debe ser un hecho que aparezca ostensible y no una simple apreciación o concepto del secretario del juzgado" (auto de febrero 18 de 1983) [6].

6. *Observación de la realidad procesal*

Las observaciones generales que se apreciaron de la lectura de los procesos, se muestran en el siguiente cuadro.

---

4) Casación Civil. M. P. Rafael Romero Silva. Incluido en *Jurisprudencia y Doctrina.* Tomo XVI, Nº 188. Legis. Bogotá, agosto de 1987. Página 770.

5) Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil. M. P. Arturo Gómez Duque. Incluido en el Cádigo de procedimiento civil, recopilado por Enrique Angel Castro y Luis César Pereira M. Poligráficas. Medellín, 1987. Páginas 395 y 396.

6) Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. M. P. Eladio Mendoza y Mendoza. Incluido en el código antes citado. Páginas 395 y 396.

Observaciones generales	%
Tipo de proceso	*100 %*
Ordinarios	18,6
Abreviados	28,6
Verbales	7,1
Ejecutivos	45,7
Nombramientos	*100 %*
Por el artículo 318	85,7
Por el artículo 320	14,3
Tiempo transcurrido entre el nombramiento y la posesión	*100 %*
De 1 a 10 días	52,9
De 11 a 20 días	37,1
De 21 a 30 días	2,9
30 días y más	7,1
Fijación de honorarios	*100 %*
Provisionales	17,1
Definitivos	75,8
No se fijaron	7,1
Pago de honorarios	*100 %*
Pagados	41,4
No pagados	58,6

En dos circunstancias debe el juez nombrar curador ad-litem: cuando se ignora la habitación y el lugar de trabajo del demandado, lo que en los procesos observados ocurrió en un 85,7%; y cuando se oculta, lo que se dio en un 14,3%.

El 40% de los curadores ad-litem nombrados en ambos eventos, demoró entre 11 y 30 días para posesionarse, y el 7,1% más de 30 días, tiempo excesivo si se considera que la comunicación es telefónica y el nombrado reside en la misma ciudad.

Las demoras son atribuibles al apoderado de la parte que pidió el nombramiento y al curador ad-litem. Este tiempo se podría reducir si por la secretaría del despacho se le comunicara telefónicamente al curador ad-litem y el juez le fijara un lapso breve para posesionarse.

Otro de los aspectos que muestra la investigación es la manera como los jueces fijan los honorarios de los curadores ad-litem. Se observó que en el 75,7% de los procesos se fijaron definitivamente; en un 17,1% provisionalmente; y no se asignaron en un 7,2%.

Se trató de averiguar cuál era el criterio adoptado por los jueces para fijar el monto de los honorarios, pero no se tuvo éxito. Encontramos que oscilaron entre $ 1.000.oo y $ 15.000.oo sin que guardaran relación con la cuantía de la pretensión, ni se fijaran con base en una tabla. En conclusión, no fue posible descubrir ningún criterio, probablemente porque no exista.

Algunos ejemplos son muy ilustrativos. En un juicio en que la pretensión ascendía a $ 100.000.oo los honorarios se fijaron en $ 15.000.oo; mientras que en otro, con una pretensión de $ 120.000.oo el juez los tasó en $ 2.500.oo. Y fueron señalados $ 15.000.oo en un proceso cuya pretensión era de $ 5.424.oo.

Sólo en el 41,3% de los casos, el curador ad-litem recibió los honorarios, provisionales o definitivos; y en el resto, o sea, en el 58,7% no recibió ninguna remuneración.

Es indudable, que la manera caótica como los jueces determinan los honorarios en cuanto a su oportunidad y monto, y el no pago de los mismos en un 58,7%, desestimulan la actividad del curador ad-litem, quien aparte "del deber cumplido" no tiene otra satisfacción en el desempeño de su cargo. Generalmente otros auxiliares de la justicia trabajan menos y son mejor remunerados, como es el caso de los peritos y partidores. La circunstancia anotada repercute desfavorablemente en los intereses de la parte representada por el curador ad-litem, lo que puede estimular el incremento de nombramientos de este auxiliar de la justicia.

Los tipos de procesos a que se refiere el cuadro anterior los agrupamos en ejecutivos y de conocimiento, con el fin de observar y analizar en cada conjunto, la actuación del curador ad-litem y la del apoderado contratado, compararla y tener una idea aproximada de la eficiencia relativa de cada uno. Los ejecutivos observados fueron todos singulares.

En el siguiente cuadro se muestran las actuaciones del curador ad-litem y del apoderado de la otra parte, en los juicios ejecutivos que representan el 45,7% del total.

Procesos ejecutivos	Curador %	Apoderado %
Excepciones	*100 %*	
Propuso	21,9	
No propuso	78,1	
Prosperaron	*100 %*	
sí	12,5	
no	87,5	
Incidentes	*100 %*	*100 %*
Propuso		31,2
No propuso	100	68,8
Prosperaron		*100 %*
sí		80
no		20
En las audiencias	*100 %*	*100 %*
Intervino		11,1
No intervino	100	88,9
Apelación de la sentencia	*100 %*	*100 %*
Apeló		9,4
No apeló	100	90,6
En la segunda instancia	*100 %*	*100 %*
Presentó alegato		6,2
No presentó alegato	100	93,8

Si comparamos los casos en que propuso excepciones el curador ad-litem (21,9%) con aquéllos en que no prosperaron (87,5%), podemos inferir, que en general no tenían fundamento y que en el incidente correspondiente la actuación de aquél fue descuidada. A lo anterior hay que agregar el desconocimiento que de los asuntos del representado tiene el curador ad-litem.

En ningún caso propuso incidentes el curador ad-litem, al paso que el apoderado lo hizo en un 68,8%, de los que prosperaron el 80%, lo que indica una eficacia considerable, que contrasta con los escasos resultados anotados en las excepciones propuestas por el curador ad-litem.

A ninguna audiencia, en ningún juicio, asistió el curador ad-litem, lo que revela un desinterés total respecto de los episodios

procesales de mayor importancia. El apoderado, en cambio, demostró un gran interés al intervenir en el 88,9%.

El curador ad-litem no apeló de ninguna sentencia y el apoderado tampoco lo hizo en el 90,6%. Una conformidad tan alta del apoderado con la decisión del juez, indica que le fue favorable, lo que hace suponer la disconformidad del curador ad-litem, que se debería manifestar mediante apelación. Sin embargo, las sentencias en estos procesos, casi son providencias de trámite en su forma, ya que las controversias se tramitan y resuelven en los incidentes, razón por la cual, las apelaciones no son frecuentes.

Los alegatos en la segunda instancia fueron pocos de parte de los apoderados (6,2%) y ninguno de los curadores ad-litem.

En síntesis, el curador ad-litem no propuso incidentes, ni asistió a las audiencias, ni apeló de ninguna sentencia, ni alegó en la segunda instancia. En consecuencia, su actividad fue casi ninguna y la realizada, irrelevante casi toda.

Los procesos ordinarios, abreviados y verbales se agrupan en procesos de conocimiento y representan el 54,3% del total. En el cuadro siguiente se compara el comportamiento del curador ad-litem con el del apoderado contratado.

Procesos de conocimiento	**Curador** %	**Apoderado** %
Contestación de la demanda	*100 %*	
La contestó	81,6	
No la contestó	18,4	
Oposición a las pretensiones	*100 %*	
Se opuso	36,8	
No se opuso	63,2	
Proposición de excepciones	*100 %*	
Propuso	18,4	
No propuso	81,6	
Prosperaron	*100 %*	
sí	10,5	
no	89,5	
Interpuso recursos	*100 %*	*100 %*
sí	6,2	
no	93,8	100

Procesos de conocimiento	Curador %	Apoderado %
En las audiencias	*100 %*	*100 %*
Intervino	10,9	78,3
No intervino	89,1	21,7
Alegó de conclusión	*100 %*	*100 %*
sí	5,3	28,9
no	97,4	71,1
Apelación de la sentencia	*100 %*	*100 %*
Apeló	2,6	31,6
No apeló	97,4	68.4
En la segunda instancia	*100 %*	*100 %*
Presentó alegato	—	18,4
No presentó	100	81,6

En los procesos a que se refiere el cuadro anterior, el demandado tiene la oportunidad de proponer excepciones previas, de aceptar u oponerse a las pretensiones del actor, de pedir pruebas, y en fin, de fijar su posición en el debate, lo que además facilita la dirección que le corresponde al juez en el proceso. Aunque no es obligatorio responder la demanda, es conveniente hacerlo por lo dicho antes y porque omitir la contestación es indicio en contra del demandado.

El curador ad-litem dejó de contestar la demanda en un 18,4% de los casos, con las connotaciones negativas señaladas, y de este porcentaje, en un 63,2% no se opuso a las pretensiones del demandante.

Propuso el curador ad-litem excepciones previas en un 18,4% y de éstas el 89,5% no prosperaron, lo que revela una marcada ineficiencia, atribuible en mucha parte al desinterés.

En cuanto a los recursos, el apoderado no interpuso ninguno, lo que hace suponer que las decisiones judiciales le fueron favorables, y por consiguiente desfavorables al demandado, cuyo representante, el curador ad-litem, sólo en un 6,2% los interpuso, lo que acusa una defensa casi inexistente. Las sentencias no están incluidas en estas providencias.

No asistió al 89,1% de las audiencias el curador ad-litem, mientras que el apoderado intervino en el 78,3% de las mismas.

En el 97,4% de los juicios, el curador ad-litem no alegó de conclusión, a tiempo que el apoderado dejó de hacerlo en un 71,1%. Esta baja actuación de ambos es determinada probablemente porque los jueces en las sentencias, estando obligados a referirse a los argumentos de las partes, no lo hacen.

Mientras que el apoderado apeló del 31,6% de las sentencias, el curador ad-litem apenas lo hizo del 2,6%. En la segunda instancia éste no presentó alegato en ningún caso y aquél lo hizo en un 18,4%.

En resumen, las actuaciones del curador ad-litem fueron muy pocas, si consideramos que contra las decisiones judiciales distintas de la sentencia no recurrieron en un 93,8%, contra las sentencias no lo hizo en un 97,4%, dejó de asistir a las audiencias en un 89,1%, y en la segunda instancia en ningún juicio presentó alegato.

7. *Opiniones sobre el curador ad-litem*

Como se dijo en el aparte 3 relativo a Universo y método, se consultó la opinión de los jueces (21), de los apoderados (18) y de los profesores de derecho procesal civil (13), acerca del desempeño del curador ad-litem, de los criterios para seleccionarlo, de los honorarios, y de si la parte queda bien representada por este auxiliar de la justicia.

Las opiniones expresadas por los jueces, apoderados y profesores se muestran en términos porcentuales en el siguiente cuadro.

Preguntas	**Jueces**	**Abogados**	**Profesores**
1. *¿Cuál es su opinión acerca del desempeño del curador ad-litem?*	*100%*	*100%*	*100%*
a) Depende del profesional	23,8	33,3	
b) Inoperante	33,3	38,9	92
c) Regular	14,3		8
d) Buena y necesaria	19	11,1	
e) Cumple su cometido	4,8		
f) Es sólo un auxiliar de la justicia	4,8		
g) Requisito legal que debe cumplirse		16,7	

Preguntas	Jueces	Abogados	Profesores
2. *¿Cómo califica los criterios para seleccionar los curadores ad-litem?*	*100%*	*100%*	*100%*
a) Adecuada	52,3	50	46
b) Inadecuada	47,7	50	54
3. *¿La remuneración del curador ad-litem es una carga o un beneficio?*	*100%*	*100%*	*100%*
a) Una carga	38,1	33,3	69
b) Un beneficio	23,8	22,2	23
c) Otras *	38,1	44,5	8
4. *¿Se ha hecho reemplazar por un abogado bajo su responsabilidad siendo curador ad-litem?*	*100%*	*100%*	*100%*
a) Nunca	**	100	76,9
b) Sí			15,4
c) No contestaron			7,7
5. *¿Queda bien representada la parte cuando se le nombra curador ad-litem?*	*100%*	*100%*	*100%*
a) Es relativo, debe analizarse en cada caso	100	38,9	23
b) Bien representada			15
c) Mal representada		61,1	62

* Es un servicio social; es una responsabilidad del inscrito.
** Los jueces no pueden ser curadores ad-litem.

Con un promedio del 54,4% fue calificado de inoperante el desempeño de los curadores ad-litem, siendo éste el mayor porcentaje de cada uno de los grupos encuestados y también el mayor promedio. Cabe destacar que la peor opinión fue la de los profesores que lo consideran inoperantes en un 92%.

El segundo porcentaje más alto corresponde a la opinión de que el desempeño depende del profesional nombrado para el cargo en cuestión. Un 23,8%, los jueces; y un 33,3% los abogados. Si esta apreciación es correcta, los jueces están admitiendo implícitamente que se han equivocado al seleccionar la mayoría de los curadores ad-litem.

De regular califican la actuación el 14,3% de los jueces y el 8% de los profesores; y la consideran buena y necesaria el 19% de los primeros, y el 11,1% de los apoderados.

Es curiosa la apreciación del 4,8% de los jueces cuando dicen que "es sólo un auxiliar de la justicia", como si así quedara explicada la ineficiente conducta operativa de los curadores ad-litem.

El 50% aproximadamente de todos los entrevistados, estimaron que los criterios para seleccionar los curadores ad-litem eran adecuados, lo que contrasta con su opinión un poco mayor porcentualmente, de que son inoperantes. Una manera de saber, quizás la única segura, de si los criterios para seleccionar son adecuados, es el desempeño satisfactorio de los escogidos.

Cuando se les preguntó si la remuneración del curador ad-litem la consideraban una carga o un beneficio, el 23,8% de los jueces, el 22,2% de los apoderados, y el 23% de los profesores opinó lo último. Si sumamos a la primera la respuesta "otras" que definieron como un servicio social o una responsabilidad del inscrito, nos da como resultado un 76,2% para los jueces, un 77,8% para los apoderados y un 77% para los profesores. Esta última opinión se refuerza con lo observado en los procesos acerca de este punto.

En cuanto a si la parte estaba bien representada por el curador ad-litem, el 61,1% de los apoderados y el 62% de los profesores afirmaron que estaba mal representada y sólo el 15% de los jueces fue de opinión contraria. El total de los jueces, el 38,9% de los apoderados y el 23% de los profesores dijeron que era relativo y que debería analizarse en cada caso. La unanimidad de los jueces parece indicar que la respuesta fue política.

8. *Conclusiones*

Según el objeto de la investigación se quería determinar la relevancia de la actuación de los curadores ad-litem en las decisiones judiciales, y compararla con la gestión contractual de los apoderados.

La investigación demostró sin lugar a dudas, que en las decisiones judiciales es mínima la importancia que tiene la actuación de los curadores ad-litem, dando lugar a que la igualdad de las

partes en el proceso sea nominal y no real. Existe un patente desequilibrio en perjuicio del representado por el curador ad-litem, que permite afirmar que en la mayoría de los casos no tuvo defensa.

Por excepción, encontramos profesionales del derecho que desempeñan con responsabilidad y efectividad el cargo en cuestión.

De la comparación entre las gestiones cumplidas por el curador ad-litem y por el apoderado contratado, es indudable que la última es mucho más eficaz que la primera. Es evidente la desprotección procesal de aquél cuya habitación y lugar de trabajo se ignoran y la de quien se oculta, con la anotación de que el último asumió una conducta jactanciosa, mientras que el primero no tuvo siquiera noticia.

Información complementaria

La investigación en que se basa este artículo fue realizada entre 1987 y 1988 en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Medellín.

El autor del artículo en su calidad de docente investigador del Centro mencionado, fue el director del trabajo, en el que participaron como alumnos investigadores: Juan Ignacio Arroyave Giraldo, Diego Mauricio Correa Montoya, María del Pilar Luna Correa, Eliana Mejía Dominguez, Carlos Monsalve Acevedo, Gustavo Múnera Arroyave, Blanca Mary Orrego David, Ruth Eugenia Ruiz Molina, Nora Tapia Montoya y Luz Angela Vergara Castro.

La realización de este trabajo fue posible, gracias a la dedicación y esmero de los alumnos investigadores, quienes por primera vez desarrollaban una actividad de esta naturaleza. Con este estudio cumplieron el requisito de trabajo de investigación para optar al título de abogados.

El Rector de la Universidad de Medellín, Dr. Jaime Tobón Villegas, a solicitud del director de esta revista, autorizó la inclusión de este artículo en ella. El Centro de Estudios de Derecho Procesal y el director de "Temas Procesales" le agradecen al Rector esta deferencia.

VALOR PROBATORIO DE LA FOTOCOPIA

José Fernando Ramírez Gómez *

1. Por razones eminentemente históricas hasta la mitad del presente siglo la fotocopia como forma de reproducción de los documentos no era objeto examinable, ya que no obstante la posibilidad existente de fotocopiar, la técnica del momento no permitía un uso generalizado del sistema. Fue entonces a partir de la masificación de los sistemas de fotocopiado cuando los legisladores de los distintos países, entre ellos los nuestros, se enfrentaron con la necesidad de regular el hecho social creado. Desde luego, que inicialmente se miró con recelo el sistema, aunque también con preocupación, porque la falsedad material por la interposición, o exclusión de textos a través de los montajes fotográficos, no era nada descartable; empero, superándose este tabú mental, porque cualquiera sea el sistema utilizado siempre será posible hacer aparecer como auténtico o revelador de verdad, signos representativos que no lo son o mienten sobre lo representado, el sistema fue acogido.

En Colombia el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil al calificar como documento, y por ende como medio de prueba a las fotografías, instituyó el sistema que se comenta, desarrollado por el artículo 253 ibídem, cuando acepta que las copias de los documentos no solamente consisten en transcripciones sino en "reproducción mecánica", como en idéntica forma lo predica el artículo 254.

Por supuesto, que armónicamente con lo consagrado por las referenciadas normas del Código de Procedimiento Civil, los decretos 960, 1250 y 1260 de 1970, contemporáneos del estatuto pro-

* Magistrado del Tribunal Superior de Medellín y miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

cedimental, se orientaron por semejante camino cuando en los artículos 79, 54 y 114, respectivamente, autorizan la expedición de copias mediante reproducción mecánica (sistema de fotocopiado), de las escrituras públicas y demás documentos que reposen en el archivo del notario, de los certificados sobre la situación jurídica de los bienes sometidos a registro y de las partidas, actas y folios que reposen en los archivos del registro del estado civil.

2. Ahora, ¿qué es la fotocopia? El diccionario de la Real Academia trae una definición que no empece a la ausencia de connotación jurídica, sí conlleva a una delineación ontológica del concepto. Fotocopia, dice el diccionario, es una fotografía especial obtenida directamente sobre el papel y empleada para reproducir documentos. Como fotografía es la reproducción de una imagen.

Claro está que el concepto de la Real Academia directamente nos lleva a la idea jurídica, que es la que nos interesa. De acuerdo con el razonamiento de Carnelutti al explicar la teoría de la representación, que es la que en materia de documentos consagra el Código de Procedimiento Civil Colombiano, sumada a la de cosa mueble expuesta por Jaime Guasp, "El mecanismo de la representación estriba en la sustitución de un hecho por otro como objeto de la percepción para la determinación de la misma idea. La representación supone dos hechos: el hecho representativo, que es el hecho subrogante y el hecho representado, que es el hecho subrogado. En otros términos, en el concepto de representación existe el presupuesto de la diversidad o separación entre el hecho percibido y el hecho ideado. Si la idea determinada en quien lo percibe es tan sólo la idea del hecho percibido, éste no es un hecho representativo. La aptitud del hecho percibido para determinar la idea de un hecho diverso, es decir para reemplazar a este último como fuente de idea, constituye su capacidad representativa".

Explicando la teoría con un ejemplo y acogiendo la proposición del maestro italiano, tenemos que una piedra o un animal, como tales no representan nada, o por lo menos no representan nada distinto así mismos, "porque su percepción no suscita sino la idea respectivamente de la piedra, de la planta o del animal; viceversa: la fotografía o el dibujo de cada uno de esos objetos los representan, porque están constituídos de modo que despiertan además de la idea de la fotografía o del dibujo, también la de la piedra, de la planta o del animal retratados".

De tal modo que si el documento original es el hecho subrogante del hecho representado, subrogado, porque es el primero el

que lo representa (hecho representativo), la copia está destinada a representar la existencia de ese documento original, subrogando a su vez el documento original, para constituirse en un documento de segundo grado.

A propósito del tema de las copias, que es el que nos ocupa, resulta importante aclarar que éstas, definidas como pruebas de segundo grado, no pueden confundirse con el duplicado o el doble ejemplar del documento original, que como tal es prueba de primer grado, porque ni más ni menos es el mismo documento primitivo.

3. Que las copias o fotocopias sean documentos de segundo grado, como ya se explicó, hace indispensable averiguar y elucidar su régimen probatorio, para lo cual trataremos de dar respuesta a los siguientes interrogantes:

a) ¿En qué casos al proceso judicial se puede aducir una copia o fotocopia del documento original?

b) ¿Qué requisitos debe cumplir la copia o fotocopia para tener eficacia probatoria?

c) ¿Cuál es el valor probatorio de la fotocopia de fotocopia o copia de copia?

A decir verdad, los artículos 253, 254 y 268 del Código de Procedimiento Civil, que son los que se ocupan del tema, han dado cabida a un sinnúmero de interpretaciones contradictorias y en cierta forma ausentes de la normatividad, que trataremos de reelaborar, sistematizar y corregir, para presentar lo que en nuestro criterio es lo correcto, salvo mejor opinión por supuesto.

El artículo 253 admite la aportación de los documentos al proceso en originales o en copia, de conformidad con las reglas que establece el mismo código, siendo la primera de ellas que si el original está en poder de la parte que lo va a hacer valer, llámese documento público o privado, éste debe ser aportado. De modo que la parte sólo se releva de la carga de aportar el documento original cuando no lo tiene en su poder, caso en el cual debe aportar copias, como ocurre tratándose de los documentos privados, cuando éstos hayan sido protocolizados, cuando forman parte de otro proceso y no pueden ser desglosados o cuando por cualquier otra circunstancia el original no se encuentra en poder de quien aporta la copia, caso en el cual debe expresarse en el memorial la razón para acudir a ese documento de segundo grado. Desde luego, que en materia de documentos públicos la situación es más clara

porque generalmente el original de éstos queda en el archivo de la oficina donde se emitió, o sea que de ellos por lo regular se hacen valer copias o fotocopias auténticas, salvo que la ley lo prohiba.

Con respecto a las copias se consagra que éstas pueden consistir en transcripciones o reproducción mecánica del documento. Si se trata de reproducción mecánica (la fotocopia entre ellas), ésta debe ser autenticada por un notario o juez, "previo el respectivo cotejo", con el original o con copia auténtica, como lo estatuye el ordinal 1 del artículo 254.

Cuando la copia sea autorizada por otro funcionario diferente al juez o notario, que son los depositarios de la fe pública, se requiere que en su oficina se encuentre el original para poder tener valor probatorio en el proceso, según lo consagra el mismo ordinal 1 del artículo 254. Además, no sobra anotar conforme al ordinal 3 del artículo 268, que el valor probatorio de la copia de un documento privado que no se halla en poder de quien lo aporta, sólo se hace depender de que su autenticidad haya sido certificada por un notario o juez.

Para resumir se pueden sacar las siguientes conclusiones:

a) Tanto el original como la copia de un documento pueden tener valor probatorio en el proceso.

b) La copia puede consistir en transcripción o reproducción mecánica.

c) Una forma de reproducción mecánica del documento es la fotografía de éste o fotocopia.

d) La fotocopia o cualquier otra forma de reproducción mecánica debe ser autenticada por un notario o juez, previo el respectivo cotejo.

e) El cotejo lo debe hacer el juez o el notario con el original o con una copia auténtica que tenga en su poder o que se exhiba.

f) Cualquier otro funcionario público distinto al juez o al notario puede autorizar fotocopias, pero siempre que en su "oficina se encuentre el original o copia auténtica".

g) También tiene valor probatorio la copia que se compulse del original o de copia auténtica en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa, dice el ordinal 2º del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con lo expuesto no existe óbice para conferirle valor probatorio a una copia auténtica expedida de copia auténtica sobre la cual el juez o el notario hicieron el respectivo cotejo, sin que sea condición que esta copia auténtica haga parte de su archivo oficial, como sí se exige para el resto de los funcionarios públicos.

Desde luego, que ya la Corte había planteado el criterio que aquí se expone cuando en sentencia de 15 de agosto de 1986 dijo: "...corolario obligado de que el ordinal 1º contemple dos formas distintas de emitir copias de un documento, es el que cuando esté en frente de una fotocopia autenticada por un notario o juez, no corresponde pedir que en el respectivo despacho exista el original o copia auténtica del documento, desde luego, que semejante condición viene referida es a lo que el aludido precepto estatuye en su primera parte".

Es que la exigencia del original o de una primera copia sólo puede establecerla directamente la ley, como ocurre a propósito de los títulos valores, de la escritura que contiene la hipoteca para efectos de la ejecución o para la prueba del estado civil de las personas. Por lo demás se sabe que el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil exige la aportación del original del documento cuando está en poder de la parte que lo hace valer. Lo otro es el temor a la humilde fotocopia que en materia de prueba documental conforme a los avances de la tecnología es de lo más elemental que se pueda ver. Ciertamente no se ve la razón científica o jurídica que haga perder autenticidad a la copia auténtica que se tomó de otra con igual certeza acerca de su autoría, porque como lo afirma González Palomino en su obra Negocio Jurídico y Documento, el valor probatorio del documento no depende sólo ni tanto de las virtudes representativas cuanto de la credibilidad del autor. De quien sea el autor y de su crédito depende que tenga más o menos credibilidad y fuerza probatoria. De modo que si la ley no exige una especial copia, cualquiera que sea el grado de la aducida tiene eficacia probatoria, siempre y cuando se halle autenticada como fe que se da de haber tenido otra copia auténtica presente para el respectivo cotejo. Lo contrario es descartar a priori y por senda no apropiada la potestad autenticadora del funcionario y de contera el valor probatorio del documento sin que haya sido impugnado como falso.

CRISIS DEL PROCESO

Edson Prata *

Dentro de las causas determinantes de la "crisis del proceso", la que más graves consecuencias trae para las partes es la relacionada con la extinción del proceso, por la posibilidad de agravar la situación financiera del litigante y tornar la composición del litigio sumamente onerosa, tal vez, hasta imposible de ser posteriormente soportada.

En el género "crisis del proceso", la extinción no se refiere al proceso concluído, que ya no puede continuar porque no hay más que hacer, sino al proceso inacabado, que normalmente debería proseguir, pero, que al contrario, en virtud de determinado evento, no continúa. Que el proceso no pueda avanzar, significa que ni las partes ni el juez pueden cumplir los actos que cumplirían si no hubiese surgido esa causal de la extinción.

La extinción del proceso impide la composición de la litis solicitada a la Rama Jurisdiccional por el actor. Las causas impeditivas que acaban con el proceso, cortándole la marcha al principio, en el medio, o al fin del camino, son las más variadas, conforme se observa en el contexto del artículo 267 y otros del código procesal civil. (Más adelante se transcribe y analiza).

El código de 1939 trataba la materia con el título *"extinción de la instancia"*, terminología abandonada por el legislador actual, dada la equívoca significación del vocablo "instancia".

Entremos en el tema invirtiendo el orden del estudio y refiriéndonos a la sentencia que finaliza el proceso antes del momento

---

* Profesor de derecho procesal civil de la Universidad de Uberaba, Minas Gerais, Brasil.

inicialmente deseado por el demandante, con el consiguiente inatendimiento de la petición sobre la composición de la litis.

Las sentencias se clasifican en terminativas y definitivas. Aquéllas "ponen fin al proceso sin resolver sobre el mérito" y éstas, "deciden el mérito de la causa, en todo o en parte".

Los casos de sentencias terminativas son los previstos en el artículo 267, en el que se catalogan los motivos de extinción del proceso sin resolver sobre el mérito. Son definitivas las sentencias relacionadas con los incisos del artículo 267.

El nuevo sistema del Código, suprimió los recursos que procedían contra las decisiones interlocutorias o terminativas, pero para ambas clases de sentencias (terminativas y definitivas) el legislador previó el recurso de apelación.

Se agrega, a título de aclaración, que el término de la litis por la extinción del proceso, no se caracteriza como decisión, sino como sentencia. Esta explicación es importante, porque contra la decisión no cabe apelación, sino reposición (art. 552). En la sentencia el juez pone término al proceso (art. 162, inc. 1º) mientras que en la decisión el juez "resuelve cuestión incidental" (art. 162, inc. 2º).

Así, profiriendo sentencia terminativa, el juez extinguirá el proceso; y si la profiriere definitiva, la extinción será de la acción. La terminativa permite que la parte promueva nuevamente la acción, mientras que la definitiva pone fin a la acción, que no se puede repetir, en vista de la prohibición legal.

En principio, la primera distinción que nos corresponde hacer, proviene de los artículos 267 a 269, cuando el Código clasifica la extinción del proceso en dos categorías básicas: sin juzgamiento de mérito y con juzgamiento de mérito.

Ocurrirá la extinción *"sin juzgamiento de mérito"* I. Cuando el juez desatiende la petición inicial; II. Cuando queda inactivo durante más de un año por negligencia de las partes; III. Cuando, por no promover los actos y diligencias que le competen el actor abandona la causa por más de treinta días; IV. Cuando se verifique la ausencia de los propuestos de constitución y desarrollo válido y regular del proceso; V. Cuando el juez acoja la alegación de litispendencia, perención o cosa juzgada; VI. Cuando no concurriere alguna de las condiciones de la acción, como la posibilidad jurídica, la legitimidad de las partes y el interés procesal; VII. Por el compromiso

arbitral; VIII. Cuando el actor desista de la acción; IX. Cuando la acción fuere considerada intrasmisible por disposición legal; X. Cuando ocurriere confusión entre el actor y el demandado; XI. En los demás casos previstos en este Código.

Se extingue el proceso *"con juzgamiento de mérito"* I. Cuando el juez acoja o rechace la pretensión del demandante; II. Cuando el demandado reconociere la procedencia de la petición; III. Cuando las partes transigieren; IV. Cuando el juez declare la prescripción; V. Cuando el demandante renuncia al derecho sobre el que funda la acción".

Chiovenda clasifica los modos de extinción del proceso en dos tipos: normal y excepcional o anormal. El normal ocurre con el juzgamiento de la litis, después del procedimiento pleno, mediante la sentencia; anormales son los casos de extinción del proceso sin juzgamiento de mérito.

Hay escritores que distinguen, además, la terminación del proceso mediante *sentencias de forma y sentencias de mérito,* siendo éstas las que examinan el fondo de la cuestión, la petición, decidiendo la litis; y aquéllas, en las que el juez se abstiene de conocer el fondo de la causa, de la litis, de la relación jurídica sustancial.

Pero si la relación procesal puede extinguirse mediante sentencia sin haber alcanzado su fin, puede también suceder:

a) El caso inverso, esto es, que alcance sustancialmente su fin, no por un pronunciamiento del juez, sino por un acto procesal de las partes, como es la composición amigable de la litis;

b) Que termine por acto de las partes sin haber realizado su fin sustancial, lo que se verifica en el caso de renuncia a los actos del juicio;

c) Que se extinga sin un acto que le ponga término, como en el caso de la extinción por inactividad de las partes (perención).

Las hipótesis anteriores configuran modos, más o menos anormales de extinción de la relación procesal. Se contraponen a la sentencia definitiva (sentencia de mérito) que representa el término normal, el término conforme al destino del proceso.

De acuerdo con el artículo 276, son modos anormales de extinción del proceso, *por acto del juez*: no atender la petición inicial, la paralización del proceso por más de un año debido a la negligencia de las partes, la paralización por más de treinta días por

abandono de la causa, la ausencia de presupuestos de constitución y desarrollo válido y regular del proceso, la perención, la litispendencia, la cosa juzgada, la imposibilidad jurídica, la ilegitimidad de las partes, la falta de interés procesal, la intransmisibilidad de la acción por disposición legal, la confusión del derecho de las partes; *por acto de las partes*: el compromiso arbitral, el desistimiento de la acción.

La extinción normal del proceso corresponde a la muerte natural; la extinción anormal corresponde a la muerte violenta.

Hagamos ahora, un análisis aunque superficial, de los motivos de la extinción del proceso.

Artículo 267 del Código Procesal Civil

I. Cuando el juez desatiende la petición inicial. El proceso como es sabido, se inicia con un pronunciamiento acerca de la demanda, antes de la actuación, por tanto. Siendo desfavorable la decisión en cuanto a la pieza inicial, el juez impide el segundo paso del actor, que consiste en la citación del demandado. Petición y documentos retornan a sus manos. No se forma la relación procesal, extinguiéndose el proceso antes de que su existencia origine algún efecto para la parte contraria. La extinción en este caso, es más rechazo a la formación del proceso que extinción propiamente dicha.

II. Cuando quede inactivo durante más de un año por negligencia de las partes. Aparentemente, parece que el legislador quería decir actor donde escribió partes, teniendo en consideración que la negligencia del demandado recibe punición diferente, cual es, la preclusión de su derecho para realizar el acto que le era facultado. El texto legal reafirma que la punición se destina a las partes, y no simplemente al actor, cuando esclarece en el inciso 2º que "las partes pagarán proporcionalmente las costas" después de la determinación por el juez, de archivar el proceso. De todas maneras, sin embargo, el actor será castigado, dado el sistema de pago anticipado acogido por el Código (art. 19). Si se obedeciese al sistema de la proporcionalidad, el demandante acabaría resarciéndose de los gastos antes efectuados.

Más feliz es la redacción del Código de Proceso Civil italiano

(art. 310), que determina que "las costas del proceso extinto correrán por cuenta de las partes que las hayan anticipado".

Idéntica la disposición de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (art. 414). El Código Procesal Civil Francés manda que las costas sean de cargo del actor (art. 401) con lo que se manifiesta de acuerdo Jaime Guasp, alegando que, siendo el demandante el principal interesado en la decisión del litigio, pues fue él quien lo provocó, pesa sobre él, en mayor grado, el costo del impulso procesal.

Negligencia significa omisión, descuido en el cumplimiento del encargo u obligación, descuido, abandono. La ley se refiere a la negligencia de la parte. Si el proceso queda parado aguardando providencia del juez, por más de un año, sin que las partes reclamen, no hay motivo para la penalización, evidentemente.

Se consideran inactivos para este efecto, los procesos *pendientes de habilitación* o de otro incidente si hubiere transcurrido más de un año *sin que las partes hayan promovido los respectivos términos.*

III. Cuando, por no promover los actos y diligencias que le competen, el actor abandona la causa por más de treinta días. La falta de diligencia del demandante es severamente castigada por la ley, toda vez que debe pagar los gastos procesales y los honorarios profesionales. No podrá, inclusive, intentar de nuevo la acción, sin pagar o depositar con anticipación los referidos gastos (art. 28). Los honorarios serán fijados en el 10% y el 20% (art. 20 inc. 3º) porque la ley no autoriza la condenación en menor proporción, aunque no haya juzgamiento del mérito.

La iniciativa para archivar el proceso no queda al arbitrio del demandado, sino que es facultativo del juez determinarla de oficio. El juez no puede simplemente mandar que se archive el expediente, o guardarlo en el archivo como hacía durante la vigencia del Código de 1939.

IV. Cuando se verifique la ausencia de los presupuestos de constitución y de desarrollo válido y regular del proceso. La materia está tratada en el artículo 301. No proseguirá el proceso cuando el juez verifique: a) inexistencia o nulidad de la citación; b) incompetencia absoluta del juzgado; c) ineptitud de la petición inicial; d) conexión con otra acción anteriormente juzgada; e) incapacidad de la parte; f) defecto de representación o falta de autorización.

Es inepta la petición inicial, cuando: "I. Le falte la petición o causa para pedir; II. De la narración de los hechos no se derive lógicamente la conclusión; III. La petición fuere jurídicamente imposible; IV. Contuviere peticiones incompatibles entre sí" (art. 295, parágrafo único).

Tanto en los casos previstos en este inciso como en los numerales V y VI, el juez podrá determinar de oficio que se archive el proceso, respondiendo el demandado por las costas del retardo si no alega el hecho en tiempo hábil. La penalidad establecida para el demandado se basa en el deber de lealtad de las partes con la justicia, razón por la cual el demandado está obligado a no esconder o ignorar nada deliberadamente en su defensa.

Enseña Chiovenda que los presupuestos procesales son los requisitos necesarios para obtener un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda. Distingue los presupuestos de las condiciones de la acción, afirmando que éstas abarcan los requisitos necesarios para obtener sentencia favorable sobre el mérito de la causa.

Antes de investigar si existen las condiciones de la acción, el juez debe, lógicamente, averiguar si concurren los presupuestos procesales. Quiere decir, que antes de conocer del mérito de la causa, debe cerciorarse de que puede conocer de él.

Son condiciones de la acción: a) La existencia del derecho, esto es, la existencia de una voluntad concreta de la ley que garantice un bien del actor; b) La calidad o legitimación para actuar; y c) El interés para actuar.

Las condiciones de la acción están referidas en el numeral VI del artículo 267 y la falta de uno de sus requisitos lleva al juez a declarar la carencia de acción. (art. 301, X).

Divide Chiovenda los presupuestos procesales en relativos a los sujetos de la relación procesal, o requisitos necesarios para la existencia de la relación procesal, y excepciones procesales, o presupuestos que no son necesarios para la existencia de la relación.

Son presupuestos relativos a los sujetos de la relación procesal, o requisitos necesarios para la existencia de la relación procesal: a) La capacidad del órgano jurisdiccional (competencia); b) La capacidad para ser parte; c) La capacidad para estar en juicio (capacidad procesal); d) La capacidad de pedir en juicio (jus postulandi).

Son excepciones procesales, o presupuestos que no son necesarios para la existencia de la relación: a) La litispendencia; b) El

compromiso arbitral; c) La necesidad de intentar previamente la conciliación, cuando la ley lo exija.

Los presupuestos procesales son verificados en el momento en que la acción es propuesta, o en que se constituye la relación procesal; las condiciones de la acción deben existir en el momento de la sentencia, o más precisamente, en el momento en que se cierra la discusión de la litis.

Los presupuestos son regulados por la ley procesal. Las condiciones de la acción, por la ley sustantiva.

La sentencia que niega la existencia de los presupuestos no afecta la acción en sí, ni niega la existencia de la acción; afirma apenas que la acción, en el caso que exista, no puede hacerse valer en aquel proceso, lo que no impide que se haga valer, después, en otro proceso. La sentencia no concede ni niega bien alguno, no siendo, por tanto, favorable ni desfavorable a una parte; el juez se limita a declarar que no puede conocer el mérito de la causa.

La sentencia que niega la existencia de una de las condiciones de la acción, al contrario, es una sentencia favorable al demandado, reconociéndole un bien, y produce cosa juzgada sustancial. El demandante queda en consecuencia, inhibido para proponer nueva acción contra el demandado sobre el mismo objeto.

Cita José Alberto dos Reis un interesante ejemplo, relativo a la ilegitimidad de la parte, acogida por el numeral VI del art. 267: El actor fue declarado parte ilegítima para cobrar determinado título, no podía, evidentemente volver a la carga. La extinción era definitiva, aún con la exclusión del art. 268 no prevista para este caso. Ocurrió que posteriormente, adquirió el referido título por endoso del titular del derecho. Así pudo, ahora, demandar legítimamente.

Veamos otro ángulo del ejemplo. El actor intentó la acción para el cobro de deudas y el proceso terminó por falta de interés para actuar, en vista de que el documento no estaba vencido. Vencido que sea el título, se podrá nuevamente demandar, sin ningún obstáculo. La petición inicial, aún no será tramitada sin la prueba del pago o el depósito de las costas y de los honorarios del abogado, relativos al proceso extinto. (art. 268).

Cuando la sentencia niega la acción por no existir una voluntad concreta de la ley que garantice un bien del actor, el demandado obtiene el máximo de beneficio, o su triunfo es completo y definitivo.

Nuestro código no acoge la clasificación de Chiovenda, entre

presupuestos relativos al sujeto de la relación procesal (requisitos necesarios para la existencia de la relación procesal) y excepciones procesales (presupuestos que son necesarios para la existencia de la relación). Ni tampoco sigue la ejemplificación chiovendana. Se aleja del tecnicismo y simplemente enlista los casos en que la extinción se hace necesaria, en vista de la ausencia de presupuestos de constitución y de desarrollo válido y regular del proceso.

Examinemos ligeramente la catalogación del artículo 301.

1. *Inexistencia de citación inicial.* Ningún proceso puede seguir adelante sin el conocimiento del demandado o del interesado. Se obedece al principio de "nemo debet inauditus dammari" (nadie debe ser condenado sin ser oído). Sólo después de notificado el demandado o interesado, a fin de que se defienda, hay posibilidad de continuar el proceso, que comenzó con el trámite de la petición inicial.

2. *La incompetencia absoluta.* Debe ser declarada de oficio y puede ser alegada en cualquier tiempo y grado de jurisdicción, independientemente de la excepción. La parte deberá deducirla en la primera oportunidad en que intervenga en los autos, bajo pena de responder por los gastos procesales.

3. *Inepta es la petición inicial* con evidentes fallas técnicas: falta de petición o de causa para pedir; narración en desacuerdo con la conclusión; petición jurídicamente imposible o peticiones incompatibles entre sí.

4. Repútanse *conexas* dos o más acciones cuando les fuere común el objeto o la causa para pedir. La conexión conduce el proceso a la extinción, a que termine uno de los dos procesos.

5. *La incapacidad de la parte,* es otro presupuesto impeditivo de la constitución y desarrollo válido del proceso; la relación procesal para ser válida exige que sus integrantes estén jurídicamente en condiciones de actuar en juicio; o la parte es capaz plenamente, o debe ser regularmente representada o asistida.

6. *Defecto de representación,* viene expresado en los artículos 12 y 13. Verificada la incapacidad procesal o la irregularidad en la representación de las partes, el juez, al suspender el proceso, señalará un plazo razonable para que el defecto sea saneado. No cumpliéndose lo ordenado por el juez, decretará la nulidad del proceso si quien incumplió fue el actor, o mandará proseguir el proceso declarando rebelde al demandado; y si fue el tercero el que faltó, éste será excluido del proceso.

7. *Falta de autorización,* motiva las mismas penas que las del item anterior. La falta de autorización del marido o de beneplácito de la mujer, no suplido judicialmente, invalida el proceso.

V. Cuando el juez acoja la petición de perención, litispendencia o cosa juzgada. Perención de la instancia quiere decir, instancia acabada o extinta. En otras palabras, la perención produce el mismo efecto que la antigua extinción de la instancia.

Ocurre la perención, si el actor por tres veces da ocasión a que se extinga el proceso por falta de diligencia. Quedará impedido para proponer nuevamente la acción, abriéndosele sin embargo, la posibilidad de alegar en defensa, su derecho. (art. 268, parágrafo único). Permanece el derecho, pero sin la acción correspondiente. Luego, la perención, tiene la fuerza de cosa juzgada.

Hay *litispendencia* cuando se repite la acción que ya está en curso. Exige el Código que la parte alegue la litispendencia para evitar que el juez sea colocado en la alternativa de contradecir o de reproducir la decisión anterior. La litispendencia debe ser deducida en la acción propuesta en segundo lugar. Se considera propuesta en segundo lugar la acción en la que el demandado fue citado posteriormente, o por orden de distribución si la citación ocurriere el mismo día.

Hay *cosa juzgada* cuando se repite una acción que ya fue decidida en sentencia ejecutoriada.

VI. Cuando no concurriere alguna de las condiciones de la acción, como la posibilidad jurídica, la legitimidad de las partes o el interés procesal. A las condiciones de la acción ya nos referimos en el numeral IV. Carnelutti habla de imposibilidad del litigio e imposibilidad de la relación jurídico procesal, en virtud de la extinción del sujeto, del objeto o de la causa. Ocurre la figura de la extinción del sujeto en el caso de la muerte de la parte, cuando su derecho es personalísimo. El segundo caso surge con la extinción del objeto de la relación jurídica; y el tercero se presenta por la extinción de uno de los intereses en conflicto, como en el caso de la confusión del derecho. Afirma luego, que a cada una de las modalidades de imposibilidad de la relación jurídica, corresponde una modalidad de imposibilidad de la litis: litis imposible por la extinción del sujeto, del objeto o de la causa (o de uno de los intereses en conflicto).

Ejemplos: de la extinción del sujeto, muerte de la parte en la acción de disolución del matrimonio; extinción del objeto, destruc-

ción del cuadro raro que se estaba reivindicando; extinción de la causa, muerte del propietario del cuadro raro reivindicado, cuando deja heredero universal o reivindicante.

La imposibilidad jurídica conduce a un *pronunciamiento negativo del juez,* esto es, a la declaración de que ninguna providencia resta por tomar en cuanto a la demanda, extinguiéndose el proceso.

Explica nuestra ley que "para proponer o contestar la acción es necesario tener interés y legitimidad" (art. 3º). El Código de 1939 enseñaba que el interés debería ser económico o moral.

Merecen referencias las explicaciones de Luis Eulálio de Bueno Vidigal, que distingue entre *condiciones de admisibilidad de la acción* (requisitos para un pronunciamiento judicial de mérito) y condiciones de *procedencia de la acción* (requisitos para un pronunciamiento judicial favorable al actor).

"En cuanto al *interés procesal* para actuar: el juez, por ejemplo, declara que el actor carece de la acción de cobranza porque omitió las providencias necesarias para la exigibilidad del crédito que no era al portador. Es juzgamiento de mérito porque el hecho que lleva a la carencia de acción es uno de los que constituyen *la causa petendi* del demandante. Si después se presenta otra demanda, en que el actor alegue y pruebe haber realizado esas providencias, tendremos, con la modificación de la *causa petendi,* nueva acción que podrá ser considerada procedente.

En cuanto a la *posibilidad jurídica:* el juez que con base en ella, declara que el actor carece de la acción, niega que de los hechos alegados y jurídicamente calificados pueda derivarse la providencia solicitada por el actor. Si, en demanda subsecuente, el actor requiere un proveimiento diverso, tenemos nueva acción, que con el objeto cambiado, puede ser juzgada procedente.

En cuanto a la *legitimación para actuar:* más claramente que en los ejemplos precedentes, es evidente que la modificación de la parte puede llevar a una decisión judicial diversa.

Finalmente, las *condiciones de procedencia de la acción:* al verificar las condiciones de admisibilidad, ya el juez formuló su juicio sobre la existencia de la norma jurídica invocada por el actor y sobre la calificación jurídica de los hechos alegados. Para declarar procedente la acción, tiene apenas que verificar: a) si tales hechos ocurrieron; b) si no ocurrieron circunstancias que hubieren alterado la calificación jurídica; c) si los hechos alegados por el demandante,

debidamente calificados y probados, no eliminan la pretensión del demandante". (Revista de Derecho Procesal Civil 6/11).

VII. Por el compromiso arbitral. El Código Civil (arts. 1037 y 1048) permite a las personas capaces de contratar, someter a la decisión de árbitros los pleitos judiciales o extrajudiciales. Las reglas del derecho material son ampliadas en el estatuto procesal (arts. 1072 y 1102) hasta exageradamente para un estatuto poco aplicado entre nosotros.

El compromiso arbitral es una de las formas de extinción del proceso, pudiendo las partes utilizarlo en cualquier fase del proceso. Si versa el litigio sobre relaciones jurídicas no susceptibles de disposición, el compromiso arbitral es improcedente. Así, por ejemplo, no están facultadas las partes para disolver el matrimonio que contrajeron, mediante juicio arbitral.

VIII. Cuando el actor desiste de la acción. El desistimiento de la acción sólo producirá efectos después de homologado por sentencia. El proceso puede extinguirse con el desistimiento puro y simple del actor, antes de que el demandado responda la demanda. Después de ésta, el desistimiento tendrá efecto únicamente cuando con él concuerde el demandado.

El Código no distingue entre el desistimiento de la acción y desistimiento de la demanda. Coloca el desistimiento de la acción entre los casos de extinción del proceso sin resolución de mérito, mientras la confesión y la transacción se consideran como casos de extinción del proceso con juzgamiento de mérito. El desistimiento es acto unilateral del demandante; la confesión, acto unilateral del demandado. Desistiendo, puede el actor intentar nuevamente la acción; confesando o transigiendo, estará compuesta la litis y se prohibe al actor renovar la acción. La sentencia que declara la extinción en estos dos últimos casos, se considera de mérito.

No le corresponde al juez verificar la conveniencia del desistimiento, le compete apenas establecer la regularidad del acto practicado por el actor.

El desistimiento es un acto por el cual el actor hace cesar el proceso que había instaurado, sin que con eso, se entienda que renunció al derecho que pretendía hacer valer. Chiovenda señala que el desistimiento de la acción es la declaración de voluntad que pone término a la relación procesal sin sentencia de mérito.

IX. Cuando la acción fuere considerada intransmisible por disposición legal. Se refiere el inciso a los derechos intransmisibles, personalísimos, por tanto. El Código llama la acción correspondiente a esos derechos, de acción intransferible.

Regula el asunto el derecho sustancial. El ejemplo clásico es el de que se extingue la acción de disolución del matrimonio con la muerte de uno de los cónyuges.

X. Cuando ocurriere confusión entre el actor y el demandado. Se extingue la obligación desde que en la misma persona se confundan las calidades de acreedor y deudor (C. C., art. 1049). La confusión puede resultar de la herencia, el legado, la cesión de crédito o la sociedad universal.

XI. En los demás casos prescritos en el Código. Los demás casos previstos en el Código son los mencionados en los artículos 13, I,47 parágrafo único, y 265 inc. 2º.

En el primer caso, el proceso que estaba en suspenso para que el actor o el demandado supliesen la falla en la representación o en la capacidad procesal se extingue cuando el actor no lo hace: el juez decretará la nulidad del proceso, reza el texto legal.

En el art. 47, parágrafo único, la extinción ocurre cuando el actor no cumplió la orden judicial de citar a todos los litisconsortes necesarios.

Por último, se extingue el proceso que estaba en suspenso para que la parte constituyese nuevo apoderado por la muerte del que hasta entonces actuaba, teniendo en cuenta la inercia de la parte, que no cumplió con la determinación judicial.

En ninguna de las hipótesis habrá juzgamiento de mérito.

La extinción del proceso como ya afirmamos, no extingue la acción. La extinción torna ineficaces los actos realizados, pero no las sentencias pronunciadas en el curso del proceso. Como anotamos anteriormente, el Código manda repartir los gastos procesales igualmente entre las partes.

La extinción del proceso hace terminar la relación procesal, pero deja íntegra la relación jurídica sustancial, posibilitando al actor para proponer nuevamente la misma acción, ya que no fue juzgado el mérito, y en consecuencia no hubo cosa juzgada material, sino únicamente formal. La sentencia que extingue la acción es neutra,

no beneficia jurídicamente ni al actor ni al demandado. El malogro del demandante tiene carácter puramente procesal.

Conviene no olvidar lo establecido en el art. 459: "...En los casos de extinción del proceso sin juzgamiento de mérito, el juez decidirá en forma concisa".

Recomienda el art. 329 que el juez declare extinto el proceso cuando ocurra cualquiera de las causas relacionadas en los artículos 267 y 269, II-V. Excluye de la relación apenas el numeral I del art. 269 que determina la extinción del proceso con juzgamiento de mérito cuando el juez acoja o rechace la demanda del actor.

Los incisos del art. 267 ya merecieron nuestros comentarios. Reza el art. 269: "Se extingue el proceso con juzgamiento de mérito: I. Cuando el juez acoja o rechace la demanda del actor; II. Cuando el demandado reconozca el fundamento de la petición; III. Cuando las partes transigieren; IV. Cuando el juez declare la prescripción; V. Cuando el actor renuncie al derecho sobre el que se funda la acción".

Observamos *ab inicio* que la sentencia que juzga la transacción y la renuncia se considera de mérito, no pudiendo, evidentemente, las partes promover nuevamente la acción. En estos casos, la composición de la litis surgió por acto de la parte, o de las partes, no del Estado.

Veamos item por item.

Artículo 269 *del Código Procesal Civil*

I. Cuando el juez acoja o rechace la demanda del actor. El proyecto de Código en vigor decía que la extinción se daba con la sentencia, lo que fue rechazado por la Facultad de Derecho de Minas Gerais, con el argumento de que el juzgamiento de mérito cierra el proceso, salvo los recursos. Pero apenas lo cierra. No lo extingue. Completó la argumentación el juez del Tribunal de Justicia de Guanabara Luiz Antonio de Andrade, explicando que el art. 162, inc. 1º define la sentencia como "acto por el cual el juez pone término al proceso, decidiendo o no el mérito de la causa". Luego, no es cualquier sentencia la que extingue el proceso con juzgamiento de mérito, como está en el artículo. El Código Procesal Civil portugués,

paradigma del nuestro, de donde tomamos esa enseñanza, dice *juzgamiento* donde decimos sentencia y también escribimos "acoger o rechazar la demanda del actor".

Móniz de Aragão anota que la sentencia concluirá por la procedencia o improcedencia de la acción, alcanzando el resultado que, en el Digesto era concebido en estos términos: "vel condemmatione, vel absolutione contingit". Esta es la forma normal de terminación del proceso.

II. Cuando el demandado reconozca el fundamento de la petición. El nuevo Código Procesal Civil acoge dos figuras jurídicas que vienen siendo secularmente confundidas por los legisladores, doctrinantes, intérpretes y jueces. Son ellas la *confesión* y el *reconocimiento del fundamento de la petición.*

En el Código de 1939, en numerosos pasajes, llamó el legislador confesión lo que nunca fue confesión, extendiendo indebidamente el concepto de esta institución, en perjuicio de la mejor técnica legislativa.

Ahora, en el nuevo estatuto procesal procuró distinguir las figuras, limitándose, sin embargo, a definir hasta excesivamente la confesión en los arts. 348 y 354. Se define así: "Hay confesión, cuando la parte admite la verdad de un hecho, contrario a su interés y favorable al adversario". Dice además, qué puede ser judicial y extrajudicial, cómo se practica o realiza la prueba, cómo se procede cuando la parte incurre en error, etc.

En cuanto al reconocimiento del fundamento de la petición, se limita a un inciso del art. 269, que trata de la extinción del proceso con juzgamiento de mérito. Está escrito: "Se extingue el proceso con juzgamiento de mérito... cuando el demandado reconoce el fundamento de la petición".

Enseña Carnelutti que toda vez que el demandado manifiesta su adhesión a la demanda, sea cual fuere la razón por la que lo hace, reconoce el fundamento de la petición.

Veamos las diferencias fundamentales entre la confesión y el reconocimiento del fundamento de la petición.

La confesión se refiere al hecho o hechos invocados por el actor para fundamentar la demanda. El demandado concuerda con los hechos, confiesa la existencia de ellos en los términos expuestos por el actor. En el reconocimiento del fundamento de la petición

o demanda, al contrario, el demandado no se refiere al conocimiento de los hechos, se limita simplemente a adherir a la petición.

Se lamenta que esta confusión entre los significados de la confesión y del reconocimiento del fundamento de la petición aún encuentre lugar entre nosotros, pues hace más de un siglo ya tenían las legislaciones avanzadas de Europa, claridad en este terreno.

Leamos lo que reza la Ordenanza Procesal Alemana, la famosa ZPO, en su § 307: "Si, en el debate oral, una de las partes reconoce, en todo o en parte, la pretensión que contra él se hace valer, será condenada, si así se pide, en los términos del reconocimiento". En el mismo sentido el Código Procesal Civil austríaco: "Si el demandado, en la audiencia preliminar o en el debate oral, reconoce, en todo o en parte, la pretensión contra él formulada, a solicitud del actor se proferirá sentencia en los términos del reconocimiento" (§ 395).

Dígase, desde luego, que el reconocimiento del fundamento de la petición que interesa a la justicia es el total. El reconocimiento parcial significa poco, pues él sólo no autoriza que el juez extinga el proceso. Reconociendo el demandado en una acción de cobro, por ejemplo, el fundamento de la petición del actor y alegando que pagará apenas lo principal, y no los gastos, hoy exigidos por el art. 20, estará adhiriendo sólo parcialmente a la petición, no admitiéndose, por tanto, que el juez finalice el proceso, salvo que el actor venga en socorro de la extinción y concuerde con la pretensión del demandado. Pero, en este caso, tendremos otra figura, más próxima de la transacción.

La doctrina acostumbra clasificar el reconocimiento del fundamento de la petición en expreso y tácito, con la explicación de que expreso es lo manifestado por el demandado verbalmente o por escrito; y lo tácito surgirá por la omisión, dejando v. g. de contestar la demanda. Nuestro Código, sin embargo, no acoge esta explicación doctrinaria, pues el art. 320, que trata de la rebeldía, informa: "Si el demandado no contestare la acción, se reputarán verdaderos los hechos afirmados por el actor". Veamos bien: "reputarse verdaderos los hechos", quiere decir, que los hechos son confesados, o considerados confesados por el demandado, si no contesta. Los hechos, no el fundamento de la petición.

Merece destacarse que los efectos jurídicos de la confesión y del reconocimiento del fundamento de la petición se distancian enormemente. Quien reconoce el fundamento de la petición pierde la causa, se adhiere a la petición del actor, se responsabiliza por las

consecuencias, por lo principal y por los gastos del proceso, consiguientemente. Quien confiesa, entre tanto, puede perfectamente ganar la causa, pues la confesión se relaciona únicamente con los hechos, y estos hechos, los narrados por el actor, no siempre conducen a la procedencia de la acción, como reiteradamente lo hemos visto en los juzgamientos diarios. Puede el rebelde, por ejemplo, que confesó los hechos narrados por el actor, en vista de su inercia procesal, obtener éxito y victoria en la acción.

Convoco pues la atención, para la gravedad de la confusión que estamos haciendo en el foro relativamente a estos dos importantísimos institutos. Solamente ahora, más de cien años después de configuradas las líneas de distinción en el magnífico Código germánico, codificamos estas líneas doctrinarias. Esta es además, una prueba de la imperiosa necesidad de la nueva codificación contenida en la ley 5.869, objeto de nuestro estudio.

Se sabe que el reconocimiento puro y simple no es el que pone término al proceso, pero sí, el acto judicial, la sentencia de mérito. El juez apreciará libremente el acto de reconocimiento del fundamento de la petición, pudiendo, a su criterio, admitir o no, verificando todas las situaciones jurídicas que llevaron al demandado a tomar tal actitud, visto que el reconocimiento, inclusive, puede ser simulado, falso, u obtenido por medios vitandos.

Se admite apenas, lo que puede ser reconocido por el demandado. Pueden ser reconocidos los derechos disponibles, atinentes a la posibilidad de disposición de las partes. Los derechos indisponibles no admiten el reconocimiento por parte del demandado. Ningún juez, por ejemplo, estaría de acuerdo en declarar extinto un proceso en que el actor pidiese la anulación del matrimonio y el demandado simplemente adhiriese a la petición, así como no admitiría ningún acto inmoral, como en la cobranza de una deuda en la que el actor aumentase los intereses hasta ser extorsivos y el demandado accediese a la petición.

Es oportuna la advertencia de Chiovenda: "El simple acto del reconocimiento no confiere al actor el derecho de obtener sentencia favorable; el juez tiene la libertad para examinar si existe norma abstracta aplicable al caso, si la causa del contrato es lítica, si quedó demostrado el interés para actuar..."

El reconocimiento de la procedencia de la petición no depende de un acto del demandante. Es acto puramente unilateral del demandado. Para realizarlo, entre tanto, el procurador o apoderado

deberá tener facultad especial, en vista de la redacción del art. 38, en el que el legislador dejó escrito que "la procuración general para el foro, conferida por instrumento público, o privado suscrito por la parte, estando con la firma reconocida, habilita al abogado para practicar todos los actos del proceso, salvo para recibir la citación inicial, confesar, *reconocer la procedencia de la petición,* transigir, desistir, renunciar al derecho sobre el que se funda la acción, recibir, dar recibo de pago y firmar compromisos". Observemos que el Código trata *reconocimiento de la procedencia de la petición* después del verbo *confesar.* Esto quiere decir, por tanto, que confesar es una cosa y el reconocimiento de la procedencia o fundamento de la petición es otra. El abogado habilitado para confesar, como en el Código de 1939, no podrá ahora, jamás, adherir a la petición del actor, reconociéndole la procedencia. Para ello requiere de poder especial, prácticamente aún desconocido en la lucha diaria del foro brasileño.

Para que se pueda evaluar nuestra total ignorancia del asunto, vamos a hacer una confesión: tuvimos la cautela de investigar los índices de varias ediciones de nuevos Códigos de Procesal Civil editados por las más diversas empresas y verificamos que ninguno de ellos trae el entretítulo *reconocimiento de la petición* o *reconocimiento del fundamento de la petición.* La confesión, entre tanto, ocupa a veces media página de los índices.

Una aclaración más, aunque casi innecesaria, frente al "caput" (sic) del artículo objeto de nuestras consideraciones: la sentencia de reconocimiento de la petición es definitiva y produce cosa juzgada material.

Destacamos también la semejanza bastante acentuada de la sentencia que extingue el proceso con las decisiones meramente homologatorias.

La estadística, en este país sin estadísticas, nos revela que la falta de defensa del demandado, en la mayoría de los casos, se origina en la ignorancia de las consecuencias derivadas de la no contestación de la acción propuesta por el actor. El reconocimiento de la procedencia de la petición, que acelera el término del proceso, como en la confesión, ocurre inmediatamente en el proceso, pero puede estar en situación mental prácticamente idéntica a la de aquél que no quiere defenderse: concuerda con la procedencia de la petición por comodidad, porque no quiere litigar, porque prefiere perder a luchar, a discutir judicialmente la cuestión.

Nos corresponde, finalmente, abundar en claridad en este te-

rreno poco firme en la vida jurídica nacional con tres ejemplos suministrados por José Federico Marques:

1. En el pago por consignación el juez declarará extinguida la obligación y condenará al demandado al pago de las costas y los honorarios del abogado si el acreedor (adhiere a la petición) y diere recibo de pago (art. 897, parágrafo único).

2. En la acción para la renovación del contrato de arrendamiento la falta de defensa del demandado induce a la aceptación inmediata de la demanda del actor (art. 354 del CPC de 1939 que está vigente).

3. En el proceso de Registro de Torrens, publicados los edictos, la persona que se juzgue con derecho al inmueble podrá contestar la demanda; y si no lo hiciere, el juez ordenará la matrícula (art. 463, § 3º del CPC de 1939). Aquí el reconocimiento es tácito.

Aunque sin referirse a la expresión "reconocimiento de la procedencia de la petición" diversos textos legales tratan del asunto, casi siempre acomodándose al vasto campo de la confesión.

III. Cuando las partes transigieren. La sentencia en este caso, es puramente homologatoria. Ocurre tanto en la fase de conocimiento como en la ejecución (art. 794,II), así como en el proceso cautelar (art. 820,III). Se transige sobre derechos disponibles, o como quiere el Código Civil, "sólo en cuanto a los derechos patrimoniales de carácter privado". El acto es practicable sólo por personas capaces.

Es vasto el campo de aplicabilidad de la transacción, no solamente en cuanto a los derechos indisponibles, sino también, en cuanto a la forma procesal. En cuanto a la forma, por ejemplo: resuelven los litigantes hacer una transacción para transformar la separación de cuerpos antigua, litigiosa, en amigable.

Hay necesidad de poderes expresos al abogado para firmar los términos de la transacción (art. 38). El inventariante, para hacerla, necesita autorización del juez y aquiescencia de los interesados.

La transacción se realiza por instrumento público, o particular, o en el proceso, homologada por el juez, para transformarse en título de ejecución judicial (art. 583,III).

La materia está abundantemente reglamentada en el Código Civil (arts. 1025 y s.).

IV. Cuando el juez declara la prescripción o la decadencia. La prescripción extingue la acción; la decadencia extingue el derecho.

No versando sobre derechos patrimoniales (art. 219, § 5º) el juez puede resolver de oficio y decretarla inmediatamente, extinguiendo el proceso. Tratándose, sin embargo, de derechos patrimoniales (como la usucapión) solamente la iniciativa de parte podrá conducir al fallador a decretar la extinción del proceso por prescripción (art. 128).

V. Cuando el actor renuncia al derecho sobre el que se funda la acción. La renuncia es la declaración del actor de que su acción es infundada. Liebman afirma: "No se puede decir que el reconocimiento y la renuncia ejerzan influencia inmediata sobre el contenido de la sentencia, sino que apenas dispensan normalmente la prueba de los hechos alegados respectivamente por el actor y por el demandado".

Se renuncia al derecho disponible. Pasado este límite, el juez no accederá a la petición para extinguir el proceso. La renuncia puede ser total o parcial, interesando al inciso que comentamos sólo aquella que conduce a la extinción del proceso.

En el litisconsorcio, la renuncia de un litigante no beneficia ni perjudica a los otros (art. 48). Sólo quien tuviere capacidad plena puede renunciar derechos, y ésta es siempre escrita.

Finalmente, cabe distinguir la renuncia (art. 169, V) del desistimiento (art. 267, VIII). El desistimiento se refiere a los procesos; la renuncia, al derecho. Aquél, después de la contestación, depende del consentimiento de la parte contraria: ésta no depende de dicho consentimiento. Quien desiste puede renovar la acción; quien renuncia, no puede. Se faculta a la parte para renunciar a la acción y proseguir en la ejecución.

Bibliografía

Andrade, Luiz Antonio de: *Aspectos e innovaciones del Código Procesal Civil.* Río de Janeiro, Ed. Francisco Alves, 1974.

Aragão, Egas Dirceu Moniz de: *Comentarios al Código Procesal Civil.* Río de Janeiro. Ed. Forense, 1974.

Betti, Emilio: *Diritto Processuale*. Apud. José Alberto dos Reis. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Coimbra Editora, 1946.

Belilãqua, Clóvis: *Código Civil comentado*. Río de Janeiro, Editora Alves.

Calamandrei, Piero: *Estudios sobre el Proceso Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, EGEA. 1962.

Carnelutti, Francesco: *Diritto e Proceso*. Nápoles, 1958.

Carnelutti, Francesco: *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Coimbra Editora, 1940.

Idem. Traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Argentina, UTHEA, 1964.

Chiovenda, Giuseppe: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Guimarães Menegale. São Paulo. Ed. Saraiva, 1965.

Chiovenda, Giuseppe: *Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción de José Casais y Santaló. Madrid.

Guasp, Jaime: *Comentarios al Código Procesal Civil*. Apud. José Alberto dos Reis, *Comentarios al Código Procesal Civil*. Coimbra Editora, 1946.

Goldschmidt, James: *Derecho Procesal Civil*. Traducción de Prieto Castro. Ed. Labor. Madrid, 1936.

Lacerda, Galeano: *El Nuevo Derecho Procesal Civil y los Hechos Pendientes*. Río de Janeiro, 1974. Editorial Forense.

Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de: *Comentarios al Código Procesal Civil*. Río de Janeiro, 1988. Editorial Forense.

Lima, Paulo: *Código Procesal Civil*. Legius, 1973 (con la crítica de Luiz Antonio de Andrade).

Marques, José Federico: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Río de Janeiro, Editorial Forense.

Oliveira, Carlos Alberto Alvaro de y Lacerda, Galeano: *Comentarios al Código Procesal Civil*. Río de Janeiro. Editorial Forense, 1988.

Redenti, Enrico: *Derecho Procesal Civil*. Exposición de motivos al Código Procesal Civil italiano (relación de Min Grandi). Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJEA, 1957.

Reis, José Alberto dos: *Comentarios al Código Procesal Civil*. Coimbra Editora, 1946.

Resende Filho, Gabriel de: *Curso de Derecho Procesal Civil*. São Paulo. 1954.

EL DEBIDO PROCESO

Adolfo Alvarado Velloso *

1. *El fenómeno jurídico y su definición negativa*

La idea de *debido proceso* muestra un fenómeno jurídico de la mayor importancia, del cual hablan todos los autores y que, sin embargo, aún no ha podido ser definido con precisión absoluta, de tal modo que su sola mención muestre inconfundiblemente su contenido por ser irrepetible en el mundo del Derecho.

La adjetivación *debido* aparece históricamente contenida en norma de rango constitucional en la 4ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales, dice en su parte pertinente que no podrá

> "someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad *sin el debido proceso judicial*".

Este mandato figura nuevamente en el texto de la 14ª Enmienda (ahora como restricción al poder de los Estados), donde se utilizan palabras diferentes:

---

* Director de la revista *Estudios Procesales* del Centro de Estudios Procesales. Rosario, Argentina.

"...ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la libertad, o la propiedad, *sin el debido procedimiento jurídico*".

El ejemplo de estos textos fue prontamente seguido en todo el curso del movimiento constitucionalista que se desarrolló vertiginosamente en las Américas; durante el siglo pasado se consagraron cartas políticas que otorgaron como máxima garantía judicial la *inviolabilidad del derecho de defensa en juicio.*

Y esta tesitura normativa continúa hasta el presente; todas las Constituciones que rigen desde el Río Grande hasta la Tierra del Fuego contienen el derecho aludido, utilizando al efecto casi las mismas palabras.

Para poder explicar su contenido, constitucionalistas de todas las épocas comenzaron a hablar del *debido proceso,* trasladando a nuestra lengua técnica el concepto contenido en la máxima norma norteamericana, aunque —nótese bien— ningún texto consagra esa misma y exacta fórmula.

De allí que eximio constitucionalista argentino la haya tipificado como una garantía *innominada,* afirmando al mismo tiempo que es el único derecho constitucional que no ha podido ser definido positivamente en todo el curso de la historia jurídica del país.

Esa afirmación se refleja fielmente en la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales que, para moldear una causal de arbitrariedad respecto de un pronunciamiento judicial, ha dicho hasta el cansancio que *no es debido proceso* aquel en el cual no se escuchó a una de las partes o se le privó de ejercitar un medio de defensa o uno de prueba o del derecho de alegar o cuya sentencia no resultó congruente con el litigio, etc., etc.

En otras palabras, se han dado siempre definiciones *negativas* que, a lo sumo, pueden llegar a mostrar parcialmente el fenómeno que nos interesa, pero nunca en su totalidad.

Todo ello nos ha llevado de la mano al manejo de graves imprecisiones conceptuales que, como tales, permiten luego sostener las interpretaciones más encontradas.

Una idea clara de lo que sucede respecto de la imprecisión apuntada puede encontrarse en frase de distinguido magistrado que afirmaba años atrás:

"A diferencia de algunas reglas jurídicas, el *debido proceso* no es una concepción técnica con un contenido fijo, sin relación

al tiempo, al lugar y a las circunstancias imperantes, pues la noción de *debido proceso* no puede aprisionarse dentro de los límites traicioneros de cualquier fórmula. Al representar una profunda actitud de justicia entre hombre y hombre y, más particularmente, entre hombre y gobierno, el debido proceso está constituído de razón, del curso pasado de las decisiones y de la profunda confianza en la fuerza de la fe democrática que profesamos".

Pues bien, retóricamente, la frase es bellísima. Técnicamente, no sólo dice nada sino que constituye la negación misma del proceso y de la ciencia procesal.

La actitud no es aislada: prestigiosa doctrina de este siglo ha definido al proceso como *drama* o como *misterio* o como *algo que se sabe dónde está pero no qué es.*

2. *Aproximación a una definición positiva*

Si algún autor intentare hoy pasar a afirmativas las definiciones negativas utilizadas jurisprudencialmente, no tendría más remedio que armar el respectivo concepto a base de un mínimo inventario de las *frases hechas* acuñadas por los más altos tribunales y que permiten que cada una de las causales de arbitrariedad opere como una suerte de verdadero *standard jurídico* (el *derecho a la jurisdicción,* el *exceso ritual manifiesto,* la *cuestión institucional suficiente,* etc., que la mayoría de las veces sirven para abrir la competencia de alzada cuando ésta es legalmente infranqueable; o a la inversa, la *presentación oportuna de la cuestión constitucional,* su *mantenimiento en todas las instancias del pleito,* la *autosuficiencia del escrito recursivo,* etc., que la mayoría de las veces sirven para cerrar la competencia de alzada cuando ésta es legalmente franqueable).

Por supuesto, no estoy tratando de demeritar el notable y profundo sentido de la justicia que lleva a un máximo tribunal hacia una actuación equitativa en cada caso justiciable; simplemente quiero demostrar la base desde la cual puede partir cualquiera definición que hoy se intente dar.

En esta tesitura, se podría decir que el *debido proceso* supone el pleno *derecho a la jurisdicción* que, como tal, es imprescriptible,

irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia; que tal derecho implica el *libre acceso* al tribunal, la posibilidad plena de audiencia, la determinación previa del lugar del juicio, el derecho del reo de explicarse en su propia lengua, la obtención de un procedimiento público, eficaz, sin dilaciones y adecuado a la naturaleza del caso justiciable, la seguridad de contar con asistencia letrada eficiente desde el momento mismo de la imputación, la plena posibilidad de probar con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes.

Pero hay algo más; supone también que la sentencia sea dictada por un juez objetivo, en forma *completa* (referida a todos los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable), *legítima* (basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales), *lógica* (adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común), *motivada* (debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso) y *congruente* (debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido y resistido por las partes).

Esta última referencia a la sentencia es de la mayor importancia, pues cuando en un caso concreto no se cumplen sus cualidades esenciales, aquella es tachada de *arbitrariedad,* concepto jurisprudencial cuyos parámetros generadores constituyen también otras tantas *frases hechas* inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia (y así, una sentencia es arbitraria cuando no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas por las partes, o decide acerca de cuestiones no planteadas, o contradice constancias del proceso, o incurre en auto contradicción, o pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o el juez se arroga en ella el papel de legislador, o prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o aplica normas derogadas o aún no vigentes, o da como fundamentos pautas de excesiva latitud, o sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos que sólo tienen la apariencia de tal, etc.).

Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Por mi parte, creo que la solución del problema de definir el concepto de *debido proceso* debe pasar por la presentación inconfundible de la idea que lleva ínsita el sustantivo (proceso) y no el

adjetivo (debido). De lograr su obtención, se convertirá en estéril todo el inventario que he hecho precedentemente.

3. *El concepto de proceso*

La palabra *proceso* es una de las más multívocas y, por tanto, equívocas de las que se usan en el lenguaje técnico jurídico (con ella se menciona a una particular relación de derecho público —relación procesal—, a un procedimiento determinado —proceso de divorcio—, a un tipo procedimental —proceso ejecutivo—, a procedimientos que no son procesos —actos de jurisdicción voluntaria—, a un expediente o *dossier,* etc.).

El problema no es novedoso ni unitario: la palabra técnica *acción* tiene por lo menos cuatro acepciones:

1) es el legítimo derecho que respalda a la pretensión del actor (concepto típicamente civilista, de donde se extrae la existencia de una "acción" de deslinde, de una "acción" de nulidad, de una "acción" de reducción, etc.);

2) es el título de crédito representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades (concepto propio del derecho comercial);

3) es el elemento físico de ejecución material y externa del delito (concepto propio del derecho penal);

4) es el medio de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe (concepto propio del antiguo pensamiento procesal).

Para mayor complejidad del problema, también se utiliza a la palabra *acción* como sinónimo de *pretensión,* de *derecho,* de *demanda* y de *facultad.*

Además, usualmente se la califica de acuerdo con el derecho: acción *cambiaria,* acción *penal,* acción *civil* en caso de delito, etc.

Otro tanto ocurre con el vocablo *jurisdicción,* que se emplea corrientemente para:

1) indicar el ámbito territorial en el cual el Estado ejerce su soberanía;

2) señalar el territorio en el cual cumple sus funciones un juez;

3) mostrar el conjunto de prerrogativas de un órgano del poder público;

4) evidenciar la aptitud que tiene un juez para entender en una determinada categoría de pretensiones;

5) tipificar la esencia de la función de juzgar.

Y no se detiene allí el fenómeno descrito: también ocurre con las palabras *abandono, apremio, absolución, carga, competencia, prueba,* etc., etc.

Como se puede apreciar, todo lo contrario de un lenguaje *científico*: aquí, lo *multívoco* conduce al *equívoco*. De ahí que muchos diálogos entre juristas no sean otra cosa que conversaciones entre sordos.

Por todo ello es que creo que, en orden a hacer ciencia procesal y no simple exégesis procedimental, es absolutamente necesario brindar un concepto claro, unívoco e inequívoco de la institución *proceso.*

Si se acepta que el derecho procesal científico halla su exclusivo punto de partida en el concepto inconfundible y elemental de la *acción procesal* caracterizada como una *instancia de necesaria bilateralidad,* será sencillo aceptar también que el proceso, como medio pacífico de debate dialéctico que tiene como razón de ser la total erradicación del uso de la fuerza ilegítima en una sociedad que intenta una convivencia armoniosa, no es otra cosa que una *serie lógica y consecuencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad.*

Sin necesidad de agotar ahora la explicación de tal concepto, que bien analizado dice todo, lo que importa aquí es destacar algo que surge obvio de su contenido: el proceso, como medio de discusión que es, debe desarrollarse entre *dos partes* situadas en posiciones antagónicas y ante un *tercero* que actúa en carácter de autoridad (legal o convencional).

Cualquier cosa que se le parezca pero que no reproduzca *exactamente* tal afirmación, será un simple *procedimiento* pero no un *proceso.*

Y es que el concepto de *procedimiento* es puramente jurídico y común a todas las instancias que pueden ejercitarse ante cualquier funcionario (administrativo o judicial) y siempre constituye una serie de actos predeterminados por el legislador y que sirven como mo-

delo patrón para que sean reproducidos invariablemente por los interesados.

El concepto de *proceso,* en cambio, excede el campo de lo jurídico: es *lógico,* ya que por su vía se trata de bilateralizar la unilateralidad del procedimiento. De ahí que quepa hablar de procedimiento como *género* y del proceso como su *especie;* se trata siempre de un procedimiento seguido por dos sujetos necesariamente antagónicos ante un tercero.

Lo que muestra tal concepto, entonces, es la existencia de un fenómeno que no se repite en todo el campo del Derecho: supone lógica y esencialmente *la presencia contemporánea de tres sujetos determinados.*

Insisto en que no ocurre otra cosa igual en todo el orden jurídico. Adviértase que la tarea de *legislar* supone la actividad de un sujeto determinado (el legislador) y la generalidad abstracta de sujetos indeterminados que, cada uno individual y eventualmente, encuadrará o no en la norma que se emita. Repárese también en que la tarea de *administrar* supone la actividad de un sujeto determinado (el administrador) y de otro sujeto también determinado o determinable (el administrado); en cada uno de ambos casos existen claramente dos sujetos o grupos de tales, indeterminados, determinados o determinables, pero *solamente dos.*

Si el proceso es la *única* figura jurídica que requiere para su existencia la contemporánea presencia de tres sujetos determinados, no cabe analizar su naturaleza jurídica, pues se trata de un *concepto incomparable* (igual que el concepto de *acuerdo* o de *obligación).* Por tanto, el proceso es simplemente el proceso. Y punto.

Siendo así, toda la institución que se desarrolle a partir de su idea debe contar con *principios propios,* a raíz de los cuales se podrá efectuar su regulación legal que, en orden a la esencia de la figura, lógicamente no puede ni debe ser *contingente.*

Esta afirmación lleva de la mano a la presentación de otro problema cuya elucidación es de la mayor importancia para desentrañar la problemática del tema.

Si se lee atentamente cualquier obra general de derecho procesal se advertirá que la doctrina casi universalmente aceptada analiza a los *principios procesales* como a las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la

orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar dados.

Es en este tema donde se puede apreciar cabalmente y en toda su magnitud la plena y permanente vigencia del principio metajurídico que se conoce con la denominación de *alternatividad*: como el contenido de cada norma implica la solución legal a un problema en orden a la búsqueda de respuestas que, naturalmente, también serán diferentes y, las más de las veces, antagónicas. De ahí que el legislador deba *optar* siempre por una de por lo menos dos soluciones (por ejemplo, una sociedad incipiente puede verse en la disyuntiva de legitimar o no a las uniones de parejas; si decide normar la primera hipótesis debe optar entre regular la unión en forma homo o heterosexual; si opta por la última, debe elegir ahora una de tres posibles regulaciones: monogamia, poligamia o poliandria; en cualquier caso, debe optar luego entre aceptar o no la disolución del vínculo matrimonial, etc., etc.).

Para normar el proceso como medio de debate, el legislador común debe elegir entre algunas de las alternativas que se presentan como respuestas posibles para solucionar los interrogantes que se pueden formular al respecto: ¿quién debe iniciar el proceso?, ¿quién lo impulsará?, ¿quién lo dirigirá?, ¿habrá que imponer formalidades para el debate?, en su caso, ¿cómo se discutirá?, ¿quién y cómo lo sentenciará?

Insisto en que cada pregunta admite por lo menos dos respuestas. Y, naturalmente, el legislador optará por la que se halla acorde con la filosofía política que lo inspire.

Tales respuestas son conocidas doctrinalmente con la denominación de *principios,* entre los cuales cabe aceptar la posibilidad de vigencia de los siguientes: iniciativa, igualdad, disposición, autoridad, legalidad, moralidad, bilateralidad, oralidad, inmediación, publicidad, adquisición, etc. Los que he mencionado a guisa de ejemplo tienen su natural contrapartida: a la legalidad se le opone la libertad; a la oralidad, la escritura; a la inmediación, la mediación; etc.

Si se analiza ahora el contenido de cada uno de tales "principios" y se lo compara con los demás, se advertirá que con la palabra "principios" se mencionan a las cosas más diversas, algunas de las cuales nada tienen que ver con las otras. Y esto no es bueno para la adecuada comprensión del tema y, sobre todo, para la del propio fenómeno procesal.

Lo que corresponde hacer, entonces, es indagar la esencia

misma de cada uno de estos llamados *principios* a fin de poder metodizarlos adecuadamente.

Y cuando ello ocurre se comprende que con tal palabra se mencionan indistintamente a tres cosas diferentes: *sistemas, principios y reglas técnicas de debate y de la actividad de sentenciar.*

4. *Los sistemas procesales*

Un *sistema* es un *conjunto de principios* que deben armonizar entre sí para que aquél pueda lograr la coherencia interna que es necesaria para la obtención de eficiencia en su aplicación a una finalidad dada.

Los sistemas conocidos son dos, obviamente antagónicos: *dispositivo* e *inquisitivo.*

El primero se forma a base de la armonización de algunos principios cuya plena y efectiva vigencia hace a la esencia misma del sistema: igualdad de las partes e imparcialidad del juzgador. De allí se derivará la iniciativa y el impulso de los propios interesados, la delimitación del tema a decidir, la congruencia de la resolución, etc., siendo siempre acompañados de ciertas reglas, necesarias para implementar materialmente la tarea de procesar: oralidad, inmediación, etc.

El segundo parte de dos ideas básicas que son filosóficamente antagónicas con las del anterior: no existe igualdad entre las partes ni absoluta imparcialidad del juzgador. De allí se derivará la iniciativa y el impulso a cargo de la autoridad, la posibilidad de una sentencia incongruente, la escritura, el secreto de la instrucción, etc.

Si se conoce cabalmente el origen y la finalidad del sistema inquisitivo y, en forma muy particular, su modo de operar durante más de setecientos años (la Inquisición fue creada en 1184 y rigió plenamente como tal hasta 1869), no podrá dejar de concluirse en que es esencialmente perverso y generador de las mayores monstruosidades que la mente humana haya podido concebir usando para ello el máximo de maldad.

Pero se advertirá también que *disposición* e *inquisición* son sistemas lógica, filosófica, política y moralmente incompatibles de incompatibilidad total. Por tanto, no es factible imaginar racional y

lógicamente un sistema *mixto* al cual se llegó por varias razones: la secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que fundamentó y justificó su actuación, la plena vigencia del sistema inquisitivo en la época en la cual empieza a aparecer la legislación patria y la indudable fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios que, al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para erigir al propio Estado como centro y eje de aquél.

Sin embargo, la legislación procedimental de todos los países de Amércia del Sur —para hablar sólo de esta parte del continente— ostentan un carácter mixto: una normativa referida a lo penal fuertemente inquisitiva y una relativa a lo civil predominante dispositiva pero con muchos caracteres propios del sistema inquisitivo.

A riesgo de predicar en el vacío, mantengo la esperanza de ver alguna vez revertido este estado de cosas. Y ello por simples y obvias razones: los constituyentes de 1853 normaron en función de la dolorosa historia vivida en el país tratando de evitar —desde la propia Constitución— la reiteración de los errores y de las aberraciones del pasado. Buena prueba de ello se encuentra en los artículos 29 y 95.

Acorde con los textos constitucionales de la época, la idea que tuvieron de la actividad de procesar no puede ser más clara, más pura ni concebirse más liberal: adoptaron el *juicio por jurados,* acordaron la *igualdad ante la ley,* remarcaron la *inviolabilidad de la defensa en juicio,* establecieron el principio del *juez natural* y el del *estado de inocencia,* prohibieron la condena sin *juicio previo* fundado en *ley anterior* al hecho motivante del proceso, etc.

Acorde con la letra expresa y dentro del espíritu que exhibe la Constitución, todo ello muestra que su meta era —y es— un proceso regulado con las modalidades ya explicadas y que remarcaré seguidamente: un fenómeno jurídico que enlaza necesariamente a tres sujetos, dos de ellos ubicados en situación de *igualdad* y otro en la de *imparcialidad* (lo cual no ocurre jamás en el seno de la Administración y en el campo judicial sólo cuando se adopta el sistema dispositivo o acusatorio).

Pero esta afirmación exige la explicación del tema siguiente.

5. *Los principios procesales*

Para desarraigar la confusión que existe entre sistemas, principios y reglas técnicas, corresponde ahora establecer qué son los segundos.

Una primera y simple conceptuación del tema indica que se trata, simplemente, de puntos de partida.

Pero así como nadie puede caminar hacia *ninguna parte* (siempre que lo haga tomará alguna dirección: hacia adelante, hacia arriba, etc.) ese punto de partida debe ser visto en función del destino que se intenta lograr (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin).*

Si lo que se desea es regular el desarrollo de un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas (para descartar así el uso de la fuerza ilegítima de una sociedad dada) ante un tercero que heterocompondrá el litigio, si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directrices fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema.

Así concebidos, los *principios procesales* —propiamente dichos, sin importar ahora las denominaciones confusas que he consignado precedentemente— no pueden ser más de cinco:

1) la *igualdad* de las partes litigantes;
2) la *imparcialidad* del juzgador;
3) la *transitoriedad* de la serie consecuencial;
4) la *eficacia* de esa misma serie;
5) la *moralidad* en el debate.

1) *El principio de igualdad de las partes:* esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia).

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso que el debate se efectúe en *pie de perfecta igualdad.*

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo

consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley,* prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etc., y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etc.

En el campo del proceso, igualdad significa *paridad* de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

2) *El principio de imparcialidad del juzgador:* de tanta importancia como el anterior es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar ese carácter; para ello, no ha de estar colocado en la posición de *parte (impartialidad)* ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio *(imparcialidad)* y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes *(independencia).*

3 *El principio de transitoriedad del proceso:* nadie puede dudar que el proceso es un *remedio* para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad dada. Pero ello no significa que constituya un bien en sí mismo: cuando alguien está afiebrado se sabe que la temperatura bajará ingiriendo aspirina en la dosis necesaria que, de ser excedida, puede ocasionar nueva enfermedad.

Lo mismo sucede con el proceso: su duración como medio de debate debe estar adecuadamente equilibrada para lograr que actúe como remedio sin ocasionar nuevo conflicto. De ahí que todo proceso deba ser necesariamente *transitorio,* significando ello que alguna vez ha de terminar sin posibilidad de reabrir la discusión.

La serie procedimental puede ser más o menos dilatada en el tiempo; pueden sucederse varios grados de conocimiento. Pero es imprescindible que en algún momento se le ponga punto final que sea definitivo para todos: partes y juzgador.

Y ésta es una directiva fundamental del sistema que se instrumenta a base de estos principios: toda normativa procedimental debe estar regulada en orden a lograr —y lo antes posible— la terminación

del proceso, al efecto de lograr el aquietamiento de las pasiones enardecidas.

4) *El principio de eficacia de la serie procedimental:* para que el proceso pueda funcionar como adecuado medio de debate es imprescindible que la serie consecuencial que lo instrumenta sea apta para que en ella se desarrolle armónicamente el diálogo querido por el legislador.

Para que una serie procedimental sea eficaz a este efecto debe estar constituída por los pasos elementales que han sido aceptados como tales en todo tiempo y lugar: afirmación, negación, confirmación y evaluación.

5) *El principio de moralidad procesal*: si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa artería o traición. De ahí que la regla moral deba presidir el desarrollo del proceso, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica.

Hasta aquí la enunciación de los *principios procesales,* que se caracterizan por instrumentar directivas que siempre son *unitarias* (en tanto no admiten la existencia de otras que sean antagónicas), lo cual los diferencia de las reglas que expondré seguidamente y que siempre se presentan *binarias.*

La importancia de esta concepción radica en la circunstancia de que *un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados.*

Insisto en ello: si las partes no actúan en pie de igualdad, o si el juzgador no es imparcial, o si la actividad de procesar no tiene un punto final predeterminado, o si la serie adoptada para su desarrollo no es eficaz para efectuar el debate o, finalmente, si la discusión se realiza al margen de la regla moral, se estará ante un simple procedimiento y *nunca ante un proceso.*

Ello significa que, no obstante tener la denominación de tal, su resultado no podrá ganar jamás los efectos propios del caso juzgado. Después de muchos años de importante tarea doctrinal en tal sentido, ya hace tiempo que la Corte nacional ha llegado a esta conclusión al anular una sentencia ejecutoriada —imposible de pensar hasta ese entonces— por haber sido emitida en una *parodia* de proceso (que no respetó en el caso los dos primeros principios antes enunciados).

6. *Las reglas técnicas procesales*

En forma paralela a los *principios* enunciados precedentemente, existen otras líneas directrices que se presentan *siempre* e *invariablemente* en forma *binaria* o como *pares antinómicos.*

Y es que cada una de las preguntas que he formulado antes respecto del debate judicial —en rigor, acerca del procedimiento y no del proceso— admite *siempre* dos respuestas antagónicas (oralidad *o* escritura; mediación *o* inmediación, libertad *o* legalidad de formas, etc.). A consecuencia de ese carácter binario antinómico, cuando el legislador opta por una de las posibles reglas desplaza automáticamente a su contraria, en razón de que no pueden coexistir actitudes que se autoexcluyen (no se puede hacer y no hacer al mismo tiempo). Esto no implica que no puedan *sucederse* en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral).

A estas líneas directrices y que se muestran acabadamente diferentes de las enunciadas en calidad de *principios,* se les asigna la denominación de *reglas técnicas del debate procesal* y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios: sin éstos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión usado ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso.

La antinomia que presentan todas las reglas de debate se correlacionan íntimamente con la incompatibilidad esencial existente entre los sistemas dispositivo e inquisitivo.

De tal modo, los componentes de cada par antinómico se corresponden habitualmente con uno de los sistemas procesales (por ejemplo, la publicidad es propia del sistema dispositivo; el secreto, del inquisitivo).

Luego de haber caracterizado a los sistemas, a los principios y a las reglas, creo que ha llegado el momento de sostener que no es factible afirmar, al menos congruente y fundadamente, que todas las garantías y derechos constitucionales que antes he enumerado rijan dentro del sistema inquisitivo (propio de las regulaciones penales en casi toda América), pues al posibilitar que sea el propio juez quien inicie de oficio una investigación imputando a alguien la comisión de un delito, por ejemplo, y al mismo tiempo permitir que

dicho juez resuelva por sí acerca de su propia imputación, viene a resultar algo obvio: el juez es juez y parte al mismo tiempo. Y hasta el menos avisado puede advertir que lo que ello genera no es un proceso (de tres) sino un simple procedimiento que une sólo a dos sujetos: el juez-acusador y el reo. Y que no se intente desvirtuar esta afirmación so pretexto de que la intervención fiscal suple la ausencia del tercer sujeto, pues entonces la ecuación se vuelve más ilógica y aberrante: en función de acusador, el juez está colocado en el mismo bando en el cual milita el fiscal, de donde la mentada igualdad constitucional es una mera ficción.

Insisto reiterativamente: no obstante la afirmación precedente, que no puede ser desvirtuada con razonamiento lógico jurídico (aunque sí con argumentación política y caprichosa), la antigua vocación por el totalitarismo que tan persistentemente ha mostrado el legislador americano, lo ha llevado a dictar regulaciones normativas que, al permitir la coexistencia incoherente de sistemas antagónicos, descartan *per se* la vigencia del *debido proceso* al establecer para un sinnúmero de casos simples procedimientos judiciales a los cuales se les adjudica —indebidamente— la denominación de *procesos*.

Pero como las cosas son lo que realmente son, sin que importe al efecto cómo se las llame, no creo que ello sea suficiente para que se acepte con alegría y buena voluntad un sistema filosóficamente erróneo, políticamente nefasto y jurídicamente inconstitucional.

7. *La definición positiva del concepto de debido proceso*

Si se abandona el criterio ya tradicional que define *negativamente* a la idea lógica de proceso y se lo quiere hacer *positivo* y técnicamente, resulta sencillo sostener que el *debido proceso* es sólo aquél que se adecúa plenamente con el simple concepto de *proceso* que se puede instrumentar a partir de la aceptación del sistema dispositivo o acusatorio con los principios esenciales que ha de tener en cuenta como puntos de partida para lograr la coherencia interna que todo sistema requiere para su existencia como tal. En el caso, basta exigir que haya dos sujetos que actúen como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que sea realmente un tercero en la relación litigiosa y que, consecuentemente, se comporte siempre como tal.

En otras palabras: el *debido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso* (lógicamente concebido) que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional.

Como ya se comprenderá, esta concepción, que no por sencilla es errada, hace que resulte inútil todo el inventario que hice antes respecto de cada *standard* jurídico acuñado por la jurisprudencia, pues todos ellos muestran a la postre una conculcación de uno de tales principios.

ESTRUCTURA LOGICA DE LA RESOLUCION DE ACUSACION

Alfonso Ortiz Rodríguez

1. *Advertencia previa*

Una estructura es un conjunto de elementos entre los cuales existen relaciones, de modo tal que toda modificación de un elemento o de una relación supone la modificación de los otros elementos y relaciones. También enseña que la estructura es el modo como las partes de un todo se conectan entre sí. Por eso la variación de uno cualquiera de los elementos repercute en los otros y por ende en la totalidad. En este orden de ideas, hablar de la estructura lógica de la resolución de acusación presupone, necesariamente, la aceptación de que esa providencia está constituída por un conjunto de elementos entre los cuales existen relaciones específicas. Presupone, igualmente, que toda modificación de uno de los elementos o de una de las relaciones modifica los demás

elementos o las demás relaciones. Hay que admitir, además, que cada uno de los elementos o partes es a la vez una estructura menor formada por partes menores específicamente relacionadas entre sí. Entonces, el estudio de la estructura que se viene mencionando exige la identificación de cada uno de los grandes elementos y el análisis estructural de cada uno de ellos. Para lograr este cometido es indispensable determinar lo que se entiende por resolución de acusación y lo que legalmente se requiere para proferirla.

2. *¿Qué es la resolución de acusación?*

Desde el punto de vista legal, la resolución de acusación es un auto interlocutorio según el artículo 471 del C. de P. Penal colombiano. Es, por tanto, un acto jurídico procesal del titular del órgano jurisdiccional que, como se prevé en los artículos 188 y 189 de la obra citada, consta de una exposición (parte motiva) y de la resolución que corresponda (parte resolutiva). De esto, que es legalmente incuestionable, se infiere que la providencia en mención es una estructura lógica compuesta de esos dos grandes elementos relacionados entre sí por el principio antecedente a consecuente. Ciertamente, la expresión "y la resolución que corresponda" contenida en el citado artículo 188, denota que la parte resolutiva corresponde a la parte motiva como el consecuente a su antecedente. En otras palabras, que la parte expositiva es antecedente constante y necesario de la resolución que es su consecuencia. En verdad, el conjunto de juicios o razonamientos constitutivos de la primera parte determinan la decisión de acusar.

3. *¿Qué se requiere para proferir resolución de acusación?*

Para proferir resolución de acusación, según el artículo 470 del C. de P. Penal, se requiere que en el sumario esté demostrada la tipicidad del hecho y que exista un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves de responsabilidad. Armonizando la disposición citada con lo previsto en el artículo 471,

resulta que la parte motiva de la providencia que se viene mencionando se compone de dos elementos a saber: la demostración de la tipicidad del hecho y el juicio de probabilidad sobre la responsabilidad del procesado. La consecuencia del concurso de estos dos elementos es propiamente la acusación. El estudio de la estructura lógica que se viene mencionando exige el análisis estructural de la demostración de la tipicidad del hecho, la elaboración del juicio de probabilidad sobre la responsabilidad y el examen de las partes que integran la parte resolutiva.

4. *¿Qué es demostrar lógicamente?*

Demostrar, lógicamente hablando, es hacer ver que una verdad particular está comprendida en una verdad universal de la que se tiene entera certeza. En otras palabras, es hacer ver que una premisa menor determinada se subsume en una premisa mayor también determinada. Por ejemplo:

1) El hombre es racional
2) Pedro es hombre
3) Luego, Pedro es racional

En este ejemplo, la premisa menor (Pedro es hombre) se subsume en la premisa mayor (El hombre es racional). La conclusión es la demostración de que Pedro es racional. Para que esta demostración sea verdadera, es necesario que las premisas mayor y menor sean verdaderas. La aplicación de esta argumentación silogística a la demostración de la tipicidad del hecho es como sigue:

1) El que con violencia sobre las personas se apodera de un vehículo automotor ajeno, con el propósito de obtener provecho para sí, comete hurto calificado agravado.

2) Pedro Antonio Bustamante Herrera, el 20 de marzo de 1989, a las cuatro de la tarde, en el cruce de la carrera 80 con la calle 37 de la ciudad de Medellín, luego de amenazar de muerte con un cuchillo al señor Juan Alberto Gómez Jiménez, despojó a éste de su automóvil con el propósito de obtener provecho para sí.

3) Luego, Pedro Antonio Bustamante Herrera cometió hurto calificado agravado.

Para elaborar la premisa mayor marcada con el número (1), es

necesario que el juez conozca las disposiciones legales y que las conecte lógicamente entre sí. Para elaborar la premisa menor señalada con el número (2), el juez necesita conocer con toda certidumbre qué hecho se cometió, cuándo se cometió, dónde se cometió, cómo se cometió, quién lo cometió, y por qué lo cometió. Precisamente, la finalidad de la indagación preliminar (artículo 341) y de la investigación sumarial (artículo 360), es recoger la prueba que permita responder afirmativamente cada una de esas cuestiones, que suministre al juez el conocimiento cierto de cada uno de esos tópicos. La conclusión mentada en el número (3) es un juicio de valor objetivo que dice que la conducta de Pedro Antonio Bustamante Herrera se adecúa a la proposición normativa universal o premisa mayor.

En la metodología descrita por el artículo 471, el juez elabora primero la premisa menor y luego la premisa mayor. Con base en estas verdades particular y universal elabora el juicio de valor que es la demostración de la tipicidad.

5. *Elaboración de la premisa menor*

El juez, para expedir la resolución de acusación, necesita conocer de manera clara y precisa la existencia real y objetiva del hecho con todas las circunstancias de lugar, tiempo y modo que lo especifiquen y la identidad física o nominal de la persona o personas que participaron en su realización como autores o cómplices. Tal conocimiento lo obtiene de las pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al sumario y que conducen a la certeza. Estas pruebas le producen el convencimiento racional y objetivo de que está en posesión de la verdad. En este proceso cognoscitivo debe observar algún procedimiento o método como el siguiente que tiene las siguientes fases:

1ª) El juez debe seleccionar el medio de prueba que según el artículo 252 del C. de P. Penal puede ser analizado y apreciado; en esta operación mental se razona en la siguiente forma:

a) Las pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso y que sean conducentes deben ser analizadas y apreciadas.

b) El testimonio de Pedro Zapata ha sido legalmente producido y es conducente.

c) Luego, el testimonio de Pedro Zapata debe ser analizado y apreciado.

La premisa mayor marcada con el literal a) es una verdad legal irrefutable prevista en los artículos 246 y 252 del C. de P. Penal. La veracidad de la premisa menor señalada con el literal b) debe ser demostrada. Si ella es verdad particular, la conclusión es verdadera. Pero puede suceder que alguna de las partes en su alegato previo a la calificación haya argumentado que a Pedro Zapata se le recibió la declaración sin observar lo dispuesto en los artículos 153 y 154. O que el acta de la diligencia carece de alguno de los requisitos previstos en el artículo 152. O que el dictamen pericial no se puso en conocimiento de las partes conforme al artículo 276. Como en cualquiera de esos eventos se argumenta contra la legalidad del testimonio o del dictamen, el juez debe reflexionar sobre el asunto y expresar con claridad los motivos por los cuales admite o rechaza los argumentos de la parte. Aquí empieza el juez a dar "Respuesta a los alegatos de las partes" y a cumplir el mandato del numeral 4 del artículo 471.

La errónea selección del medio de prueba influye decisivamente en la apreciación probatoria y por ende en el conocimiento del caso. El error en esta fase metodológica determinará una errónea descripción del hecho y una errónea demostración de su tipicidad.

2ª) El juez, seleccionado correctamente el medio de prueba, debe proceder a su análisis para descubrir con exactitud el hecho físico o psíquico contenido en dicho medio. Mediante la lectura atenta y minuciosa del acta de inspección, del informe pericial, del acta que contiene la declaración del testigo o del procesado, del documento y así, el juez descubre el hecho físico (puerta fracturada contenida en el acta de inspección; la huella dactilar o la mancha de sangre hallada en el lugar del hecho y contenida en el acta de la observación criminalística del lugar del hecho), o el hecho psíquico (la percepción del testigo, del procesado o del perito contenidas en las respectivas actas o en el informe pericial). En esta operación mental la forma del razonamiento es como sigue:

a) La cosa que se percibe, existe.

b) Por la lectura del acta percibo que el testigo afirma haber percibido el objeto equis.

c) Luego, lo percibido por la lectura existe.

De esta manera racional el juez percibe el objeto que el testigo afirma haber percibido. La veracidad de la conclusión depende de la veracidad de las premisas mayor y menor. La lectura descuidada del acta puede conducir a una premisa menor inexacta o errónea. En esta fase metodológica el juez puede encontrar que alguna de las partes en su alegato previo a la calificación discute el contenido del medio probatorio debidamente seleccionado. En tal caso debe reflexionar sobre el tema y expresar con claridad las razones por las cuales admite o rechaza los argumentos de la parte. Así prosigue el juez dando cumplimiento al mandato del numeral 4 del artículo 471.

3ª) El juez, descubierto el hecho físico o psíquico contenido en el medio de prueba analizado, debe proceder a la apreciación de tal medio para determinar su sentido y alcance probatorio. En la ejecución de esta tarea se vale de las reglas de la sana crítica correspondientes a ese determinado medio. Tales reglas, elaboradas con base en la observación y el estado de los principios científicos y técnicos en la época de su elaboración, aunque se presentan como axiomas no son más que criterios de credibilidad en las personas y en lo que ellas perciben. La aplicación de esos criterios a un medio de prueba particular determina las características que individualizan la credibilidad de un testimonio, un informe pericial, etc. Por eso la forma del razonamiento en esta operación mental es como sigue:

a) El testimonio que reune las características (A, B, C y D) merece total credibilidad.

b) El testimonio de Pedro Zapata reune las características (A, B, C y D).

c) Luego, el testimonio de Pedro Zapata merece total credibilidad.

Las características (A, B, C y D) resultan de la aplicación de las reglas de la crítica testimonial referentes a la personalidad del testigo, al objeto percibido, a las condiciones de la percepción y a las condiciones de la declaración de lo percibido. Si las premisas mayor y menor son verdaderas, la conclusión del razonamiento es verdadera. Las reglas referentes a cada uno de los aspectos mencionados son juicios sobre la realidad que, a pesar de su frecuencia en la práctica, no garantizan su veracidad. Si los nuevos desarrollos científicos y/o técnicos confirman esos juicios, es claro que deben mantenerse. Pero si los infirman o rechazan hay que abandonarlos y formular unos nuevos con base en las nuevas observaciones y

nuevos desarrollos técnico-científicos. Cuando el juez asigna total credibilidad al testimonio de Pedro Zapata, este medio de prueba le produce una determinada imagen mental cierta y entonces dice que conoce el hecho percibido por el testigo. Así, pues, cada medio de prueba le produce una imagen mental o idea del hecho contenido en el medio probatorio.

Las partes, en sus alegatos previos a la calificación del sumario, pueden haber presentado argumentos dirigidos a demostrar que el medio de prueba, por ejemplo el testimonio de Pedro Zapata, no merece credibilidad alguna o que sólo ofrece algunos motivos de credibilidad. En tal caso, el juez debe reflexionar sobre el asunto y expresar con claridad las razones por las cuales admite o rechaza esos argumentos. Así prosigue, en esta fase metodológica, dando respuesta a las alegaciones de las partes.

4ª) El juez, realizadas las operaciones mentales anteriores, debe proceder a determinar las relaciones existentes entre las imágenes mentales particulares que cada medio de prueba le ha producido. Esta nueva operación mental consiste en asociar las diversas imágenes o ideas con base en principios lógicos como los de identidad, antecedente a consecuente, causa a efectos, complementación, etc. Como la imagen que ha producido el testimonio de Pedro es idéntica a la producida por el testimonio de Juan, las dos imágenes se asocian con base en el principio de identidad y se dice que, esos testimonios se confirman recíprocamente. El testimonio de Pedro genera la imagen de que el procesado estaba en el lugar del hecho al momento de ocurrir y en la observación criminalística de ese lugar se hallaron huellas dactilares que según el dictamen pericial corresponden al procesado. La imagen producida por el mencionado testimonio se asocia a la imagen producida por el acta de inspección y el dictamen con base en el principio antecedente a consecuente y al de complementación. Ciertamente, lo declarado por el testigo es antecedente de la huella que es consecuencia de la presencia del procesado en el lugar del hecho al momento de ocurrir. El dictamen complementa la afirmación testimonial. Esta asociación de imágenes o ideas viene a satisfacer la exigencia legal de que las pruebas sean apreciadas en conjunto. Esta asociación de ideas es lo que produce el conocimiento total del hecho individual con todas las circunstancias de lugar, tiempo y modo que lo especifican.

Las partes, en sus alegatos previos a la calificación del sumario, pueden haber presentado una particular asociación y expuesto una

totalidad también particular. En tal caso, el juez debe reflexionar sobre el punto y expresar, con claridad, las razones por las cuales admite o rechaza ese punto de vista. De esta manera prosigue cumpliendo el mandato del numeral 4 del artículo 471.

5ª) El juez, en posesión del conocimiento antes dicho, debe expresarlo mediante proposiciones enunciativas que, lógico gramaticalmente ordenadas, constituyen "La narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los especifiquen", prevista en el numeral 1 del artículo 471. Conforme a la metodología prescrita por esa disposición, expuesta la anterior narración debe expresar, en capítulo separado, las pruebas que vienen a comprobar los hechos relatados. La exposición de los hechos constituye la formulación de la premisa menor, particular o individual. Por ejemplo:

Pedro Antonio Bustamante Herrera, el 20 de marzo de 1989, a las cuatro de la tarde, en el cruce de la carrera 80 con la calle 37 de la ciudad de Medellín, luego de amenazar de muerte con un cuchillo al señor Juan Alberto Gómez Jiménez, despojó a éste de su automóvil con el propósito de obtener provecho para sí.

Lo anterior es una proposición enunciativa porque denota un hecho que sucedió, cuándo, dónde y cómo sucedió y quién lo cometió. Es una proposición individual o particular que, para tener significación jurídico penal, debe subsumirse en una proposición normativa penal general o universal.

De todo lo expuesto se concluye que, el proceso de elaboración de la premisa menor no es más que la apreciación de las pruebas y de hechos. Que los errores en una cualquiera de las fases metodológicas o en todas, conduce a la elaboración errónea de la premisa menor y por ende al conocimiento equivocado de su significación jurídica penal. Que todo el proceso que se viene mencionando es un tejido de razonamientos lógicos y dialécticos.

6. *Elaboración de la premisa mayor*

El juez, para demostrar la tipicidad del hecho expresado en la premisa menor, necesita de una proposición normativa penal general o universal. Para satisfacer esta necesidad, debe seleccionar las disposiciones penales vigentes referentes al caso y elaborar, a partir

de ellas, un juicio normativo universal que se expresa en una proposición también universal que constituye la premisa mayor. En este proceso cognoscitivo debe observar algún procedimiento o método como el siguiente:

1º) El juez, apoyado en su intuición y su criterio jurídicos, debe seleccionar las disposiciones legales vigentes que se refieren al caso ya constituído o reconstruído y expresado en la premisa menor. Ciertamente, el hecho individual especificado por sus circunstancias de lugar, tiempo y modo le sugiere las disposiciones penales vigentes que regulan la totalidad del caso. El criterio jurídico confirma o no esa intuición. En el primer caso elige esas disposiciones y en el segundo las rechaza. Frente a la premisa menor antes formulada, cualquier juez penal y cualquier abogado penalisa intuye que los artículos 349, 350 (ordinal 1º) y 351 (ordinal 6º) del C. de P. Penal son las disposiciones que regulan el caso expresado por esa proposición individual o particular. Y luego de reflexionar sobre el significado del caso y de las mentadas disposiciones confirma esa intuición. Pero las partes, en sus alegatos previos a la calificación del sumario, aún aceptando el hecho específico, pueden haber propuesto que el caso está regulado por disposiciones diferentes a las mencionadas. En tal caso el juez debe reflexionar sobre esos planteamientos y expresar con claridad las razones por las cuales los admite o rechaza. De esta manera cumple el mandato del numeral 4 del artículo 471 del C. de P. Penal.

2º) El juez, una vez seleccionadas las disposiciones legales vigentes que se refieren al caso, debe interpretarlas y concatenarlas lógicamente. Desentraña los sentidos implícitos y explícitos contenidos en esas disposiciones y de esa manera conoce lo que ellos significan para el caso. Luego, el conocimiento legal adquirido lo expresa mediante una proposición de carácter general. Por ejemplo:

El que con violencia sobre las personas se apodera de un vehículo automotor ajeno, con el propósito de obtener provecho para sí, comete hurto calificado agravado.

La proposición anterior comprende todos los hurtos calificados agravados cuando el apoderamiento se comete con violencia sobre las personas y el objeto material es un vehículo automotor. Por eso tiene carácter general o universal. Contra tal proposición pueden haber presentado las partes, en sus alegatos previos a la calificación, una proposición diferente. El juez, entonces, debe reflexionar sobre el punto y expresar con claridad las razones por las cuales admite o rechaza el punto de vista planteado. Al hacerlo cumple el mandato del numeral 4 del artículo 471 ya citado.

7. *Juicio sobre la tipicidad del hecho*

Entiendo que juicio lógico es el acto intelectual por el cual se unen al afirmar o se separan al negar conceptos objetivos o proposiciones. Entiendo que el juicio de valor es una operación mental mediante la cual, el hecho o la conducta individual real descrito en la premisa menor, se compara con el hecho o la conducta que en abstracto se describe en la premisa mayor, para decidir si la primera está o no comprendida en la segunda. Estas breves consideraciones llevan a la conclusión de que el juicio sobre la tipicidad es un juicio lógico valorativo. Y la forma del razonamiento es como sigue:

a) El que con violencia sobre las personas se apodera de un vehículo automotor ajeno, con el propósito de obtener provecho para sí, comete hurto calificado agravado.

b) Pedro Antonio Bustamante Herrera, el 20 de marzo de 1989, a las cuatro de la tarde, en el cruce de la carrera 80 con la calle 37 de la ciudad de Medellín, luego de amenazar de muerte con un cuchillo a señor Juan Alberto Gómez Jiménez, despojó a éste de su automóvil con el propósito de obtener provecho para sí.

c) Luego, Pedro Antonio Bustamante Herrera cometió hurto calificado agravado.

De esta manera se demuestra lógico valorativamente la tipicidad del hecho realizado por Pedro Antonio Bustamante Herrera. Veamos este otro ejemplo para probar que esta forma de razonar es válida para cualquier otro caso.

a) El que matare a su cónyuge comete homicidio con circunstancia de agravación punitiva.

b) Pedro Antonio Bustamante Herrera, el 20 de marzo de 1989, a las siete de la noche, en su residencia situada en la calle 32 entre las carreras 80 y 81, marcada en la puerta con el número 32-20 de la nomenclatura oficial de la ciudad de Medellín, con arma punzocortante (cuchillo), causó la muerte a su esposa María Antonia Santos.

c) Luego, Pedro Antonio Bustamante Herrera cometió homicidio con circunstancia de agravación punitiva.

Obsérvese que el hecho cuya tipicidad se demuestra es un hecho especificado por circunstancias de lugar, tiempo y modo.

Tiene que ser así porque lo que se califica jurídicamente, según el artículo 471, es el hecho investigado, es decir, descubierto, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que lo especifiquen. Ciertamente, al obrar de otra manera, se estaría afirmando que en los ejemplos mencionados, la premisa menor se subsume en el artículo 349 o en el 323 del C. Penal. Esta afirmación es errónea porque en cada ejemplo la premisa menor que expresa el hecho específico contiene más elementos estructurales que los artículos antes dichos.

De lo expuesto se concluye que, el proceso de elaboración de la premisa mayor es un tejido de juicios lógico dialécticos sobre la selección de la ley vigente aplicable y sobre su interpretación. Los errores de juicio, en este aspecto de la resolución de acusación, causan violación de la ley penal por infracción directa o por interpretación errónea. Que el juicio de valor sobre la tipicidad es de carácter lógico silogístico y que el error de juicio, en este aspecto de la citada resolución, genera violación de la ley penal por aplicación indebida.

8. *Sentido y alcance del numeral 3 del artículo 471*

El artículo 470 del C. de P. Penal prescribe que se dictará resolución de acusación cuando esté demostrada la tipicidad del hecho. Ya se indicó lo que significa demostrar la tipicidad del hecho y el procedimiento intelectual que debe seguirse para hacer esa demostración. El numeral 3 del artículo 471 dice que la resolución mentada debe contener "La calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal". El término "calificar" significa apreciar. Pues bien, al demostrar la tipicidad del hecho se ha calificado jurídicamente porque realmente se le ha apreciado desde ese punto de vista. El hecho típico se encuentra previsto como tal en algún capítulo del C. Penal. Por consiguiente, si ya se ha tenido que demostrar la tipicidad del hecho, la expresión contenida en el referido numeral 3 sólo significa: ubicación del hecho típico dentro del capítulo, del título y del libro de la obra en cita. Así, entonces, en el primero de los ejemplos propuestos en este estudio, lo exigido por ese numeral se cumple diciendo que ese hecho típico está ubicado en el capítulo primero, título XIV, libro II del C. Penal. Y en el segundo de los ejemplos se

cumple diciendo que el hecho típico está ubicado en el capítulo primero, título XIII, libro segundo del C. Penal.

9. *Elaboración del juicio de responsabilidad*

Para proferir la resolución de acusación es necesario que en el sumario exista un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves de responsabilidad. Esta exigencia del artículo 470 plantea el problema de cuál sea el significado de la palabra "responsabilidad" en esa disposición. ¿Tendrá el significado aceptado en la doctrina general de obligación de sufrir todas las consecuencias penales y civiles derivadas del delito? Esta significación es inaceptable en el mencionado texto porque el artículo 3 del C. de P. Penal establece que "Toda persona a quien se atribuya un hecho punible se presume inocente mientras no se declare legalmente su responsabilidad en sentencia ejecutoriada". ¿Cuál es, pues, la significación de ese vocablo? Se acusa al procesado para que sea juzgado por el juez competente conforme al procedimiento legal. Se le acusa para que responda en juicio el cargo que se le formula en la acusación. Por tanto, la palabra en mención significa, en el texto del artículo 470, obligación de responder en juicio. ¿Quiénes están obligados a responder o comparecer en juicio cuando la tipicidad del hecho está demostrada? Tienen esa obligación los procesados imputables contra quienes existe en el sumario un testimonio que ofrece serios motivos de credibilidad o varios indicios graves de que en la realización del hecho participaron con dolo, culpa o preterintención; y los procesados inimputables contra quienes en el sumario existe la mencionada prueba de que en la realización del hecho participaron sin tener la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica o trastorno mental permanente o transitorio. Por consiguiente, la expresión "y exista un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves de responsabilidad", contenida en el artículo 470, significa que exista esa prueba de la culpabilidad o de la clase de inimputabilidad. Aquella y ésta constituyen el fundamento del juicio de responsabilidad que se expresará en la sentencia. Resuelto el problema planteado, la forma del razonamiento para determinar este aspecto de la parte motiva de la resolución de acusación es como sigue:

a) Cuando en el sumario exista un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad de que el procesado realizó dolosamente el hecho cuya tipicidad se ha demostrado, se formulará acusación en su contra.

b) En este sumario existe un testimonio que ofrece serios motivos de credibilidad de que el procesado Pedro Antonio Bustamante Herrera realizó dolosamente el hecho cuya tipicidad se ha demostrado.

c) Luego, contra el procesado Pedro Antonio Bustamante Herrera se formulará acusación.

En forma similar se razona cuando la forma de culpabilidad es la culpa o la preterintención. En el ejemplo anterior la premisa marcada con el literal a) es general o universal. La premisa marcada con el literal b) es particular o individual. El juez, para elaborarla, tiene que apreciar previamente el testimonio y señalar los motivos de credibilidad que el testimonio ofrece. Sobre este asunto, las partes, en sus alegatos previos a la calificación, pueden haber argumentado para demostrar que tal testimonio no existe o que existiendo no ofrece serios motivos de credibilidad. El juez, entonces, debe reflexionar sobre los argumentos y expresar con claridad las razones por las cuales los admite o los rechaza. De esta manera cumple el mandato del numeral 4 del artículo 471. La conclusión, marcada con el literal c), es la demostración de que en el sumario existe la prueba de culpabilidad exigida por la ley.

a) Cuando en el sumario existan indicios graves de que el procesado realizó culposamente el hecho cuya tipicidad se ha demostrado, se formulará acusación en su contra.

b) En este sumario existen dos indicios graves de que el procesado Pedro Antonio Bustamante Herrera realizó culposamente el hecho cuya tipicidad se ha demostrado.

c) Luego, contra el procesado Pedro Aneonio Bustamante Herrera se formulará acusación.

En forma similar se razona cuando la forma de culpabilidad es el dolo o la preterintención. Para elaborar la premisa menor marcada con el literal b), el juez tiene que apreciar previamente los indicios y señalar los motivos por los cuales estima que son graves. Las partes, en sus alegatos previos a la calificación del sumario, pueden haber presentado argumentos en el sentido de que tales indicios no existen o que no son graves. En tal caso el juez debe reflexionar sobre ellos y expresar con claridad las razones por las cuales los admite o rechaza.

a) Cuando en el sumario exista un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad de que el procesado al momento de realizar el hecho cuya tipicidad se ha demostrado, carecía de la capacidad de comprender su ilicitud por un trastorno mental permanente, se le acusará como ininmputable.

b) En este sumario existe un testimonio que ofrece serios motivos de credibilidad de que el procesado Pedro Antonio Bustamante Herrera al momento de realizar el hecho cuya tipicidad se ha demostrado, carecía de la capacidad de comprender su ilicitud por trastorno mental permanente.

c) Luego, el procesado Pedro Antonio Bustamante Herrera será acusado como inimputable.

En forma similar se razona en las otras clases de inimputabilidad previstas en la ley penal.

De lo anteriormente expuesto se infiere que, para dictar resolución de acusación, es necesario que el juez tenga, por lo menos, conocimiento probable de la forma de culpabilidad o de la clase de inimputabilidad. Se trata de un juicio de probabilidad porque el fundamento cognoscitivo del mismo, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves, es bueno pero no concluyente. Cuando digo: *S es probablemente P*, el término probablemente indica que los fundamentos de que dispongo para mi aserción son buenos, pero no llegan a ser concluyentes, no llegan a producir la certeza. En cambio, cuando digo: *S* es *P*, indico que los fundamentos de que dispongo para mi aserción son concluyentes o conducentes a la certeza. Lo mismo cabe decir de aserciones negativas como: *S es probablemente no P;* y *S no es P*. Todo esto es así porque el C. de P. Penal, para proferir resolución de acusación, no exige prueba que conduzca a la certeza de la forma de culpabilidad o de la clase de inimputabilidad, sino solamente prueba de probabilidad. Cuando el juez se apoya en este tipo de prueba, el juicio de responsabilidad se expresa mediante proposiciones del siguiente tenor:

a) El procesado probablemente obró con dolo. Luego, está obligado a responder en juicio.

b) El procesado probablemente obró sin capacidad de comprender la ilicitud del hecho cuya tipicidad está demostrada por inmadurez psicológica. Luego, está obligado a responder en juicio.

Las demás formas de culpabilidad y las demás clases de inimputabilidad se expresan de manera similar.

10. *Conclusión de aquel proceso cognoscitivo*

El proceso cognoscitivo antes descrito, que constituye la parte motiva de la providencia, concluye con la siguiente proposición afirmativa: está demostrado que Pedro Antonio Bustamante Herrera cometió hurto calificado agravado previsto en el capítulo primero, título XIV, libro segundo del C. Penal y que probablemente obró conociendo que ese hecho es punible y queriendo libremente la realización de la conducta. Este conocimiento es el presupuesto de la decisión de acusar.

11. *Parte resolutiva*

¿Cuál es la resolución que corresponde a la parte motiva antes expuesta? La consecuencia de esa parte motiva es la resolución de acusar. ¿Qué es lo que se imputa al procesado en la parte resolutiva? Se imputa el hecho cuya tipicidad se ha demostrado señalando el "capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal". En el ejemplo que se viene mencionando se le imputa el haber cometido hurto y haberlo realizado probablemente con dolo, previsto en el capítulo primero, título XIV, libro segundo del C. Penal. Por tanto, se le acusa como autor, probablemente responsable a título de dolo, del delito de hurto. ¿Para qué se le acusa? Se le acusa para que sea juzgado por el juez competente conforme al procedimiento legal preestablecido. Por consiguiente, en la parte resolutiva se debe indicar el juez competente y el procedimiento que debe observarse en la tramitación del juicio. En muchas ocasiones, el juez calificador conserva instrumentos de comisión del hecho, objetos procedentes de su ejecución y elementos materiales de prueba. Todo eso forma parte del proceso y deben remitirse al juez del juzgamiento cuando el mismo calificador no es el competente para juzgar. Además, si el acusado se encuentra privado de libertad, el juez acusador debe ponerlo a disposición del juzgador. La parte resolutiva, pues, consta de todos esos elementos.

12. *Orden en la redacción de la resolución de acusación*

Todo el proceso cognoscitivo antes descrito se lleva a cabo para obtener el conocimiento cierto de que la tipicidad del hecho

está demostrada y el conocimiento, al menos probable, de la forma de culpabilidad o de la clase de inimputabilidad que fundamenta la obligación del procesado de responder en juicio. Como la providencia acusatoria debe constar por escrito, el juez debe escribir en idioma claro y preciso los resultados del mencionado proceso intelectivo. Aparte del encabezamiento y finalización del auto, el funcionario debe redactarlo siguiendo un orden lógico como el siguiente:

Síntesis de los hechos

Bajo esta denominación capitular escribe la relación suscinta del hecho con todas las circunstancias de lugar, tiempo y modo que lo especifiquen y cuya existencia real y objetiva se ha comprobado mediante pruebas que conducen a la certeza. Y responde lo que las partes hayan alegado sobre ese tema.

Comprobación de los hechos relacionados

En este capítulo escribe sobre las pruebas seleccionadas, su análisis y apreciación conjunta y precisando, además, cómo ese conjunto probatorio conduce a la certeza de la existencia real y objetiva de los hechos ya relacionados. Y responde a lo que las partes hayan alegado sobre este asunto.

Demostración de la tipicidad y calificación provisional

En este acápite señala exactamente todas las disposiciones legales que se refieren a la descripción del hecho, indica el sentido y alcance de ellas y formula la proposición normativa general que le servirá de punto de referencia para expresar el juicio lógico valorativo demostrativo de la tipicidad del hecho. Es decir, redacta la premisa mayor. Luego indica cómo el hecho individual probado se subsume en el hecho hipotéticamente descrito por la premisa mayor y ubica ese hecho típico en el capítulo, título y libro del C. Penal que corresponda. Y responde a los argumentos presentados por las partes con relación a este tema.

Juicio de probabilidad sobre la responsabilidad

En este capítulo escribe sobre las pruebas seleccionadas, su análisis y apreciación conjunta y precisa, además, cómo ese conjunto probatorio le produce el conocimiento probable de la forma de culpabilidad con que obró el procesado o de la clase de inimputabilidad en que se hallaba el momento de ejecutar el hecho. Expresa luego cómo de ahí deriva la obligación del procesado de

responder en juicio. Y da respuesta a los argumentos que las partes hayan presentado sobre este particular.

En consecuencia, el Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Medellín,

Resuelve:

Acusar al señor Pedro Antonio Bustamante Herrera, de la filiación anotada en la parte motiva, ...

La expresión "en consecuencia" indica la conexión entre la parte motiva y la parte resolutiva. De esta manera se expresa que dicha resolución es la que corresponde a la exposición de la parte motiva.

13. *¿El fundamento probatorio de la resolución de acusación es suficiente para proferir la sentencia condenatoria?*

La respuesta a la cuestión general planteada depende de la respuesta que se de a las siguientes cuestiones particulares.

¿Se puede dictar sentencia condenatoria con base en la mera certeza de la tipicidad del hecho? Este interrogante hay que responderlo negativamente porque el artículo 247 del C. de P. Penal dice que "No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible". Y según el artículo 2º del C. Penal, el hecho punible es una estructura compuesta de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Por tanto, para proferir sentencia condenatoria contra procesado imputable tiene que existir en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Y como la prueba fundante de la resolución de acusación sólo conduce a la certeza sobre la tipicidad, es evidente que con esa mera prueba no es legalmente posible dictar sentencia condenatoria. Y el artículo 31 de la obra últimamente citada que define la inimputabilidad dice: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental". ¿Qué es lo que realiza el inimputable? Realiza un hecho legalmente descrito (típico) e ilícito (formalmente antijurídico) pero incapaz de comprender esa ilicitud o, a pesar de

comprenderla, es incapaz de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Por tanto, para proferir sentencia condenatoria contra un inimputable, es necesaria prueba que conduzca a la certeza de la tipicidad del hecho y de su ilicitud. Como la prueba fundante de la resolución de acusación sólo conduce a la certeza de la tipicidad del hecho, es evidente que con esa prueba no es legalmente posible dictar sentencia condenatoria.

¿Se puede dictar sentencia condenatoria con base en la prueba de probabilidad de responsabilidad que fundamenta la resolución de acusación? Este interrogante también hay que responderlo negativamente porque el artículo 247 del C. de P. Penal dice que no se puede dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la responsabilidad del acusado. En otras palabras, con base en un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o en varios indicios graves de responsabilidad no puede afirmarse, con toda certidumbre, esa responsabilidad.

De lo expuesto en los dos párrafos anteriores se concluye que, en todo juicio, es necesario producir, allegar o aportar prueba legal que conduzca a la certeza de que el hecho cuya tipicidad se ha demostrado revela ser incumplimiento del deber legal de abstenerse de ejecutarlo y que efectivamente lesionó o puso en peligro el interés jurídico tutelado por la ley. Es indispensable, también, producir, allegar o aportar prueba legal que eleve la probabilidad de la forma de culpabilidad o de la clase de inimputabilidad a la certeza para que se pueda afirmar, con toda certidumbre, que el procesado está obligado a sufrir todas las consecuencias penales y civiles prevista para el hecho realizado o a cuya realización contribuyó o ayudó.

Es claro que en muchos casos la prueba fundante de la acusación conduce a la certeza de la tipicidad del hecho, de su antijuridicidad y de la forma de culpabilidad o de la clase de inimputabilidad. En estos casos, el juez calificador debe afirmar con toda lealtad esa cualidad de la prueba. Y es evidente que cuando el calificador es el mismo juzgador, esa resolución de acusación contiene el anuncio de que la sentencia será condenatoria. En estos eventos, el defensor debe solicitar la práctica de pruebas conducentes capaces de modificar el juicio del acusador o allegarlas o aportarlas, en el periodo probatorio del juicio.

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO PROCESAL Y EL PROCESO

Alfonso Guarín Ariza *

1. Origen y desarrollo de la autonomía del derecho procesal. 2. La situación actual del derecho procesal. 3. Perspectivas del derecho procesal.

1. *Origen y desarrollo de la autonomía del derecho procesal*

1. Ha sido arduo el desarrollo del derecho procesal para obtener su autonomía científica, apuntando desde su origen a independizarse como ciencia del derecho material, sustancial o sustantivo y aún de los simples procedimientos judiciales. Según la opinión prevalente, surgió a mediados del siglo pasado con la polémica Windscheid-Mutter sobre la naturaleza jurídica de la acción (1), ésta convertida en piedra angular de los estudios procesales y punto de partida de la llamada escuela alemana de derecho procesal, la cual fue enriquecida después con las aportaciones teóricas de Bulow, particularmente en materia de excepciones y presupuestos procesales; Kohler, respecto de la relación procesal, idea actualmente básica del proceso civil; Stein, relativo al valor del conocimiento privado del juez; Wach, quien al decir de algunos sentó las más sólidas bases para la enseñanza del derecho procesal; Degenkolb, sobre el fundamento de la acción; y, en este siglo, complementada en especial por los trabajos de Kish, Rosemberg, Snonke, Heinitz y Goldschmidt, específicamente este último por algunas de sus re-

* Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.

1) *Polémicas sobre la acción.* Buenos Aires, 1974.

conocidas aportaciones a los principios generales del proceso [2], que muchos catalogan de geniales [3].

a) Fue el maestro Chiovenda quien edificó las bases de la escuela italiana del derecho procesal, justamente tomadas de la alemana y especialmente de Wach [4]. Desde luego si la renovación del derecho procesal se debe a los procesalistas alemanes, su difusión se debe a los italianos. La acción, en el sistema de los derechos, la jurisdicción, como fenómeno de sustitución de la justicia privada, y el proceso, entendido como relación jurídica, son, sin duda, categorías esenciales en que se apoyan los trabajos italianos, explorados después de Chiovenda por una pléyade de estudiosos, entre los cuales es indispensable señalar a Carnelutti, Calamandrei y Redenti.

b) Como lo anota Couture, en América y España fue contemporánea una respuesta particular al derecho procesal, mientras que en Francia no se veía diferencia sustancial entre éste y el derecho material, salvo en Vizioz, cuya obra "parecía llamada a establecer los lazos de unión entre la doctrina francesa del derecho público y las nuevas corrientes del derecho procesal" [5]. Pero en una y en otra zona geográfica es hoy abundante la literatura científica del derecho procesal, que incluso aporta criterios novedosos [6].

c) Importa connotar que cualquiera que sea la certidumbre de las tesis expuestas alrededor de los conceptos de acción, jurisdicción y proceso para identificar la naturaleza jurídica del todo procesal, éstos son su trinomio sistemático y la fuente histórica de de su autonomía. Y recalcar que a partir de dichas definiciones

---

2) S. Sentis Melendo. *Calamandrei: El hombre y su Obra.* Boletín del Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional del Litoral. Número 7. Santa Fe, 1957.

3) Juan Montero Aroca. *Estudios Procesales.* Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1989, página 214.

4) *Saggi di Diritto Processuale Civile.* Adolf Wach. Roma, 1930, página 267. *Ob. cit.* por Montero Aroca en *Evolución y Futuro del Derecho Procesal.* Bogotá, 1984, página 52.

5) Eduardo J. Couture. *Introducción al Proceso Civil.* Buenos Aires, 1953, página 8.

6) Eduardo J. Couture en sus *Estudios de Derecho Procesal* sostiene, en efecto, que la acción corresponde a una especie del derecho de petición y que en últimas es un derecho cívico; Jaime Guasp en su *Derecho Procesal Civil* expone la idea de que el proceso es una institución jurídica.

intelectuales, progresivamente se ha prefijado un conjunto de reglas que configuran una sucesión de etapas dialécticamente establecidas en códigos de procedimiento, que las partes y los jueces deben respetar para obtener una sentencia justa.

d) El estudio del derecho procesal nace vinculado al derecho civil, y por eso el derecho procesal civil constituye el núcleo primario de elaboración de los conceptos y categorías de la disciplina, hoy perfectamente extendido a la formulación de una teoría general del derecho procesal, que comprende la autonomía de nuevas ramas del común tronco del derecho procesal, como son de ejemplo el derecho procesal penal y el derecho procesal administrativo [7].

e) Teoría general que descansa en la construcción de principios generales que ayudan a interpretar los textos legales y son igualmente la génesis de nuevas codificaciones. A partir de ella y con ella se estudian la legitimación y el interés para obrar, la pretensión, los presupuestos procesales y materiales, la contradicción, las excepciones, y en fin, los actos procesales del juez y de las partes, clasificados y subclasificados, en que se analizan las condiciones de su validez y sus omisivas consecuencias, ora de nulidad de lo actuado, ya de inhibición para decidir un conflicto puesto en manos judiciales.

2. El derecho procesal es científicamente autónomo. Pero ese resultado histórico no significa un objetivo por sí mismo buscado, y sí la paulatina experiencia de superar el examen externo de las leyes de procedimiento para desentrañar su contenido, ubicación y relaciones particulares con la normatividad general de derecho, o, en las palabras de Wach, "para comprender el proceso en su conexión interna con el ordenamiento jurídico global y la conveniencia y eficacia de la función de lo singular" [8].

En consecuencia, si lo primero corresponde a la estructura del proceso y a saber qué es y cuál su naturaleza jurídica, y lo segundo a su función y a desentrañar para qué sirve y cuál su eficacia en términos de beneficio y justicia, bien se ve que el proceso es el punto cardinal del derecho procesal, sin cuya existencia no podría hablarse de esta disciplina.

---

7) Autonomía general que sin embargo no ha logrado en todos los países su pleno desarrollo. Juan Montero Aroca recuerda que en España no la tienen los procesos laboral y administrativo, y que el proceso penal no es tratado por los penalistas. *Evolución y Futuro del Derecho Procesal.* Bogotá, 1984, página 62.

8) *Manual de Derecho Procesal Civil.* Tomo 1. Buenos Aires, 1977, página 9.

Acción y jurisdicción son ideas que emanan del proceso pero igualmente apuntalan su concepción, de modo que la relación de aquellas se mueve en el compuesto que es éste. A lo cual cabe agregar que la acción adquiere relevancia porque es portadora de la pretensión, que el contenido del proceso es el conflicto actual o eventual de pretensiones, y que por la jurisdicción se actúa y se decide el debate, como una de las más augustas misiones del Estado, esto es, la de impartir justicia.

2. *Situación actual del derecho procesal*

1. Sería necio siquiera pensar que las elaboraciones doctrinales que explican el ser del proceso, o descansan en él, son el resultado exclusivo de orgullosas posturas intelectuales de sus autores, netamente racionales, y que a fuerza de tal, paulatinamente se fue olvidando el sentido de eficacia de su función. En cambio parece razonable aceptar que en esa búsqueda constante de las garantías necesarias para asegurar la justicia de la sentencia, que a ello corresponde dicho esfuerzo científico, sin quererlo, irónicamente, quizás por el tratamiento estrictamente conceptual del proceso, como si fuera un mundo propio de ciertas categorías abstractas, aquél paulatinamente se ha ido alejando de la realidad social y del hombre, quien en una mayoría cada vez más alarmante siente pavor ante la posibilidad de verse envuelto en un conflicto judicial de cualquier clase, al extremo que permitió a Alcalá-Zamora considerarlo un "trípode desvencijado" (9) en vez de la "trilogía estructural" de que habló Podetti (10).

Piénsese, si no, en el enjambre de opiniones alrededor de la naturaleza jurídica del proceso, "intransigentemente expuestas por sus partidarios", como lo observa Couture (11), que en el transcurso de un siglo van desde aquella que lo consideró en el derecho civil como un contrato hasta aquella que lo concibe como una categoría

---

9) Niceto Alcalá Zamora y Castillo. *Proceso, autocomposición y autodefensa.* México, 1970, página 104.

10) Ramiro J. Podetti. *Teoría y Técnica del Proceso Civil.* Buenos Aires, 1963, páginas 336 y siguientes.

11) *Introducción al Estudio del Proceso Civil.* Buenos Aires, 1953, páginas 51 y siguientes.

autónoma, las cuales, pese a su indudable importancia en el logro de la autonomía del derecho procesal, ya perfectamente superada, hoy, según lo observa Montero Aroca [12], son simplemente innecesarias para comprender dicha naturaleza y para explicar el proceso; lo que siempre fue así a propósito de la justicia, que en nada se ha beneficiado con dicha discusión pese a ser el fin ontológico, razón de ser y función exclusiva del proceso.

Y piénsese en que códigos de procedimiento como el colombiano exceptivamente permiten, por causas procesales, demorar aún por años la actuación judicial cuya idoneidad se discute y convertir el tema en materia principal de debate, muchas veces con entornos inexplicables, cuando la ausencia formal que se alega la suple el excepcionante, pero que por razones formales el sistema legal desconoce; en que el régimen de las nulidades tolera declaratorias de esa índole, con desprecio de la sustancia y en homenaje a la forma; en que son posibles las sentencias inhibitorias, que de ella no tienen sino el nombre, generalmente producidas a distancia infinita de la iniciación del drama que es el proceso; y en que por lo común admite la *chicana* judicial, que es la degeneración del proceso, cotidianamente causada, en los más de los casos, por la proliferación de recursos, recusaciones e incidentes que dan cabida al litigante improbo y desleal, quien sólo desea demorar el momento de la sentencia.

2. La idea de una pronta y oportuna administración de justicia a cargo del Estado, es la única y plena justificación del proceso y del derecho procesal. De ahí que la reconocida incapacidad contemporánea del Estado para resolver conflictos de intereses, evidencia el deber de contemplar a la disciplina con nuevas y vigorosas perspectivas, so pena que los conceptos y categorías construídos con tan grandes esfuerzos históricos definitivamente se vuelvan contra la justicia, como en la hora actual, "algunas veces, parece que se vuelven contra sus creadores", según lo asevera Francisco Ramos Méndez [13].

Por eso es válida, así sea parcialmente, la imagen que el hombre de la calle tiene del proceso, idéntica incluso a la de muchos juristas, relativa a la de un inequívoco laberinto kafkiano, lleno de

---

12) Juan Montero Aroca. *Ob. cit.* Bogotá, 1989, página 225.

13) Francisco Ramos Méndez. "El mito de Sísifo y la ciencia procesal". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal,* VII, Nº 7, 1988, página 51.

plazos, excepciones y trámites sin trascendencia esencial en el derecho, que día a día siente más lejano y sujeto a la inmoralidad y a la prebenda, donde el abogado es un consumado y sutil estratega en el arte de vencer o de perder a largo plazo a costa de la injusticia de la justicia demorada.

Llegando a este punto, no resisto recordar "el sentimiento de inconformidad y casi de angustia" que flotó en el ambiente del lejano Congreso Internacional de Florencia de 1953. Calamandrei, quien lo transmite, relata que allí, luego de que los participantes resaltaron el promisorio futuro de la disciplina y su alto nivel alcanzado tanto en América como Europa, de inmediato se preguntaron si eran útiles a la justicia las construcciones teóricas del derecho procesal, si el "refinado conceptualismo" servía efectivamente para lograr que las sentencias de los jueces fueran más justas, y si el proceso era el instrumento adecuado a las exigencias de la sociedad.

Calamandrei, cuya autoridad y maestría nadie podría desconocer válidamente, no memora en palabras escritas las respuestas que el congreso dio a esos vitales interrogantes, pero que perfectamente se infieren negativas, cuando concluye que los cultivadores del derecho procesal se comprometieron a continuar con renovado fervor sus trabajos de estudio, "pero no para favorecer el estilo arquitectónico de las abstractas construcciones sistemáticas, sino para servir concretamente a la justicia, para servir a los hombres que tienen sed de justicia" (14).

3. *Perspectivas del derecho procesal*

Las ciencias sociales y el proceso. El proceso como fenómeno social. Organización y despachos judiciales. El juez. Auxiliares de la justicia. Oficinas judiciales administrativas.

1. Infortunadamente, pese a toda clase de esfuerzos doctrinarios, cumplidos después y por muchos, la desesperación de los tiempos presentes resaltan su esterilidad en el ámbito de la realidad del proceso codificado, que en mayor o menor grado, inexorablemente, cada día tiene menos aptitud de cumplir su cometido de justicia. El reto del ahora es, entonces, el vigoroso y remozado

---

14) Piero Calamandrei. *Proceso y Democracia.* Buenos Aires, 1960, página 55.

avance del derecho procesal por senderos desconocidos, lo que no supone olvidar lo andado o desdibujar siquiera los principios que lo perfilaron y le dieron identidad. Sobre las bases y estructuras consolidadas en un camino plenamente justificado por su tarea y por su obra, que están ahí como huella constante, lejos de recrearnos en dogmas y sistematizaciones debemos intentar las soluciones efectivas de la justicia, aplicándolos e impidiendo su inversión pero igualmente enriqueciéndolos con nuevos conceptos, así no tengan carácter jurídico. E igualmente preocuparnos porque las normas que configuran el andar procesal, antiguas o nuevas, sean correctamente aplicadas por jueces y litigantes a objeto de que éste, en términos de justicia sea legítimo para el individuo y para la sociedad. O, lo que es lo mismo, la doctrina del derecho procesal debe ocuparse que la praxis cotidiana corra pareja con la ley procesal, ésta con los principios y éstos con la función jurisdiccional del Estado, que es la del proceso y el imperceptible pero cardinal punto de equilibrio de la democracia y fundamento de la República.

2. La precedente visión impone retomar el proceso no para encontrar su naturaleza sino para recabar en su función, que la explica. En el derecho codificado aparentemente todo el derecho procesal está contenido en códigos, sobre los cuales la doctrina ha construído sistematizados conceptos, pero muy pronto se descubre que detrás de las fórmulas legales se encuentran los hombres que dan vida al proceso y lo ponen en movimiento. Así la realidad inmediata demuestra que el proceso no es sólo el organigrama abstracto de la ley, regulado e impuesto por ella como el medio, método, operación o instrumento necesario para llegar a la justicia, a la manera de un molde o estructura vacía, sino la amalgama de éste con sus protagonistas, quienes al traducirlo en realidad, virtiendo en él su sustancia humana, le dan su fisonomía típica.

3. De ahí que además de ser un fenómeno jurídico con categoría autónoma propia, como algunos aseveran [15], el proceso es de primero un fenómeno social donde convergen, como un lugar obligado de encuentro, personas disímiles entre sí por la posición en que actúan, por sus móviles, creencias y prejuicios y por sus potencialidades y limitaciones que, a no dudarlo, enérgicamente influyen en la ejecución de las normas procesales: juez, partes, terceros, abogados, testigos y auxiliares, son protagonistas del proceso y por lo mismo tema obligado de estudio interdisciplinario, donde el derecho procesal debe acudir a otras ciencias sociales si

15) Juan Montero Aroca. *Ob cit.*, página 223.

se intenta ser fiel al propósito de la justicia y al de no permanecer en la dimensión única del concepto sistematizado.

a) Por otra parte, el cabal desarrollo del proceso requiere un lugar y cosas materiales, ubicada en él, cuya existencia por sí sola no basta para ese efecto, puesto que han de estar organizados y administrados de acuerdo con normas técnicas que desbordan el ámbito del derecho procesal y en las que, por esa razón, éste tendrá que apoyarse para hacer más fructífera su labor.

b) Como tiene que estar organizada la estructura y el trabajo judicial, que no debe ser el fruto de la improvisación o del talante individual de quienes lo realizan, sino el fruto de métodos científicos que racionalmente lo distribuya entre los diferentes despachos judiciales. Sorprende que agotado como está el siglo, no se utilicen en Colombia los datos que suministran las estadísticas para nivelar las labores de jueces y magistrados, ni para establecer los elementos de juicio necesarios indispensables con efecto de la organización judicial o de elaborar leyes de procedimiento, como el grado cualitativo y cuantitativo de litigiosidad, cuáles las causas que la producen, cuál el motivo de las demoras y cuáles sus soluciones posibles prospectadas aún por fuera del campo judicial.

4. Todos los temas anteriores están íntimamente ligados al derecho procesal, aunque no tengan los perfiles jurídicos que le han sido históricamente propios de los procesalistas. Empero, como aquellos individualmente y en su conjunto demuestran que el análisis de proceso reclama ópticas diversas de la jurídica, hay que concluir que éste interesa a las ciencias de la administración, de la economía, de las comunicaciones, de la psicología social, de la ingeniería de sistemas y de cualquiera otra que virtualmente tenga algo que expresar al respecto. Sobre el particular, José Carlos Barbosa Moreira recuerda la existencia exhuberante de diferentes y rigurosos estudios sociológicos vinculados al mecanismo procesal, al punto que hoy puede hablarse de una sociología procesal [16]. La materia fue expresamente tratada en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal de Wurtzburg, República Federal de Alemania, de 1983, [17]

---

16) José Carlos Barbosa Moreira, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal,* VI, Nº 6, Bogotá, 1987. páginas 112 y siguientes. El autor relata que es "impresionante" la enumeración de las principales obras del género publicadas en la República Federal de Alemania.

17) El congreso fundamentalmente trató sobre la eficacia de la justicia; tema que luego fue el frontispicio del celebrado en Holanda en 1987.

y en Colombia el Instituto Ser está trabajando en la misma línea, con "equipos interdisciplinarios no integrados exclusivamente por abogados" [18].

Como lo reitera parte de la doctrina que se ocupa del tema, la apertura del derecho procesal a las ciencias sociales no implica —ni puede serlo— que el jurista renuncie a la especialidad que es inherente a su tarea. Apenas se trata de que ambos conocimientos científicos, conservando su autonomía se integren en una mutua y beneficiosa colaboración, de modo que el procesalista, sin transformarse en especialista distinto, atienda las necesarias propuestas de otras ciencias a fin de que no se empobrezca la suya. Lo que ciertamente impone perder el "miedo del contacto" que caracteriza dicha aproximación, si se entiende que los aportes extrajurídicos de ninguna manera destruirán la labor dogmática de la disciplina.

a) Con la precedente visión no puede ser desatendida la costumbre judicial para proyectar códigos de procedimiento, la cual en todos los tiempos ejerce una fatal resistencia a los cambios de la ritualidad, puesto que tal parece, y son palabras de Calamandrei, "que abogados y jueces en vez de agradecer al legislador sus intenciones de hacer más ágil y menos engorroso su trabajo, suprimiendo formulismos, se encuentren de acuerdo para hacer fracasar toda tentativa de reforma que tienda a hacer más rápido el curso del procedimiento" [19].

b) Los problemas de selección, capacitación, cultura, moral, aptitudes, rendimiento de trabajo y su control e independencia del juez, como los equivalentes respecto de los abogados, incluyendo su lealtad y probidad, indudablemente interesan a la ciencia procesal en tanto inciden y sustancian el proceso.

Por igual razón tienen que ser de interdisciplinaria preocupación la selección, rectitud, conocimientos y responsabilidad de los auxiliares de la justicia, institución hoy dramáticamente crítica por los resultados, aun los éticos, a menos que el derecho procesal pierda toda injerencia en su regulación, lo que sería inadmisible.

En suma, el derecho procesal tiene que acudir a las ciencias sociales para hacer el proceso más útil en la práctica, conforme a

---

18) *Jueces y Justicia en Colombia.* Bogotá, 1987. En igual sentido un trabajo auspiciado por la Fundación para la Educación Superior (FES), del mes de mayo de 1989.

19) *Ob. cit.,* páginas 163 y siguientes

la realidad y problemas de un país. Porque es indudable que los cambios no sustanciales de los códigos de procedimiento, la modificación de competencias —por cuantía o por materia— y el incremento de juzgados, que son los medios tradicionales para enfrentar los problemas de la administración de justicia, han sido perfectamente inocuos para solucionarlos, por lo menos en Colombia.

c) Tratar la organización y el funcionamiento de los despachos judiciales como una empresa, con criterios empresariales, y precisar cuáles de los muchos actos del proceso corresponden más al criterio de la administración que al netamente jurídico, pese a sus efectos legales, acomodando sus requisitos formales a la informática de gestión y simplificándolos en lo posible, son, en nuestro concepto, aspectos a los que debe acudirse para resolver en parte la congestión de la justicia.

Así, por ejemplo, en nuestro país, la creación de una oficina administrativa judicial encargada, entre otros asuntos, del reparto de negocios, de las notificaciones, del manejo de títulos y del archivo de un grupo de juzgados, es una idea en la cual los procesalistas deben participar con especialistas en otras áreas [20].

O la creación de una secretaría común para un número determinado de juzgados, según su competencia, la que también constituye una idea imaginativa que bien valdría la pena explorar interdisciplinariamente.

La ciencia procesal y el procesalista deben preocuparse más que en los conceptos y dogmas en la eficacia del proceso y en las causas que la impiden, puesto que hoy la existencia de aquellos no son suficientes para garantizar una adecuada y pronta administración de justicia.

Desde luego el proceso debe tener una duración razonable, como lo disponen modernos cánones constitucionales [21]; asequible a los ciudadanos de los pequeños pleitos —quienes en la práctica no tienen acceso a los tribunales— con procedimientos simples y alejados de todo formulismo; eficaz en el plano del cumplimiento de las decisiones judiciales, que en sistemas como el nuestro inauditamente están en manos de autoridades políticamente escogidas y peormente preparadas; cierta en él la igualdad de tratamiento de

---

20) La Universidad Tecnológica de Tunja y la del Valle concluyeron estudios en este sentido, y en las ciudades de Bogotá, Cali y Sogamoso existen en experimentación las mencionadas oficinas judiciales.

las partes, en el sentido de las circunstancias concretas singulares e individuales en que se realiza; y eficaz, finalmente, en el cumplimiento de la ley procesal, que establece plazos para las decisiones judiciales y sanciones al litigante improbo, cotidianamente desconocidas sin reparo alguno por jueces y abogados.

La inmediata mentalidad individualista del proceso civil, pertinente a la composición de una controversia privada, ha desconocido su capacidad de ser esencialmente un instrumento práctico, único y exclusivo de la realización de la justicia, la que es, como se ha dicho, un valor eminentemente social y consiguientemente el proceso debe servir a la sociedad al igual que a los individuos. Por ello el reto actual del procesalista es cumplir interdisciplinariamente con ese cometido y, una vez logrado, exigir del Estado que efectivamente cumpla con el servicio público de la justicia, entregando los medios requeridos para ello, entre los cuales está, en la escala inmediata, la adecuada, seria y profunda preparación de los jueces para asumir su cada vez más crecientes y complejas responsabilidades, bajo el entendimiento que no debe ser un simple espectador sino un verdadero protagonista de la justicia.

La historia no permite diferente alternativa. O se cumple o ésta volverá al pasado para sustituir la justicia a cargo de la autoridad por la idea incivilizada de la venganza o justicia por mano propia. Y si es así, que Dios nos guarde de semejante destino.

Editorial
EALON

Calle 56 (Zea) Nº 52-72
Teléfono Nº 2 45 11 58
Medellín - Colombia

Octubre de 1989