

TEMAS PROCESALES

6mayo
1988

La cosa juzgada civil
Enrico Tullio Liebman

El concepto moderno sobre la independencia
del órgano judicial y de los jueces considerados
individualmente
Hernando Dèvis Echandia

La citación en garantía
Adolfo Alvarado Velloso

Visión panorámica de la jurisdicción penal y
de la justicia penal
Alfonso Ortiz Rodríguez

La pretensión procesal como objeto del proceso
Beatriz Quintero de Prieto

Las reglas de la experiencia y cargas legales
imposibles de cumplir
Jaime Soto Gómez

Cómo se nombran los jueces en el Valle del
Aburrá
Orión Álvarez A.

De la acumulación
Eugenio Prieto Mesa

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 6 mayo 1988

Revista del Centro de
Estudios de Derecho Procesal

Director

Orión Alvarez A.

Consejo de redacción

Jaime Soto Gómez

José Fernando Ramírez G.

Gilberto Martínez Rave

Arturo Gómez Duque

Enrique Gaviria Gutiérrez

Correspondencia

Eugenio Prieto Mesa

Apartado Aéreo 50088

Medellín, Colombia

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

**Miembros del Centro de
Estudios de Derecho Procesal**

Jaime Soto Gómez

Orión Alvarez Atehortúa

Rodrigo Velilla Gómez

Eugenio Prieto Mesa

Beatriz Quintero de Prieto

Alejandro Ochoa Botero

José Fernando Ramírez Gómez

Arturo Gómez Duque

Gilberto Martínez Rave

Enrique Gaviria Gutiérrez

Alberto Ceballos Velásquez

Jairo Duque Pérez

Fernando Ossa Arbeláez

Alvaro Vargas

Javier Tamayo Jaramillo

TEMAS PROCESALES

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

-- nº 6 (mayo 1988) -- Medellín. El Centro, 1988
anual hasta 1986, semestral a partir de 1987

ISSN 0120-8519

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

SUMARIO:

La cosa juzgada civil Enrico Tullio Liebman	5
El concepto moderno sobre la independencia del órgano ju- dicial y de los jueces indivi- dualmente considerados Hernando Devis Echandía	25
La citación en garantía Adolfo Alvarado Velloso	37
Visión panorámica de la juris- dicción penal y de la justicia penal Alfonso Ortiz Rodríguez	55
La pretensión procesal como objeto del proceso Beatriz Quintero de Prieto	75
Las reglas de la experiencia y cargas legales imposibles de cumplir Jaime Soto Gómez	97
Como se nombran los jueces en el Valle del Aburrá Orión Alvarez A.	103
De la acumulación Eugenio Prieto Mesa	121

LA COSA JUZGADA CIVIL *

SEGUNDA PARTE

Enrico Tullio Liebman

(Versión del italiano por Eugenio

Prieto y Beatriz Quintero)

5. Los actos que pueden adquirir la autoridad de la cosa juzgada. 6. Límites objetivos. 7. Límites subjetivos.

5. Los actos que pueden adquirir la autoridad de la cosa juzgada

5.1 Las sentencias y proveídos equiparados

Todas las sentencias, totales o parciales, definitivas y no definitivas, de primero y de segundo grado, adquieren la autoridad de la cosa juzgada cuando ya no están sujetas a las impugnaciones ordinarias. Para estos efectos son equiparados a la sentencia los proveídos que no obstante estar revestidos de una forma diversa de la que concierne a la sentencia, tienen, empero, como contenido un pro-

* Este trabajo, cuya primera parte fue publicada en el número anterior, lo realizó el profesor Liebman para el Instituto de la Enciclopedia Italiana en 1983 y lo envió para que se publicara en esta revista.

nunciamento sobre las materias indicadas como aquellas sobre las cuales el juez debe proferir sentencia. Hay casos en los que la ley, por distintos motivos, ordena que el juez se pronuncie en forma de ordenanza o de decreto, si bien el objeto de la decisión exigirá la forma de la sentencia.

Expresado de otra manera, recibe un tratamiento equiparado al de la sentencia y por consiguiente también idóneo para aparejar la autoridad de la cosa juzgada, todo proveído —cualquiera que sea su estructura— que tenga un contenido decisorio, como emisión con eficacia vinculante sobre los derechos de las partes o sobre la suerte del proceso.

El vocablo "sentencia" se comprende por tanto en sentido sustancial y no formal a los efectos del caso juzgado, de la misma manera que (según la opinión prevaleciente en la jurisprudencia y la doctrina) se entiende a los efectos del recurso de casación. Y se equiparan a la sentencia aún las resoluciones erróneamente pronunciadas en otra forma (ordenanza, decreto) cuando quiera que deciden asuntos que deberían haberse decidido por medio de sentencia. Una jurisprudencia constante de la casación asevera efectivamente que "la sustancia debe prevalecer sobre la forma" y que el proveído del juez debe ser tratado para todos los efectos en función de su contenido y no de su forma. Es por esto que una ordenanza o un decreto que definen los asuntos señalados como los que deben ser objeto de la sentencia, están sometidos a las impugnaciones y pasan en caso juzgado cuando éstas han precluído.

5.2 *Las sentencias sobre el proceso*

Según una opinión autorizada y difundida, la cosa juzgada se formaría solamente en relación con las sentencias que deciden sobre el mérito, ya que aquella se atribuye únicamente a las sentencias que "reconocen o desconocen un bien de la vida a una de las partes". Por lo tanto, según esta doctrina las decisiones sobre cuestiones procesales, comprendidas la jurisdicción y la competencia, no adquirirían la cosa juzgada sustancial, sino apenas la formal y tendrían el efecto de una preclusión, que vincularía tan sólo en el ámbito del proceso dentro del cual han sido dictadas.

Pero el derecho positivo no socorre tal posición; si bien autorizada, ahora recordada. No hay en las leyes disposición alguna que limite la cosa sustancial solamente a las sentencias que juzgan el

mérito. No hacen distinción alguna y encuentran aplicación para todas las sentencias, cuando ya no están sometidas a las impugnaciones ordinarias (cosa juzgada formal) y la decisión en ellas contenida es igualmente vinculante (cosa juzgada sustancial). El texto clarísimo de las leyes excluye que se pueda separar la cosa juzgada formal de la sustancial, como si fueran conceptos diversos, mientras que, en cambio, son apenas los dos aspectos, las dos fases de una realidad única.

El proveído vinculante comprende también aquel aspecto que juzga asuntos atinentes al proceso, también él constituye un resultado ventajoso conseguido por la parte, una utilidad, así sea instrumental, en el camino de la decisión de la litis, superando una etapa hacia la definición del proceso (o bien cerrando un proceso mal planteado); también éste es un efecto que debe volverse estable, de manera que no pueda tornarse a proponer controversia sobre aquello que fue definido. En este sentido, Liebman, A. Hardí, Dente, Ferri, Carnelutti, Pugliese; en sentido contrario, Montesano. Naturalmente, el objeto diverso condiciona el contenido de la cosa juzgada.

Una distinción se debe hacer entre las sentencias que se pronuncian sobre el proceso: de un lado están aquellas que resuelven sobre la demanda en relación con el proceso dentro del cual fue propuesta; del otro, están las que deciden sobre el proceso en su entidad formal.

La primera categoría comprende las sentencias que fallan sobre las condiciones de la acción (interés y legitimación para obrar) y sus presupuestos procesales (jurisdicción, competencia del juez, capacidad y legitimación formal de las partes, ausencia de impedimentos derivados de litispendencia o compromiso en arbitraje). Estas sentencias proveen sobre las relaciones entre la litis y el proceso, sobre la congruencia y la justa proporción entre la una y el otro; esto es, en última instancia, sobre la admisibilidad de un examen y de una decisión de la litis en el proceso, así como fue propuesto. Si falta, así sea uno solo de los requisitos enlistados, el conocimiento sobre la demanda deja de ser admisible y el proceso debe definirse con sentencia negativa, absolutoria de la observancia del juicio. Tal sentencia resulta plenamente vinculante como cosa juzgada no sólo en el mismo proceso en el cual fue emitida, sino también por fuera de él, en cualquier nuevo proceso en que se ventile idéntica demanda entre las mismas partes (o sus herederos o causahabientes). Una sentencia que niega el interés para obrar o la legitimación en la causa no puede volver a proponerse, a menos que sobrevengan hechos nuevos que suplan el requisito faltante.

Al contrario, las sentencias de la segunda categoría, que deciden sobre el proceso en sí mismo, en cuanto juzgan sobre la validez o nulidad de sus actos o sobre su eficiencia o extinción, al paso que son vinculantes en el nuevo proceso en el cual fueron pronunciadas, no despliegan ningún efecto en un nuevo proceso que se refiera a una misma demanda, los actos de un nuevo proceso son en todo caso un objeto diverso, sobre el cual no existe decisión alguna que pueda perjudicarlo, aún cuando las cuestiones que surgen sean las mismas (por fuera de una eventual influencia del precedente).

5.3 *Las sentencias sobre las cuestiones de jurisdicción y de competencia*

Lo expuesto vale también para las sentencias sobre cuestiones de jurisdicción y competencia, respecto de las cuales existe abundante jurisprudencia en casación. Por lo tanto: a) Las sentencias de casación o de los otros jueces que deciden cuestiones de jurisdicción, si no son impugnadas en oportunidad adquieren la autoridad de la cosa juzgada. b) El mismo resultado se obtiene si la sentencia ha juzgado en todo o en parte sobre el mérito y pasa en autoridad de cosa juzgada porque implícitamente ha tenido por existente el requisito de la jurisdicción. c) El caso juzgado sobre la jurisdicción tiene operancia no sólo en el proceso en el cual fue pronunciada la sentencia, y donde la cuestión no puede debatirse más, sino también en otro proceso, siempre y cuando la demanda sea la misma y lo sean igualmente las partes. d) Acerca de lo juzgado sobre la competencia tienen validez reglas análogas. (Ver sobre el tema: Andrioli, Pugliese, Vaccarella).

5.4 *Las sentencias de mérito no definitivas*

Si bien por regla general el juez en la deliberación sobre el mérito debe decidir todas las demandas propuestas y las excepciones respectivas, definiendo el juicio, la ley prevé algunos casos en los cuales la sentencia puede resolver apenas una parte del mérito, postergando para el desarrollo ulterior del proceso la solución sobre la parte restante del mérito mismo.

La doctrina no es unánime sobre este punto: si en estos supuestos la sentencia no definitiva que suelta una parte del mérito adquiere o no, la autoridad de la cosa juzgada.

Es oportuno anteponer que se considera mérito todo aquello que concierne a la demanda para acogerla o rechazarla, con exclusión de toda cuestión que mira al proceso, a su regularidad y validez, su movimiento, su conclusión.

Decisión de alguna de las demandas acumuladas en el proceso

Si en el proceso se acumulan varias demandas, el juez puede, en determinados casos, resolver alguna de ellas que considera madura para la decisión, reservando las otras para el desarrollo posterior del proceso. En estos casos es indudable que la sentencia que soluciona algunas de las causas reunidas adquiere el sigilo de la cosa juzgada.

Sentencia de condena genérica

Cuando se ha demostrado ya la subsistencia de un derecho, pero se controvierte todavía la cantidad de la prestación debida, el juez puede limitarse a pronunciar en sentencia la condena genérica a la prestación, disponiendo que el proceso continúe para la liquidación.

Según una jurisprudencia firme, para pronunciar la condena genérica el juez no tiene necesidad de la comprobación de la existencia del daño en el caso concreto, sino que es suficiente la certeza de la potencial capacidad lesiva del hecho. Esto puede traer como consecuencia que, en el momento de la liquidación, no resulte la existencia del daño. Es por ello que aquello que se juzga como condena genérica viene a ser condicionado por la sucesiva certeza sobre el daño (Así Montesano).

Quien en cambio estima que la condena genérica requiere la certeza sobre la existencia del daño, considera la condena como una providencia plena susceptible de cosa juzgada, aún cuando tenga por objeto solamente una parte del mérito (Rognoni).

Sentencias sobre cuestiones preliminares del mérito

En algunas legislaciones se estatuye que el juez pronuncie sentencia cuando decide cuestiones preliminares de mérito, precisando que la sentencia puede ser definitiva si con aquel pronunciamiento resulta definido el juicio, o en cambio, no definitiva, en caso contrario. Ejemplo: la sentencia acoge la excepción de prescripción y desecha la demanda (sentencia definitiva); la sentencia rechaza la excepción de prescripción y manda que prosiga el proceso para el

examen ulterior de las otras cuestiones de mérito (sentencia no definitiva).

En el primer evento, agotadas las impugnaciones, la sentencia conquista sin duda la autoridad de la cosa juzgada; la demanda es infundada y no podrá ser propuesta de nuevo. En el segundo en cambio, las opiniones están divididas: una corriente de la doctrina, fiel a un concepto, ya acordado, de la cosa juzgada que limita ésta solamente a las sentencias que "reconocen o desconocen un bien de la vida a una de las partes", sostiene que la decisión de una cuestión de rito, que no permite todavía acoger o desechar la demanda, no adquiere la autoridad de la cosa juzgada, sino apenas el efecto de una preclusión, la cual elimina en el proceso que continúa toda duda sobre la cuestión controvertida y suministra algún material para la sentencia definitiva (en este sentido Chioyenda, Montesano, Garbagnati). Al contrario, otro sector de la doctrina repele estas distinciones (Pugliese, Denti); se releva en efecto que a la decisión de las cuestiones preliminares de méritos se otorga igual tratamiento tanto si permite definir el proceso, como en el caso contrario, exigiéndose que en ambas hipótesis tenga la forma de la sentencia y se recuerda por último la supervivencia de las sentencias no definitivas de mérito en el caso de extinción del proceso. El concepto chioyendiano sobre la cosa juzgada es ciertamente muy autorizado y muy respetable, pero choca contra leyes positivas expresas como la italiana, de la cual se deduce una noción de la cosa juzgada que considera vinculante la sentencia, sin distinguir entre la sentencia que define y aquella que no define el juicio, decidiendo solamente una parte de su objeto.

5.5 *Las sentencias de la Corte de Casación*

En líneas generales las sentencias pronunciadas por la Corte de Casación no adquieren la autoridad de la cosa juzgada, porque no contienen una decisión de la causa. En efecto, si el recurso es declarado inadmisibile, o rechazado, pasa en caso juzgado la sentencia impugnada; si en cambio el recurso se acoge, el caso juzgado se formará sobre la sentencia del juez de aplazamiento.

Pero, pasando ahora a especificar los casos singulares, es necesario recordar antes que todo que hacen tránsito a cosa juzgada las sentencias que se pronuncian sobre la jurisdicción y sobre la competencia y entre éstas obviamente también las de casación, las cuales cuando deciden cuestiones de jurisdicción o de competencia,

estatuyen sobre una o sobre la otra, y ello significa que agotan toda discusión sobre tales cuestiones y son incondicionalmente vinculantes.

Otro problema, muy controvertido, mira a la eficacia del principio de derecho, que la Corte debe enunciar, cuando casa por violación o indebida aplicación de normas de derecho. Dispone la ley (italiana) que el juez de aplazamiento, al decidir la causa, debe armonizarse con el principio enunciado por la Corte Suprema y que, en caso de extinción del juicio de aplazamiento, el proceso entero se extingue, pero la sentencia de la Corte de Casación permanece vinculante en relación con el nuevo proceso que venga instaurado con la nueva proposición de la demanda. Algunos autores hacen entrar este vínculo en el concepto del caso juzgado, otros se oponen a ello. Pero, si bien afín, cosa juzgada verdadera y propia no es, sea porque el vínculo constituido por el principio de derecho es siempre hipotético, condicionado por la circunstancia de que el juez de aplazamiento mantenga firme la certeza de los hechos sobre cuya base la casación ha enunciado dicho principio, sea porque el vínculo viene a menos si surge una diversa disciplina normativa, o aún simplemente una ley interpretativa diferente, o si decae por ilegitimidad constitucional la norma de la cual se extrajo el principio.

Sin duda es vinculante la sentencia de casación que acoge el recurso por nulidad de la sentencia o del procedimiento, o por defecto de motivación, supuesto en el cual es vinculante el carácter decisivo de los puntos de hecho tal como fueron calificados por la Corte.

Pero en todas estas hipótesis estamos frente a la eficacia vinculante (pero no inmutable) de la sentencia de la Corte Suprema, la cual colabora en esta forma de manera efectiva a la decisión de la causa dando al juez de aplazamiento las directrices a las cuales debe ceñirse.

5.6 *Las sentencias de la Corte Constitucional*

Consolidada ya la convicción (en contra de las dudas iniciales) de que la Corte Constitucional ejerce una función jurisdiccional cuando juzga acerca de la legitimidad de las leyes (Sandulli, Mortati, Pugliese, Pizzorussò) se presenta el problema de la cualificación de los efectos de la sentencia de la Corte en los juicios "incidentales".

A este respecto es preciso distinguir las sentencias de "rechazo" (que declaran infundada la cuestión de legitimidad constitucio-

nal) de las de "acogimiento" (que en cambio la declaran fundada). En cuanto a las primeras, ellas limitan su eficacia al ámbito del juicio a quo, en el cual el juez no puede eludir la aplicación de la norma precedentemente sospechada y la cuestión de ilegitimidad constitucional que fue declarada infundada no puede ser propuesta de nuevo, ni siquiera en grados posteriores del proceso (a menos que la cuestión misma no sea proyectada bajo otro perfil o con referencia a otro precepto constitucional). No se duda en cambio de que la cuestión pueda ser propuesta de nuevo en otro proceso.

Se discute acerca de si el efecto ilustrado supra se configura como una preclusión (Liebman, Pugliese, Pizzorusso) o (y es tal vez todavía mejor calificado) como pura y simple eficacia; o en cambio como un verdadero y propio caso juzgado (Garbagnati, Sandulli). La diferencia puede ser relevante, porque, evitando la calificación del caso juzgado, una sucesiva sentencia constitucional que declarase fundada la cuestión precedentemente negada podría y debería ser tenuta presente si el proceso estuviera todavía pendiente; y porque de cualquier modo el mismo asunto podría ser propuesto nuevamente entre las mismas partes en otro eventual proceso. Ambas consecuencias deberían estar excluidas, si la sentencia de rechazo adquiriera autoridad de cosa juzgada entre las partes.

Por cuanto respecta a las sentencias de la Corte Constitucional que declaran ilegítima una norma de ley, ellas tienen en el juicio a quo el efecto contrario a aquél descrito antes: el juez al pronunciar su decisión, no puede dar aplicación a la norma declarada ilegítima, la cual pierde su eficacia desde el día siguiente a la publicación del pronunciamiento de la Corte. El Juez por tanto deberá soltar la causa dando aplicación a las otras normas jurídicas referibles al caso. Únicamente es necesario añadir que, si la sentencia constitucional es de aquéllas que suelen llamarse "manipuladoras" sustitutivas o adicionantes, el juez de la causa a quo deberá aún en este evento ceñirse rigurosamente a la disposición de la sentencia constitucional, dando aplicación a la norma tal como resulta configurada por la Corte. A pesar de la diversidad del contenido, el efecto de la sentencia de la Corte en el juicio a quo será de idéntica calidad a aquella producida por la sentencia de rechazo, ilustrada supra.

Pero, como es notorio, la sentencia de acogimiento tiene también un efecto ulterior erga omnes; el mismo efecto que la sentencia crea en el juicio a quo, vale también, desde el día siguiente de su publicación, para todos, modificando directamente el derecho vigente. La norma ha sido eliminada del ordenamiento.

Este efecto futuro es tema extraño al juicio de la Corte, cuyo objeto radica únicamente en lo atinente a la ilegitimidad constitucional de la norma y viene siendo conferido a la sentencia ab externo (Liebman, Sandulli, Pizzorusso, Zagrebelsky), lo que parece, propiamente hablando, excluirlo como contenido del caso juzgado y aparece más bien como un efecto de carácter legislativo (y ésta es probablemente la parte que permanece válida de las primitivas opiniones que calificaban como legislativa toda la actividad de la Corte constitucional). Que no se trate de caso juzgado es comprobado por el hecho de que tal efecto puede ser modificado por una nueva sentencia de la Corte constitucional, como ha sucedido en varias ocasiones, cuando la Corte, con intervención sucesiva, ha dado una nueva aceptación al derecho vigente sobre el punto, o por una intervención del legislador.

5.7. El decreto de mandamiento y la ordenanza de convalidación del desahucio

El decreto de mandamiento al cual no se ha propuesto oposición en el término, adquiere —según opinión prevaleciente en doctrina y jurisprudencia— la autoridad de la cosa juzgada. En efecto, si bien el decreto se pronuncia inaudita altera pars, se concede un término al deudor para formular oposición y ejercitar su defensa en un proceso ordinario; precluido este término, la ley considera suficiente el conocimiento efectuado sobre la base del recurso y de las pruebas arrojadas y plenamente establecido el crédito, y el decreto, que ha llegado a ser ejecutivo, recibe un tratamiento equivalente al que conviene a la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (así Garbagnati al cual adhieren Zanzucchi, Vocino, Fazzalari, Micheli, Lanfranchi. Parcialmente divergentes, pero sin razón. Redenti, Andrioli; y aún diversamente: Carnelutti).

Análogamente, en caso de apremio de licencia por terminación de arrendamiento o desahucio, el juez pronuncia ordenanza de convalidación si el intimado no comparece o si en compareciendo no se opone. A tal ordenanza se reconoce autoridad de cosa juzgada (así Garbagnati y los autores citados antes, también Fazzalari).

Casos análogos de conocimiento sumario con autoridad de cosa juzgada son: el decreto de represión de la conducta anti sindical, ordenanza sobre el derecho a la división y sobre el proyecto de división.

5.8 Verificación del pasivo de la quiebra

La opinión prevaleciente reconoce a la fase de verificación del pasivo en la quiebra la naturaleza de una actividad de conocimiento verdadera y propia. Tienen por consiguiente naturaleza decisoria tanto el decreto del juez delegado que declara ejecutivo el estado del pasivo, como la sentencia del Tribunal que resuelve las eventuales oposiciones. Es en cambio controvertido el objeto de esta actividad decisoria. Para un sector de la doctrina, tanto el juez delegado como eventualmente el Tribunal, deciden sobre los créditos en relación con los cuales se pidió la admisión en el pasivo. Por esto esta verificación, bien sea positiva o negativa, conserva su eficacia aún por fuera de la quiebra entre acreedor y deudor, adquiriendo naturalmente la autoridad de la cosa juzgada.

Según otra corriente de opinión, el objeto de la verificación es solamente la participación en la distribución, con la consecuencia de que la resolución no es eficaz por fuera de la quiebra sobre la existencia o importe del crédito.

5.9 La sentencia arbitral

El laudo pronunciado por los árbitros es declarado ejecutivo por el pretor y su decreto confiere al laudo la eficacia de sentencia y por ende, también, la autoridad de la cosa juzgada.

5.10 La sentencia extranjera

La sentencia proferida en el extranjero puede producir sus efectos en el ordenamiento italiano después de que haya sido declarada eficaz por medio del juicio de "*delibazione*" ⁽¹⁾.

Según la opinión netamente prevaleciente todos los efectos de la sentencia están sometidos a tal condición, comprendido por lo tanto el de verificación o constitutivo, eventualmente propio de la sentencia, y por ello también la autoridad de la cosa juzgada.

Pero la autoridad de la cosa juzgada puede ser reconocida igualmente por vía incidental en el curso de un proceso pendiente sobre

1) *Delibazione* significa: gustar, probar, saborear, libar, como palabra derivada del verbo *delibare*. Es un juicio de prueba.

otro tópico. De ello deduce Cappeletti que a la sentencia extranjera corresponde automáticamente la autoridad de la cosa juzgada y que la *delibazione* sea necesaria apenas para los efectos ejecutivos.

Es verdad sí que numerosas convenciones internacionales proveen que la sentencia pronunciada por una autoridad judicial de uno de los estados contratantes tenga de pleno derecho la autoridad de la cosa juzgada en el territorio de otro Estado contratante.

6. *Límites objetivos*

6.1 *Objeto de la cosa juzgada*

El caso juzgado tiene por objeto la resolución contenida en la sentencia, que puede ser en todo o en parte la decisión de la litis propuesta en juicio, pero podrá ser también una determinación sobre el proceso, cuando se pronuncia en sentido positivo o negativo sobre cuestiones que pueden definirlo, teniendo en cuenta las diversas partes de la sentencia, autónomas entre sí por lo que concierne al paso en autoridad de cosa juzgada, porque se pueden impugnar todas o solamente algunas de las decisiones contenidas en la sentencia y en este segundo caso pasan en cosa juzgada las partes no atacadas. Solamente si hay dependencia lógico-jurídica de una decisión con respecto a otra, la impugnación de la principal envuelve igualmente la dependiente. Siendo una respuesta a la demanda del actor la sentencia del juez, e identificándose por los mismos elementos que identifican la primera: las partes, el petitum y la causa petendi. Aislando por el momento el elemento subjetivo, el petitum (lo que se pide) y la causa petendi (el hecho jurídico o, según los casos, el vínculo jurídico indicado como fundamento del derecho que se hace valer en el proceso) delimitan exactamente la demanda y correlativamente la sentencia. En el petitum se suele distinguir el objeto inmediato, que es el tipo de proveído reclamado (la condena, la declaración de certeza, etc.), y el objeto mediato, que es la cosa material o inmaterial a la cual se dirige el proveído (por ejemplo, la finca Cornelia, o la suma de tantas liras, etc.). La combinación de los dos elementos identifica plenamente el objeto de la decisión (por ejemplo: condena a Tizio a devolver el fundo corneliano). Pero para acoger o rechazar la demanda, debe el juez percatarse acerca de si es fundada o no lo es. Así aparece delimitado a plenitud el objeto del caso juzgado: la verificación de lo fundado o infundado de la de-

manda, de la existencia o inexistencia del derecho deducido en juicio y consiguientemente el pronunciamiento del proveído reclamado, o su rechazo.

Dentro de los límites así fijados, la sentencia puede resolver apenas una parte del mérito o una parte de las cuestiones que le conciernen. Si en cambio la sentencia decide cuestiones atinentes al proceso, pero referidas a la demanda, el caso juzgado se identifica sumando a los elementos de la demanda las cuestiones resueltas (como por ejemplo: cuando el juez se declara incompetente para conocer acerca de una o más de las demandas).

No se puede dudar por lo demás que los proveídos concretos, que son consecuencia de la declaración de certeza, también están amparados por la cosa juzgada. Si por ejemplo después de que una sentencia de condena ha pasado en autoridad de cosa juzgada, el condenado pretendiese poner en discusión la eficacia ejecutiva del fallo, que es el efecto específico de la condena, chocaría contra la excepción de cosa juzgada; y análogamente acaecería con el efecto modificativo de una sentencia constitutiva.

Límites del objeto del caso juzgado

La sentencia es un acto que tiene un doble contenido: como proveído emitido por la autoridad jurisdiccional, contiene una disposición, un mandato, el "acto de tutela jurídica"; pero este acto es el resultado de un juicio, de una actividad lógica cumplida por el juez para alcanzar la decisión y él debe exponer en ella el camino que ha recorrido, es decir "los motivos en hecho y en derecho de la decisión".

Esta motivación, que es además un preciso mandato constitucional, tiene el fin de explicar y justificar la decisión, sin que constituya ella misma una decisión o una serie de decisiones. Los dos actos, el dispositivo y el lógico, que en la mente del juez estuvieron íntimamente ligados, desde el momento de la publicación de la sentencia pierden su ligamen para asumir sus funciones diversas: la motivación conserva su tarea ilustrativa y justificativa, en tanto que lo estatuido adquiere eficacia imperativa y, con la preclusión de las impugnaciones, asciende a la cosa juzgada.

La motivación y la disposición se entienden por lo demás en sentido sustancial y no formal. A menudo, de la motivación se extraen las indicaciones para identificar el objeto de la decisión, tanto más cuando la parte dispositiva reviste una forma abstracta y sintética,

que no permite identificar el contenido concreto de la resolución. Es dable reducir el contenido de una sentencia al siguiente esquema: una premisa (o una serie de premisas) de hecho; una premisa (o una serie de premisas) de derecho; una conclusión consistente en la aplicación del derecho al hecho. En este esquema, la cosa juzgada cubre la conclusión, pero no cubre las dos premisas.

6.2 Exclusión de los motivos

Las cosas dichas llevan a excluir del ámbito del caso juzgado los motivos de la sentencia. Esta es una definida tradición del derecho continental europeo.

Las partes, con sus demandas, han indicado y delimitado claramente el objeto sobre el cual reclaman al juez una decisión. Se caminaría por fuera de estos límites si se extendiese el caso juzgado a las numerosas cuestiones que el juez ha debido resolver para pronunciar su sentencia. En la ley italiana existe un artículo que distingue claramente en cuales casos la cuestión prejudicial debe ser resuelta con eficacia de cosa juzgada y cuando, en cambio, sin esta eficacia. Más allá de la eventual disposición de la ley, es la voluntad de las partes la que transforma la cuestión prejudicial en *causa prejudicial*, con la consecuencia de que deba ser decidida en vía principal, habiendo llegado a formar parte integrante del objeto del proceso y del área destinada a conquistar la autoridad de la cosa juzgada. Si las partes no manifiestan la voluntad en tal sentido, la cuestión permanece en cambio en el montón de las otras cuestiones controvertidas, destinadas a ser resueltas *incidenter tantum*.

Así y solamente así se quedan sin prejuzgar los derechos que las partes no han hecho valer con demanda expresa; para los cuales por lo tanto permanece íntegra la tutela en vía principal.

Ciertamente, las cuestiones resueltas de paso en el curso del proceso, no pueden discutirse nuevamente, no porque sobre ellas se haya formado el caso juzgado, seguramente inexistente, sino porque se ha arribado a una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y no puede ser discutida de nuevo; y esto vale no solamente para las cuestiones que fueron planteadas y resueltas, sino también para aquellas que habrían podido ser discutidas, y no lo fueron (la cosa juzgada "cubre lo deducido y lo deducible").

Para cualquier otro efecto, por fuera de los límites del caso juzgado, así como se ha venido identificando por las notas regla,

los motivos no despliegan ninguna eficacia en otros procesos que tengan por objeto otros derechos o relaciones jurídicas y las cuestiones precedentemente resueltas pueden ser libremente discutidas y decididas.

Esta corriente parece contrastar con una máxima que se lee frecuentemente en los repertorios de jurisprudencia, según la cual la cosa juzgada se extendería a la solución de las cuestiones que son el presupuesto lógico necesario de la parte dispositiva (Pugliese, Denti). Pero se trata de expresiones ambiguas y equívocas que dejan en sombras el asunto acerca de qué cosa deba entenderse comprendida en el caso juzgado y resigna al arbitrio del juez comprender o excluir de la cosa juzgada, caso por caso, las variadas cuestiones examinadas en una sentencia. Son por otra parte expresiones erróneamente indicadas para definir el contenido de una sentencia, fruto de una errada técnica de formular máximas o generalizar, que en lugar de aprehender la razón jurídica de la decisión concreta, anhela indicar su contenido con proposiciones abstractas y genéricas igualmente comprensivas de todo y de nada. En efecto, todas las cuestiones resueltas en una sentencia son del presupuesto necesario de la conclusión, porque el juez no escarmena asuntos superfluos y extraños al objeto del juicio. Es por esto que la máxima tantas veces repetida prueba demasiado y se rechaza abiertamente, y en la medida en que extiende el caso juzgado a algunas (¿cuáles?) cuestiones de hecho y de derecho solucionadas en vía incidental, ella debe ser considerada contraria al derecho positivo.

Se excluyen por consiguiente del caso juzgado: a) las decisiones sobre las cuestiones de hecho examinadas y resueltas en el proceso; b) las decisiones sobre las cuestiones de derecho estudiadas y resueltas en el curso del camino lógico seguido en vía instrumental, como medio al fin de decidir la controversia; c) en particular las decisiones de los asuntos prejudiciales cuando no son resueltas con eficacia de cosa juzgada. La solución es diversa cuando se trata de una "cuestión preliminar de mérito", decisión que puede definir el juicio, viene sometida al colegio para que sea decidida separadamente y debe ser resuelta con sentencia, caso en el cual su remisión al Colegio en vía anticipada para una solución en vía principal la transforma de "cuestión" en "causa prejudicial", es decir, en determinación destinada a adquirir la autoridad de la cosa juzgada, no pudiéndose concebir una sentencia sin objeto de decisión; y d) las decisiones sobre cuestiones ordenatorias o instructorias.

En cambio, como sabemos, si en una nueva controversia entre las mismas partes se presenta como relevante una cuestión que antes fue objeto de decisión y de cosa juzgada, esta última despliega eficacia prejudicial en el nuevo proceso y la cuestión debe ser considerada y asumida así como fue resuelta en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

7. *Límites subjetivos*

7.1 *Los sujetos del caso juzgado*

Entre los elementos que identifican la demanda y consecuentemente el caso juzgado, están igualmente los sujetos, es decir las partes del proceso en el cual fue pronunciada la sentencia. Esto significa que el caso juzgado no vincula a otras personas aún con referencia a la misma controversia objetivamente considerada. Es una regla fundamental que medra en el derecho romano (*res inter alios indicatae nullum aliis praeiudicium faciunt*) y ha sido siempre reafirmada, aún cuando no siempre se haya entendido en el mismo sentido.

Su justificación es esencial, es el principio del *contradictorio* y en particular el derecho de defensa que la constitución declara inviolable. Nadie puede ser vinculado al caso juzgado si no ha tenido la posibilidad de defenderse ante el juez. Es necesario precisar que no se considera la sola identidad física de las partes, sino también la jurídica, es decir la calidad en la cual la persona ha sido parte en el proceso; como tal, o como representante de otro sujeto o de persona jurídica y recordando que parte en causa es el representado, no el representante. Y no importa que la parte llamada ante el juez comparezca efectivamente y se defienda o que permanezca contumaz o inerte en el proceso. Forma parte de su libertad comportarse como prefiera, siempre y cuando no le falte la posibilidad de defenderse.

Al lado de las partes como vinculadas con la cosa juzgada se hallan sus herederos o causahabientes, y es admitido también que como tales se consideran aquellos que suceden a las partes en el derecho o en la relación jurídica después de la formación del caso juzgado. Estos no son en efecto verdaderos terceros sino —si el parangón es lícito— una prolongación de las partes; a ellos el derecho

o la relación jurídica les fue transmitida así como fue configurada y valga en cabeza de las partes por efecto de la cosa juzgada y no tienen razón alguna propia para hacer valer. Ello sin embargo no es predicable en lo que concierne a los derechos personalísimos como el derecho al nombre.

No es diversa la situación de los terceros que sucedan a las partes mientras está pendiente el proceso, porque si son sucesores a título universal rempazan al causante aún en el proceso y en la calidad de partes; y si son sucesores a título particular, son vinculados por la sentencia según las reglas de la sustitución procesal. Distinta es la situación en la cual se encuentra el causahabiente que ha adquirido el derecho antes del proceso en el cual fue pronunciada la sentencia. Si él remplazó totalmente al causante en la relación controvertida, el causante dejó de ser el titular y no estaba legitimado para ser parte en el proceso, con la consecuencia de que la sentencia no puede tener algún efecto en relación con el verdadero legitimado. Si en cambio el causahabiente ha adquirido un derecho dependiente de aquél del causante, su derecho no puede ser perjudicado por una sucesiva sentencia del causante.

La limitación del caso juzgado a las partes, fue entendida en el desenvolvimiento de los tiempos a veces más a veces menos rigurosamente, según que en las diversas épocas prevaleciese el respeto por los derechos individuales o en cambio la tendencia a la coherencia lógica de los casos juzgados. Hoy se puede pensar que el derecho sea sensible a un mayor sentido de solidaridad social, que hace responsable a cada uno de sus propios actos hacia los demás, pero a condición de que todos puedan defender los propios derechos. Una atemperación de estas exigencias parece que deba ser la solución más adecuada a las exigencias y sensibilidad de nuestro tiempo.

Los terceros frente a la sentencia ajena

Una concepción más madura y más interesante, pero susceptible de diversas interpretaciones y por lo mismo no exenta de peligros fue proyectada por la doctrina alemana (Wach, Mendelssohn, Bartholdy) recogida por la doctrina italiana: dentro de los límites del objeto y de las partes, la sentencia tiene un valor absoluto, porque "la sentencia entré A y B con respecto a todos en cuanto es sentencia entre A y B" (Chiovenda). Son las cambiantes y posibles lecturas de esta afirmación básica las que han dado origen a diferentes corrientes de la doctrina.

Antes que todos Chiovenda la formuló con prudencia, acompañándola con una reserva que protege la posición de los terceros: "Todos deben respetar la sentencia en cuanto sentencia entre las partes", dijo él, "Pero no pueden ser perjudicados por ella"; y entendió por perjuicio no sólo el de mero hecho, sino aún el jurídico, que niega en todo o en parte el derecho del tercero.

Se evitan así graves consecuencias a cargo de los terceros, pero se restringe dentro de confines muy exigüos el campo de aplicación de los principios a los hipotéticos eventos prácticos; y en efecto la casuística es difícil, incierta y poco convincente.

Otra corriente mucho más decidida y libre de inhibiciones, deja de lado la salvaguardia de los derechos de los terceros, y, acogiendo la distinción entre la eficacia *directa* y la eficacia *refleja* de la cosa juzgada, aprecia que la segunda alcance mediatamente a los terceros como consecuencia de la conexión o dependencia lógica de sus relaciones con aquello sobre lo cual la sentencia se ha pronunciado (Carnelutti, Allorio, Fabbrini, Busnelli). "En cuanto los terceros sean sujetos de relaciones conexas con la relación definida en el proceso, la cosa juzgada despliega su eficacia *de reflejo* también en frente a ellos, por eso la limitación a las partes de la cosa juzgada va referida a la eficacia *directa* que atisba solamente a las partes y se distingue de la eficacia *refleja* que mira también a los terceros" (Carnelutti, Instituciones). Estas conclusiones, fruto de una construcción de lógica abstracta que prescinde (y aún más, invierte) el dato positivo (puesto que la limitación subjetiva del caso juzgado es inútil con respecto a la eficacia *directa* y es dispuesta precisamente en lo que concierne a la eficacia *refleja*) descuida las razones de los terceros sujetándolos a un caso juzgado generado en un proceso en el cual no han podido participar.

Los autores de esta corriente de la doctrina últimamente han modificado y dimensionado de nuevo sus opiniones. Así Carnelutti ha abandonado el concepto de la eficacia *refleja* y ha creído salvar en gran parte los resultados de éste comprendiendo entre los "causahabientes" a todos aquellos a quienes la decisión puede ocasionar daño o ventaja (Carnelutti, "Derecho y proceso", Nápoles 1958-N. 170) (Pugliese). Y Allorio, al retornar sobre el argumento ha limitado la repercusión del caso juzgado a un tercero al caso en el cual la relación dependiente haya surgido después de la formación del caso juzgado. Pero estas nuevas formulaciones y estas reducciones no se salvan del contraste con la ley, con la Constitución y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La eficacia de la sentencia distinta del vínculo de la cosa juzgada

Una nueva interpretación del principio de la eficacia general de la sentencia se torna posible si se reconoce que la sentencia manifiesta su eficacia también en una forma diferente de la autoridad de la cosa juzgada. Ella es en efecto eficaz, esto es decir imperativa, aún antes e independientemente de aquella estabilidad que la inviste cuando pasa en autoridad de cosa juzgada, resultando inmutable. La limitación subjetiva es dispuesta por la ley para el caso juzgado, no para la simple imperatividad, la cual puede por lo mismo expandirse más allá de esos límites y alcanzar aún a los terceros como se demuestra por todos los institutos de la intervención de terceros y de la oposición del tercero. Esto permite dar un contenido preciso al principio del valor de la sentencia tal como fue expuesto por Chiovenda: los terceros deben respeto a la sentencia ajena, la cual es eficaz aún en referencia con ellos en cuanto decide la litis de las partes y verifica o constituye la regla jurídica que disciplina sus relaciones; pero los mismos terceros *no pueden ser perjudicados en sus derechos*, en cuanto permanece abierta para ellos la vía de la impugnación del contenido de la sentencia con la comprobación de que ella ha juzgado injustamente. Esta vía es doble: la oposición ordinaria del tercero o la impugnación por la vía incidental en el proceso en el cual se quiere hacer valer en contra de los terceros la sentencia ajena. Con la oposición del tercero, si triunfa, se anula la sentencia mientras que la impugnación incidental tiende a hacer inoponible la sentencia, es decir ineficaz, contra el tercero. Estos remedios los tiene únicamente quien se vería lesionado jurídicamente por la sentencia y por lo mismo tiene un interés jurídico en la impugnación; por ejemplo los acreedores de quien sucumbe, que tienen un mero interés de hecho, debido a la disminución del patrimonio de su deudor, a menos que la sentencia sea el fruto de la colusión para su daño.

El tercero que quiere rechazar la eficacia de una sentencia debe naturalmente demostrar su derecho incompatible con el contenido de la sentencia o que sería perjudicado con ella, tal como debe hacerlo quien propone la oposición del tercero. Y no es verdad que la solución prospectada conduzca a un caso juzgado *sedundum eventum litis*: la eficacia de la sentencia (no la cosa juzgada) vale tanto a favor como en contra del tercero, aún si es poco probable que él se ponga a impugnar una sentencia que le favorece.

7.3 Casos especiales

La ley dicta algunas normas especiales en materia de cosa juz-

gada: a) En los casos en los cuales la ley confiere a un tercero la legitimación extraordinaria tendiente a deducir en juicio un derecho ajeno, los titulares del derecho son vinculados por la cosa juzgada tanto si fueron llamados a participar en el proceso como si no lo fueron. El otorgamiento de la legitimación extraordinaria al tercero implica en efecto la consecuencia de que su actuación y la sentencia que con ella consigue valgan aún para los titulares de la relación (Chiovenda); b) La sentencia pronunciada entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no tiene efecto contra los otros deudores o acreedores, pero puede ser opuesta por ellos al acreedor, o respectivamente al deudor si les favorece (art. 1306). Esta sí es una cosa juzgada secundum eventum. En las relaciones internas entre codeudores o entre coacreedores, la jurisprudencia admite que en la acción de represo proporcional la sentencia sea oponible, pero que puede ser impugnada; c) Es opinión difundida que los casos juzgados en relación con el estado de las personas, pronunciados entre los legítimos contradictores, sean vinculantes erga omnes; d) Las sentencias que declaran la nulidad o la caducidad de una patente industrial pronunciada en acción incoada por el ministerio público tienen eficacia erga omnes; e) En algunos grupos colectivos se reconoce a todos los componentes la legitimación para impugnar actos que interesan a toda la colectividad. Así las deliberaciones de la asamblea de las sociedades pueden ser impugnadas por los administradores, por los síndicos y por los socios disidentes cuando no están de acuerdo con la ley o el acto de constitución. Análogamente el balance final de liquidación de las sociedades por acciones está sujeto a reclamo por parte de cada socio. La ley dispone que las diversas impugnaciones en contra de la misma deliberación deban ser decididas en sentencia única y que la anulación tenga efecto para todos los interesados.

EL CONCEPTO MODERNO SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL "ÓRGANO JUDICIAL Y DE LOS JUECES INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS"

Hernando Devis Echandía *

I. De los dos aspectos que contiene el tema de este estudio, el segundo es hoy el más importante, ya que el primero o sea "la independencia del órgano judicial frente a los otros órganos del Estado", es la concepción clásica que contempla únicamente el aspecto funcional. Cada órgano tiene sus funciones y obviamente en el caso del órgano judicial se hace más imperativa la necesidad de que exista una independencia del órgano mismo, frente al legislativo y al ejecutivo. Esto significa por una parte que en la escogencia de los funcionarios judiciales no debieran intervenir ni el órgano legislativo, ni el órgano ejecutivo y que tampoco pueden intervenir para presionar a los funcionarios judiciales en el desempeño de sus actividades y en la adopción de sus sentencias y demás decisiones.

En Colombia superamos ese problema hace muchos años, pero antes existió porque el legislador municipal o sean los concejos municipales designaban los jueces municipales, el legislador departamental o sea las asambleas departamentales designaban los magistrados de los tribunales superiores del respectivo distrito y una mezcla de intervención del órgano ejecutivo nacional y del legislativo nacional o Congreso se utilizaba para la escogencia de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, pues el Presidente pasaba ternas y el Congreso escogía de ellas; una nefasta intervención, porque la intervención del órgano ejecutivo y el

* Profesor de la Universidad Nacional, Bogotá, Colombia. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

órgano legislativo equivale a la intervención de los políticos en el órgano judicial y aun cuando no debemos presumir que los funcionarios judiciales que le deban el puesto a determinados políticos van a dejarse influenciar por ellos, de todas maneras, como en materias de amor, es mejor no poner la tentación para que no se caiga en ella. Además de que la realidad es que sí se influiría, pues sería otro aspecto del beneficio económico de los políticos obtener sentencias judiciales en determinados sentidos, sobre todo sabiendo los jueces que al vencérseles su período va a estar otra vez en manos de esos políticos el ser o no reelegidos.

Esto es tan importante que debe estar consagrado en las constituciones de los respectivos países para el efecto de que haya más dificultad en alterar las normas con una reforma, de lo que ocurre si simplemente una ley la establece; además se le da jerarquía entonces a esa independencia del órgano judicial. Más adelante estudiaré la posición del juez frente a los funcionarios del órgano ejecutivo y el órgano legislativo y de los políticos aun cuando no estén elegidos para alguna de esas entidades que legislan a nivel municipal, departamental o nacional. Naturalmente, dice nuestro texto constitucional que los órganos del Estado son independientes pero deben armonizar sus funciones. Esta norma que tiene mayor aplicación respecto a la complementación armónica de funciones del órgano legislativo con el órgano ejecutivo, en el caso del órgano judicial yo considero que la armonía de funciones debe existir únicamente en el sentido de que el órgano ejecutivo debe estar al servicio del órgano judicial pero no intervenir en absoluto ni en la escogencia de funcionarios ni en las actividades de los funcionarios; por ejemplo, el establecer el juzgamiento disciplinario de jueces y magistrados por funcionarios del órgano ejecutivo sería una violación de su independencia y de ninguna manera se justificaría con la tesis de que así se cumple el mandato de que deben armonizar funciones y dentro del órgano ejecutivo están las fuerzas armadas; significa también entonces la independencia del órgano judicial frente al órgano ejecutivo que las fuerzas armadas deben estar al servicio del órgano judicial, de los magistrados y jueces, pero jamás deben sustituirlos en el sagrado desempeño de juzgar, lo cual significa que es inconstitucional aun cuando la Corte nuestra todavía siga diciendo que no, el entregar con el pretexto de declaraciones de estado de sitio a los militares el juzgamiento de delitos políticos y de delitos comunes como ha sido una costumbre durante más de 20 años, que fue interrumpida afortunadamente y meritoriamente por el gobierno del presidente Betancur, liberales y conservadores de gobiernos anterior-

res habfan incurrido en esa corruptela que en el fondo, es decir que cuando se necesite una justicia rápida y una justicia buena hay que sustituir a los jueces por los militares y entonces ellos pensarán que si somos mejores jueces que los jueces con mayor razón somos mejores gobernantes que los políticos; luego es una incitación y casi una invitación para que los militares den el golpe de estado. Fuera de que es corromper, degradar, mancillar la justicia.

II. *En el concepto moderno además de la independencia funcional se exige la independencia personal de los funcionarios judiciales en los distintos aspectos que paso a examinar*

1º) *En primer lugar en sus relaciones con los miembros del gobierno*

Obviamente debe ser inclusive un delito la tentativa de funcionarios del órgano ejecutivo de influir en las decisiones que los jueces deben tomar en desempeño del cargo. Esto está implícito en la norma constitucional de la independencia de este órgano judicial; no es necesaria una norma especial que la consagre; hay que aceptar que cualquiera que sea la redacción que las normas referentes a la justicia exista en las constituciones de los países del mundo, implícitamente consagran esta independencia y por consiguiente esas prohibiciones. Naturalmente, a la ley le corresponde desarrollarlas estableciendo sanciones de carácter penal y la administrativa de pérdida automática del cargo que se esté desempeñando en el órgano ejecutivo.

Si se quiere una justicia más rápida, pues que aumenten jueces y mejoren los procedimientos, pero el pretexto para entregar el juzgamiento de delitos políticos y comunes a los militares, de que sus trámites son más acelerados, es absurdo porque la aceleración para ellos consiste en dictar la mayor cantidad de sentencias en el menor término posible y la mayor cantidad de condenas sin que importe que caigan inocentes con tal de que de vez en cuando resulte condenado un culpable; al fin y al cabo los militares para administrar justicia no pueden dejar de ser militares.

También debe prohibirse el ejercicio de la profesión de abogado a los funcionarios del órgano ejecutivo y especialmente ante los

jueces, magistrados, juzgados, tribunales, Corte Suprema, Consejo de Estado, etc., sin limitación. En eso todavía no estamos bien. No existe de una manera absoluta esa prohibición y debe consagrarse.

2º) *Tenemos luego el aspecto de las relaciones de los jueces y magistrados con los miembros del órgano legislativo y con los políticos en general*

Igual que con los funcionarios del órgano ejecutivo hay que establecer sanciones y prohibiciones drásticas que no tenemos. Por el contrario, hay norma actual que autoriza a ejercer la profesión de abogado ante toda clase de oficinas judiciales a los legisladores y solamente se les prohíbe litigar en contra de los intereses del Estado. La prohibición debe ser absolutamente total; para eso ganan suficiente dinero y además lo complementan con la venta de influencia ante los funcionarios del órgano ejecutivo, para que les permitamos que además salgan a hacerle la competencia profesional a los abogados; fuera de que el peligro de que traten de influir en los jueces, especialmente en provincias, es muy grande. Esto demuestra lo absurdo que es la propuesta de algún congresista nuestro que últimamente quiso lucirse, de la elección popular de los jueces; esto puede funcionar en Estados Unidos y en algunos países de Europa, pero en países como los nuestros sería entregar la elección de los jueces a los gamonales políticos; porque ellos son quienes movilizan los votos, y entonces no sería una elección realmente popular sino una elección de cónclave político de cada región. Sería acabar completamente con ese aspecto tan importante de la independencia que tenemos actualmente en Colombia de nuestro órgano judicial, la cual hay que defender a toda costa.

3º) *Tenemos el aspecto de la independencia frente a grupos de presión*

Así tenemos el caso de la prensa, que es indispensable y útil pero puede convertirse en un instrumento nefasto para la administración de la justicia, cuando los periodistas se dedican a juzgar y no simplemente a presentar los hechos sino a dar opiniones sobre autorías y responsabilidades, a movilizar la opinión pública en favor o en contra de determinada causa especialmente cuando se trate de casos penales y así pueden influir en el juzgador cuando éste no tiene el temple suficiente para defender su autonomía. Debiera re-

gularse muy drásticamente este problema en la ley; prohibirse que en materia de asuntos que estén sometidos a los jueces la prensa vaya más allá de la información de los hechos sin que se avancen o se incluyan opiniones sobre posibles responsabilidades. Recuerden ustedes que en Colombia el solo hecho de que se llame una persona a indagatoria lo puede convertir la prensa, según el aspecto político que tenga o muchas veces según los intereses viles que se estén moviendo a base de favorecer con dinero u otros medios a los reporteros y convierten al indagado ya en un responsable, como si hubiera sentencia de condena. Esto es nefasto, porque se olvidan que la indagatoria es un instrumento de tutela para el indagado para darle la oportunidad de que explique su conducta y presente descargos, para que inclusive pueda dar pistas a los jueces que conduzcan no sólo a establecer su ninguna responsabilidad al respecto, sino a una buena investigación. Es difícil el caso, bastante difícil, pero se debe legislar sobre el particular en mi opinión.

4º) *Tenemos también el caso de los grupos de presión de carácter laboral*

Pueden convertirse en una presión peligrosa para la autonomía individual de los jueces laborales a través de movimientos sindicales de nivel nacional o de nivel local. También desde ese punto de vista hay que tener cuidado con el sistema de establecer una justicia laboral con funcionarios designados, unos por los sindicatos o por las agremiaciones de tipo nacional, otros por agremiaciones de industriales y comerciantes y otros por el gobierno nacional, que alguna vez se propuso en Colombia hace muchísimos años, en el cuarenta y pico y yo lo combatí enérgicamente porque es quitarle la imparcialidad a los jueces laborales; se produciría el mismo fenómeno que con los peritos, con el sistema de que cada parte nombre su perito y si no hay acuerdo entre ellos el juez designe el tercero y entonces no hay sino un perito, el tercero, pues los otros son dos defensores de las partes con el nombre de peritos.

5º) *Y Es necesaria la independencia de los jueces frente a los grupos armados*

Vendría a presentarse exactamente el mismo caso frente a grupos militares, guerrillas políticas y a grupos paramilitares; la independencia de los jueces debe ser absoluta y existe el problema de

los grupos paramilitares que generalmente son un conjunto de asesinos formados en parte por malos elementos de las fuerzas armadas del Estado, en parte por guerrillas políticas y en parte de civiles que se dedican a asesinar a personas sospechosas de ser delincuentes, y en un país donde no hay la pena de muerte establecida por el Estado, estos bárbaros la ejecutan sin consideraciones de ninguna naturaleza, sobre la base de cualquier simple sospecha. Esta monstruosidad que estamos viviendo y que se ha vivido en otros países, Dios quiera que podamos eliminarla.

6º) *Y la independencia de los jueces frente a los grupos de criminales organizados, especialmente de las mafias de la droga*

Es un horrible flagelo que hemos venido padeciendo en Colombia, en los últimos diez años y en otros países y que ha costado la vida a magistrados y jueces, en considerable número. Es un terrorismo contra la justicia judicial, principalmente en materia penal, para amedrantar a sus funcionarios. En Colombia lo hemos sufrido horriblemente, porque ha habido asesinatos de magistrados de tribunales, de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de jueces, que sin duda son obras de estas mafias, especialmente la de la droga, para tratar de atemorizar a los sobrevivientes cuando están juzgando cuestiones que los pueden perjudicar en razón de sus delitos y de las extradiciones a los Estados Unidos de los delincuentes internacionales de la droga. Es una terrible situación desde todo punto de vista. Hace poco ocurrió el asesinato de un ilustre magistrado de la Sala Penal de nuestra Corte Suprema de Justicia y un año antes el holocausto bárbaro y salvaje de más de diez magistrados de esa suprema corporación judicial, en parte ejecutado por nuestras fuerzas armadas al obrar brutalmente contra los guerrilleros que habían ocupado el Palacio de Justicia en Bogotá y en parte por ese grupo guerrillero en su acción criminal; fue un caso horrible y tenebroso, que nos llena de una vergüenza que la vida por larga que sea no será suficiente para borrarla y ha continuado la matanza de jueces de la rama penal. Esos asesinatos son una advertencia clara y absoluta para el resto de los magistrados y jueces que juzgan esos delitos y deciden sobre las extradiciones. ¿Qué hacer ante esa situación y ante estas amenazas? ¿Llenar de seguridades hasta donde sea posible a los funcionarios judiciales? Se puede hacer esto para el grupo limitado de magistrados de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, pero no para todos los jueces penales de la República. Es una situación realmente aterradora la que se está viviendo en Colombia sobre este particular. Dios quiera que encontremos la solución.

79) *Muy interesante es la independencia de los jueces frente a sus superiores*

Es necesario que los jueces tengan absoluta independencia de criterio para el juzgamiento de los casos frente a sus superiores; es decir, que éstos ni se incomoden siquiera porque el inferior no acepte sus doctrinas o tesis y quiera ser un juzgador independiente. El desarrollo de la jurisprudencia en muchos países emana de los jueces inferiores que están más en contacto con la realidad social, con las evoluciones sociales, con la evolución de la doctrina, y son ellos los que empujan a los superiores a aceptar las nuevas doctrinas que van considerando necesarias para mantener la actualización de la administración de la justicia. Pero entre nosotros es todo lo contrario; tiene que venir de arriba para abajo para que los tribunales digan qué dijo la Corte, los jueces digan lo que dicen los tribunales y la Corte diga lo que ya dijo antes, y entonces se cierra en un círculo que se convierte en un obstáculo para el desarrollo de la jurisprudencia, lo cual es un elemento absolutamente indispensable para la calidad de esa jurisprudencia y por consiguiente de la justicia judicial que se esté realizando. Esto también significaría que los superiores no deben elegir a los inferiores; el sistema actual hay que eliminarlo; hay que volver a crear el Consejo Superior de la judicatura como parte del órgano judicial, porque si fuera como parte del órgano ejecutivo se violaría la independencia del órgano judicial frente a aquél. Lo que se hizo en la fracasada reforma constitucional de 1979 hay que reproducirlo en la próxima reforma constitucional. Porque la eliminación de la designación por los superiores le da más autonomía a los jueces, más seguridad, más estabilidad. Pero el camino ideal es el de la carrera judicial, que es incompatible con la existencia de períodos para el desempeño del cargo de jueces y magistrados.

Una carrera judicial con períodos es un círculo cuadrado, es una burla, y eso es lo que hemos tenido hasta ahora en Colombia. Hay que eliminar los períodos. Todos los jueces deben ingresar a la carrera judicial con carácter vitalicio, edad de retiro y un juzgamiento disciplinario por tribunales especializados disciplinarios que formen parte del órgano judicial.

Nosotros hemos tenido el Tribunal Disciplinario, pero el juzgamiento en primera instancia lo hacen los superiores y esto debe eliminarse; deben haber Tribunales Seccionales departamentales disciplinarios y el Tribunal Nacional, como un complemento muy valioso a la verdadera independencia de los jueces.

Un problema más que se nos está presentando es el de la vigi-

lancia judicial por funcionarios del Ministerio Público, es decir de la Procuraduría General de la República, que en primer lugar por lo general tienen una calidad inferior a los jueces y a los magistrados que están vigilando y en segundo lugar porque están invadiendo el terreno de los funcionarios judiciales, formulándoles cargos por tesis jurídicas aplicadas por ellos en sus providencias. La mayoría de los cargos están siendo de esa calidad; por qué usted dictó tal providencia, por qué dijo usted tal cosa en tal providencia; es una intromisión del órgano ejecutivo en el juzgamiento y por consiguiente en la independencia que frente a aquel órgano deben tener los funcionarios judiciales. La Procuraduría General forma parte del órgano ejecutivo y por consiguiente todos sus delegados.

8º) *Y tenemos la independencia económica de los funcionarios judiciales*

Es algo fundamental a lo que no se le ha prestado atención alguna por nuestros gobiernos. Los jueces ganan unos sueldos muy inferiores a la calidad y a la dignidad del cargo que desempeñan y no tienen ayuda económica distinta. Considero que esta independencia económica exige además una remuneración adecuada con reajustes anuales de acuerdo con la devaluación monetaria y por consiguiente con el alza del costo de la vida; que se les de vivienda sin cuota inicial a largos períodos en forma de que las cuotas no excedan nunca más de un 20% del sueldo que reciben incluyendo las primas; que se les de educación gratuita a sus hijos desde la primaria hasta la universidad; que cuando el funcionario judicial, y esto entra a relacionarse con la carrera judicial, cumpla para el ascenso los requisitos de calidad y de tiempo entre a ganar el sueldo del superior, porque como la justicia está organizada en forma de pirámide como lo dijo hace muchísimos años el gran Francisco Carnelutti, abajo más amplia donde está la base de los jueces municipales y a medida que sube se estrecha y por eso hay menos magistrados de tribunales que jueces, hay menos magistrados de la Corte Suprema que de los tribunales, pueden muchos jueces llegar a adquirir todas las calidades para el ascenso a magistrados de tribunales seccionales, que en Colombia son la mitad de la pirámide, pero no poder ser atendidos por falta de cupo; entonces deben entrar a ganar el sueldo del superior sin limitación, es decir el sueldo completo del superior; inclusive es necesario que la calidad de la función de jueces sea reconocida socialmente como sucede en muchos países, pero no en la mayoría de los países latinoamericanos porque no se le da importancia al

juez y ni siquiera a los magistrados a pesar de que estos funcionarios están cumpliendo una de las actividades más importantes y más nobles que pueden existir en toda sociedad organizada; la de administrar justicia.

9º) *Existe también la independencia de los jueces y magistrados respecto al exceso de trabajo*

Yo considero que un juez que recibe 5, 10, 20 veces más trabajo del que puede normalmente desempeñar ya no goza de una independencia intelectual, psicológica suficiente para el desempeño de su cargo, porque la abrumadora cantidad de trabajo lo llena de tensiones, lo obliga a fallar a las carreras; existe un dilema cruel; por una parte los señores de la vigilancia judicial de las procuradurías seccionales y nacional le levantan cargos porque hay muchos negocios con términos vencidos y por otra la necesidad de no fallar sin verdadero conocimiento del caso exige tiempo para el estudio. Esta situación es una amenaza para su salud psicológica, su salud física y para la calidad de su trabajo.

Yo sostengo la tesis de que los términos judiciales para el efecto de saber si el juez está o no en mora de cumplirlos, se deben aumentar en la misma proporción en que el número de negocios que tiene que resolver excedan al número que normalmente deberían tener considerando que sólo tenemos 300 días laborales en Colombia, porque la abrumadora cantidad de fiestas religiosas, de puentes (aquí decimos puentes cuando queda algún día hábil en medio de días inhábiles y entonces se salta ese día hábil) máximo nos dejan 300 días hábiles de trabajo; poniendo nuestra imaginación muy optimista de que es posible que en promedio fallen en primera instancia un negocio por día, no deberían ser más de 300 negocios por año los que tocaran en reparto a nuestros jueces y a nuestros magistrados de tribunales y de la Corte Suprema, pero en Bogotá son 3.000 en vez de 300 y agréguesele a eso los que vienen de años anteriores represados; ¿cómo puede haber una buena justicia en esa forma? ¿Debe someterse a ese tormento psicológico y físico a nuestros jueces? De ninguna manera. Pero siempre la excusa del gobierno es que no hay dinero, no hay presupuesto.

10º) *Otra de las independencias fundamentales a nivel del órgano judicial y a nivel de funcionarios judiciales individualmente considerados, es la de que el órgano judicial maneje su pre-*

supuesto y la Constitución establezca el porcentaje obligatorio de la parte que le corresponde al órgano judicial en la totalidad del presupuesto nacional

Tuvimos en 1979 una reforma constitucional que desgraciadamente fracasó por defectos en su trámite, que creaba el Consejo Superior de la Judicatura y fijaba el 8% del presupuesto nacional como cuota para la justicia, lo cual implicaba un aumento de casi un 25% al presupuesto que se acostumbraba para ella. Fue una lástima la caída de esa reforma constitucional, que alcanzó a regir como un año antes de que la Corte Suprema la declarara inconstitucional porque hubo fallas en el procedimiento para aprobarla.

Con un órgano judicial que tenga un porcentaje mínimo obligatorio consagrado en la constitución nacional (ojalá que en la reforma que se va a hacer se incluya) y con su manejo por una Sala de Gobierno de la Corte Suprema, se alcanzaría la independencia económica del órgano judicial y se reforzaría la independencia económica individual de sus funcionarios. Costa Rica tiene un ejemplo maravilloso al respecto, pues hace muchos años que la Corte Suprema maneja ese presupuesto con unas consecuencias admirables.

11º) *También tenemos la independencia de los jueces en el manejo de los procesos en cuanto a su impulso y su dirección.*

Esta la tenemos consagrada afortunadamente en Colombia. Los jueces deben tener facultades que al mismo tiempo son deberes, pues cada vez que a los jueces se les da una facultad se entiende que tienen el deber de usarla en cuanto sea conveniente para el mejoramiento de la justicia y para que las sentencias sean en la mayor cantidad posible de los casos realmente legales y justas (porque pueden haber sentencias legales pero injustas) para dirigir el proceso como verdaderos directores del proceso y no como un simple espectador como se ve en las películas norteamericanas donde el juez está convertido en un simple espectador del proceso que impide los golpes bajos únicamente, como el juez de una pelea de boxeo, sin poder hacer nada más y espera a ver quién queda en el suelo para declarar que el otro ganó. Es una facultad muy valiosa que hay que darles para que impulsen, dirijan y gobiernen el proceso y así puedan rechazar las artimañas de los abogados sin suficiente moral profesional que se especializan en alargar los procesos (como me decían descaradamente un par de colegas hace pocos meses);

es necesario que el juez sea el verdadero director del proceso y no le tenga miedo, como está sucediendo en Colombia a usar las facultades y poderes que se le dieron a diestra y siniestra en el Código de Procedimiento Civil, pero que no las utiliza en la mayoría de los casos, porque les da miedo de que los denuncien penalmente por supuesta arbitrariedad. Yo creo que se trata de un riesgo profesional que hay que correr y que eso de decir que no se actúa como indica la ley porque van y le denuncian, sería tan vergonzoso como el del militar que dice no me voy al frente sino que corro a esconderme porque pongo en riesgo mi vida; ambos tienen el riesgo: de muerte en el desempeño de sus funciones los militares y los jueces el riesgo de verse sometidos a toda clase de denuncias y de acusaciones con la tranquilidad de conciencia de que si están cumpliendo su deber serán felicitados por sus superiores y de ninguna manera sancionados.

12º) *Tenemos la independencia de los jueces frente al tenor literal de las leyes*

Los jueces modernos no pueden apegarse a la literalidad de las leyes, no pueden quedar amarrados a aquello de la intención del legislador, la cual desaparece en el momento en que el asunto llega a manos de los jueces. Los jueces deben tener libertad de criterio hasta para llegar a transformar el contenido de las leyes con interpretaciones de criterio social y humano. Los jueces deben humanizar la justicia en lo posible y conseguir que la justicia judicial se convierta en una colaboradora de la lucha para una justicia social en el país respectivo; ellos no pueden desconocer las leyes, no pueden decir que no las aplican por ser injustas; la justicia social se hace primordialmente con leyes; pero sí pueden los jueces a través de la interpretación del contenido de las leyes sociales, conseguir que disminuyan las injusticias sociales contenidas en las leyes y sacarle el máximo de provecho al contenido de justicia social que tengan. Ya Geni decía hace más de un siglo que la jurisprudencia es creadora de normas de derecho positivo. Es imposible entonces que los jueces modernos no contribuyan a que haya mejor justicia social en su país y en general mejor orden jurídico en su país, haciendo evolucionar el contenido de las leyes e inclusive el contenido de las normas constitucionales, hacia esos fines de la justicia social; con la humanización de la justicia judicial se dignifican los jueces y se dignifica la justicia judicial y por tanto se mejoran en todo sentido las relaciones humanas en el país, ya que la injusticia social es fuente

de crímenes, de intranquilidad, de desórdenes y por consiguiente de perjuicios para todos los asociados. Se puede decir que esto sería convertir a los jueces en políticos disfrazados. De ninguna manera. Estarían en su función de interpretar las leyes y de aplicarlas de la mejor manera posible que corresponda a los problemas sociales, económicos y políticos que existan en el país, en cada momento histórico; para ellos en el momento histórico en que profieren sus decisiones.

Yo creo que es importante esta independencia que complementa la independencia frente a los criterios de sus superiores; éstos podrán actuar con su propio criterio cuando les lleguen los procesos en apelaciones o revisiones o casaciones y gozarán de independencia para decidir los recursos; pero los jueces inferiores deben ser quienes empujen la evolución jurisprudencial como lo decía antes, hacia estos fines de la humanización del proceso y de la mejor justicia social en el país. De esta manera también se va a mejorar la justicia judicial. Es una unión indisoluble: la buena justicia judicial facilita la buena justicia social y la buena justicia social facilita la buena justicia judicial.

LA CITACION EN GARANTIA *

Adolfo Alvarado Velloso **

I. Preliminar. II. La comparación de pretensiones procesales. III. La intervención del tercero interesado.

I. Preliminar

El tema que ocupa este estudio es uno de los más arduos, grises y problemáticos del derecho procesal.

Buena prueba de ello es su carencia de legislación o el tratamiento antagónico que le brindan los escasos ordenamientos que se

* Ponencia general presentada por el autor al XIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Miguel de Tucumán, septiembre de 1987).

Para que el lector pueda comprender el alcance crítico del presente trabajo, debe tener presente que en Argentina rige en materia de Seguros la Ley Nacional N° 17418 cuyo artículo 118 dice textualmente: "El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurador y cualquier acreedor de éste, aún en caso de quiebra o de concurso civil. El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador. La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o en la ejecución de la sentencia, el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro. También el asegurado puede citar en garantía al asegurador en el mismo proceso y con idénticos efectos".

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

ocupan de regularlo y, al mismo tiempo, las dispares y contrapuestas opiniones que sobre el tema han vertido los pocos autores que lo han glosado o intentado explicar.

Todo ello se complica grandemente a partir de la aparición de la ley nacional 17.418 (Adla, XXVII-B, 1677) y de la adopción de esta figura procesal por ella. De ahí la importancia de su tratamiento en un Congreso Nacional de Derecho Procesal en el cual podrá tomarse cabal idea de la dimensión del notable disenso doctrinal y, así llegarse a una conclusión sólida que oriente a la jurisprudencia actualmente contradictoria.

Para empezar, una enfática afirmación: la citación en garantía es una figura neta y absolutamente procesal. Por tanto, corresponde a esta rama del derecho —y no a otra— su estudio y el de sus posibles implicaciones procedimentales.

Por mi parte, creo que una explicación lógica, sistemática y armoniosa del tema sólo puede surgir en forma adecuada de un exclusivo punto de partida: la eventual vinculación que puede existir en la realidad de la vida entre dos relaciones jurídicas de las cuales una, por lo menos, entra en situación de conflicto.

Para desarrollar esta idea y en forma previa a toda otra explicación, es menester precisar con absoluta claridad cuáles son las pautas que resultan imprescindibles de evaluar en la tarea de comparar diversas pretensiones procesales litigiosas.

Desde el Fuero Juzgo, pasando por el Código Napoleón (art. 1351) y llegando por fin a la nota a los arts. 1102 y 1103 del Código Civil, admite pacíficamente la doctrina que toda relación jurídica —al igual que toda pretensión procesal— puede ser analizada por medio de sus tres elementos *unitarios* por todos conocidos: sujeto, objeto y causa.

A base de ello, los autores han elaborado la totalidad de teorías y estudios sustentados al efecto, los que exhiben el común denominador de no ser absolutamente claros por no presentar el fenómeno analizado de un modo unívoco e inequívoco y, como tal, inconfundible e irrepetible en el mundo jurídico.

A mi juicio, el error proviene de haber partido siempre de la tradicional división tripartita de toda relación jurídica y aplicarla sin más para la comparación de pretensiones procesales, pues ello no responde a la realidad de la vida jurídica, no permite una adecuada y correcta exposición y comprensión del tema y, lo que es más

importante, deja sin explicar el origen de fenómenos procesales que se hallan relacionados entre sí de modo estrecho: la reconvención, la acumulación, la inserción y la sustitución, amén de la litispendencia y de la cosa juzgada. Y es que tiene singular importancia —tanto teórica como práctica— advertir que dos de los elementos de la relación —el subjetivo y el causal— *no son unitarios*, sino que admiten sendas dobles divisiones.

a) En primer lugar, debo recordar que *toda relación jurídica* —al igual que toda pretensión procesal— ostenta *siempre* un carácter *bipolar*, ya que son *necesariamente dos los sujetos* que la componen.

Si se toma como ejemplo una relación de crédito cualquiera, se advertirá que está integrada imprescindiblemente por un acreedor y por un deudor, cada uno de los cuales no puede mantenerse componiendo la relación sin la presencia contemporánea del otro, toda vez que no es posible concebir racionalmente la figura de un acreedor sin el correlativo deudor y viceversa (cosa similar ocurre con las personas del actor y demandado).

Por supuesto —y marginalmente—, la referencia a un sujeto cualquiera de la relación —al igual que de la pretensión— no está vinculado exclusivamente con la determinada persona física o moral que reviste ese carácter sino, de modo especial, con la calidad jurídica que exhibe. Por ello, la idea de *persona del acreedor* (o del actor), por ejemplo, comprende la de sus sucesores a título singular o universal y, eventualmente, a sus sustitutos.

Consecuencia de lo expuesto es que siempre que cambie la calidad jurídica de una persona, y aunque ella mantenga su identidad física o moral en la relación (o en la pretensión), variará la composición subjetiva.

Hasta aquí se correlacionan acabadamente los conceptos de relación jurídica y de pretensión litigiosa.

No ocurre lo propio cuando se trata de investigar, respecto de una pretensión litigiosa, en cuál de los dos posibles bandos procesales se halla ubicado un sujeto: o es actor o es demandado y con prescindencia de la posición que ocupe en la relación jurídica que la origina.

Y es que ello tiene primordial importancia en la tarea de comparar diversas pretensiones, tal como se verá luego al ejemplificar los diferentes supuestos que pueden presentarse en la realidad.

De allí que proponga el desdoblamiento del elemento subjetivo de la relación para referirlo a la pretensión procesal: aquí habrá que analizar la vigencia de dos *subelementos*: quién es el sujeto actor y quién es el sujeto demandado.

b) En segundo término, es correcto sostener que se entiende por causa de la relación jurídica la concreta interferencia intersubjetiva que la ocasiona. Pero el concepto no resulta útil cuando se trata de comparar pretensiones procesales litigiosas: aquí, y al igual que lo que ocurre respecto del "elemento" subjetivo, la causa se descompone lógicamente en otros dos *subelementos* que deben analizarse de modo unitario: el primero está constituido por el *hecho* invocado para fundar la pretensión y al cual el actor asigna trascendencia jurídica, razón por la cual se convierte en la base o fuente de derecho pretendido; el segundo es la *imputación jurídica* que el actor efectuó al demandado con motivo de tal hecho.

Un ejemplo ayudará a comprender mejor la idea: supóngase que Juan sufre un daño al ser chocado por un ómnibus conducido por un dependiente de su propietario. Si pretende ahora lograr la reparación del daño sufrido, puede optar entre demandar al conductor imputándole una conducta culposa en la producción del daño o al propietario por ostentar tal carácter o a ambos, pero manteniendo las distintas imputaciones. En otras palabras: aunque no siempre y necesariamente, hay ocasiones en las que un mismo *hecho* puede producir *imputaciones jurídicas diferentes*.

Esta división ideal de la causa es absolutamente necesaria, pues si se compara la pretensión de Juan contra el conductor con la pretensión del mismo Juan contra el propietario, no puede decirse verazmente que ostentan idénticas *causa petendi*, aunque así lo haya hecho hasta ahora la jurisprudencia mayoritaria, siguiendo autorizadísima opinión doctrinal, toda vez que en el supuesto de tener que responder ambos demandados lo harán por virtud de *diferentes calidades jurídicas*.

Se afirma hasta ahora que la *causa de la pretensión* está constituida sólo por el *hecho que la origina* (con prescindencia de la imputación o argumentos de remisión a normas legales que contemplen distintos supuestos de responsabilidad); y así, se ha dicho que "si en la pretensión por indemnización de daños se ha invocado la culpa aquiliana (art. 1109, Código Civil —Adla, XXVIII-B, 1799—), la sentencia que la acoja podrá fundarse en el régimen de la responsabilidad contractual (art. 184 Código de Comercio) y aunque

ella no se haya invocado, pues en tal hipótesis, la *causa petendi* está representada por el hecho dañoso y no por la calificación jurídica dada por el actor".

Como es fácil de advertir, el problema no se relaciona con la aplicación de la regla procesal *jura novit curiae* sino con la regla de la *congruencia*, estrechamente vinculada al derecho de defensa en juicio, y por ende, con la garantía constitucional del debido proceso.

Para mejor comprender esta afirmación, repárese en que la posibilidad defensiva del demandado cambia fundamentalmente en uno u otro supuesto de acuerdo con las distintas imputaciones que puede hacer el actor en su demanda. Véase un ejemplo: quien sufre un daño en ocasión de ser transportado por un conductor que actúa con negligencia culpable, puede pretender el resarcimiento por dos vías diferentes: la primera, imputando culpa al conductor (art. 1109, Código Civil); y la segunda, sin llegar a ese extremo y aun con prescindencia de él, imputando simplemente el incumplimiento del contrato de transporte (art. 184, Código de Comercio). Las defensas argüibles en uno y otro caso son diferentes: por ejemplo, el régimen de la prescripción liberatoria en el primer caso es de 2 años, en tanto que es de 10 en el segundo; además, en el primero incumbe al actor acreditar la culpa del demandado mientras que en el segundo sólo ha de probar la existencia del contrato de transporte, corriendo por cuenta del demandado afirmar y confirmar la culpa de un tercero. Y hay algo más: en estos supuestos, existen códigos procesales que regulan las diferentes competencias materiales para que las pretensiones con base contractual y extracontractual sean procesadas, lo que ahonda aún más la diferencia que, respecto de la causa, existe entre hecho e interpretación jurídica.

Véanse ahora las consecuencias prácticas de adoptar el criterio tradicional unitario o de aceptar el desdoblamiento de los componentes de la causa: si la víctima del ejemplo recién dado, demanda a los 3 años de ocurrido el hecho, con exclusiva imputación de culpa al demandado, y éste opone la única defensa de prescripción posible (2 años), no se compadece con la garantía del debido proceso el que el juez pueda obviar el litigio operado arguyendo en su sentencia que, al importar sólo el hecho dañoso y no la imputación jurídica efectuada a base de él, corresponde aplicar una prescripción mayor (la decenal) pues, no obstante la imputación de culpa, existió en la especie un contrato (recuerdo que en el caso no fue invocado) que permite al actor demandar últimamente dentro de los 10 años de acaecido el hecho.

El ejemplo puede multiplicarse: un accidente de trabajo permite varias posibilidades de imputación, al igual que en cheque entregado como pago por una compraventa, etcétera.

De ahí la importancia que asigno a no confundir conceptos que son claramente distintos y a aceptar doctrinalmente nueva clasificación de los elementos que componen toda la pretensión litigiosa: 1) el *subjetivo*, teniendo en cuenta la exacta posición que ostenta cada una de las partes del proceso; 2) el *objetivo*, que siempre es unitario y 3) el *causal*, descomponiéndolo en caso necesario en dos subelementos: el hecho y la imputación jurídica efectuada a base de él en la demanda.

Todo ello permitirá efectuar la tarea de comparar diversas pretensiones que coexisten o se suceden en el tiempo.

II. *La comparación de pretensiones procesales*

Por obvias razones que hacen a la convivencia pacífica y armoniosa, es menester que una vez resuelta por la autoridad una pretensión litigiosa, la respectiva decisión sea *definitiva*, impidiéndose así reabrir útilmente la discusión que la originó.

Del mismo modo, no resulta conveniente para la paz social la coexistencia de dos demandas con base en la misma exacta pretensión, pues podría ocurrir eventualmente que ellas obtuvieren sendas decisiones antagónicas, con la consiguiente creación de un verdadero caos jurídico.

Por último, muchas veces resulta conveniente tramitar en un solo procedimiento varias pretensiones que se hallan estrechamente vinculadas entre sí, bien por razones de economía y celeridad, bien por razones de seguridad jurídica.

Para solucionar los dos primeros problemas apuntados, las tareas de procesar y sentenciar se rigen por dos reglas fundamentales de política procesal: 1) no puede admitirse la existencia contemporánea o sucesiva de dos litigios con la misma exacta pretensión; 2) no pueden emitirse dos decisiones diferentes respecto de una misma exacta pretensión.

Aunque por lo general estas dos reglas se hallan contenidas implícita y no expresamente en los ordenamientos procesales, son

cumplidas por los jueces en forma irrestricta pues constituyen la esencia del sistema y permiten el adecuado y permanente mantenimiento de la seguridad jurídica.

Para la solución del último problema antes mencionado, los distintos ordenamientos legales regulan dos institutos fundamentales: la acumulación y la inserción procesal; en cambio, la mayoría de ellos no regula otro no menos importante: *la sustitución procesal*.

Pues bien: para evitar la duplicidad de procesos y la coexistencia de decisiones contradictorias y para posibilitar la acumulación, la inserción y la sustitución, es imprescindible efectuar una adecuada labor comparativa de distintas pretensiones litigiosas, a efectos de saber cómo se corresponden unas con otras.

Para ello, lo más práctico es enfrentarlas —cual lo hace una figura ante un espejo— con la finalidad de que se logre ver de qué manera coinciden sus elementos ya conocidos: sujeto (actor y demandado), objeto pretendido y *causa petendi* (hecho acaecido más imputación jurídica).

Veamos los diferentes casos:

a) Supóngase que Pedro reclama de Diego la restitución de un dinero entregado en mutuo. Si se compara esta pretensión con otra en la cual Juan pretende que Pablo le devuelva la finca que le entregara en comodato, cabe concluir que entre ambas pretensiones no existe elemento alguno en común: son distintos los sujetos (Pedro y Diego por un lado; Juan y Pablo por el otro), los objetos pretendidos y la causa (los hechos y las imputaciones jurídicas).

Estas dos pretensiones son *indiferentes o independientes* y para nada sirven a los efectos de esta explicación.

b) Supóngase ahora que Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero dado en mutuo y que, al mismo tiempo, y por razones diversas que no interesa indagar, el mismo Pedro reclama del mismo Diego la restitución del mismo dinero dado en el mismo mutuo.

Esta simple compulsa por virtud de la cual se advierte que coinciden perfecta y acabadamente todos y cada uno de los elementos conocidos, permite decir que las pretensiones comparadas son *idénticas*.

c) Imagínese ahora que:

1) Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero dado en

mutuo y que, contemporáneamente, el mismo Pedro reclama al mismo Diego la devolución de una cosa entregada en comodato.

Enfrentando una pretensión con la otra, se advierte que coinciden exactamente los sujetos (actor y demandado, cada uno en la misma posición en ambas pretensiones), en tanto que difieren los restantes elementos: objeto y causa.

Este fenómeno en el cual coinciden sólo dos sujetos ubicados en la misma posición y no los restantes elementos, recibe la denominación de *conexidad subjetiva*.

2) Pedro reclama a Diego la restitución de la posesión de una finca usurpada y, al mismo tiempo, Juan reclama al mismo Diego la misma finca, que le compró.

Colocando nuevamente una pretensión frente a otra, se puede ver que no coinciden los sujetos (aunque haya un mismo demandado son distintos los actores) ni la causa (en cuanto hecho más imputación jurídica) pero sí el objeto pretendido: la misma finca.

Este fenómeno en el cual coincide exactamente el objeto pretendido y no los sujetos ni la causa, recibe la denominación de *conexidad objetiva*.

Este tipo de conexidad puede presentarse por *identidad del objeto* (caso de un propietario que intenta el desalojo de un locatario y de un usurpador, que ocupa cada uno parcialmente el total de un mismo predio) y por *incompatibilidad del objeto* (caso de un propietario que intenta reivindicar una finca contra su poseedor actual quien, a su turno, es demandado por quien le compró sus derechos posesorios y le reclama la entrega de la misma finca).

3) En un mismo acto, Juan y Diego obtienen de Pedro un préstamo en dinero, comprometiéndose ambos a devolverlo por partes iguales. A base de ello, y por falta de pago, Pedro reclama a Juan la restitución de su parte y, al mismo tiempo, el mismo Pedro reclama a Diego la restitución de la suya.

Enfrentando ambas pretensiones se advierte que Pedro está en la posición actora en ambas pretensiones, en tanto que son distintos los demandados: Juan y Diego; por tanto no es idéntico el elemento subjetivo; que los objetos pretendidos son diferentes y que es idéntica la causa obligacional toda vez que ambas pretensiones tienen fundamento en idéntico acto jurídico y ostentan idéntica imputación.

Este fenómeno en el cual coincide sólo la causa, y no los sujetos ni el objeto, recibe el nombre de *conexidad causal*.

4) Pedro reclama ser considerado hijo del matrimonio formado por Diego y María, por haber sido concebido y nacido luego del casamiento de ellos; para esto, deduce sendas pretensiones por separado. En razón de que se pretende filiación matrimonial y no otra, la relación jurídica afirmada en las respectivas demandas es *inescindible*: debe darse necesariamente respecto de Diego y de María, y no respecto de alguno cualquiera de ellos en forma individual (repárese en que Pedro no puede ser declarado hijo matrimonial de Diego y no de María o viceversa: será hijo de los dos o de ninguno).

Si se comparan ambas pretensiones, se puede ver que el elemento subjetivo no es idéntico: aunque el actor sea el mismo en las dos pretensiones, son distintos los demandados. Pero también se ve que el objeto y a causa de ambas pretensiones son idénticas.

Este fenómeno muestra una *conexidad mixta causal objetiva* y se presenta en todo supuesto de *relación jurídica inescindible*.

5) Pedro reclama a Diego el cumplimiento de un contrato; contemporáneamente, el mismo Diego pretende respecto del mismo Pedro que se declare la nulidad del mismo contrato.

Comparando ambas pretensiones se ve que los sujetos son las mismas exactas personas, pero que se hallan en posiciones procesales invertidas (Pedro es actor y Diego demandado en la primera pretensión, en tanto que Diego es actor y Pedro demandado en la segunda), que los objetos son diferentes (cumplimiento y declaración de nulidad) pero que la causa es la misma.

Este fenómeno muestra una *conexidad mixta subjetiva causal*.

d) Pedro, dependiente de Diego, ocasiona un daño a Juan en su accidente de tránsito. Por tal razón, Juan pretende que Pedro le indemnice los gastos efectivamente abonados para lograr su curación, y, contemporáneamente, que Diego le indemnice el daño moral sufrido. Comparando ambas pretensiones, se advierte que los sujetos no son idénticos (Juan y Pedro por un lado; Juan y Diego por el otro) y que los objetos pretendidos son diferentes (resarcimiento de daño material e indemnización por daño moral). Pero también se ve que si bien el hecho causante del daño es el mismo, no lo es la imputación jurídica que sustenta cada pretensión: a Pedro sólo se le puede imputar ser el culpable del hecho dañoso; a Diego sólo ser el patrón de Pedro. Se comprenderá ya que éste es un fenómeno completamente distinto de los anteriores: aunque los sujetos no son

idénticos, siempre hay un sujeto en común, colocado en la misma posición en las diferentes pretensiones. Además, es idéntico el hecho que fundamenta la pretensión, pero es distinta la imputación jurídica que se hace a cada uno de los demandados. Esta figura recibe la denominación de *afinidad*.

En otras palabras y sintetizando los ejemplos propuestos: en la tarea de comparar dos pretensiones procesales, puede ocurrir que:

1) coincidan exactamente los tres elementos de cada una de ellas (con la salvedad que tal coincidencia debe alcanzar a los subelementos ya mencionados: posición de las partes y distinción entre hecho e imputación): hay *identidad* que, si es contemporánea, conduce a la declaración de *litispendencia*; y que si es sucesiva, a la existencia de cosa juzgada;

2) coincida sólo uno de los tres elementos resultando así distintos los otros dos remanentes: hay *conexidad*, que es:

2.1) *subjetiva*, cuando el elemento común está constituido por los dos sujetos (considerados en la misma exacta posición de actor y demandado en ambas pretensiones): origina la *acumulación voluntaria en dos procesos en un procedimiento único*, incoados por un mismo y contra un mismo sujeto, por razones de economía procesal. Puede ser *inicial* (por exclusiva voluntad del actor o del demandado). El primer supuesto es denominado habitualmente en los *Códigos Procesales como acumulación de pretensiones* y el segundo como *acumulación de autos*;

2.2) *objetiva* cuando el único elemento común es el objeto pretendido (supone un interés concurrente por lo menos de tres sujetos; de allí que siempre habrá *un mismo* sujeto en las distintas pretensiones). Tal interés puede ostentar disímil fundamento:

2.2.1) cuando la conexidad existe por *identidad del objeto* (desalojo intentado por el propietario de un fundo ocupado parcialmente por un locatario y parcialmente por un usurpador), origina una *acumulación voluntaria* (para el actor) *de procesos en un mismo procedimiento* (por razones de economía y celeridad procesal);

2.2.2) cuando la conexidad existe por *incompatibilidad del objeto* (dos personas pretenden excluyentemente ser titulares de un mismo predio que posee otra), origina una *intervención excluyente de tercero* o una *acumulación necesaria de procesos en un procedimiento único*;

2.3 *causal*, cuando el elemento común es la *causa petendi* (en-

tendiendo por ella la suma de dos datos el hecho acaecido y la imputación jurídica que el actor hace al demandado): origina una *acumulación necesaria de procesos en un procedimiento único*, por respeto al principio de seguridad jurídica:

3) coincidan sólo dos de sus elementos, resultando así distinto el restante: hay *conexidad mixta* que puede ser:

3.1) *subjetivo-causal*, con la salvedad de que, siendo los mismos sujetos litigantes, se hallan colocados en posición invertida en las distintas pretensiones: origina una *reconvención* o, en su defecto, una *acumulación necesaria de procesos en un procedimiento único*;

3.2) *objetivo-causal*: también origina una *acumulación necesaria de procesos en un procedimiento único*;

4) no coincida exactamente ninguno de sus elementos y, sin embargo, haya un *sujeto común* (no los dos) y un *hecho común* (no la imputación jurídica, razón por la cual no puede hablarse de *identidad de causa*): hay *afinidad*, la cual presenta siempre un vínculo de *dependencia entre dos pretensiones*;

4.1) si la *dependencia es indirecta*, origina una *intervención asistente de tercero* (que es voluntaria para éste o provocada por el actor o el demandado por el medio denominado *denuncia de litis*): el caso está regulado legalmente como *intervención adhesiva simple*.

4.2) si la *dependencia es directa* origina una intervención de tercero (voluntaria para éste o provocada sólo por el demandado por el medio denominado *citación en garantía*); cuando el tercero se convierte en parte procesal, puede adoptar una de tres posibles actitudes:

4.2.1) de *coadyuvancia* respecto de una de las partes frente a la otra (el caso está regulado legalmente como intervención coadyuvante autónoma o litisconsorcial);

4.2.2) de *sustitución* del demandado, asumiendo personalmente la defensa procesal y el eventual pago de la acreencia reclamada. Obviamente, si el sustituido se retira del proceso, queda vinculado a los efectos de la cosa juzgada;

4.2.3) de *oposición* del tercero citado respecto del citante: origina la existencia de dos procesos (dos pleitos lineales) en un procedimiento único.

III. *La intervención del tercero interesado*

a) Surge el punto anterior que:

1) la concurrencia de un tercero interesado a un pleito pendiente puede tener origen en:

1.1) *la propia voluntad del tercero* (intervención voluntaria),

1.2) *la voluntad de alguna de las partes originarias* (y aun contra la voluntad del tercero) (intervención provocada);

1.3) *la voluntad de la ley* (es el propio juez quien lo convoca, aun contra la voluntad de las partes originarias y del tercero) (intervención necesaria).

b) Surge también que, cuando el tercero interesado ya se ha convertido en parte procesal, puede adoptar una de cuatro posibles actitudes:

1) *excluyente*: intenta obtener para sí el objeto litigioso (intervención principal, excluyente o agresiva, legislada sólo en algunos códigos argentinos);

2) *asistente*: intenta ayudar a una de las partes sin tener legitimación para enfrentarse con la otra (intervención adhesiva simple);

3) *coadyuvante*: intenta ayudar a una de las partes teniendo legitimación para enfrentarse con la otra (intervención adhesiva autónoma o litis-consorcial);

4) *sustituyente*: intentar sustituir al demandado en su carácter de tal, afrontando todos los riesgos procesales (como es obvio, el demandado originario queda vinculado a los efectos de la cosa juzgada emergente de la sentencia que eventualmente se dicte en el proceso) (intervención sustituyente, aceptada por escasos códigos argentinos).

c) A los fines de este trabajo, interesa sólo uno de los supuestos contemplados supra, en a): la *intervención provocada*.

Ella puede operar por uno de dos medios posibles: la *denuncia del litigio* y la *citación en garantía*.

1) *Denuncia del litigio*. A) Bajo la denominación tradicional de *denuncia de litis* o *litisdenuntiatio*, la doctrina en general —y tam-

bién algunas legislaciones— comprenden supuestos diversos que ostentan diferentes orígenes y resultados, con los graves inconvenientes que ello puede traer al intérprete, al mencionar institutos distintos cuales son —lo adelantamos— el llamamiento del causante de un derecho y la citación por existir entre citante y citado un vínculo obligacional ajeno a la relación litigiosa.

Así, parece necesario establecer con claridad cuáles pueden ser tales supuestos, a fin de asignarles nombres diferentes en orden a la causa y al efecto que presentarán en los casos justiciables.

La diferencia inicial surge en el art. 106 del CPC Italia, del cual partiré para establecer adecuada distinción entre los casos que mencionaré dentro de esta enunciación —denuncia del litigio— y los propios de otro instituto diferenciado: la citación en garantía, comprensiva de otros muchos supuestos.

B) La *denuncia del litigio* tiene lugar cuando la parte procesal se halla litigando en razón de un derecho que no ha causado personalmente —la relación jurídica le es ajena— pero cuya discusión debe afrontar pues la ley lo ha legitimado para ello. Como tal posición jurídica no impide que, oportunamente, dicha parte pretenda repetir la prestación a que puede ser condenada, se le permite provocar la citación del verdadero y real causante del derecho litigioso, a fin de que éste pueda controlar las defensas esgrimidas y, eventualmente, vincularlo a los efectos de la cosa juzgada emergente de la sentencia que se dicte en su contra. De tal modo, cuando posteriormente intente repetir lo pagado, evitará la articulación por su propio demandado de la excepción de indebida o negligente defensa.

Sin perjuicio de señalar otros más adelante, doy ya mismo un ejemplo para mejor comprensión de la idea: establece el art. 1113 del Código Civil (Adla, XXVIII-B, 1799), que "la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia..."

Racional y lógicamente, se ve claro que si Pedro, dependiente de Diego y en ocasión de cumplir tareas propias de esa dependencia, causa un daño a Juan, éste puede pretender primariamente que Pedro le brinde adecuado resarcimiento. Y se ve claro también que ningún vínculo jurídico une a Juan con Diego. Sin embargo, con mucha frecuencia el derecho habilita a otras personas diferentes de las que se hallan en conflicto para poder ser demandantes o demandados, *legitimándolas* al efecto, so pretexto de diversas y muy variadas razones que no es del caso analizar ahora.

Así, sin perjuicio de mantenerse la relación directa entre quien puede pretender y quien debe la prestación pretendida, la ley permite en muchos casos que otras personas, ajenas por completo a esa relación directa, se vean en la posibilidad o en la necesidad de vincularse al litigio, otorgándoles al efecto una determinada *cualidad*. Y ello, como ya se ha dicho, sin perjuicio de quedar incólume la posibilidad de repetir lo pagado. En el caso antes mencionado, debe tenerse presente que según el art. 1123 del Código Civil, "el que paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia".

Congruente con ello, y sin desconocer la afirmación cierta de Briseño Sierra en el sentido de que el concepto de legitimación sigue siendo aún hoy brumoso, difícil de distinguir especialmente "cuando se enfrentan las situaciones sustantiva y procesal", creo que aquél puede concretarse diciendo que es la titularidad de la pretensión o de la prestación de una relación ajena (Briseño Sierra, "Tratado", tomo IV, página 86).

Veamos ahora otros ejemplos:

En todos los casos posibles de imaginar se advierte que la parte se halla en proceso por una relación que *originariamente le es ajena*; sin embargo, debe asumirla como propia por expresa y excepcional disposición de la ley.

Surge de lo ya expuesto que, en tales condiciones, la parte puede provocar la presencia del tercero (titular primario de la relación litigiosa y, por ende, parte sustancial del conflicto); y ello lo hace con la mira puesta en una eventual repetición que intentará luego de pagar (en rigor, *no hoy sino mañana*) y mediante la interposición de su propia demanda (*no en este proceso sino en otro que se promoverá al efecto*).

Resumiendo: siempre que se denuncia el litigio a un tercero es con la intención de repetir mañana y en otro proceso lo que hoy y aquí se debe pagar.

C) Conforme llevo dicho, el tercero citado al proceso pendiente tiene obvio y elemental interés jurídico en que el citante salga absuelto de la pretensión ejercida en su contra, pues con ello erradica la eventualidad de que se le dirija ulteriormente demanda de repetición.

De ahí la conveniencia de su participación en el pleito, vigilando

las defensas esgrimidas para que sean adecuadas al caso. Pero no se detiene aquí la facultad del tercero: repárese que él es parte sustancial del conflicto; o sea que, en la hipótesis tratada, pudiendo ser parte originaria del litigio no lo fue por la simple razón de que el actor no lo demandó (algunos casos) o de que no lo pudo demandar todavía (otros casos).

Así planteadas las cosas, la denuncia del litigio puede ser hecha tanto por el actor (art. 2020, Código Civil) como por el demandado (codeudor solidario que, en la relación interna existente entre los diversos deudores, no es el verdadero deudor).

2) *Citación en garantía*. Tiene lugar cuando la parte litigante se halla en pleito en razón de un derecho que ella misma ha causado (con lo cual se diferencia del supuesto de *denuncia de litis*) y respecto del cual un tercero ajeno a la relación material (conflicto) y a la procesal (litigio) debe responder por hallarse vinculado con la parte citante por una propia relación jurídica que a ello lo obliga, y que ostenta, con la litigiosa una situación de *afinidad por dependencia directa*.

No se trata aquí de la simple existencia de la posibilidad de repetir, que puede darse tanto en este supuesto como en el anterior, sino de algo más.

En efecto: si se compara este caso con el anteriormente tratado, se ven hasta ahora algunas similitudes pero notables diferencias:

Denuncia de litis

1. La parte *no* es causante del derecho.

2. Su contraparte *puede* demandar al tercero y no lo demanda; en el caso del actor, no puede demandarlo *todavía*.

3. La parte puede repetir del tercero.

Citación en garantía

1. La parte es causante del derecho.

2. Su contraparte *no puede* demandar al tercero, por carecer de todo vínculo jurídico con él (a menos que medie supuesto de legitimación, lo que hace variar el caso).

3. La parte puede repetir del tercero *pero intenta evitar pleito especial al efecto*.

La diferencia radical estriba, así, en que la parte aspira a cosas diferentes en ambos supuestos: dije ya que en la denuncia de *litis* pretende vincular al tercero, para eventualmente, intentar mañana y

en otro expediente repetir lo hoy y aquí pagado. En la citación en garantía, la parte pretende vincular al tercero para que pague *aquí y ahora, hoy y en este expediente*.

De consiguiente, por virtud de las particulares características de la relación que une a la parte y al tercero (y a la cual es ajena la contraparte) aquélla provoca la presencia de éste con la inequívoca finalidad de que la sustituya, asumiendo su exacto papel procesal y que, como consecuencia de ello, pueda el sustituido excluirse del pleito.

Así planteadas las cosas, la citación en garantía *puede ser hecha exclusivamente por el demandado, nunca por el actor*. De ahí la anomalía de la figura creada por el art. 118 de la ley 17.418.

Doctrinalmente, esta figura procesal tiende a provocar la sustitución de la parte demandada. Ello surge armónicamente del juego de los arts. 106 y 108 del CPC italiano:

"art. 106: Cada una de las partes puede llamar al proceso a un tercero, si considera que *la litis le es común o pretende de él una garantía*".

"art. 108: Si el garante comparece y manifiesta que se hace cargo de la causa en lugar del garantizado, éste puede solicitar, toda vez que las otras partes no se opongan, su exclusión del juicio. Dicha medida es dispuesta por el juez, pero la sentencia de fondo dictada en el juicio produce sus efectos también contra la parte que ha sido excluida".

En general, la escasa legislación argentina que ha regulado el tema (ver por ejemplo SF, 28 y 535) no ha comprendido el problema en la esencial diferencia que existe entre los supuestos de *denuncia de litis y citación en garantía*.

Además, la falta de normativa ha provocado la ausencia de exacta construcción doctrinal, permitiendo así que los autores —procesalistas y comercialistas— expongan las más diversas y contradictorias explicaciones del tema y, particularmente, de la institución regulada bajo este nombre en la ley 17.418.

Así es como se ha dicho, respecto de esta última, que es una verdadera citación en garantía (a la italiana), o un supuesto de intervención forzosa por litisconsorcio necesario, calificado además —por algún autor— de impropio, o una simple citación para actuar como interviniente coadyuvante autónomo o, por fin, una acción directa autónoma o no autónoma.

Por supuesto no es ésta la oportunidad de explicar y contestar cada una de estas opiniones: la de esta ponencia surge nítida a partir de conceptuar la citación en garantía como un medio derivado de una vinculación de afinidad por dependencia directa para provocar la presencia de un tercero que venga a sustituir a la parte procesal citante. Pero no siempre ocurre tal resultado, ni doctrinal ni legislativamente.

Y es que una vez provocada la citación, si el tercero garante concurre al pleito puede adoptar una de tres posibles actitudes:

1) *sustitución*: significa que el garante se hace cargo del pleito y asume todas las responsabilidades de la parte procesal originaria quien, en caso de ser excluida del proceso, queda vinculada a los efectos de la cosa juzgada material de la sentencia que en él se dicte (caso del art. 2782, Código Civil);

2) *coadyuvancia*: significa que no permitiéndose legalmente la sustitución y, por ende, la extroversión de la parte originaria, adoptará el papel de parte principal y actuará en relación litisconsorcial con el citante (intervención autónoma o litisconsorcial);

3) *oposición*: significa que el tercero convocado al pleito niega su carácter de garante. Por tal razón, habida cuenta del objeto primordial de la citación —lograr que el garante se haga cargo aquí y ahora de la responsabilidad adecuada— quedan definidos dos pleitos lineales: el del actor contra el demandado y el de éste (citante) contra el citado.

De tal modo, caso de prosperar ambas demandas, el juez podrá condenar en una misma sentencia al citado garante a hacer frente a la acreencia reclamada por el actor.

En síntesis y para finalizar:

1) la citación en garantía es una figura de carácter neta y absolutamente procesal y es a esta rama del derecho —y no a otra— a la cual corresponde explicar su concepto, requisitos, presupuestos e implicaciones procedimentales;

2) conforme con la doctrina procesal y con elementales reglas de lógica jurídica, la citación en garantía es uno de los dos medios posibles que acuerda la ley para que una parte procesal provoque la presencia de un tercero en tal proceso;

3) la citación en garantía se diferencia cabalmente de la denuncia de *litis* (el otro medio legal) en cuanto aquél supone una vin-

culación de relaciones jurídicas por afinidad creada por dependencia directa, en tanto que ésta supone igual dependencia, pero indirecta;

4) la citación en garantía, como tal, sólo es utilizable por el demandado, nunca por el actor;

5) caso de no concurrir el citado al pleito pendiente, como la citación implica la propuesta implícita de una demanda del citante contra el citado, debe cumplirse respecto de él todo el rito procedimental que permitirá vincularlo a la postre a los efectos de la cosa juzgada emergente de la respectiva sentencia;

6) caso de concurrir al pleito pendiente, el citado en garantía puede asumir una de 3 posibles actitudes fácticas: sustitución, coadyuvancia u oposición. En este último caso, se efectiviza un doble proceso en un procedimiento único: el del actor originario contra el demandado citante y el de éste contra el citado, de modo tal que prosperando ambas demandas, en sentencia única, el juez actuante puede unir los extremos subjetivos de las dos pretensiones afines y, así, condenar al garante a pagar en forma directa al actor la suma reclamada primariamente al citante garantizado.

VISION PANORAMICA DE LA JURISDICCION PENAL Y DE LA JUSTICIA PENAL

Alfonso Ortiz Rodríguez *

1. El concepto de jurisdicción penal. 2. Organigrama de la jurisdicción penal común. 3. Estructura de la acción jurisdiccional penal. 4. Organigrama de la función de investigar. 5. La función de calificar. 6. La función de juzgamiento. 7. El servicio público de justicia penal. 8. El servicio público carcelario.

1. *El concepto de jurisdicción penal*

1.1. La jurisdicción penal, en Colombia, es un sector de la función jurisdiccional que emana del Poder Público del Estado. En desarrollo de los principios establecidos en la Constitución Política, el Congreso mediante ley o el Presidente de la República mediante decreto, crea y organiza los jueces colegiados y los jueces singulares y los inviste de la potestad jurisdiccional penal. De la misma forma, el Congreso o el Presidente elabora los códigos y los estatutos penales y procedimentales penales. El legislador ordinario o extraordinario distribuye la jurisdicción penal entre las distintas categorías de jueces, de modo que cada una de ellas sólo puede ejercer las atribuciones que expresamente se le señalan. Es cierto que la Constitución señala algunas especiales atribuciones a la Corte Suprema de Justicia, pero es el mencionado legislador el que definitivamente hace la distribución de facultades jurisdiccionales. La Sala de Casación Penal de la Corte, en auto fechado el 2 de no-

* Profesor de la Facultad de Derecho. Universidad de Medellín.

viembre de 1949, dijo que la jurisdicción penal es "la potestad reconocida a los jueces para administrar justicia, facultad delegada por el Estado a esos funcionarios de la rama jurisdiccional del poder público. Por eso se dice que tienen jurisdicción aquellos funcionarios o entidades a quienes la Constitución y la ley facultan para administrar justicia penal".

1.2 La jurisdicción penal, en cuanto potestad o facultad de administrar justicia penal, es noción genérica y abstracta. Cuando la ley o el decreto atribuye esa potestad a una determinada categoría de jueces colegiados o singulares, ella comienza a individualizarse y concretarse. Sin embargo conserva un cierto grado de generalidad y de abstracción. Esta porción de jurisdicción penal es lo que se llama competencia penal. Respecto de esta materia, el legislador no se detiene en este límite, sino que subdivide la competencia penal en competencia para investigar o instruir, competencia para calificar la investigación o el sumario y competencia para juzgar y ordenar la ejecución de la pena o de la medida de seguridad. De esta manera, algunos funcionarios tienen competencia para hacer la investigación, para calificarla y para juzgar y ordenar la ejecución; mientras que otros sólo tienen competencia para investigar y calificar la investigación y otros diferentes para juzgar. Finalmente, hay funcionarios que únicamente tienen competencia para investigar y otros sólo para juzgar. De todo esto surge la noción de juez competente para ejercer la potestad jurisdiccional penal en cada caso.

De lo expuesto se infiere que, la jurisdicción penal convertida en competencia penal, es potestad de investigar, potestad de calificar la investigación, potestad de juzgar y potestad de ordenar la ejecución de la pena o de la medida de seguridad que se imponga en la sentencia. Se infiere, además, que se ejerce el poder-deber jurisdiccional penal en los casos en que se castiga al delincuente, pero también cuando la persona es absuelta o el procedimiento penal cesa por algún motivo legal.

1.3 La competencia penal de que están investidos los jueces colegiados y los jueces singulares, los magistrados y los jueces, se traduce en actividad jurisdiccional cuando se tiene conocimiento de la existencia de una hipótesis de hecho previsto en la ley penal como punible. Este conocimiento, aún en los casos de querella, determina el ejercicio individualizado y concreto del poder-deber de investigar que se manifiesta en la realización de una serie de actividades como las relacionadas en el artículo 334 del Código de Procedimiento Pe-

nal. Es decir, en la ejecución de los actos de investigación necesarios para el esclarecimiento de esa hipótesis y el descubrimiento de los autores y partícipes. Esta primera fase de la actividad del funcionario jurisdiccional penal se subdivide en indagación preliminar y sumario o instrucción. La misma actividad, una vez realizada la investigación o vencido el término para hacerla, se convierte en actividad calificador del sumario mediante providencia jurisdiccional de cesación del procedimiento, de reapertura de la investigación o de acusación del procesado. Cuando esto último ocurre, la actividad que se viene mencionando se convierte en actividad juzgadora que comprende la tramitación del juicio en la que puede haber instrucción de pruebas y el juzgamiento propiamente tal mediante la sentencia. Ejecutoriada ésta se inicia la ejecución de la sanción impuesta. Esto corresponde a los funcionarios y empleados adscritos al servicio público carcelario. La actividad jurisdiccional penal se agota en la sentencia, pero también en la providencia conclusiva de cesación del procedimiento.

1.4 De todo lo anterior se concluye que la jurisdicción penal es un aspecto de la función jurisdiccional que emana del Poder Público del Estado. Mediante la ley o el decreto, el legislador convierte la jurisdicción penal en competencia penal y ésta, ante la existencia de una hipótesis de hecho previsto en la ley penal como punible, se convierte en actividad jurisdiccional penal. Sólo así puede entenderse, lógicamente, que "la acción penal corresponde al Estado y se ejerce por la Rama Jurisdiccional del Poder Público" como manda el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal. Corresponde al Estado porque éste es el titular de la función jurisdiccional. Se ejerce por los jueces colegiados y singulares investidos por la legislación del poder-deber de administrar justicia penal. Por tanto, la acción jurisdiccional penal no es un derecho subjetivo atribuido a una determinada persona.

La conclusión anterior plantea el problema de determinar la naturaleza jurídica de la función atribuida a los funcionarios y empleados que ejercen las atribuciones acordadas para el Cuerpo Técnico de Policía Judicial. En ejercicio de esas atribuciones, esos funcionarios y empleados, como se establece en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal, realizan una serie de actos de investigación criminal con observancia de las disposiciones procedimentales. Ejecutan la misma actividad que lleva a cabo el funcionario de instrucción y, por tanto, es actividad jurisdiccional. Pero tales funcionarios y empleados no son jueces. Ellos prestan a los jueces la colaboración

investigativa necesaria para que éstos lleven a cabo su función. No son funcionarios de la rama jurisdiccional pero están adscritos al servicio público de administrar justicia penal con el carácter de auxiliares. En consecuencia, la actividad que realizan es jurisdiccional penal.

1.5 La acción jurisdiccional penal, que corresponde al Estado, se ejerce por el funcionario investido de la potestad penal conforme a un determinado procedimiento para aplicar, en el caso concreto, una determinada ley penal. La clase de ley penal que se aplica y las condiciones especiales de la persona a la cual se aplica, dan lugar a la jurisdicción penal común, la jurisdicción penal aduanera, la jurisdicción penal militar, la jurisdicción penal de menores, la jurisdicción penal especial para orden público y la jurisdicción penal del Senado. El estudio de la jurisdicción penal en Colombia comprende el de cada una de las ya mencionadas. En este artículo sólo me referiré a la llamada jurisdicción penal ordinaria o común. Es la más extensa y la más importante.

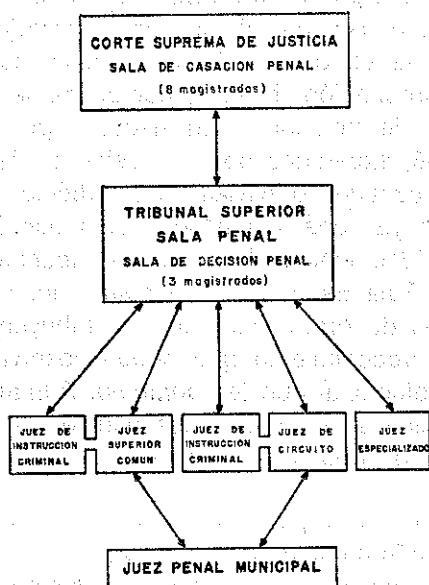
1.6 La finalidad de la jurisdicción penal en Colombia, según se infiere del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal común, es la efectividad del derecho material. Pero del examen atento de dicho Código resulta que, el poder-deber de investigar, en su aspecto de indagación preliminar, tiene como finalidades "determinar si ha tenido ocurrencia el hecho que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrito en la ley penal como punible, y aportar las pruebas indispensables en relación con la identidad o individualización de los autores o partícipes del hecho", como se prevé en el artículo 341. En su aspecto de instrucción o investigación sumarial, tiene como fines recoger, practicar y aportar las pruebas conducentes para el cabal esclarecimiento del hecho y el descubrimiento de los autores y partícipes, así como la captura y el aseguramiento del procesado y el aseguramiento de bienes en cantidad suficiente para garantizar el resarcimiento de los daños materiales y morales causados, como se infiere de los artículos 354 a 453 del Código en cita. El poder-deber de calificar el mérito de la investigación o sumario, tiene como finalidad decidir, si con base en los resultados de la instrucción, procede la cesación del procedimiento, la reapertura de la investigación o la acusación del procesado. El poder-deber de juzgar tiene como fines determinar, con toda certidumbre, si el acusado es penalmente responsable, por cual tipo penal específico y proferir la sentencia que corresponda y ordenar su ejecución.

La actividad jurisdiccional penal, procedimentalmente ejecutada, se dirige a establecer si ha existido un hecho previsto en la ley como punible, si ese hecho ha sido cometido por el procesado y qué circunstancias vienen a determinar la medida de la sanción correspondiente. De modo que hay ejercicio de la acción jurisdiccional en el caso de que se llegue a la condenación, pero también cuando se concluye con la absolución. Por tanto, son fines de la jurisdicción penal en Colombia sancionar al responsable y proteger la inocencia que se presume por mandato del artículo 3 del Código de Procedimiento Penal.

Así, pues, el ejercicio de la acción jurisdiccional penal se compone de la ejecución de actos de prueba, actos de trámite y actos de decisión. Como todos ellos se realizan en ejercicio de la potestad jurisdiccional y conforme al procedimiento penal, tienen el carácter de actos jurisdiccionales legales.

2. Organigrama de la jurisdicción penal común

2.1 Los diferentes órganos de la jurisdicción penal común están jerarquizados en la forma siguiente:



2.2 De las cuatro salas en que está dividida la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Casación Penal es el tribunal supremo jurisdiccional penal en el país. Cada uno de los magistrados de esa Sala es funcionario de instrucción criminal. Por tanto, ejecuta los actos de prueba y de trámite durante la investigación. La Sala en pleno, como juez colegiado, realiza los actos de decisión. El magistrado, durante el juzgamiento, lleva a cabo los actos de trámite. Todo esto en los asuntos de competencia de dicha Sala en única instancia. Cuando actúa como tribunal de segunda instancia y como tribunal de casación, los actos de trámite, por regla general, los realiza el magistrado y los de decisión la Sala en pleno. La Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial ejerce la acción jurisdiccional penal por medio de uno de los magistrados que es funcionario de instrucción y de la sala de decisión penal, integrada por ese magistrado y otros dos que le sigan en orden alfabético de apellidos, que realiza los actos de decisión. Tiene el carácter de juez colegiado. Los jueces de instrucción criminal, radicados o ambulantes, ejercen la acción jurisdiccional penal en sus fases de indagación preliminar, investigación sumarial y calificación del sumario en todos los casos cuyo juzgamiento está atribuido a los jueces superiores o a los jueces de circuito. Por eso en el organigrama se indica la comunicación entre el juez de instrucción y el juez superior, y entre el juez de instrucción y el juez de circuito. Los mencionados jueces superiores comunes y de circuito penal sólo ejercen la acción jurisdiccional penal en los procesos en que el respectivo juez de instrucción ha formulado acusación. El juez especializado y el juez penal municipal ejercen la acción jurisdiccional desde la indagación preliminar hasta la ordenación de la ejecución de la sentencia. Todos los que se acaban de mencionar son jueces singulares. Los decretos 180 y 181 de 1988, expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 121 de la Constitución Política y cuya constitucionalidad está pendiente al momento de escribir este documento, crean en los tribunales superiores de distrito judicial la Sala Especial de Juzgamiento, reafirman la creación de los jueces de orden público, les atribuyen jurisdicción penal y señalan el procedimiento que deben observar en el ejercicio de la acción jurisdiccional que les compete. Aunque la mencionada Sala ejercerá funciones jurisdiccionales penales, se crea y organiza como algo separado de la tradicional Sala Penal.

2.3 La posición jerárquica que aparece en el organigrama permite comprender, con un solo golpe de vista, que la Sala de Casación Penal es superior funcional de la Sala de Decisión Penal y que ésta

es superior funcional de los jueces de instrucción criminal, superiores comunes, de circuito penal y especializado. Indica, igualmente, que el juez superior común y el juez de circuito penal son funcionalmente superiores del juez penal municipal. Este sistema de superioridad-inferioridad, establece una relación de supraordinación-subordinación que ha dado lugar a que los criterios del superior se impongan al inferior. Ante la decisión del superior, al inferior sólo le queda cumplirla. Por causa de esto se ha producido una especie de jurisprudencia elaborada por los entes y funcionarios funcionalmente superiores y, por supuesto, la de la Sala de Casación Penal domina todo el panorama. Esta rígida jerarquización ha generado, también, una especie de temor reverencial y una especie de obediencia al superior, sólo comparable con lo que sucede en la jerarquización militar. Así es como la sabiduría jurídica tiene diversos niveles. El máximo nivel lo representa la Sala de Casación Penal y el mínimo el Juez Penal Municipal. Consecuencia de todo esto es el principio de autoridad que rige el ejercicio de la función jurisdiccional. Por causa de este principio la creatividad jurídica es mínima. Los criterios y argumentos se repiten fatigosamente sin considerar los constantes cambios que se operan en la realidad nacional.

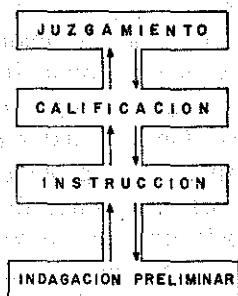
2.4 ¿Es conveniente para Colombia esta organización que recuerda el organigrama de la jurisdicción en el antiguo Egipto y en la antigua Persia? Hasta donde yo sé, ninguno se ha planteado seriamente este interrogante. En todas las leyes y decretos se mantiene y desarrolla esa jerarquización, como si la Constitución Política no brindara la posibilidad de una organización diferente en la que la independencia intelectual y la autonomía del juez sea una realidad incuestionable. Es que no basta con separar la función jurisdiccional penal de las otras funciones fundamentales del Estado. Es necesario que el juez decida conforme a sus propios criterios jurídicos y no con base en el principio de autoridad. Es necesario eliminar esa relación dominante-dominado para que el juez obre como lo que es, un ser libre. No se debe olvidar que la libertad del hombre es el fundamento de la dignidad humana. Si queremos jueces dignos, tenemos que permitirles que ejerzan su función con independencia de criterio y autonomía de su voluntad.

2.5 ¿Es conveniente para Colombia que los jueces investiguen, acusen y juzguen? La respuesta ha sido generalmente afirmativa. Esta respuesta se funda en la afirmación de que la instrucción criminal es función jurisdiccional que sólo pueden ejercer los jueces. Aunque constitucionalmente esto es así, también es verdad que la

instrucción criminal tiene el sentido de formalización de pruebas y diligencias, cosa que no se debe confundir y menos identificar con la acción de investigar. Si se mantiene la necesaria distinción entre instrucción e investigación, en desarrollo del artículo 143 de la Constitución Política se debe atribuir el poder-deber de investigar a los funcionarios del ministerio público. De modo que desde el punto de vista constitucional es posible atribuir la función de investigar al ministerio público y la formalización de las pruebas y las diligencias investigativas al funcionario jurisdiccional. En estas condiciones, el juez sólo intervendría cuando con base en una investigación lo solicitase el agente del ministerio público. Esto exige, necesariamente, una reorganización del procedimiento y del proceso, para que el ministerio público acuse y el juez, sin preconcepto alguno, juzgue.

3. Estructura de la acción jurisdiccional penal

3.1. La acción jurisdiccional penal, como ya se había advertido, se desarrolla en diferentes fases o etapas que permiten diagramarla como una escala que asciende de la indagación preliminar a la instrucción, a la calificación y al juzgamiento. El diagrama es como sigue:



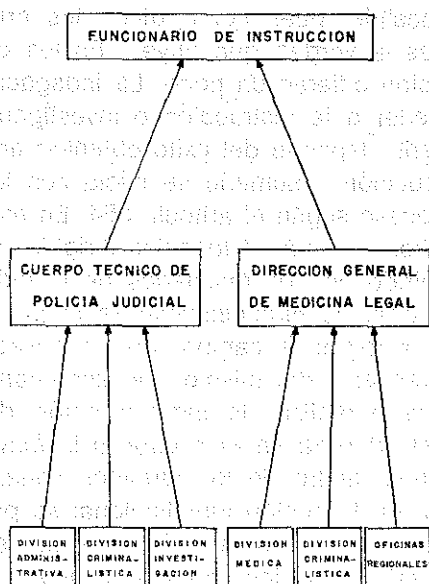
3.2 La indagación preliminar está constituida por el conjunto de actos investigativos que deben realizarse, por regla general, inmediatamente después de que se tiene conocimiento de una hipótesis de hecho previsto en la ley penal como punible. En el caso de hechos que dejan huellas más o menos permanentes, la indagación comienza con la observación y fijación criminalística del escenario del hecho. En este mismo momento comienza la cadena de custodia

de los elementos materiales de prueba a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Penal. Ella prosigue con el examen técnico-científico de esos elementos, con el descubrimiento de los testigos útiles para la investigación y con la práctica de las diligencias para identificar o individualizar a los autores y partícipes. Es una fase de primerísima importancia que debe llevarse a cabo a la mayor brevedad posible, pues como dicen los criminalísticos, "el tiempo que pasa es la verdad que huye". En los demás casos los actos de investigación difieren un poco. La indagación preliminar es la base para proceder a la instrucción o investigación sumarial. La existencia de sumario depende del éxito obtenido en esa indagación preliminar. La instrucción o sumario se inicia con la expedición del auto cabeza de proceso según el artículo 354. En esta fase se deben formalizar las pruebas y demás diligencias dirigidas a perfeccionar el conocimiento adquirido por los resultados de la indagación preliminar y a esclarecer todas las circunstancias relacionadas en el artículo 360, pero también a lograr la captura del procesado si aún no ha ocurrido, al aseguramiento del mismo y al aseguramiento de bienes del procesado para garantizar la indemnización de los perjuicios causados. Todo esto debe llevarse a cabo a la mayor brevedad posible o por lo menos dentro de los términos señalados por la ley. Agotada esta etapa de la acción jurisdiccional se pasa a la de calificación de los resultados del sumario. En este momento puede cesar el procedimiento, reabrirse la investigación o acusarse al procesado. De la acusación se transita al juzgamiento. En este período de la acción jurisdiccional penal se debate la acusación desde el punto de vista probatorio y jurídico y finalmente se decide por el juzgador.

3.3 Todo lo anterior significa que, el fracaso de la indagación preliminar impide la iniciación del sumario. El éxito de la misma da lugar a la iniciación de dicho sumario. Por tanto, el número de sumarios depende del éxito o el fracaso de la mencionada indagación. La calificación del sumario con providencia de cesación del procedimiento o de acusación, depende del éxito o el fracaso de la investigación sumarial. El número de procesos en fase de juzgamiento depende del número de acusaciones que se hayan formulado. Es evidente pues, que la administración de justicia mediante el ejercicio de la acción jurisdiccional penal, muy amplia en su base, se va estrechando a medida que se asciende en la escala mencionada. Considero, por tanto, que la indagación preliminar y la investigación sumarial son las etapas más importantes para una administración de justicia penal pronta, oportuna y eficaz. Todo está perdido si el fracaso impera en esas dos etapas.

4. Organigrama de la función de investigar

4.1 Los diferentes órganos encargados de la investigación criminal se conectan y relacionan como sigue:



4.2 El funcionario competente para hacer la indagación preliminar y el que lo es para formar el sumario, ejerce la acción jurisdiccional penal con el auxilio permanente de los funcionarios y técnicos adscritos a la Dirección General de Medicina Legal. Por tanto, puede y debe utilizar los elementos y técnicas criminalísticas de que disponen esas dos instituciones. En casos especiales podrá utilizar también los laboratorios y medios técnicos de investigación que tengan otras entidades oficiales o que pertenezcan a persona o ente no oficial. En teoría, todo el país técnico científico está a disposición del funcionario de instrucción para el eficaz y celeroso desarrollo de su actividad. Pero como siempre ocurre, la práctica en Colombia es claramente distinta de la teoría y esos funcionarios continúan investigando, en la inmensa mayoría de los casos, sin ningún apoyo técnico-científico.

4.3 El Cuerpo Técnico de Policía Judicial, creado y organizado por el decreto 0054 de 1987, funcionará bajo la dirección y dependencia de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal. La división

administrativa tendrá a su cargo lo referente a la selección, capacitación y demás aspectos relacionados con el personal. Por tanto, debe seleccionar, capacitar, adiestrar y entrenar el personal técnico-científico que servirá en los diversos laboratorios de criminalística, y el personal de investigadores adscritos a la división de investigación. La división administrativa, a cuyo cargo está el manejo presupuestal y la organización de los servicios indispensables para el funcionamiento de la Policía Judicial, debe adquirir los elementos criminalísticos necesarios. Esa división, por tanto, debe capacitar, adiestrar y entrenar al personal de investigadores en las técnicas criminalísticas clásicas y contemporáneas, debe conseguir los equipos e instrumentos para que el personal técnico-científico y el de investigadores puedan cumplir cabalmente su tarea, organizar el archivo de la Policía Judicial y poner todo eso en un local adecuado para el funcionamiento del mencionado Cuerpo Técnico. Esto debe hacerlo también en las seccionales de Policía Judicial. Para hacer todo esto y organizar otros servicios criminalísticos no previstos en el decreto ni en el Código de Procedimiento Penal, el Gobierno está facultado para reglamentar el funcionamiento de ese cuerpo.

Este Cuerpo Técnico de Policía Judicial aún no ha empezado a funcionar como lo indica el decreto. Pero es incuestionable que si el Gobierno Nacional asigna suficiente presupuesto para funcionamiento e inversión y además reglamenta lo que hay que reglamentar, Colombia y los funcionarios de instrucción dispondrían de una verdadera policía judicial con una rama técnico-científica y una rama operativa. Con un cuerpo de esta índole, la investigación criminal tendría una gran eficacia y con ella se disminuiría notoriamente la impunidad. No se requiere una reforma constitucional para desarrollar lo que ya se ha empezado.

4.4 La Dirección General de Medicina Legal, reestructurada por el decreto 0055 de 1987, prestará sus servicios de medicina legal y criminalística en todo el territorio nacional. Este organismo oficial auxilia también al funcionario de instrucción en ejercicio de la acción jurisdiccional penal. La división médica presta servicios de reconocimientos forenses, de neuropsiquiatría, de laboratorios forenses, de estadística e informática forense. La división de criminalística, los servicios de balística forense, grafología y documentoscopia forense, de física y química forense; de identificación, topografía y fotografía forense. Todos estos servicios se prestarán por medio de las oficinas regionales que tienen su sede en Barranquilla, Medellín, Bucaramanga, Bogotá, Pereira, Cali y Neiva. Infortunadamente esas regionales no se han organizado conforme al decreto. Algunas ciu-

dades como Bogotá y Medellín disponen de servicios médico legales y criminalísticos más o menos aceptables.

4.5 En Colombia existen las bases de la investigación técnico-científica y especializada. Es necesario desarrollar acertadamente lo poco que existe, a fin de que el esclarecimiento de los delitos y el descubrimiento de autores y partícipes sea eficaz. Para que el delincuente individual y la organización criminal no continúen amparados por esta ofuscante impunidad.

5. *La función de calificar*

5.1 La acción jurisdiccional penal en su fase de indagación preliminar se convierte en investigación sumarial o sumario cuando se expide el auto cabeza de proceso. Perfeccionado el sumario o vencido el término señalado en la ley para hacer la instrucción, se profiere un auto por el cual se ordena clausurar esa investigación y que el expediente formado quede en la secretaría, del juez colegiado o del juez singular, a disposición de las partes por el término de ocho días para alegar. Dentro de este plazo, el agente del ministerio público, el apoderado de la parte civil si la hay y la defensa, pueden presentar por escrito sus argumentos y puntos de vista respecto de la forma como se debe calificar el mérito del sumario. Ninguno de tales conceptos obliga al juez calificador. Vencido el término anterior, dicho juez procede a calificar el mérito de la investigación.

5.2 La calificación es el juicio por el cual, con fundamento en las pruebas existentes y la ley penal vigente, el juez respectivo decide que alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal está probada con toda certidumbre; o que tiene la certeza de que el hecho reúne todas las condiciones descritas en la ley penal y muy probablemente el procesado es penalmente responsable como autor o partícipe; o que las pruebas no permiten la formulación de ninguno de los dos juicios anteriores. En el primer caso, su juicio lo expresa mediante un conjunto de proposiciones que constituyen la providencia de cesación de procedimiento. En el tercer caso esas proposiciones conforman la decisión de reapertura de la investigación. En el segundo caso el respectivo conjunto de proposiciones integran la resolución de acusación. Esta concluye con la acusación concreta por un tipo penal específico contra una persona determinada. Y una vez ejecutoriada, la acción

jurisdiccional penal se convierte en acción de juzgamiento directamente, cuando la acusación ha sido formulada en única instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte, o en primera instancia por la Sala de Decisión Penal del Tribunal o por el Juez Penal Municipal; o se convierte en acción de juzgamiento, previo el acto de control de legalidad, en el caso de que la acusación haya sido formulada por el juez de instrucción criminal. Hay que advertir que el juez especializado formula acusación mediante auto de citación a audiencia.

5.3 Cuando la calificación compete a un juez colegiado, el magistrado sustanciador elabora el proyecto de providencia y lo somete a consideración de los magistrados restantes que conforman la Sala de Casación Penal o la Sala de Decisión Penal según el caso. En los procesos por hechos de competencia de alguna de las salas mencionadas, el magistrado es funcionario de instrucción y por ello ejerce la acción jurisdiccional en sus aspectos de indagación preliminar e investigación sumarial. Pero los actos de decisión durante el sumario y la calificación de éste compete a la respectiva sala y no solamente al magistrado. Los jueces de instrucción criminal, en los procesos por hechos cuyo juzgamiento compete al juez superior o al juez de circuito penal, ejercen la acción jurisdiccional penal en sus aspectos de indagación preliminar, investigación sumarial y calificación del sumario. Los jueces penales municipales y los especializados ejercen la acción jurisdiccional en todas sus fases.

5.4 Los jueces superiores comunes y los jueces de circuito penal inician el ejercicio de la acción jurisdiccional penal que les está atribuida, en el momento en que reciben el proceso con resolución de acusación procedente del juez de instrucción criminal que la profirió. El primer acto de dicho ejercicio es el del control de legalidad y fijación de competencia a que se refieren los artículos 486 y 488 del Código de Procedimiento Penal. Ejecutoriado el auto que declara la legalidad de lo actuado y acepta la competencia, se inicia propiamente la acción jurisdiccional de juzgamiento.

5.5 Hasta este momento, la acción jurisdiccional penal ha pasado de la indagación preliminar al sumario y a la calificación. Pero es frecuente que el ejercicio de dicha acción termine en la primera fase mediante auto inhibitorio o que permanezca en esa etapa en virtud de auto que ordena suspender la indagación. También es frecuente la reapertura de la investigación en la etapa de la calificación. En este caso el ejercicio de la acción jurisdiccional penal que de investigación sumarial había pasado a calificación, regresa

de esta fase a la de investigación o instrucción. Y aún es posible que habiendo pasado a la etapa de juzgamiento, el ejercicio de dicha acción regrese a la fase de instrucción. Las flechas de ida y vuelta dibujadas en el diagrama de la acción jurisdiccional quieren mostrar gráficamente este movimiento.

6. *La función de juzgamiento*

6.1 El ejercicio de la acción jurisdiccional penal, en su fase de juzgamiento, se inicia con el acto de apertura del juicio a prueba. Cuando se trata de juez colegiado, la acción se ejerce por el magistrado sustanciador que realiza los actos de trámite y por la respectiva sala que ejecuta los actos de decisión. Cuando se trata de juez singular, éste ejerce totalmente la referida acción. El segundo acto es el decreto y práctica de pruebas solicitadas por los sujetos procesales del juzgamiento, o que el funcionario tramitador estime necesarias. Luego viene, propiamente, la práctica de las pruebas en la audiencia pública o en un período probatorio anticipado. De todo esto se infiere que el ejercicio de la acción jurisdiccional penal de juzgamiento tiene un aspecto instructorio. Quien ejerce la acción en esta subfase, es funcionario de instrucción. Lo es porque instruye las pruebas del juicio. Y está facultado para utilizar los servicios criminalísticos que presta el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, la Dirección General de Medicina Legal, otros organismos oficiales y aún personas y entes no oficiales.

6.2 Agotada la subfase de instrucción de pruebas se inicia el debate argumental. En esta fase, el agente del ministerio público, el apoderado de la parte civil si la hay y la defensa, exponen sus argumentos y puntos de vista respecto de la sentencia que debe proferir el juzgador. En los procesos por hechos de competencia de la Sala de Casación Penal, de la Sala de Decisión Penal, del juez penal municipal y del juez especializado, el centro del debate es la acusación que tales jueces colegiados y singulares han formulado. Y, precisamente, el mismo juez que formula la acusación y dirige el debate es el que resolverá el contradictorio. En los procesos por hechos cuyo juzgamiento está atribuido a los jueces superiores y a los jueces de circuito penal, el centro de ese debate es la acusación formulada por el juez de instrucción. Evidentemente, la garantía de defensa está mejor asegurada en este último caso que en el primero. Es claro que la imparcialidad del juez en el primer caso está disminuida.

6.3 El ejercicio de la acción jurisdiccional penal, en única o en primera instancia, termina con la expedición de la sentencia. Mediante ésta, el juez colegiado o singular, según el caso, afirma que las pruebas existentes en el proceso le producen la certeza respecto de la existencia del hecho, que ese hecho reúne todas las condiciones previstas en la ley penal y por tanto se adecúa a tal o cual descripción legal, y que esas pruebas le producen la certeza de que el acusado es penalmente responsable como autor o cómplice. Por eso le impone la sanción correspondiente en la justa medida. En este caso la sentencia es condenatoria. Cuando no ha adquirido esa certidumbre o ha obtenido la certeza de lo contrario, la sentencia es absolutoria. Pero en los casos en que interviene el jurado, la certeza viene suministrada por el veredicto expresado por los jueces de conciencia. Ejecutoriada la sentencia prosigue su ejecución que, cuando se trata de condena a pena o medida de seguridad, es ejecutada por los funcionarios y empleados del servicio público carcelario adscrito al Ministerio de Justicia.

Conclusiones

1ª La función jurisdiccional, potestad de administrar justicia, es inherente al Estado. Aunque está inseparablemente unida a su esencia, racionalmente se puede distinguir del Estado y de las otras funciones del mismo.

2ª La función jurisdiccional penal es potestad de administrar justicia penal. Por tanto, es poder de administrar justicia y deber de administrarla. De esta noción ha surgido, en la doctrina procesal, la teoría según la cual toda persona tiene el derecho correlativo del deber de administrar justicia. Mirada la jurisdicción penal desde el punto de vista del deber de administrar justicia, la acción penal es el derecho subjetivo de toda persona para solicitar al Estado el cumplimiento de su deber. Pero considerada como potestad, el poder y el deber corresponden al mismo ente y la acción penal no es más que acción jurisdiccional penal que corresponde al Estado.

3ª La legislación distribuye la potestad de administrar justicia penal entre las distintas categorías de jueces creados por la Constitución Política y por la misma ley. De esto surge la idea de que la competencia es la medida de la jurisdicción. Considerada la competencia por el solo aspecto del deber de administrar justicia penal, la acción penal se presenta como derecho subjetivo de toda persona para demandar al juez penal competente el ejercicio de su compe-

tencia. Pero cuando se mira como poder-deber, la acción penal no es más que acción jurisdiccional penal que corresponde al Estado.

4ª La competencia penal es inherente al juez penal y le está inseparablemente unida. El poder-deber de administrar justicia penal que tiene este funcionario se concreta e individualiza por causa de la hipótesis de hecho previsto en la ley como punible. En este momento, la competencia se convierte en poder-deber de investigar, de calificar el mérito del sumario, de juzgar y de ordenar la ejecución de la sentencia. Pero dicha potestad puede cesar, en el caso particular, antes de la calificación, en la calificación o con la sentencia ejecutoriada. Cuando los procesalistas miran la competencia por el mero aspecto del deber, concluyen que la acción penal es derecho individual y concreto para promover y excitar el ejercicio de la potestad de administrar justicia y dirigido al juez competente. Mirada esa competencia como poder-deber radicados en el juez, la acción penal no es otra cosa que la actividad que oficiosamente desarrolla para administrar justicia en el caso concreto.

5ª Así, jurisdicción, competencia y acción son una y la misma cosa, tienen las mismas características y los mismos fines. Pero cuando la potestad de administrar justicia se mira solamente desde el punto de vista del deber, es lógicamente necesario afirmar que la acción penal es derecho de toda persona que se ejerce contra el Estado para que cumpla su deber de administrar justicia; o derecho de toda persona que se ejerce contra el juez competente para que cumpla su deber de administrar justicia penal en un caso concreto. En este último caso, la legislación otorga ese derecho a cualquier persona y se habla entonces de acción penal popular. Lo otorga solamente al sujeto pasivo del hecho previsto en la ley penal como punible y se habla de acción penal privada. O concede ese derecho a otro órgano estatal, generalmente al Ministerio Público o Ministerio Fiscal. En este caso se habla de acción penal pública.

7. *El servicio público de justicia penal*

7.1 La noción original de servicio público estuvo vinculada a la idea de democracia funcional caracterizada por la transformación de la economía de lucro en sistema de economía de uso. Pero prontamente, los autores ampliaron esa noción y consideraron que "los servicios públicos son organizaciones que forman la estructura misma

del Estado" (Bonnard). Otros afirmaron que es "un servicio que se presta al público de una manera regular y continua, para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública" (Hauriou). El "servicio público consiste en la satisfacción eficaz, regular y continua de las necesidades comunes, por medio de un procedimiento especial de derecho aplicado por los funcionarios públicos" (Castro Martínez). Así, pues, el servicio público es: 1º) Una organización que forma parte de la estructura general del Estado. 2º) Una actividad regular y continua realizada por los funcionarios y empleados adscritos a esa organización. Es regular porque se realiza conforme a determinadas reglas. Es continua porque debe desarrollarse sin interrupción alguna. 3º) Mediante esa actividad se satisface eficazmente una necesidad común. Estas nociones elementales sirven para comprender el servicio público de justicia penal.

7.2 La administración de justicia penal, "servicio público de cargo de la nación" según se infiere del artículo 58 de la Constitución Política, se presta por la organización jurisdiccional penal, esto es, por el conjunto de jueces colegiados y singulares investidos de competencia penal, y de los empleados que sirven en la Sala de Casación Penal de la Corte, la Sala Penal de los tribunales superiores y en cada uno de los juzgados que ejercen la potestad penal. Como se anotó en el organigrama de la jurisdicción penal común, esta organización se ha estructurado conforme a los criterios burocráticos de jerarquización, atribución diferenciada de funciones y aptitud especial de las personas para ejercer como magistrados o jueces. La secretaría de cada ente jurisdiccional penal se ha estructurado siguiendo los criterios anteriores. En este caso, el secretario es el jefe de la secretaría y los demás empleados le están subordinados. En este tipo de organización, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia nombra los magistrados de la Corte que deban ocupar las vacantes dejadas por los que se retiran o fallecen. Nombra, además, algunos de los empleados de la entidad y a los magistrados de los diferentes tribunales superiores de distrito judicial existentes en el país. Pero cada una de las salas en que se divide la Corte nombra los empleados de su propia secretaría. Los tribunales superiores de distrito judicial, en Sala Plena, nombra los jueces del respectivo distrito y algunos otros empleados de la entidad. Pero cada una de las salas en que se divide la Corporación nombra los empleados de su propia secretaría. Finalmente, cada juez nombra los empleados de la secretaría del Juzgado. En virtud del Estatuto de Carrera Judicial que limita el ejercicio del poder de nombrar, los funcionarios y empleados del tribunal para abajo, tienen estabilidad.

Los magistrados de la Corte pueden permanecer en sus cargos hasta la edad de retiro forzoso.

La organización, brevemente delineada en el párrafo anterior, ha producido las siguientes consecuencias: 1ª) La profesionalización de la magistratura, la judicatura y de los empleados jurisdiccionales penales, con su secuela de agremiación para la defensa de los intereses gremiales y la obtención de mejor remuneración y más y mejores prestaciones sociales. 2ª) El hábito de hacer las cosas por mera práctica, de modo que la actividad jurisdiccional penal se hace de acuerdo con lo que se viene haciendo sin reflexionar lo suficiente sobre las bondades de esa costumbre inveterada. 3ª) El principio de autoridad como criterio fundamental para resolver cada caso. Lo declarado procesalmente por el juez superior o el juez de circuito en segunda instancia es una verdad que obliga al juez penal municipal. Lo declarado por la sala de decisión penal del Tribunal en segunda instancia es verdad que obliga al juez superior, al juez de circuito penal, al juez de instrucción criminal y al juez especializado del respectivo distrito judicial. Y lo declarado por la Sala de Casación Penal de la Corte, como tribunal de única instancia, de segunda instancia o como tribunal de casación, es verdad que obliga a todos los magistrados y jueces del país. Esta obligatoriedad de esas verdades no es impuesta por la ley. Es fruto de una especie de temor reverencial y de obediencia intelectual frente al superior funcional. 4ª) El poder interno que ha generado la organización ha dado lugar a frecuentes interrupciones de la prestación del servicio, sin que los encargados de la vigilancia de la conducta oficial de funcionarios y empleados hayan enfrentado, eficazmente, ese poder de la asociación. Por eso puede inferirse que, en frecuentes ocasiones, los intereses gremiales se ponen por encima del interés general en la continuidad de la actividad de administrar justicia penal. Muchas otras consecuencias se han derivado del tipo de organización que, como muchos lo advierten, han perjudicado la pronta y cumplida administración de justicia penal.

7.3 El ejercicio procedimental de la acción jurisdiccional se basa en los criterios burocráticos de tramitación, expedientes y archivos. Esto ha dado lugar a que la organización jurisdiccional genere un trabajo interno que distrae a los funcionarios y empleados del ejercicio de su actividad dirigida a una pronta y cumplida justicia. Ese trabajo burocrático inútil conspira contra la eficacia de la administración de justicia penal.

7.4 El año laboral jurisdiccional conspira también contra la continuidad y la eficacia del servicio público de justicia penal. Debe

iniciarse el 11 de enero y terminar el 19 de diciembre de cada año. Pero hay por lo menos 85 días de vacancia judicial discriminados en vacaciones, domingos y festivos. Cada magistrado tiene derecho, cada mes, a cinco días de permiso. Cada juez tiene derecho a un permiso de tres días por mes. Si el magistrado hace uso de ese derecho, deja de laborar 60 días al año y si quien hace uso del derecho es el juez, deja de trabajar 36 días por año. Como sólo hay obligación de laborar los sábados en la mañana, durante el año laboral y por este motivo no se trabaja durante 24 días. En estas condiciones, un magistrado sólo está obligado a trabajar durante 196 días al año, mientras que el juez está obligado a trabajar durante 220 días. El año laboral judicial no supera los dos tercios del año calendario. Si a estos cálculos agregamos que se viene imponiendo la costumbre de no laborar los sábados en la mañana, de concurrir simplemente a la oficina, el dato antes mencionado se reduce en 24 días y así, el año laboral del magistrado es de sólo 172 días y el del juez de 196 días. Cuando como en el año de 1987 hay varios paros o huelgas, la duración del año laboral es mucho menor. Todo está diseñado para que no haya continuidad en la prestación del servicio.

7.5 La administración de justicia penal no se agota con el agotamiento de la acción jurisdiccional penal mediante sentencia condenatoria en cada proceso. La ejecución de la condena a pena o medida de seguridad se lleva a cabo por el servicio público carcelario adscrito al Ministerio de Justicia. Ciertamente, mediante esta ejecución se deben realizar los fines de la pena y de la medida de seguridad impuestas en la sentencia.

8. *El servicio público carcelario*

8.1 El servicio público carcelario, según el artículo 5º del decreto 1817 de 1964, se distribuye en los siguientes centros: a) Penitenciarías rurales y urbanas. b) Cárceles distritales. c) Cárceles municipales. d) Cárceles para militares. e) Colonias agrícolas, industriales o mixtas. f) Cárceles para mujeres. g) Sanatorios penales antituberculosos. h) Manicomios criminales. i) Anexos siquiátricos. j) Instituciones para protección de post-penados. No se mencionan las cárceles de circuito porque la reforma judicial de 1964 suprimió los circuitos judiciales que fueron restablecidos posteriormente y con ello las cárceles de circuito. En la actualidad, la capacidad carcelaria se discrimina en la forma siguiente:

La Colonia Penal de oriente puede albergar hasta	1.000
Las cinco penitenciarías tienen una capacidad de	5.060
Las cárceles distritales tienen una capacidad de	11.227
Las cárceles de circuito tienen una capacidad de	12.204
Las reclusiones para mujeres una capacidad de	1.627
Las cárceles para militares y policías de	300
La capacidad total carcelaria es de	31.418

Aunque en estos datos no se incluyen los referentes a la capacidad de las llamadas cárceles municipales, que son establecimientos generalmente muy pequeños, lo cierto es que si los jueces penales encarcelaran preventivamente o para cumplimiento de pena a todos los que aparecen procesados en los respectivos procesos, el servicio carcelario reventaría en pedazos. Este desfase entre la administración de justicia penal y el servicio carcelario, puede ser uno de los motivos para que en el Código de Procedimiento Penal se reduzca el número de casos en que procede la detención preventiva como medida de aseguramiento.

8.2 La ejecución de la pena se traduce en ejecución del tratamiento penitenciario a que debe someterse tanto al detenido como al condenado. El tratamiento del condenado debe fundarse en las reglas del sistema progresivo con disciplina atenuada. El sistema colombiano comprende, de modo general, el régimen disciplinario, el régimen de trabajo y el régimen educacional, pues se estima que la educación y el trabajo son la base de la regeneración moral y social de los reclusos. De esta manera se pretende realizar los fines de la pena consistentes en castigar, prevenir, proteger y resocializar. El tratamiento para el sometido a medida de seguridad depende de la causa de su inimputabilidad.

8.3 En la práctica, el servicio carcelario no logra realizar los fines de la pena y la medida de seguridad. En la cárcel, dadas sus numerosas y variadas deficiencias, el interno no aprende a vivir en sociedad, sino a proseguir y aún perfeccionar su carrera criminal a través del contacto y las relaciones con otros delincuentes. De manera que la detención preventiva y la pena realizan fines contrarios a los señalados por la ley penal. La ejecución de la medida de seguridad, por su especial carácter científico y técnico, es mucho más ineficaz que la ejecución de la pena.

LA PRETENSION PROCESAL COMO OBJETO DEL PROCESO

Beatriz Quintero de Prieto *

1. *Introducción.* 2. *La pretensión como solicitud exclusivamente.* 3. *La pretensión como solicitud fundada.* 4. *La pretensión como solicitud fundada típica.* 5. *La tipicidad de la pretensión.* 6. *Recapitulando.*

1. *Introducción*

Si se mira al proceso como actividad jurisdiccional y consecuentemente al objeto sobre el cual recae esta actividad, es decir, a ese quid que se le somete, que lo padece, a ese algo que es lo que el proceso dice, lo que define, lo que actúa, el litigio carneltuttiano, el objeto litigioso de los alemanes Lent, Rosenberg, Schwab, Nikisch, "lo que el proceso procesa, aquéllo a que todos sus actos se refieren y que mediante el proceso se transforma en un sector determinado de vida humana", para Barrios de Angelis ⁽¹⁾, surge el cuestionamiento comparativo para determinar su coincidencia o no con el concepto de la pretensión procesal, y más aún, con cuál o cuáles de los elementos estructurales de ésta, que puedan considerarse como la esencia de la misma.

No es indiferente asumir cualquier postura doctrinaria o legislativa en torno a este problema de estricta y pura teoría del proceso

* Magistrada del Tribunal Superior de Medellín. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

1) Dante Barrios de Angelis: *Teoría del proceso*. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1970, página 99.

porque una definición que se tome en uno u otro sentido tendrá consecuencias ineludibles en lógica para la definición de otros problemas procesales que de alguna manera le resultan conexos: acumulación de pretensiones, transformación de la pretensión en el decurso del proceso, congruencia de la sentencia, litispendencia y cosa juzgada.

En ésta como en otras áreas de la teoría del proceso y de manera contraria a lo que pudiera imaginar un entendimiento simplista, pese a la importancia del instituto, no existe un concepto uniforme, ni siquiera después de hondas, filosóficas, abundantes indagaciones de insospechada envergadura sobre la materia: desde el derecho romano en la consideración de la fórmula y de la intentio, desde la polémica Windscheid-Müther, desde las escuelas concreta y abstracta de la acción.

Estas instituciones a las que se viene haciendo referencia: objeto del proceso y pretensión en su estructura esencial, como cualquiera otra que pertenezca a la teoría del proceso, son de naturaleza eminentemente formal y por ende excluyen cualquier posible referencia histórica o doctrinaria, o de otra índole, que pudiera esperarse encontrar en este trabajo, sobre la denominada pretensión material y por eso también, siempre que se aluda en él al término "pretensión" es evidente que se hará referencia apenas a la pretensión procesal.

Se llega al entendimiento de que la pretensión constituye el objeto del proceso porque las posibles variaciones que le introduce la resistencia dejan incólume el thema decidendum que se plantea y a lo sumo lo enriquecen con las excepciones propiamente tales, las cuales sin embargo no desquician ni transforman el objeto del proceso; y también se acepta que varias pretensiones procesales constituyen siempre varios objetos litigiosos; que el proceso acumulativo es el que tiene varios objetos litigiosos y que lo es el que sirve para componer dos o más pretensiones procesales y también que cada uno de los elementos que se indiquen como de la esencia de la pretensión, determinará el alcance del objeto litigioso y definirá en cada caso concreto si se está ante una o ante varias pretensiones. Esos elementos esenciales serán también los que identifiquen la pretensión y la distingan de otra u otras, precisando frente a acontecimientos concretos de cada proceso en su devenir, si una modificación de un elemento de la pretensión implicará o no transformación de la misma, si un determinado estado de cosas que alcance prueba, corresponde o no congruentemente a la pretensión sometida a pro-

nunciamento de fallo, si una precisa decisión es adecuada al objeto litigioso planteado o si en cambio hace referencia a uno nuevo. La litispendencia se opone al planteamiento de una pretensión procesal si ésta ya es objeto de un proceso pendiente; pero solamente una definición de la esencia de la pretensión, de lo que es la pretensión como quid que soluciona el proceso, puede decidir si es la misma la pretensión que se debate en ambos procesos: en el que se intenta y en el que discurre; no empece, este aserto así simplemente formulado no es siempre exacto, porque, como es preciso que se ahonde, en este tópico de la litispendencia, tiene incidencia también el posible aspecto de la no contradictoriedad de las pretensiones. Y, finalmente, las tres identidades de la cosa juzgada deben corresponder conceptualmente a la idea de la esencia inmanente de la pretensión procesal como objeto del proceso.

El trabajo intenta distinguir tres corrientes que agrupan las concepciones acerca de la estructura de la pretensión por lo que concierne a sus elementos esenciales, reconociendo a cada una méritos como corresponden a sus expositores; presenta así la temática como obedeciendo a un esquema tripartita.

① Una corriente viene siendo analizada como la que corresponde a la concepción de la pretensión procesal como concreción de la acción; un quid relacionado con el derecho material a debatirse en el proceso, precisamente por su cualidad de concreción, si bien conceptualmente ofrezca toda la independencia de un ente formal, de un concepto puramente procesal; esa vinculación lógicamente influye en su contenido, en su composición y estructura, de tal manera que a cada derecho sustancial que se debata en el proceso tiene que corresponder una pretensión; si son varios los derechos materiales debatidos, se configura una acumulación de pretensiones el debate de un derecho sustancial distinto implica una modificación del objeto litigioso. Se consideran entonces como elementos estructurales de la pretensión: una *solicitud* o deprecación, un *hecho* fundante, y de alguna manera, tiene incidencia también en ella, una *imputación en derecho*.

② Otra concepción se traza como la que pregonando abandonar toda vinculación con el derecho sustancial a debatirse, considera solamente factores formales, procesales: una *petición*, o *solicitud*, o *deprecación*, y un *estado de cosas* que el actor debe exponer como fundamento de su reclamo y que contribuye a delimitar y especificar la pretensión; ambos factores: la *petición* y el *estado de cosas*, ofrecen igual peso en una ponderación de importancia.

3) Y todavía otra corriente viene siendo pergenada como la que prescinde aún del estado de cosas y asigna todo el peso de la esencialidad de la pretensión, a la *petición*. Por razones de método y dada la conexión ideológica estrecha que presentan los elementos de la pretensión, *objeto- causa*, se inicia el trabajo con el análisis conjunto previo de ambos elementos, reservando para oportunidad sucesiva el que concierne al elemento personal. *O solicitud*.

2. La pretensión como *solicitud*, exclusivamente

Es la teoría de Karl Heinz Schwab y si bien, no de manera tan radical como él, de varios doctrinantes alemanes. Es también la tesis a la cual arriba como a destino final Leo Rosenberg en el camino que recorre hasta la sexta edición de su *Tratado*. Ya a partir de la cuarta y también en la quinta venía sugiriendo su viraje; definió entonces la pretensión procesal de la siguiente manera: "La petición dirigida a obtener la declaración susceptible de autoridad de cosa juzgada, de una consecuencia jurídica y que es caracterizada por la solicitud presentada, Y EN CUANTO SEA NECESARIO (subrayas extra texto y con intención por el estado de cosas) expuesto para fundamentarla" (1). Pero en la sexta (las referencias son tomadas de Karl Schwab), la define de esta otra manera: "La petición dirigida a obtener la declaración con fuerza de cosa juzgada de una consecuencia jurídica Y CARACTERIZADA POR LA SOLICITUD PRESENTADA (idem). Según esta definición que concuerda con la de Schwab, el estado de cosas, no forma parte del concepto de pretensión procesal.

En el decurso de su teoría y como se advierte en la definición que se transcribió como la antecedente en el tiempo, Rosenberg había considerado ya que el estado de cosas no era siempre indispensable para caracterizar la pretensión, descartando desde un comienzo las pretensiones de mera declaración de un derecho o de una relación jurídica. Así se había expresado al respecto: "Las pretensiones de declaración tienen generalmente por objeto la existencia o inexistencia de una relación jurídica, de la propiedad u otro derecho real, del matrimonio o de una paternidad o filiación, de una relación

1) Leo Rosenberg: *Tratado...*, página 35 tomo II. EJE, Buenos Aires, 1955. 5ª edición.

obligacional tales como un arrendamiento urbano o rural y otras semejantes. Esta relación jurídica estará ya suficientemente individualizada por la afirmación del derecho presentada en la solicitud y no necesita una mayor fundamentación por medio de hechos" (1).

Se ofrece así como primera hipótesis de pretensiones en las cuales la *solicitud* sea el solo elemento tipificante, la de las *merodeclarativas* de derecho o de relación jurídica como tal, siendo indiferente en lo que a ellas concierne que la deprecación se apoye en uno o en muchos estados de cosas; es ejemplo el proceso de filiación extramatrimonial en el cual se adujeran y fundamentaran causales diversas como posibles estados de cosas plurales, los cuales a la postre no son verdaderos sucesos fundantes sino apenas medios demostrativos de la filiación, considerando que el solo *hecho*, es la filiación misma.

La pretensión merodeclarativa como afirmación de que existe o no existe la relación jurídica hace de esa misma relación el solo objeto de la controversia y por eso desestimar la declaración positiva de certeza y proferir la negativa significa que definitivamente no existe el derecho o la relación jurídica, sin dejar resquicios para que pudiera existir, en virtud de otras demostraciones que no se adujeron en el proceso y que perdieron oportunidad en razón de la preclusión.

Se advierte a esta altura del trabajo que éste se limita a la exposición nominal de la tesis del doctrinante, siendo las consecuencias relevadas, las que el autor del trabajo deriva como lógicas para los demás institutos conexos. Muchas veces el autor no es muy consecuente con su planteamiento inicial y ofrece algunas leves claudicaciones. Tal ocurre por ejemplo en esta corriente con la mayoría de los sostenedores que sólo la analizan en sus consecuencias en relación con la *acumulación de pretensiones*; no así Karl Schwab quien la lleva a sus últimas consecuencias; la sola dificultad que ablanda a Schwab es el evento de que lo peticionado no sea una unidad sino una pluralidad. En tales casos los hechos básicos deberán revelar que sí se han presentado varias solicitudes peticionando varias resoluciones. Por ejemplo: si se demanda el pago de una suma afirmando el contrato de mutuo, el vencimiento del plazo y la mora, la petición se refiere a una resolución. Pero si se demanda el pago de una suma integrada por dos préstamos, habrá realmente dos peticiones. Empero, estos casos en los que es preciso interpretar la solicitud para examinar si hay unidad o pluralidad, son raros si lo pe-

1) Leo Rosenberg, obra citada, página 33.

ticionado es una unidad... Se aprecia la claudicación de Schwab en el sentido de admitir que, en esos supuestos, sobre todo en el de pago de sumas, sólo es posible determinar la identidad de la solicitud a base del estado de cosas⁽¹⁾.

De acuerdo pues con esta teoría habrá acumulación de pretensiones solamente cuando se presenten varias peticiones pero no cuando una sola deprecación se fundamente en varios hechos, o mejor, sucesos; para el efecto carece de importancia si las varias solicitudes se fundamentan en un suceso o en varios; hay así acumulación de pretensiones si con alegación de un suceso único se deprecia una indemnización por daños y perjuicios y además una resolución de contrato; y también si aduciendo uno o varios estados de cosas se impetra la devolución de la cosa dada en arrendamiento y una indemnización por daños; factor definitivo es apenas el número de deprecaciones. No hay entonces acumulación de pretensiones sino una única, si se deprecia la entrega de una cosa a base de un contrato de arrendamiento, o a base de un derecho de propiedad, o si se reclama indemnización de perjuicios con apoyo en un contrato o en un accidente automovilístico, o en un delito de lesiones personales; o si se pide el pago de una suma de dinero con apoyo en una letra de cambio o en un contrato de mutuo. La aseveración que causa sorpresa, cede en su rispidez cuando se piensa que esas fundamentaciones en apariencia imposibles de reducir a una sola petición se presentan con más frecuencia de la pensada como situaciones ambiguas en su deslinde y aun cuando ese deslinde se ofrezca definido, las causas pueden plantearse como varias para que sea aceptada una en caso de rechazo de la otra... No empecé, para esta corriente muchas causas que correspondan a una sola petición sólo integran una pretensión la cual entonces no se transformará por el sobrevenir de causas demostradas en el decurso del procesado, aún no alegadas en el acto de inicio procesal: demanda o acusación. Litispendencia implicará cualquier alegación de causa aún diversa que corresponda a la misma solicitud; no reñirá con la congruencia ni con la defensa del opositor el surgimiento de causas nuevas en el decurso del proceso siempre y cuando la *solicitud* se conserve como la que corresponde jurídicamente a cualquiera de los supuestos normativos cambiantes. La cosa juzgada se producirá en relación con todas las causas existentes al momento de la sentencia ventiladas o no en el proceso y a las cuales pueda conectarse como consecuencia jurídica de un supuesto normativo la *solicitud resuelta*.

1) Karl Schwab: *El objeto litigioso en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1968, página 124.

Estas predicaciones en esta corriente se formulan no sólo en cuanto a las pretensiones merodeclarativas sino que son extendidas a toda clase de pretensiones: de condena o prestación y constitutivas, así como a la pretensión punitiva a la cual convienen los principios de las de condena.

✱ Otro matiz de esta corriente

La escuela concreta de la acción que empieza con Mütther y Wach y que lidera con fecundidad universal el maestro italiano Giuseppe Chiovenda, de la cual no se apartan en esto siquiera los pregoadores de una corriente ecléctica como Liebman o Vescovi, no miró con simpatía el surgimiento del concepto de pretensión procesal al lado del de acción y del de demanda y así ha ensombrecido con más o menos intensidad la función de la pretensión como objeto del proceso, disminuyendo en virtud de una suplantación de conceptos, ese papel preponderante de aquélla y ubicando en el lugar definidor que corresponde a la pretensión, ora a la acción, la cual concibe como solicitud concreta de tutela favorable, ora a la demanda que insiste en indicar como el objeto del proceso, y, para una concepción íntegra, teórica y única de los conceptos procesales, a la acusación, por lo que se refiere a la pretensión punitiva.

No es entonces coincidente con Schwab el pensamiento que va a plantearse especialmente porque no conecta el fenómeno con los otros institutos que se han venido mencionando, pero la similitud en cuanto considera que la pretensión sea la sola petición, aconseja su inclusión en este acápite. Es en Colombia Carlos Ramírez Arcila ⁽¹⁾ el sostenedor de la tesis. Parte el doctrinante de una crítica que formula con acerbía a Guasp increpándole que desconozca los orígenes romanos de la pretensión procesal, como la mera *intentio* de la fórmula, para apoyar su teoría en legislación alemana que no coincida con la iberoamericana, y en un análisis que hace de la legislación positiva colombiana, código de procedimiento civil, en lo que concierne al tratamiento de la pretensión procesal concluye que luego de utilizar acertadamente el término *pretensión* el código es definitivo en el artículo 75 para ilustrar acerca de cuál sea la posición doctrinaria que la ley colombiana adopte al respecto porque la pretensión es entendida por este precepto, como *un elemento de la demanda* y como otro elemento, entiende los hechos, y todavía como otro, el

1) Ramírez Arcila, Carlos: *La pretensión procesal*. Editorial Temis, Bogotá, 1962.

derecho: "Conforme al texto de la norma transcrita ⁽¹⁾ la pretensión está contenida en la demanda; esta inserción que en apariencia no tiene ninguna importancia, sí la tiene y muy grande, claramente se está indicando que en la demanda con que se promueve todo proceso la pretensión forma parte de ella, también forman parte del contenido de la demanda, los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, y los fundamentos de derecho que se invoquen... y en otro aparte: "afirmar que los hechos o causa para pedir y los fundamentos de derecho pertenecen a las pretensiones es quitarlos de donde deben estar para pasarlos a donde nada tienen que hacer..." y más adelante: "Como se ve, los sujetos son de la demanda; el objeto que viene a ser lo que se pretende también es de la demanda; los hechos aunque sirven de fundamento a la pretensión igualmente son de la demanda y así todos los demás elementos. La pretensión o sea lo que se pretende, el petitum, no es más que un elemento de la demanda, uno de sus contenidos, el más importante pero al fin y al cabo no es más que un elemento. Al estar contenido en la demanda forma parte del proceso y por eso se designa como pretensión procesal" ⁽²⁾.

Hay coincidencia entonces entre este pensamiento y la corriente de Schwab en cuanto ambos reducen la pretensión a la solicitud pero hay diferencia porque el autor colombiano, también con argumento de legislación positiva, expresa que el objeto del proceso no es la pretensión sino la demanda. "La demanda y la contestación son el objeto del proceso" ⁽³⁾ sin que a la postre deduzca en lógica las consecuencias de esta aseveración, cuando ha afirmado por ejemplo que el código es maestro en utilizar adecuadamente el término *pretensión* y que en el artículo 82 alude a acumulación de pretensiones: ¿de solicitudes solamente entonces? ubicándose así en la pri-

1) Para un mejor entendimiento del planteo se transcribe el artículo 75 del código de procedimiento civil colombiano: "Contenido de la demanda: la demanda con que se promueva todo proceso deberá contener: 1. La designación del juez a quien se dirija. 2. El nombre, edad... domicilio del demandante y del demandado. 5. Lo que se pretende expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado con observancia de lo dispuesto en el artículo 82. 6. Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones debidamente determinados, clasificados y numerados. 7. Los fundamentos de derecho que se invoquen. 8. La cuantía cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite, la indicación de clase de proceso que corresponda. 10. La petición de las pruebas...

2) Ramírez Arcila, Carlos: obra citada, páginas 129, 139, 162.

3) ————— : obra citada, página 124.

mera corriente, o de todos los elementos de la demanda: solicitud, hechos y derecho, ubicándose entonces en la tercera.

3. *La pretensión como solicitud fundada*

Es la concepción clásica y encuentra su principal exponente en Jaime Guasp Delgado, el maestro español, en su monografía intitulada "La pretensión procesal". Guasp estudia la estructura de la pretensión y también su función: el modo de ser y el modo de operar; en lo que concierne al análisis de la estructura Guasp presenta el esquema de los tres elementos que integran cualquier realidad jurídica, cualquier realidad de la vida social humana: a) el elemento subjetivo, cada uno de los entes personales que figuran como titulares, aun cuando difiera el grado, de las conductas humanas significativas que entraña toda pretensión procesal; b) el elemento objetivo, el sustrato materia sobre el cual recaen las conductas humanas integrando así el soporte básico, ubicado como trascendente de cada persona actuante y de cada actuación personal; c) un tercer elemento que denomina *actividad* ⁽¹⁾ Por cuanto concierne al objeto, éste tiene que existir forzosamente en toda pretensión procesal como quid material al cual se refieren los sujetos y las actividades que la pretensión encierra; este objeto viene constituido por un bien de la vida: una materia apta por su naturaleza para satisfacer las necesidades o conveniencias objetivamente determinadas de los sujetos; este bien de la vida o bien litigioso constituye el objeto de la pretensión procesal; un bien de la vida puede ser una cosa corporal o una conducta de otra persona. No hay diferencia alguna en cuanto al tratamiento de la pretensión por la variedad de estos tipos de objeto.

612 Pero el verdadero elemento como relevancia definitiva para estas consideraciones es el que Guasp señala como *la petición jurídica fundada* y que denomina *actividad*. En la definición de Guasp la pretensión procesal es una declaración petitoria; una declaración que en la voluntad exteriorizada agota su sentido en la rogativa que dirige al juez procurando la obtención de un cierto contenido; es una *petición de un sujeto activo ante un juez, frente o contra un sujeto pasivo, sobre un bien de la vida; esa petición debe conectar elementos de*

1) Jaime Guasp Delgado: *La pretensión procesal*. Editorial Civitas S.A., primera edición 1981, página 68.

derecho y no elementos ajenos al mundo jurídico, por eso tiene que traducirse en una deprecación jurídica: una petición comprensible a la luz del derecho, con sentido dentro del ámbito jurídico y destinada a desempeñar algún rol en su mundo. Si alguien aspira a la declaración judicial de que es más alto que su contrario, evidentemente no formula una pretensión procesal.

Y se desemboca ya en el punto definitivo de la teoría de Guasp que la ubica en esta segunda corriente que referencia el acápite: el de la fundamentación. La deprecación para Guasp invoca un fundamento sea éste auténtico o no: el fundamento de la pretensión procesal no es un motivo sino los acontecimientos de la vida en los cuales se apoya quien la esgrime, no para justificarla sino para acotarla, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad al cual se refiere la pretensión: los linderos que permiten al juez previamente conocer cuál ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de encasillar; la invocación del fundamento opera no como justificante sino como determinante de la pretensión misma, como el elemento definidor de ella, como aspecto que concierne a su identificación. Los límites de la pretensión son suministrados solamente por el suceso con unidad fáctica y total autonomía en referencia con cualquier aspecto de derecho.

De manera expresa y con énfasis Guasp rechaza en algunos apartes la fundamentación jurídica como elemento de la estructura de la pretensión: "afirmamos desde luego que fundamento del objeto del proceso en general lo constituye una suma de acaecimientos concretos, históricos, prescindiendo de su individualización jurídica o calificación jurídica. Esta desde luego se incorpora también al proceso, pero no como parte de la pretensión, sino como actividad distinta en la que incluso el órgano jurisdiccional puede suplir la actividad de las partes" (1).

Ya antes Carnelutti se había pronunciado en igual sentido cuando luego de definir la pretensión como la exigencia de que un interés ajeno se subordine al propio pregonaba que la pretensión viene siendo confundida con frecuencia por el lenguaje forense con su razón, lo cual consideraba del todo erróneo. Definía la razón como la afirmación de la tutela que el orden jurídico concede al interés cuyo prevalecimiento se exige, o sea, la afirmación de la conformidad de la pretensión con el derecho objetivo (2). Cabe anotar que el maestro

1) Jaime Guasp Delgado: obra citada, página 83.

2) Francesco Carnelutti: *Instituciones...* tomo 1º, Barcelona, Editorial Bosch, 1952, página 28.

millita en la misma corriente que Karl Schwab porque él distingue la razón en razones de hecho y razones de derecho: "La razón se resuelve en la existencia de un efecto en que la tutela consiste, y de un hecho del cual proviene la tutela. De ahí la distinción de la razón en dos elementos: motivos y conclusiones, los primeros se refieren a los hechos jurídicos que sostienen la pretensión; las segundas a efectos correspondientes a ellos... puesto que la existencia de una relación jurídica activa se resuelve en la existencia de un precepto jurídico y en la existencia del hecho del cual hace aquélla derivar la relación se entiende que las razones se distinguen en razones de hecho y razones de derecho, o más exactamente en elementos de hecho y elementos de derecho (de la razón) ⁽¹⁾.

Conviene puntualizar que la corriente doctrinaria sub análisis, estructura como esencia de la pretensión no solamente la solicitud, sino además un determinado estado de cosas, un fundamento de hecho. En el plano puramente teórico cabe diferenciar este pensamiento y el antes expuesto, en el entendimiento de configurarse pretensiones plurales y diversas, no solamente cuando se den varias solicitudes sino además cuando una solicitud se funda en varios estados de cosas y todavía, cuando varios estados de cosas fundan varias solicitudes. La pretensión padece transformación por la mutación de cualquiera de los dos elementos y por la de ambos.

El libro de Schwab compendia las doctrinas alemanas de las jornadas de Heidelberg en 1952; en esta segunda corriente ubica a Nikisch, para quien, de igual manera, el objeto litigioso es determinado por el estado de cosas y la solicitud, distinguiendo sin embargo las pretensiones declarativas, de las de condena y de las constitutivas, para concluir que en las pretensiones de declaración la determinación de la pretensión se hace solamente por la solicitud ⁽²⁾.

Rosemberg, pese al viraje de que da cuenta Schwab dejó en el recorrido jirones de mucha importancia conceptual para el entendimiento de esta segunda postura, de manera especial por lo que concierne al estado de cosas fundante. Para Rosemberg el estado de cosas es la crónica del acontecimiento, del suceso histórico, ese suceso mismo. Sólo habría pluralidad de estados de cosas si los sucesos expuestos fueran varios. El neto deslinde conceptual de los sucesos, la determinación de la unidad o pluralidad de los estados de cosas, no es asunto simple, el tiempo y el lugar, por ejemplo,

1) Francesco Carnelutti: obra citada, páginas 33 y 34.

2) Karl Schwab: obra citada, página 64.

tienen relevancia para la determinación del suceso único: si alguien es herido en un accidente el estado de cosas es único y su solicitud de indemnización solamente puede constituir una pretensión, única y siempre idéntica pretensión indemnizatoria. Si alguien adeuda como precio de un contrato de compraventa una suma determinada y en tal razón suscribe una letra de cambio, la exposición del hecho como suceso único solamente puede estructurar una pretensión, cuando además se pide o se reclama el pago de la cantidad adeudada. Pero, si se deprecia el decreto constitutivo de divorcio invocando relaciones sexuales extramatrimoniales y malos tratos el estado de cosas puede considerarse *complejo y único* de acuerdo con la narrativa y fundar una sola pretensión o puede revestir autonomía dual para cada uno de los sucesos, sosteniendo así dos pretensiones que de alguna manera se considerarán acumuladas eventual o alternativamente.

El estado de cosas es el suceso histórico, el suceso mismo sin derivación sobre el derecho material que nace a raíz de los hechos. Los distintos tipos abstractos de las normas aplicables pueden así evidenciarse como apenas distintos aspectos del mismo suceso histórico.

Juan Montero Arocca milita evidentemente en esta segunda corriente de opinión. *Fundamentación y petición* son los elementos que aparecen en la pretensión como acto. Fundamentación y petición son sus dos elementos esenciales.

Las dos corrientes de opinión que se vienen exponiendo presentan diferencias solamente cuando se plantean dos o más sucesos diversos con una sola aspiración pero no cuando el suceso único aparezca como complejo apenas por cuanto concierne a la imputación jurídica. Ambas, también la segunda, al rechazar cualquier imputación jurídica, conceden ilimitada amplitud al juez y al actor en el proceso; piénsese en las mutaciones que en el decurso de éste pueden resultar como razones de todas las imputaciones jurídicas a las cuales corresponde la misma consecuencia deprecada y las que en estas concepciones, no implican transformación de la pretensión ni defecto de congruencia; como compensación y desde el ángulo opuesto piénsese en la amplitud que correlativamente conviene a los institutos de la *litispendentiae* y de la cosa juzgada.

Es evidente que en la primera concepción es en la sentencia en donde debe estar fácticamente sustanciada y jurídicamente individualizada la pretensión; y que, tanto esa sustanciación como la individualización no son tareas que incumban a la parte sino al juez. En la segunda, la tarea de sustanciación fáctica corresponde a la parte

pretensionante, pero como un facto suceso, no ligado al derecho y de todas maneras la individualización jurídica queda al juez en la sentencia.

Y son de tal modo tajantes algunas expresiones de Guasp que no dejarían duda con respecto a su rechazo del derecho como elemento de la pretensión. Véase: "el que un cierto derecho positivo exija que dentro de la pretensión procesal figuren los fundamentos en el sentido de motivos, no dice nada contra la proposición formulada. Se trata entonces de la necesidad legal de realizar a la vez dos actos distintos: el de la pretensión, con su fundamentación estricta y el de la motivación de la pretensión. La actividad por la que se incorporan al proceso los motivos de la pretensión constituyen una manifestación de otro acto conceptualmente a saber, el de la alegación; lo que tiene especial importancia a los efectos de determinar la posibilidad de una variación ulterior de los mismos... si se quisiera apurar terminológicamente la diferencia habría que hablar de fundamentos y argumentos como de dos categorías distintas y que deben recibir naturalmente un trato procesal diverso... basta indicar que los fundamentos en cuanto acaecimientos delimitadores de la petición procesal, son siempre, naturalmente, sólo *hechos*, mientras que los argumentos se agrupan en las dos conocidas categorías de los motivos de hecho y los motivos de derecho..." (1).

4. *La pretensión como solicitud fundada típica*

Es ésta la corriente que concede relevancia a la imputación jurídica, como elemento estructural de la ~~esencia~~ de la pretensión, en el entendimiento de que la pretensión se muestra como un reclamo concreto y de que la cualidad de la *concreción*, implica vínculo intelectual definitivo con el derecho sustancial que se reclama en el proceso, ^{porque} si bien la pretensión se conserve como categoría formal autónoma con respecto a ese derecho material.

En el "Comentario" que elaboraron Stein-Jonas-Shönk para las jornadas de Heidelberg, según referencia de Schwab, expresan que el objeto litigioso es la petición del actor de que se pronuncie mediante sentencia, la consecuencia jurídica de *un hecho de tipo material*: el actor no puede contentarse con alegar cualquier estado de cosas

1) Jaime Guasp Delgado: obra citada, página 84.

sino que tiene que presentar un suceso tipo del cual se derive la consecuencia jurídica deprecada (1).

También Couture puede ubicarse en esta tercera corriente: "La pretensión (*anspruch*, pretesa) es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y por supuesto la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la auto-atribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica..." (2).

Muy claro en la concepción sobre el asunto es Adolfo Alvarado Velloso cuando sostiene que la pretensión procesal al igual que cualquier relación jurídica presenta en su elemento causal una doble división; los siguientes son sus términos al respecto: "es correcto sostener que se entiende por causa de la relación jurídica la correcta interferencia intersubjetiva que la ocasiona. Pero el concepto no resulta útil cuando se trata de comparar pretensiones procesales litigiosas: aquí, y al igual de lo que ocurre respecto del elemento subjetivo la causa se descompone lógicamente en otros dos subelementos que deben analizarse de modo unitario: el primero está constituido por el hecho invocado para fundar la pretensión y al cual el actor asigna trascendencia jurídica, razón por la cual se convierte en la base o fuente del derecho pretendido; el segundo es la imputación jurídica que el actor efectuó al demandado con motivo de tal hecho... Se afirma hasta ahora que la causa de la pretensión está constituida sólo por el hecho que la origina (con prescindencia de la imputación o argumentos de remisión a normas legales que contemplen distintos supuestos de responsabilidad) y así, se ha dicho que si en la pretensión por indemnización de daños se ha invocado la culpa aquiliana la sentencia que la acoja podrá fundarse en el régimen de la responsabilidad contractual y aunque ella no se haya invocado, pues en tal hipótesis, la causa petendi está representada por el hecho dañoso y no por la calificación jurídica dada por el actor. Como es fácil de advertir el problema no se relaciona con la aplicación de la regla procesal *jura novit curiae* sino con la regla de la congruencia, estrechamente vinculada al derecho de defensa en juicio y por ende, con la garantía constitucional del debido proceso... De ahí la importancia que asigno a

1) Karl Schwab: obra citada, página 73.

2) Couture: "Fundamentos..." Buenos Aires. Editorial De Palma, 1958, página 72.

no confundir conceptos que son claramente distintos y a aceptar doctrinariamente nueva clasificación de los elementos que componen toda pretensión litigiosa... el causal descomponiéndolo en caso necesario en dos subelementos: el hecho y la imputación jurídica... todo ello permite efectuar la tarea de comparar pretensiones que coexisten o se suceden en el tiempo" (1).

Retomando el sentido que se había expuesto acerca de una ^{superfusión} conceptual que la doctrina hubiera auspiciado, de acuerdo con la cual se alude indistintamente a tres conceptos de la teoría del proceso, a saber: acción-pretensión-demanda cabe puntualizar el pensamiento en torno a ella: es verdad que la demanda o la acusación contienen la pretensión, como la carta contiene el mensaje, o la sentencia el fallo o el caso juzgado y también lo es que la pretensión es la concreción, la materialización de la potencia-acción, la pretensión es el acto, el resultado del paso de la potencia al acto por el ejercicio del poder. En la praxis la pretensión procesal se formula efectivamente y por lo general en la demanda o en la acusación si bien pueda perfeccionarse luego, con especificación individualizante definitiva, en actos más avanzados dentro del desarrollo cronológico del proceso; por ello las legislaciones como la nuestra y la doctrina muy generalizada, incurren en el yerro de predicar de estos actos, de la demanda y de la acusación, las cualidades que convienen a la pretensión procesal, atribuyéndoles por lo demás, consecuencias que apenas pueden conectarse con la pretensión como centro del proceso.

A esta altura del trabajo puede ya traerse a cuento la postura radical que lidera Dante Barrios de Angelis y que se atreve a sustituir íntegramente el concepto de demanda por el de pretensión, con la consecuencia de que todos los elementos que las legislaciones han conectado a la demanda, son apenas elementos de la pretensión que con más o menos intensidad y esencialidad, convergen, para identificarla, para diversificarla frente a otra u otras; la siguiente es su expresión al respecto: "en realidad y a pesar de los esfuerzos denodados de la doctrina resulta lógica y ontológicamente imposible distinguir entre demanda y pretensión. Lo que ocurre es que, si el acto demanda lo reducimos a su mera forma, el contenido será la pretensión. Pero si tomamos a la demanda como lo que es, una entidad indivisible ontológicamente unión de forma y contenido veremos que no es otra que la pretensión. Pues cuando

1) Adolfo Alvarado Velloso: *La citación en garantía*. Incluido en esta revista, páginas 40 y 41.

distinguimos entre demanda y pretensión, ésta queda reducida, por su parte, a ser el mero contenido de una forma que se llama demanda..." (1).

La opinión de Dante Barrios de Angelis soluciona la dicotomía que la doctrina y hasta las legislaciones establecen entre demanda y pretensión, para entender que los requisitos que se señalan a la demanda, son los que se consideran atinentes a una identificación correcta de la pretensión; otro asunto es ya distinguir cuáles de esos elementos específicamente son esenciales al fin indicado y cuáles en cambio se pueden considerar como accidentales, tomando partido al respecto para elegir como esenciales: los *sujetos, el objeto o petitum y la causa o fundamento de hecho* que responde a una *tipicidad jurídica sustancial*. Por lo demás es perfectamente válido el binomio forma y contenido, como demanda y pretensión, entendiendo como antes se dijera, la demanda como el primer acto del proceso, en general y la pretensión como esa aseveración que se contiene en ella por lo regular pero que puede irse perfeccionando en otros actos en el decurso del proceso, todo de acuerdo también con el sistema o tipo procesal que se adopte, bien sea el preclusivo en etapas o el de la unidad de vista.

No puede pasarse por alto a un insigne procesalista argentino, Jorge Clariá Olmedo quien cuando relaciona la acción como concepto, con el de pretensión expresa: "...concretamente no puede haber acción válidamente ejercitada, si con ese ejercicio no se hace valer una pretensión jurídica; pero debe tratarse de una pretensión que muestre en su fundamentación la posibilidad de ser *efectivamente fundada en derecho*, es decir que el derecho objetivo pueda tutelar el interés que la alimenta" (2).

5. La tipicidad de la pretensión

Puede ella considerarse desde dos puntos de vista: como tipicidad de la solicitud, y como tipicidad del estado de cosas. La tipicidad de la solicitud es exigida por todas las corrientes: desde Karl Schwab, Rosemberg, Guasp, y esta tercera postura.

1) Dante Barrios de Angelis: *Teoría del proceso*. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1979, páginas 187-88.

2) Jorge Clariá Olmedo: *Derecho procesal*, tomo I. De Palma, Buenos Aires, 1982, página 250.

En la definición de Rosemberg se aprecia claramente este aspecto cuando expresa que la pretensión sea "la petición... de una consecuencia jurídica... caracterizada por la solicitud presentada. Es la clásica concepción de la norma sustancial como compuesto de supuesto normativo y consecuencia: la petición; la *solicitud*, tiene que adecuarse como a un tipo, a la consecuencia jurídica de una norma sustancial. Acaece sin embargo que varias normas pueden tener igual consecuencia, es decir: que varios supuestos normativos diversos entre sí pueden tener la misma consecuencia jurídica; y es así porque la primera concepción sólo pide la tipicidad de la solicitud, por lo que la pretensión y el objeto del proceso se campean con esa amplitud inmensa en el decurso del proceso mismo, porque todos los supuestos normativos que conduzcan a la misma consecuencia jurídica, sirven al juez para proferir la sentencia, accediendo a la pretensión: todos los supuestos normativos y cualquiera de los estados de cosas que se adecúe a uno cualquiera de los supuestos normativos que conduzcan a la consecuencia impetrada.

La concepción de Guasp igualmente reclama una petición jurídica, es decir una petición típica en derecho; ya él mismo expresaba que no era pretensión la solicitud de que se declarara ser más alto que otro, porque esa solicitud era ajena al mundo del derecho. Pero tampoco puede esperarse que Guasp, a pesar de considerar necesario a los efectos de identificar la pretensión el *estado de cosas* o *suceso*, reclame tipicidad jurídica para el suceso. Va sí estrechando los linderos de la pretensión y del objeto del proceso su exigencia que por lo menos reclama un suceso, *uno solo*, pero la ausencia de tipicidad jurídica de ese suceso, el rechazo que Guasp hace de ella, permite al hecho ofrecer toda la complejidad jurídica que logre contenerse en el *acontecimiento único*, conservando todavía una gran comprensión, el concepto de pretensión en el desenvolvimiento del proceso. Sirven entonces a Guasp los sucesos complejos que tornan indefinidas las situaciones ante el derecho, reservando al fallador la tarea de desbrozar el suceso para irlo adecuando al derecho que le corresponda: el dueño que reclama el bien de quien lo posee pero que además ha celebrado con aquél un muy discutible contrato que paralelamente torna discutible la calidad de la relación del demandado con el bien, siempre y cuando y aquí radica la diferencia con la primera corriente, el estado de cosas logre unidad fáctica aunque compuesta por momentos que no lo desintegren, ni configuren con autonomía, dos sucesos o más... La víctima que tiene celebrado un contrato con su agresor

pero que dadas las circunstancias del suceso la fuente de la responsabilidad se muestra con ambigüedades que permiten tal vez su ubicación en la responsabilidad extracontrato... La verdad, es un solo suceso y es también uno solo el derecho, pero se exime a la parte de la carga de elegir acertadamente y desde la demanda ese derecho, para trasladar la tarea al juez en el decurso del proceso y hasta la sentencia... El acreedor que tiene en su poder una dudosa letra de cambio pero que a la vez exhibe un contrato subyacente de mutuo...

La anteriormente descrita es la postura lógica que corresponde a Guasp si es consecuente con su teoría. ¿Significará *claudicación* el siguiente párrafo suyo?: "si el actor reclama la devolución de un bien en concepto de propietario, en la pretensión procesal invoca la propiedad del bien no como motivo de su solicitud sino como contorno que le sirve para fijar, de todas las posibles relaciones que guarda con el bien reclamado aquella a la que concretamente refiere su solicitud. El titular de la pretensión antes que fundamentarla en el sentido corriente tiene que particularizarla y como la particularización jurídica no puede obtenerse con la mera descripción de una situación abstracta ideal sino referida a unos acontecimientos concretos de la vida que la especifiquen, la petición que comprende la pretensión procesal tiene que ir apoyada en la invocación de tales acontecimientos. *concretos de la vida que la especifiquen*"

La pretensión procesal para existir como pretensión concreta necesita singularizarse del resto de posibles figuras análogas e imaginables teóricamente. Cada pretensión procesal exige destacarse de cualquiera otra. Ese destacamiento es el que opera en el llamado fundamento de la pretensión (1).

Y claudicará también Carnelutti cuando expresa: "la pretensión al goce perpetuo o al goce temporal de la misma cosa, son diversas, al igual que la pretensión al goce exclusivo, o al goce común; esto explica que la razón entre a constituir un elemento de identificación de la pretensión. Así ocurre cuando ella determina o concurre a determinar la medida en que la exigencia de la prevalencia del interés se manifiesta, lo cual se verifica si y porque la enunciación de la razón implica esa determinación. En los dos ejemplos recién propuestos se hace valer el derecho de propiedad o el de usufructo, el de propiedad exclusiva o el de copropiedad. Más allá de estos límites, la razón es irrelevante en orden a la identidad de la pretensión: cuan-

1) Jaime Guasp: obra citada, página 83.

do se pretende la propiedad la pretensión es siempre la misma, ya que la propiedad se haga derivar de la herencia, ya de la donación, ya de la venta" (1).

Hernando Devis Echandía enuncia esta tercera concepción como la propia de la siguiente manera: "La pretensión tiene dos elementos esenciales, su objeto y su razón, es decir lo que se persigue con ella y la afirmación de que lo reclamado se deduce de ciertos hechos que coinciden con la norma jurídica cuya actuación se pide para obtener esos efectos jurídicos" (2). También milita en esta vertiente de pensamiento Fairén Guillén.

El título o causa de la pretensión se ofrece escindido como lo expusiera Alvarado Velloso, en sus dos elementos: (a) en la narrativa del acaecimiento del hecho, desmenuzado en sus componentes fácticos, ubicado en el espacio tiempo, si, pero, (b) y al mismo ritmo, expuesto el suceso con la concreción típica que corresponde a una norma jurídica, al supuesto normativo de un derecho sustancial objetivo, para fundamentar individualizadamente la solicitud que se formula, también ella típica, como conviene a la consecuencia que la norma general abstracta conecta al supuesto, coincidente a la vez en concreto con la argumentación. Son sucesos sí, pero adecuados típicamente a un molde jurídico.

Briseño Sierra puntualiza: "pretender es el derecho de exigir invocando un título sustantivo individual" (3).

Toda esta doctrina va más allá de Guasp: no basta buscar la condena del demandado sino que es preciso indicar el derecho no satisfecho cuya tutela se invoca y a la inversa no es suficiente determinar ese derecho que puede ser tutelado con sentencias diversas. Si el actor trata de obtener la mera declaración de certeza de un derecho de crédito y si intenta obtener la condena a su pago son dos pretensiones distintas. "Una exacta identificación (Briseño transcribe a Calamandrei) del aspecto objetivo de la pretensión no se puede hacer si el petitum no se pone en relación con la causa petendi". La identificación trata de establecer quiénes son los litigantes, sobre qué litigan o petitum y por qué litigan o causa petendi; ésta es llamada también el título y para definirlo Calamandrei lo divide

1) Carnelutti: "Instituciones..." Tomo I, página 39.

2) Hernando Devis Echandía: Compendio, página 194.

3) Humberto Briseño Sierra: *Derecho procesal*. Tomo II, página 232. Primera edición. Méjico, 1970.

en dos momentos: la concreta individualización de los hechos, de los que surge el interés del actor al goce concreto de un determinado bien y la afirmación de su coincidencia con aquel *tipo* de intereses a los cuales una o varias normas jurídicas conceden en abstracto protección. (Cabe observar que Calamandrei se refiere a la "acción" como seguidor que es de la escuela concreta chiovendiana) ⁽¹⁾.

Es acerca de la causa o título de la pretensión, como se han suscitado las polémicas doctrinarias bien antiguas que se extreman en las tendencias de la *individualización* y de la *sustanciación*, como manera de identificar la pretensión: unas legislaciones exigen, como la nuestra, la detallada y concreta enumeración fáctica, al paso que otras colocan el énfasis en la precisa determinación jurídica. La tendencia moderna es la de complementar ambas exigencias como que, cual lo expresa el mismo Briseño Sierra: "la enumeración fáctica, ayuna de determinación jurídica es impensable. Lo que sí acontece es que, por un lado el aspecto fáctico sea presentado en una perspectiva, siendo posible hacerlo desde varias; o que la determinación jurídica sea elegida entre varias..."

Cuando entonces una legislación pide que la presentación de la pretensión que se haga en la demanda o en la acusación, refiera *concretamente y en forma detallada los hechos*, está trasladando a la ley la doctrina de la *sustanciación*; pero si además exige que se *determinen los fundamentos de derecho*, reclama igualmente la *individualización*, entendida al menos como *tipo* jurídico al cual se adecúe el suceso.

Lent también habla de un *hecho-tipo-legal* en el cual deba apoyarse la petición.

Es preciso entonces adentrarse en el análisis de lo que deba entenderse por *hecho-tipo-legal*; es fácil su comprensión en algunas hipótesis muy claras al efecto: siempre será diáfano que la transición de la pretensión reivindicatoria a la posesoria implica una variación del hecho tipo legal; pero no es tan nítida ni tan evidente la transformación en otros eventos: el hecho tipo legal lo estructura cada legislación sustancial positiva cuando unifica o diferencia *esencialmente* como *géneros* las figuras del derecho material: el homicidio es un hecho tipolegal y lo es el hurto; en Colombia son hechos tipos legales irreductibles, solamente porque la ley así las estructura, la responsabilidad contractual y la extracontractual y lo son el contrato de mutuo comercial o civil y el giro de letras de cambio o de cheques.

1) Briseño Sierra: obra citada, página 8, Tomo IV.

No ocurre así con figuras que la legislación material estructura apenas como especies del género, tal la responsabilidad extracontractual en sus especies de culpa directa o culpa indirecta o culpa probada o culpa presunta porque éstos si son apenas matices del *hecho-tipo-legal* responsabilidad extracontractual y permiten la amplitud de la pretensión durante el proceso buscando acomodo a la especial imputación jurídica sin que con ello pueda decirse vulnerado el derecho de defensa.

6. *Recapitulando*

Delimitar es fijar límites; se impone así la necesidad de una esquematización sintetizadora de la pretensión; los linderos tienen que dimanar de su consideración funcional como objeto del proceso y por ello, como vinculada, si bien apenas intelectualmente, *concretamente*, con el derecho sustancial debatido. Es en esto en lo que consiste la *tipicidad* de la pretensión; piénsese por ejemplo que la sentencia solamente puede proferir una resolución que en esencia responda a la consecuencia de un supuesto normativo y que además el pronunciamiento de esa consecuencia es predeterminado por la demostración de una hipótesis fáctica, la cual, como correspondiendo al supuesto normativo, se ha concretado en el proceso: nadie puede alcanzar o padecer una consecuencia sino por la afirmación y o, por la demostración del *hecho-tipo* en cualquiera de sus especies. Dicho de otra manera, un hecho sólo puede producir una consecuencia cuando encaja en alguno de los tipos definidos en la ley sustancial como los supuestos normativos correspondientes a la consecuencia jurídica. ¿Puede conectarse la consecuencia que corresponde a un *hecho-tipo*, con otro diverso, aún en el supuesto de que este último tenga consagrada igual consecuencia, sin violar el derecho de defensa?

Todo lo expresado se entiende sin perjuicio de la flexibilidad o rigidez hermenéutica que corresponda al derecho sustancial que se debate en el proceso.

Es el propio legislador sustancial el que clasifica las características esenciales decisivas que deslindan el contorno de los *hechos-tipo*; el deslinde por lo demás debe corresponder a diferencias esenciales y no meramente probatorias y defensivas, o exceptivas, las cuales no logran estructurar *hechos-tipo* diversos e individualizados

y por lo mismo las mutaciones que se padezcan en el proceso no logran vulnerar el derecho de defensa.

Los hechos-tipo son pues estructuras lógico-objetivas dadas de antemano por la ley sustancial.

Cabe también acotar que lo expuesto no riñe con la moderna concepción de la aplicación-creación de la ley como proceso de concreción de la misma al caso singular.

— Conclusión:

Inquieta sin embargo como propósito y como meta que se adecúe más a la concepción moderna del proceso, cual instrumento entregado totalmente al juez para la averiguación y fallo de la verdad real que consiga trasladar al proceso, en esa concepción de la *oficialidad*, en el camino de la publicización del proceso, con las adecuaciones legislativas necesarias y hasta con el cambio del tipo de procedimiento por el de la *unidad de vista* y el *proceso por audiencia*, la implantación de la concepción de Carnelutti, de Rosemberg y de Schwab, para considerar como el objeto del proceso a la pretensión que signifique la petición dirigida a obtener el pronunciamiento con fuerza de cosa juzgada de una consecuencia jurídica, siendo la esencia de esa pretensión apenas la solicitud y por lo mismo ella sola el elemento inmutable en relación con todos los fenómenos conexos que se vienen de analizar.

LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA Y CARGAS LEGALES IMPOSIBLES DE CUMPLIR

Jaime Soto Gómez *

Aunque el derecho rige en el diario vivir, es común que se ignore o se olvide esto y se trate de adaptarlo a un mundo abstracto, convirtiéndolo en un monumento al vacío. A su vez, el jurista se convierte en un avión elevado al cual no le sale el tren de aterrizaje.

Así, él tiene base y complemento en las reglas de la experiencia, un acervo de conocimientos mínimos que tiene el hombre civilizado, necesarios para legislar, para interpretar la ley y los contratos y para apreciar la prueba.

Citando a Latemandi y aludiendo a Ortega y Gasset, Rafael de Pina dice que "quien no sabe sino derecho ni derecho sabe" (Tratado de Pruebas Civiles).

En el Código Civil abundan las normas indicadoras de que no fue redactado por un abogado en ejercicio, sino por un lector de derecho, lo cual lleva a críticas extremas, como la de que regula problemas de abejas y de palomas, de exíguo valor económico, y no del café, cultivo básico de la economía nacional; porque se desconoce el posible valor de las abejas cuando en Europa no se conocía aún el azúcar de caña, y el de una paloma mensajera cuando no existían el telégrafo y el correo aéreo; además de que el Código es anterior al auge del café y de que don Andrés Bello no fue llamado a evaluar la economía colombiana.

En el derecho de familia se advierte grave dislocación de la realidad, como fruto de reproducción de textos arcaicos.

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

Y, en relación con cosas, el desconocimiento de la realidad sube de punto en el art. 2.042, en que, en el arrendamiento de predios rústicos, se toma el ganado como fungible, siendo así que no es tal por naturaleza, sino por accidente, por las necesidades de las partes ⁽¹⁾; y ni siquiera algunas cosas inanimadas son fungibles, como obras de arte ⁽²⁾.

En el derecho privado abundan las normas contrarias a la realidad de la experiencia.

Así, en el art. 1.434 del C.C. vuelve a aparecer el desconocimiento de la realidad, en cuanto exige notificación judicial a los herederos para que el título que existía contra él preste mérito ejecutivo contra ellos, como si estuvieran mansamente dispuestos a recibirla.

Ya es una proeza reunir acreedores para obtener una cancelación suya, cuando un abogado imprevisor omitió pactar solidaridad entre ellos; aunque sea algo que no los perjudique o hasta que los beneficie: cuánto más difícil es, entonces, reunir herederos para notificarles en forma judicial, precisamente, algo adverso a ellos.

Se da como razón de ser de tal norma el evitar la sorpresa angustiosa a los herederos y darles oportunidad de acopiar lo necesario para el pago, sin traumatismos económicos: cosa que no corresponde a la realidad en muchos casos, porque una suma escasa puede no exigir ocho días para el efecto, y una elevada puede exigir mucho más tiempo.

Ello da lugar a una práctica tan ingenua como inútil y dispendiosa: cuando se trata de hacer la notificación respectiva, de acuerdo con los arts. 326 y 489 del C. P. C., ante el no hallazgo de los herederos, se les emplaza y se les designa curador "ad litem", como si

1) En un proyecto de Código de Derecho Privado, el Dr. Arturo Valencia Zea propuso repetir la errónea norma, como art. 896, y, a pesar de nota crítica dirigida sobre el punto, en el proyecto de Código Civil, de nuevo propone repetirla, como art. 763, en lugar de una solución análoga a la del art. 847 del C. C. vigente, para el usufructo de ganados o rebaños (error aquel que reproduce en lo sustancial el C. C. de Costa Rica, en el art. 1158).

2) El austero y guerrero pueblo romano desconocía el valor del arte, como expone ampliamente M. Troplong (La influencia del cristianismo en el Derecho Civil Romano), sobre lo cual ilustra con una anécdota de Mumio, "el valiente pero rústico vencedor de Corinto", que, "habiéndolo encargado a unos transportistas el transporte de cuadros y de estatutas de Corinto, estipuló que, si llegaban a perderse o estropearse, suministrarían otras iguales a su costo" (destacado en el original).

ya hubiera litis y como si él pudiera hacer el acopio necesario para el pago.

Y si, en lugar de pedir ello anticipadamente, se pide en la misma demanda ejecutiva, de acuerdo con el art. 489 citado, la situación no cambia sustancialmente.

Por lo menos, hay que entender que, si se hace el emplazamiento, no es necesario designar curador "ad litem" antes del proceso, sin perjuicio de que se haga dentro de él, si hay lugar, de acuerdo con los arts. 318 y 320 del estatuto procesal citado.

Pero, acogiendo y agravando el error de la norma sustancial, el art. 153 del C. P. C. contempló la omisión de tal notificación como causal de nulidad; lo cual explicaron sus redactores diciendo que el gobierno no tenía facultades para reformar el C. C. en el art. 1.434.

Pero una cosa es tener que soportar la vigencia de éste y otra es sancionar su incumplimiento con nulidad procesal, siendo así que tal omisión no afecta el derecho de defensa (art. 26 de la Const. Nal.), sino que, a lo sumo, puede constituir un requisito de ejecutividad del título; aunque tal error tiene, sí, la ventaja de que la sanción de nulidad evita una sentencia inhibitoria y permite aprovechar el mismo proceso viciado, enderezándolo (aspecto práctico de otras causales de nulidad, contempladas en el art. 152, que, por la vía de la nulidad, impiden la sentencia inhibitoria, "cáncer del proceso", para el tratadista López Blanco).

Pero no sólo el iniciar ejecución sin el cumplimiento de la inútil y difícil carga mencionada es causal de nulidad, sino también continuarla sin cumplir ésta, si el ejecutante muere dentro del proceso, causal de nulidad que también está contemplada en el apte. 5 del art. 152 y en el apte. 3 del art. 168, de suerte que está contemplada dos veces innecesariamente.

Por suerte, las enrevesadas normas citadas quedan limitadas a los créditos civiles, como uno de los pocos casos en que el C. de Co. reformó para bien el C. P. C.; porque aquél, progresivo, como estatuto comercial, es también especial y posterior al C. P. C.

Sin embargo, en el proyecto de Código de Derecho Privado, el Dr. Arturo Valencia Zea proponía repetir aquella norma, como art. 1.096; y, no obstante nota privada en que se le hacía ver su inconveniencia práctica, en el proyecto de Código Civil, posterior, propone repetir la norma, como art. 1.485.

El redactor del C. C. ignoraba la imposibilidad práctica de reunir herederos dispersos, para algo desfavorable.

Caso análogo es el de la notificación de la cesión del crédito, dispuesta en los arts. 33 de la L. 57 de 1887 y 1960 y siguientes del C. C., pero menos necesaria, según jurisprudencia que la toma como una medida de prudencia del acreedor, para que el deudor no pague el crédito al cedente. Sin embargo, el art. 489 del C. P. C. crea confusión, al contemplar la notificación, como si fuera necesaria, porque no se obtuvo renuncia previa a la notificación (al constituir el crédito).

Situación semejante crea la reconvencción o requerimiento judicial, para constituir en mora, exigida en el art. 1.608 del C. C., apte. 3, con respecto a casos determinados, como los de los arts. 1.482, 1.483 (donación onerosa) y 1.597 (cláusula penal), necesaria también cuando no se conviene renuncia a la reconvencción. Por suerte, el art. 2.035, relativo a arrendamiento, por reformas legales, ya tiene escasa aplicación práctica.

También por suerte, en el campo comercial, el C. de Co. relegó la obsoleta institución del protesto a los casos insólitos en que él se haya pactado, para la letra de cambio y los títulos afines: pagaré, certificado de depósito, bono de prenda, carta de porte, conocimiento de embarque y factura cambiaria (arts. 697, ss. y cocs.), con la ingenua previsión legal de que el girado o aceptante esté presente en la diligencia de protesto (apte. 2 del art. 706), de suerte que en la mayoría de los casos el notario se limitará a consignar afirmaciones del interesado, también "como fórmula vana e irrisoria".

Pero una vez más la suerte viene en ayuda de la ley ingenua, porque, por lo innecesaria de la institución, la ingenua regulación no tiene aplicación práctica.

Mas no ocurre lo mismo con respecto a la presentación para el pago exigida por la mayoría de los títulos valores, en los arts. 787 y concordantes del C. de Co., para que no caduque la acción de regreso.

En efecto, como especie de hermano medio de los demás títulos valores, el cheque parece no tener en común con ellos sino el apellido paterno, de suerte que, aunque la ley no es explícita (art. 727 del C. de Co.), la sola naturaleza del cheque indica la necesidad del protesto para ejercer la acción de regreso, a fin de evitar el abuso del derecho consistente en que el beneficiario, en lugar de cobrarlo al banco en primer lugar, lo haga al librador; y, así, el cheque tiene como una de sus principales diferencias con los demás títulos valo-

res que se presenta para el pago a alguien que no tiene interés en eludir éste, porque no debe pagar con dinero propio, sino ajeno, además de que no puede ocultarse, porque lo hace en un lugar abierto al público. Por tanto, con respecto al cheque operan plenamente las cargas de presentación para el pago y el protesto.

Pero con respecto a los demás títulos valores no es posible hacer presentación para el pago a un deudor elusivo y menos obtener plena prueba sumaria de ello, para ejecutar en vía de regreso. Sin embargo, como se vio, la ley dice exigirla, para que tal acción no caduque.

Por suerte, en la práctica no se conocen compañías de seguros que eludan recibir del asegurado o del beneficiario la reclamación, dentro del término señalado en el art. 1.051 del C. de Co., para que la póliza preste mérito ejecutivo. Pero, por su sola complejidad propia, les sería fácil eludirla.

Y no se crea que el art. 326 del C. P. C. suple los medios que el particular no tiene para cumplir tales diligencias, porque el deudor malicioso también puede esquivar la notificación del juzgado, a menos de entenderse que ésta se cumpla con una notificación con la forma del emplazamiento dispuesto en el art. 318 del C. P. C. (como se insinuó atrás, con respecto a la notificación exigida en el art. 1.434 del C. C.), recurriendo al art. 8º de la L. 153 de 1887 y al 5º del C. P. C., sin proceder a nombrar curador "ad litem", por inútil e impropio, ya que no existe litis aún.

Ahora, cuando se estudia una reforma al C. P. C., hemos propuesto una adición al citado art. 326 del C. P. C., en el sentido de suplir la notificación con la notificación hecha con la forma del emplazamiento mencionado para los casos en que no se tiene certeza del domicilio de quien debe ser sujeto pasivo de la diligencia (deudor en general) y de hacerla en forma análoga a la dispuesta en los arts. 205 y 434 del mismo estatuto en los casos en que el deudor tenga establecimiento abierto al público.

Entre tanto, hay que rectificar el desconocimiento de las reglas de la experiencia por el legislador, con la solución analógica propuesta atrás.

En el proyecto de reforma se propone adicionar el art. 90 del C. P. C. con un inciso según el cual "la notificación del auto admisorio de la demanda produce el efecto de constituir en mora al deudor", propuesta que contraría el principio de que la demanda sólo puede plasmar una realidad existente al tiempo de presentarse, como

una instantánea de ésta, de suerte que no crea hechos nuevos para el proceso y sólo admite la inclusión de hechos futuros favorables al demandado (art. 305).

Por cierto, tal propuesta tiene el efecto práctico favorable de eliminar cierta complacencia formal de la ley sustancial con algunos deudores, en casos ya vistos. Pero esto implica el contrapeso de posible inexequibilidad, por no estar el gobierno facultado para reformar la ley sustancial, sino para "simplificar el trámite de los procesos judiciales y ajustarlo a la informática y las técnicas modernas".

Si este concepto restrictivo es equivocado, la rectificación merece una cálida bienvenida.

COMO SE NOMBRAN LOS JUECES EN EL VALLE DEL ABURRA *

Orión Álvarez A. **

1. Objeto y ubicación en el derecho jurisdiccional y en el espacio. 2. Metodología. 3. Criterios para nombrar los jueces. 4. Cómo se promueven. 5. Capacitación y adiestramiento. 6. Desvinculación de los jueces. 7. El botín político y la carrera judicial. 8. Conclusión.

1. *Objeto y ubicación en el derecho jurisdiccional y en el espacio*

El objeto de esta investigación fue el de observar cómo se nombran, promueven y separan de sus cargos, los jueces en el Valle del Aburrá, en orden a saber cuáles son los criterios predominantes que aplica el Tribunal Superior de distrito judicial de Medellín, que es la entidad nominadora, a la administración de este personal.

Ubicación en el derecho jurisdiccional

El derecho jurisdiccional lo integran: el derecho procesal, el derecho procedimental, y los órganos jurisdiccionales. Estos a su

* Trabajo realizado en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales, de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Medellín, en 1987. Ver información complementaria al final del artículo.

** Docente investigador del Centro referido. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

turno se componen de una estructura formada por los despachos judiciales, por las relaciones entre ellos y sus respectivas competencias; y por los jueces y magistrados, que son obviamente lo más valioso de dichos órganos.

Todos los resultados alcanzados por el procesalismo científico ⁽¹⁾, que han sido muchos desde que se enarboló la bandera de la autonomía de la acción respecto del derecho subjetivo, quedarían oscurecidos si no corresponden a un verdadero progreso en la organización y funcionamiento de los tribunales y sus integrantes, es decir, los jueces, quienes en última instancia son los que deben aplicar las normas procesales.

Con razón, dijo Francisco Carnellutti: "El juez es la figura central del derecho. Un ordenamiento jurídico se puede pensar sin leyes, pero no sin jueces".

Localización en el espacio

El Valle del Aburrá que lo forman diez municipios, cuyo núcleo central es la ciudad de Medellín, cuenta con 2'300.000 habitantes y no es una división judicial del territorio, sino una región geográfica que se ha organizado como

área metropolitana. Fue seleccionada por ser la más próxima a la Universidad de Medellín y la más desarrollada en el departamento de Antioquia, donde por esta característica, se supone que se actúa con más racionalidad. Es la segunda región industrial en Colombia, después de la sabana de Bogotá. El croquis ilustra la localización.



1) Zamudio, H. Fix: *Selección y nombramiento de jueces*. Incluido en la revista Universidad de Medellín, N° 29, mayo-septiembre de 1979, página 7.

2. Metodología

Los jueces del Valle del Aburrá son 211 y los magistrados del Tribunal Superior de distrito judicial de Medellín, 42. No se consideró necesario entrevistarlos a todos, sino a un número representativo de cada grupo. Se procedió entonces a extraer del universo anotado, una muestra suficiente, mediante una fórmula matemática, que se usa cuando se trata, como en este caso, de poblaciones finitas. El resultado fue de 69 jueces y de 16 magistrados.

Se diseñaron los formularios para realizar la encuesta, que con la lectura de las hojas de vida de los jueces, fue el medio empleado para conocer el objeto de la investigación. Los cuestionarios fueron sometidos a prueba, corregidos después y luego adoptados.

Los 69 jueces y los 16 magistrados se determinaron al azar, escribiendo sus nombres en papeletas que se introdujeron en sendas bolsas, una para cada grupo. Se extraía una papeleta, se anotaba el nombre correspondiente, se introducía de nuevo en la misma a fin de que no variara el número de papeletas de cada bolsa y así sucesivamente hasta completar el número que se había fijado. Las hojas de vida seleccionadas fueron 69, igual al número de jueces encuestados.

Los 69 jueces se distribuyeron por especialidades, así: 17 penales municipales, 12 civiles municipales, 11 civiles de circuito, 8 penales superiores, 7 laborales de circuito, 6 de instrucción criminal, 4 penales de circuito, 3 civiles de menores y 1 promiscuo municipal. Los magistrados, así: 6 de la sala civil, 5 de la laboral y 5 de la penal.

Todas las encuestas se realizaron, con dificultad algunas, debido a que no es frecuente en nuestro medio que las personas contesten preguntas sobre su trabajo, de una parte; y a la inexperiencia de los entrevistadores, de la otra. Se destaca la colaboración diligente del Tribunal Superior en cuanto al examen de las hojas de vida de los jueces. Es probable que algunos de los datos obtenidos de las encuestas estén oscurecidos, porque en la administración del personal existen prácticas no defensables.

De las averiguaciones hechas, surgieron los criterios para nombrar, promover, capacitar y desvincular los jueces en el Valle del Aburrá, los que seguidamente presentamos.

3. Criterios para nombrar los jueces

Las respuestas de los magistrados y los jueces a la pregunta de qué requisitos se exigen para nombrar los segundos, se muestra en el siguiente cuadro, en porcentajes. Luego se explica en qué consiste cada requisito, a no ser que sea obvio.

Requisitos legales

La constitución política en sus artículos 157 y 158 fija los requisitos de orden legal que deben reunir las personas para ser nombradas como jueces, según sus categorías y para todos dispone que deben ser abogados titulados. Limitamos el análisis a este requisito común, establecido desde 1945 en la constitución.

REQUISITOS	MAGISTRADOS	JUECES
Legales	25	31,9
No comprobados	31	21,7
Legales y no comprobados	31	5,8
Legales y filiación política	6,5	1,5
Ninguno	6,5	
No saben por qué		21,7
Influencias		14,5
Legales e incapacidad física		1,5
Capacidad e influencia		1,5
Total	100%	100%

Entre 1945 y 1970 no había excepción, todos los jueces debían ser abogados graduados. En 1970, mediante el artículo 10 del decreto 250, se estableció una, que permitía nombrar jueces sin título "en interinidad y a falta de personal idóneo". Esta disposición nunca fue aplicable en el Valle del Aburrá, porque desde su vigencia y con mayor razón después, siempre hubo personal idóneo, formado en las cuatro facultades de derecho de esta región. Sin embargo, desde 1945 hasta hoy, se han nombrado jueces sin título.

Cuando se les preguntó a los jueces por la época en que se graduaron y el día de su posesión, el 39,1% afirmaron que no estaban titulados cuando ingresaron como jueces a la rama jurisdic-

cional, lo que en otros términos significa, que sólo en un 60,9% se cumplen la constitución y la ley, en este caso.

Requisitos no comprobados

Con esta expresión un poco contradictoria, a falta de una más propia, se denominan los requisitos deseables pero no exigidos, que sin embargo el 31% de los magistrados y el 21,7% de los jueces, señalaron como si se hubieran tenido en cuenta al momento del nombramiento. Tales requisitos fueron: la capacidad, la honestidad y la responsabilidad.

Se entiende por capacidad, la aptitud, suficiencia, talento, disposición o competencia del juez para desempeñar el cargo; por honestidad, la honradez, decoro, dignidad y razonable equilibrio para dirigir los procesos; y por responsabilidad, el compromiso que tiene el juez de cumplir a cabalidad y con el suficiente juicio y madurez, las tareas que le competen.

Si los anteriores conceptos no están definidos en algún código o manual de personal adoptado por el Tribunal Superior, menos existen los criterios y procedimientos para evaluarlos, razón por la cual, se puede afirmar, que estos requisitos no son tales. Son apenas intenciones o deseos desvinculados de la práctica.

Requisitos legales y no comprobados

El 31% de los magistrados y el 5,8% de los jueces consideraron que en el nombramiento de los últimos influyeron factores legales y no comprobados. Como cada uno de estos requisitos se analizó por separado, no es necesario hacerlo conjuntamente. Es de notar, que si agrupamos los tres factores anteriores bajo la denominación de legales y no comprobados, se puede concluir que en un 77% según los magistrados y en un 59,4% en opinión de los jueces, "determinaron" los nombramientos.

Los demás factores no requieren explicación, pero dos aspectos llaman la atención: ninguno de los magistrados se refirió a las influencias, mientras que el 14,5% de los jueces atribuyeron su nombramiento a ellas; y el 6,5% de los primeros manifestó que ninguno de los factores o criterios en cuestión se tienen en cuenta, ni tampoco otros; a tiempo que el 21,7% de los segundos, dicen ignorar el por qué los nombraron.

Otros criterios de selección diferentes a los enumerados en el cuadro

Se les preguntó a los magistrados si estaban de acuerdo en que la selección de los jueces se basara en las aptitudes, conocimientos y experiencia, a fin de conseguir un personal más capacitado. Y entre los jueces se indagó si las cualidades dichas se tienen en cuenta al momento de nombrarlos. Todos los magistrados contestaron afirmativamente y fundamentaron sus opiniones en que así se daría aplicación a la carrera judicial, se evitarían las intrigas e influencias y se nombraría un personal más idóneo. De los jueces, el 75,36% manifestó que las cualidades mencionadas son la base para el nombramiento, lo negaron el 23,19% y dijeron no saberlo el 1,45%.

La aseveración del 75,36% de los jueces, en el sentido de que se consultaron sus méritos personales para designarlos, es contraria a la realidad, lo que se evidencia en la falta de instrumentos que conduzcan a evaluar las capacidades, conocimientos y experiencia de los mismos; y por las campañas que cada dos años realizan los candidatos y protectores en busca de la elección o la reelección.

Corroborar el error en que están los jueces, o su respuesta política, la contestación que dieron los magistrados a la pregunta de si el concurso se aplicaba en el departamento de Antioquia para el nombramiento o promoción de los jueces. Todos afirmaron que esos concursos no existen, pese a que la enmienda constitucional de 1945 y el plebiscito de 1957 ordenan que "la ley establecerá la carrera judicial y reglamentará los sistemas de concurso para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales..."

Aunque varios decretos del Presidente de la República dictados en ejercicio de facultades extraordinarias, como el 1.968 de 1964, el 250 de 1970 y el 52 de 1987 han "organizado la carrera judicial", lo cierto es que aún no se cumplen.

Finalmente, un asunto de la mayor importancia, es que tanto los magistrados como los jueces concuerdan en señalar las aptitudes, conocimientos y experiencia como presupuesto para un mejor desempeño, o aumento de la eficacia. El interrogante que se plantea, es: ¿existe correlación positiva entre los anteriores presupuestos y la consecuencia anotada?

La respuesta es ¡no! La sabiduría, la información, las ideas, las aptitudes y la experiencia son en sí mismas inútiles si no se transforman en decisiones judiciales prontas, adecuadas, oportunas y ajustadas a derecho. Ohtener estos resultados es cuestión de com-

portamiento, que está ausente en las respuestas de magistrados y jueces, y en las normas sobre la carrera judicial. Se ha ignorado que la prioridad son los resultados, o se ha partido de un supuesto erróneo.

4. *Cómo se promueven los jueces*

Generalmente se considera que la promoción es el aumento de la remuneración proveniente de un ascenso en la jerarquía y el consecuente cambio de trabajo por uno más complejo. Sin embargo, para los jueces en Antioquia y en el Valle del Aburrá, por promoción se entiende además, el traslado de un lugar a otro, con la misma remuneración o jerarquía, cuando el segundo sitio de trabajo es un municipio mejor situado, teniendo en cuenta las vías de acceso, el clima, la salubridad, la situación de orden público, el número de habitantes, etc.

Las respuestas de los magistrados y los jueces a la pregunta, de qué criterios predominan para promover los jueces, se agrupan en el siguiente cuadro, por porcentajes.

CRITERIOS	MAGISTRADOS JUECES	
No comprobados	50	60,87
No comprobados y antigüedad	31	
Legales	6,25	7,25
Palancas	6,25	
Legales, no comprobadas y antigüedad	6,50	
Intrigas y méritos personales		13,03
Dicen no saberlo		18,25
Total	100%	100%

Los criterios incluidos en este cuadro ya fueron definidos en el anterior, excepto el de palancas que equivale a influencias; y el de antigüedad que no es experiencia fructífera o enriquecedora, sino el simple transcurso del tiempo.

El 73.9% de los jueces tienen entre 5 y 15 años de antigüedad en la rama jurisdiccional; el 8.7% menos de cinco; y el mismo porcentaje entre 15 y 20; y más de 20 años también el 8.7%.

El artículo 157 de la constitución, entre los requisitos para ser juez superior, de circuito, de menores o especializado, exige haber desempeñado un año por lo menos, el cargo de juez de circuito o municipal. Como este precepto no se ha desarrollado, esa experiencia no se califica y basta que el lapso indicado transcurra.

Según se observa en el cuadro, los criterios no comprobados o apreciaciones sin fundamento son los predominantes, ya que determinan la promoción en un 50% según los magistrados y en un 60,87% en opinión de los jueces. Según las intenciones, estos criterios son los de experiencia, capacidad, honestidad, responsabilidad e idoneidad, pero dichas intenciones no se realizan, aunque la moderna administración de personal ofrece métodos y técnicas para evaluar las calidades personales y el desempeño. Un asunto que nunca se menciona y es de más impacto positivo en la administración de justicia, que los otros, es la eficacia.

Para averiguar qué papel juega en la promoción de los jueces su rendimiento cuantitativo, se les hizo esta pregunta a los magistrados: ¿Tiene usted en cuenta la evaluación cuantitativa que realiza el DANE respecto del trabajo de los jueces? El 93,75% respondió que no y el 6,25 lo hizo afirmativamente.

Como se sabe, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, publica boletines periódicos sobre estos asuntos, donde la información por estar agregada, no permite saber lo de cada juzgado. Consultados los funcionarios del DANE acerca de si el Tribunal Superior ha solicitado información desagregada por juzgado, la respuesta fue negativa. En las hojas de vida de los jueces no aparece ninguna anotación sobre rendimiento cuantitativo.

En cuanto al rendimiento cualitativo de los jueces como factor de promoción, el 87,5% de los magistrados considera que no existe manera de evaluarlo, mientras que el 12,5% afirma que sí, aseveración que fundamenta en las visitas periódicas de la procuraduría. Se leyeron algunas actas de dichas visitas, practicadas a juzgados municipales y se verificó que en ellas se informa como se llevan los libros y expedientes, el número de providencias de fondo y de diligencias practicadas en el período que cubre la visita, y el estado de los procesos.

En las hojas de vida de los jueces no se anota el resultado de las visitas mencionadas, ni de la personería envían copia al Tribunal Superior. Además, según lo expresado en el párrafo anterior, la información que contienen esas actas, es únicamente cuantitativa.

El 21,74% de los jueces tiene la creencia errónea de que son evaluados para fines de promoción, por las visitas de la procuraduría. El 23,29% afirma que es el conocimiento que el superior tiene de sus providencias, al revisárlas, lo que determina la promoción. Los jueces municipales están equivocados en esta apreciación, porque el Tribunal Superior no conoce sus decisiones como superior jerárquico; y en cuanto a los otros, se puede observar, que si bien es cierto que el Tribunal revisa sus providencias, no cuenta con información concentrada y ordenada respecto de cada juez, que sirva para decidir con objetividad.

Los datos sobre la calidad del trabajo de este grupo de jueces, quedan dispersos en las memorias de los magistrados y su evocación no es un método seguro para resolver con acierto.

Se les preguntó a los jueces cuántas veces han sido promovidos y las respuestas se distribuyen así: el 14,48% nunca lo ha sido; el 21,75% una vez; el 20,28% dos veces; el 13,05% tres veces; el 15,95% cuatro veces; el 10,15% cinco veces; el 1,45% seis veces; y el 2,89% siete veces. Es de notar, que el porcentaje de los que nunca fueron promovidos es alto, lo mismo que el de los promovidos una vez, mientras que muy pocos lo han sido muchas veces.

De lo expresado en este aparte se concluye, que no se hace evaluación cuantitativa ni cualitativa del trabajo de los jueces en el Valle del Aburrá, y por lo tanto, para promoverlos no se consultan sus capacidades, aptitudes, conocimientos, actitudes y desempeño.

5. *Capacitación y adiestramiento*

Son los medios para procurar la formación de los abogados y en particular de los jueces, a los que se debe agregar la experiencia.

La capacitación en este artículo se entiende como la formación universitaria que conduce a un título y que en las facultades del Valle del Aburrá, va únicamente hasta el de especialización, que es un posgrado anterior al magister, cuyas exigencias en el tiempo son la mitad de éste y menores en cuanto a la investigación. No existen, pues en esta región, estudios universitarios que conduzcan al magister y menos a un título posterior como es el doctorado.

Si consideramos que el magister y el doctorado están más orien-

tados hacia el conocimiento científico, que el pregrado y la especialización, la conclusión es que los abogados y entre ellos los jueces, no se han relacionado con la ciencia jurídica de una manera sistemática.

De lo anterior no se puede inferir, que en los estudios de pregrado y especialización hayan recibido una instrucción rigurosamente técnica. Lo que predomina es una miscelánea de técnicas, no derivadas del saber científico, y casi ninguna práctica. El conocimiento científico está casi ausente.

No existe en los estudios universitarios ninguna orientación hacia la judicatura, circunstancia que unida a las anteriores permite afirmar que los títulos de abogado y especialistas en algunas ramas del derecho, no habilitan para un desempeño eficaz como jueces. Aún si se establecieran cursos conducentes al magister y al doctorado, la situación no cambiaría fundamentalmente.

Para el nombramiento de los jueces, sólo se tiene en cuenta la capacitación legalmente exigida, o sea, el título de abogado. El 60.9% únicamente tenía ésta al momento de vincularse. La capacitación de posgrado, escasísima en esta región y prácticamente inexistente en los aspirantes a la judicatura, y la experiencia en el servicio profesional, no son evaluadas al designar los jueces.

El adiestramiento, a nuestro juicio, tiene por finalidad aumentar la eficiencia del juzgador, que consiste en hacer mejor las cosas que está haciendo, en mayor cantidad, a menor costo y a satisfacción de más personas; o prepararlo para asumir tareas más complejas, consecutivas a un ascenso en la jerarquía.

Los cursos, seminarios, foros y demás reuniones que se han realizado para los jueces en la región estudiada, incluyendo los servidos por el Ministerio de Justicia, no están vinculados a los propósitos anteriores, sino a incrementar en algunos temas, el conocimiento, el que por sí solo no se refleja positivamente en la eficiencia. No existe relación entre el "adiestramiento" y la promoción de los jueces. Así lo afirma el 73,91% de los mismos. El 26,09% es de opinión contraria, pero cuando se les preguntó por la razón de la respuesta, no adujeron ninguna.

La formación de los jueces en el Valle del Aburrá, probablemente obedece a que las universidades en esta región, tienen un concepto del saber basado en la teoría tradicional, que hunde sus raíces en la filosofía idealista, en la que el pensamiento es algo independiente de cualquier actividad práctica. El idealismo, como se

sabe, es un proceso de inversión de la realidad, mediante la invocación de un pensamiento aparentemente racional.

El saber activo, necesario para aumentar la eficacia en la administración de justicia, se basa en un método dialéctico en el que, el conocimiento y la acción se requieren mutuamente y de esa relación surge un nuevo saber y una nueva acción en planos más elevados. No se trata de una visión contemplativa, ni de un raciocinio abstracto de la realidad, sino de combinar el saber jurídico con el pragmatismo.

El enorme avance de la tecnología (ausente en el trabajo de los jueces) en los últimos ciento cincuenta años ⁽¹⁾ surge del hecho de que la razón especulativa y la práctica han entrado en contacto. La razón especulativa ha aportado su actividad teórica y la razón práctica, sus metodologías para el tratamiento de los diversos tipos de hechos.

6. *Desvinculación de los jueces*

Se entiende por desvinculación, el hecho de que el juez sea removido dentro del período legal para el que fue nombrado. Son tres los eventos en que ocurre este fenómeno: por renuncia aceptada; por insubsistencia, que se declara cuando el juez no ha reunido los requisitos legales para desempeñar el cargo; y por destitución, que se ordena mediante sentencia proferida en proceso disciplinario.

Las causas predominantes en la destitución, han sido, la incapacidad para desempeñar el cargo, el comportamiento social inadecuado, la irresponsabilidad y la deshonestidad. Aunque no se cuantificaron estas causas, es válido afirmar que disminuirían, si los criterios aplicados a la selección fuesen más rigurosos. Lo mismo se puede predicar en relación con las sanciones de otra índole, como las multas, amonestaciones y suspensiones.

Otra forma de desvinculación que merece comentario aparte, es el retiro forzoso por edad. Dice el decreto 250 de 1970: "el funcionario o empleado debe retirarse cuando se encuentre en situación

1) Whitehead, Alfred North: *La función de la razón*. Editorial Tecnos, Madrid, 1965, páginas 78 y 79.

de retiro forzoso" y el artículo 5º del decreto 546 de 1971 señala como edad de retiro forzoso para los jueces, la de sesenta años.

El retiro forzoso se produce a solicitud del interesado o del ministerio público, o de oficio por la entidad nominadora, cuando haya sido reconocida la pensión que le corresponda.

Se les preguntó a los magistrados cómo procedían cuando un juez había cumplido la edad de retiro forzoso y no había solicitado su desvinculación. El 68,75% manifestó que no se reelegía, el 25% dijo no habersele presentado el caso, y el 6,25% restante dividió su opinión entre las respuestas anteriores. De esto se infiere, que el Tribunal Superior adoptó su propio sistema.

7. *El botín político y la carrera judicial*

El nombramiento, promoción, capacitación y desvinculación de los jueces en el Valle del Aburrá, se coloca entre la práctica de la reciprocidad y la retórica del mérito, que se inspiran en sistemas opuestos en la administración del personal vinculado a la rama jurisdiccional.

Práctica de la reciprocidad

Esta es una forma elemental de manejo político que consiste en organizar la vida pública como un mercado de favores, presidido por la regla "do ut des", que caracteriza todas las relaciones de poder y las administrativas.

Cada día es más patente la influencia ⁽¹⁾ del factor político sobre el administrativo. Lejos de ser éste un reino independiente que permitiera el desarrollo de los métodos de gestión aplicables en todas partes, la administración es constituida por una serie de rutinas burocráticas que emanan de una relación de poder y que no se pueden disociar de él.

En Colombia, el sector público está organizado con un mer-

1) Vélez Rodríguez, Ricardo: *Tradición patrimonial y administración señorial en la América Latina*. Incluido en la revista *Universidad de Medellín*, N° 44 de 1984, página 83.

cado de favores y la rama jurisdiccional que pertenece a él, como es obvio, participa de las características del mismo. No podía ser de otra manera, ni esta rama del poder público por su propia voluntad, podría escapar de dichas condiciones nacionales. Este tipo de organización parece corresponder a diferentes grados en la evolución de los pueblos.

Los países dependientes como el nuestro ⁽¹⁾ abrazan un sistema de administración de personal conocido como el "botín primitivo", en el que las personas son seleccionadas en consideración al compadrazgo, el nepotismo, el paternalismo, el pago de favores o las lealtades políticas hacia el cacique o patrono, sin tener en cuenta los conocimientos y aptitudes del candidato.

Predomina en la administración del personal vinculado a la rama jurisdiccional en el Valle del Aburrá, el sistema de la reciprocidad o del clientelismo, según nos informan en sus respuestas antes analizadas, los magistrados y jueces de esta región geográfica.

Dentro de las lealtades clientelistas merece destacarse, la distribución por mitades entre liberales y conservadores de la cúpula de la rama jurisdiccional, aprobada mediante el plebiscito de 1957. En efecto, ordena el artículo 148 de la carta fundamental que "La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán paritarios".

Aunque el texto constitucional limita la paridad política a la Corte y al Consejo de Estado, dicha distribución se observa en el nombramiento de magistrados para los tribunales y de los jueces. La lectura de las hojas de vida de los jueces, permitió establecer que en el 85,5% estaba definida la participación política como liberal o conservador, ninguno estaba anotado como de otro partido, y sólo en un 14,5% no se indicaba este dato en los infolios.

Preguntados los jueces sobre el particular, el 79,72% afirmó que eran compelidos a definirse políticamente, y el 28,28% respondió contrariamente, pero explicaron que no lo tuvieron que hacer, debido a que su vinculación inicial fue en el carácter de funcionarios subalternos de un juzgado, y para ello no se les hizo la exigencia en cuestión.

La paridad constitucional, de origen plebiscitario, es contraria a la Carta Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que

1) Álvarez A., Orión y Meneses M., Aristides: *Administración, ciencia, política y técnica*. Editorial Lealón, Medellín, 1984, página 161.

en su artículo 21, dice: "Toda persona tiene derecho de acceso en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país". El artículo 24 siguiente, expresa: "Todas las personas son iguales ante la ley". El artículo 1º de la convención mencionada, establece entre los deberes para los Estados que la suscribieron, entre ellos el nuestro, lo siguiente: "Los Estados parte de esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que está sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición social".

La práctica de los nombramientos de los magistrados y jueces en forma paritaria, que excluye de la rama jurisdiccional a los no liberales y conservadores, es una clara violación de las normas anteriores, que hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Los criterios que se aplican en el nombramiento de jueces, en la región estudiada, su promoción y desvinculación, son de claro origen clientelista, opuestos al principio de la separación de la justicia respecto de la política partidista, que garantiza que los jueces en el desempeño de sus funciones no le deben lealtad sino a la ley, y causantes en mayor medida que otros factores, de la ineficacia que acusa la rama jurisdiccional.

La retórica del mérito

A diferencia del sistema anterior, el del mérito se basa en la selección técnica y en la honradez, en el que se hace competir un número plural de candidatos por un puesto, con el fin de escoger aquel que por su conocimiento y aptitudes sea el mejor para ocuparlo. Una vez nombrado se le garantiza estabilidad si el desempeño es satisfactorio y se le asciende según sus méritos y eficacia. Este sistema conduce a la meritocracia y en el caso que nos ocupa recibe el nombre de carrera judicial.

Los fundamentos de la carrera judicial, para el juez, son la estabilidad y la promoción; y para la rama jurisdiccional y las partes e interesados en las actuaciones procesales, la competencia y la eficacia.

La estabilidad se condiciona al desempeño satisfactorio del juez, evaluado mediante calificación periódica. No debe confundirse

con la inamovilidad, que llevaría a la ineficiencia de los que prefieren estancarse a progresar.

La promoción implica el aumento del sueldo correspondiente a un cambio de juzgado, por uno de mayor jerarquía. Puede también incrementarse la remuneración, sin ascenso, en virtud de aumentos periódicos para quienes permanecen en el mismo puesto. La consideración del mérito debe ser el criterio para el ascenso; y la antigüedad, unida al desempeño satisfactorio, son los fundamentos de los aumentos periódicos de sueldo, cuando no hay promoción.

Para la rama jurisdiccional, la carrera judicial significaría tener a su servicio los hombres y mujeres más competentes y por lo tanto la capacidad de resolver con más acierto y prontitud. La ausencia del sistema del mérito, coloca en los juzgados a personas incompetentes y pervierte la moral de los funcionarios.

La carrera judicial existe jurídicamente en Colombia. Fue ordenada por la reforma constitucional de 1945, primero; y después por el plebiscito de 1957, que modificó la constitución. En 1964, mediante el decreto 1.698, dictado en ejercicio de facultades extraordinarias por el Presidente de la República, se "organizó" la carrera judicial; y en ese mismo año el decreto 1.728 creó la división de la carrera judicial en el Ministerio de Justicia, para dar cumplimiento a esa "organización".

Como las normas anteriores fueron inoperantes, el Congreso facultó nuevamente al Presidente para establecer la carrera judicial y en uso de tales facultades expidió el decreto 250 de 1970, llamado "el estatuto de la carrera judicial y del ministerio público". Posteriormente fue reglamentado ese decreto legislativo, por el 1.660 de 1978. Y en 1987, en uso de nuevas facultades extraordinarias, el Presidente dictó el decreto 0052, que dijo "reformular y poner en funcionamiento el estatuto de la carrera judicial". Bastaría para demostrar, que no existe la carrera judicial para los jueces, si todo lo anterior no fuere suficiente, considerar que tienen período fijo. Si como antes se dijo, los fundamentos de la carrera judicial, para el juez, son la estabilidad y la promoción, faltando el primero y siendo el segundo solo aplicable dentro de cada período, el sistema del mérito es inexistente. Son incompatibles la carrera judicial y el período fijo. El intento de conciliar esta contradicción, únicamente agrega más requisitos innecesarios para el nombramiento y promoción, sin alterar el sistema del botín público.

La discrepancia entre lo que ordena la ley y las prácticas di-

vergentes, se conoce como el formalismo jurídico, que es la característica más penetrante en países como el nuestro, y que puede observarse no sólo en cuanto a la materia de análisis, sino en cualquier otro campo. Cuanto mayor es la discrepancia entre la ley y su cumplimiento, más formalístico es el sistema.

El formalismo es uno de los elementos, quizás el más relevante en la teoría de la "sociedad prismática" de F.W. Riggs ⁽¹⁾, teoría que representa una interesante tentativa para perfeccionar la estructura conceptual de que disponemos para comprender las sociedades subdesarrolladas y dependientes.

Tanto el clientelismo como el formalismo, que se refuerzan mutuamente, son características culturales que corresponden al grado de evolución en que nos encontramos, y que por ser inherentes a toda la sociedad, no son superables por la sola voluntad del Estado, y menos por uno de sus componentes como es la rama jurisdiccional.

Cuando se pretende mudar un determinado complejo cultural ⁽²⁾ que es un sistema ideo-afectivo, de manera exclusivamente objetiva o trascendente (promulgando por ejemplo una nueva constitución en nombre de Dios o del pueblo), las posibilidades de éxito de tal cambio son mínimas, pues a él se opondrá el elemento subjetivo o immanente (sentimientos, creencias, prejuicios, praxis atávicas de esa comunidad humana). Por esto, destaca el autor, han fracasado tantas reformas en nuestro medio latinoamericano: porque los reformadores imbuídos de un espíritu legalista, consideran que cambiando las leyes van a mudar los hábitos de la población, que permanecen siempre ajenos al formalismo exterior.

8. Conclusión

La investigación demostró, sin lugar a dudas, que los criterios

-
- 1) Riggs, F.W.: *Administration in Developing Countries: The Theory of Prismatic Society*. Boston, Houghton Mifflin Company, 1964.
 - 2) Vianna, Francisco José de Oliveira: *Instituciones políticas brasileñas*. Río de Janeiro, Record. 3ª edición, volumen I, página 74. Citado por Ricardo Vélez Rodríguez, en el artículo Tradición patrimonial y administración señorial en la América Latina, incluido en la revista Universidad de Medellín, N° 44, página 113.

predominantes para el nombramiento, promoción y desvinculación de los jueces en el Valle del Aburrá, obedecen a la práctica del "spoils system".

Información complementaria

La investigación en que se basa este artículo fue realizada en 1987, 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 de investigación, en el que participaron como alumnos investigadores: Angela María Álvarez Quintero, Catalina María Aranzazu Hernández, Luz Marina Baena Giraldo, Angela Graciela Ballesteros Barbosa, Marta Lucía Bustamante Sierra, Jaime Alberto Correa Arango, María Isabel Escobar de Ortega, Luz Victoria Figueroa Arango, Luz Marina Ortega Márquez, Fabio Alberto Ortega Márquez, Carlos Alberto Rodríguez Isaza, María del Pilar Tobón Díaz y Gladys Elena Zapata Duque.

La dedicación y el esmero de los alumnos investigadores hicieron posible la realización del estudio, que les sirvió para cumplir con el requisito de trabajo de investigación a fin de optar al título de abogados.

El Rector de la Universidad de Medellín, Dr. Jaime Tobón Villegas, a solicitud del director de la revista TEMAS PROCESALES, autorizó la inclusión de este artículo en la revista. El Centro de Estudios de Derecho Procesal, aprecia y agradece la deferencia anotada.

Journal of Management Inquiry 18(6) 709–724

DE LA ACUMULACION

Eugenio Prieto Mesa *

1. *Acumulación plurilateral.* 2. *Acumulación bilateral u objetiva.* 3. *La indebida conformación del proceso acumulativo.* 4. *La reconvención.* 5. *Acumulación de procesos.*

1. *Acumulación plurilateral*

De regreso a la teoría *pura* conviene desarrollar el acápite que se denominaría de la *acumulación plurilateral* también llamada *subjetiva* o *litisconsorcial*. Se decía que la acumulación de pretensiones puede darse entre dos partes solamente, o entre más de dos partes; las partes ocuparán la posición de demandante y de demandado. En consecuencia de la regla de la *contradictoriedad* que gobierna el ejercicio de la pretensión y así se ha establecido, que la contradicción se satisfaga entre dos polos de relación, *cada uno singular*.

Cualquier noción que desdibuje ese esquema llano, presenta ya una problemática conceptual: más de un demandante, más de un demandado, más de dos partes contrapuestas o menos de dos... Para la constitución de un verdadero proceso que no derive en una actuación administrativa falsamente motejada de tal, se requiere la presencia mínima de dos partes, las cuales emergen en posiciones contrapuestas: *actor*, *demandante* o *acusador*, será quien formula la pretensión; *demandado*, *opositor* o *acusado*, quien la resista. Es el principio de la *dualidad* inherente al concepto de parte en el proceso; aparece como posible vulneración del principio, la enunciación de *partes plurales* y cuando se habla de *multiplicidad de sujetos*. Ambas hipótesis se distinguen: con facilidad se aprecia impoluto el principio

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

cuando se indica apenas una pluralidad de personas que constituyan una parte compleja y por lo mismo *una*. Se debe hablar entonces no de una pluralidad de partes, sino de *parte con sujetos plurales*; tal ocurre en el así denominado *litisconsorcio necesario*. Y ni siquiera padece mengua el principio dual en cuanto al concepto de parte, cuando aparezca en el proceso un tercer sujeto con afán de coadyuvar de manera simple, accesoria, la pretensión o la resistencia, porque se arguye un interés coincidente (interviniente adhesivo simple y aún el adhesivo cualificado).

En el litisconsorcio necesario puede o no darse el proceso acumulativo bilateral según que se ejerciten dos o más pretensiones; puede o no darse el proceso acumulativo plurilateral, pero, porque otro sujeto, diverso y ajeno a los litisconsortes necesarios, concorra con la parte compleja, que no integra ella sola una pluralidad de partes. Igual cosa se predica de la intervención simple, que auna al tercero con la parte que coadyuva pero no enriquece el proceso con otra pretensión.

En cambio el proceso acumulativo *plurilateral*, implica siempre acumulación de pretensiones; así ocurre por ejemplo con el litisconsorcio voluntario, la denominación de litisconsorcio, no conviene a esta figura porque a la verdad que cada sujeto esgrime su pretensión sin que en ningún momento, ni aún teóricamente, se de la comunidad de *suertes* que caracteriza a esta figura. Este así denominado *litisconsorcio voluntario* es la más exacta expresión de la acumulación plurilateral.

Cuando se alude al *litisconsorcio* viene indefectiblemente toda esa clasificación que se formulaba como especificación del género y así se aludía a *litisconsorcio necesario*, *litisconsorcio cuasinecesario* y *litisconsorcio voluntario*, que a la vez se especificaba como *propio* e *impropio*. De acuerdo con los planteamientos formulados en este estudio, sólo conviene la denominación de *litisconsortes*, a quienes se vincula de alguna manera con intereses sustanciales coincidentes, a una misma relación jurídica material. Por lo mismo entonces los procesos con litisconsortes necesarios *no son por sí mismos procesos acumulativos* porque no contienen *varias pretensiones* sino apenas *una*, ni ostentan pluralidad de partes porque también ella es apenas *una*, compleja sí pero *única*. En la hipótesis de litisconsorcio cuasinecesario cabe el mismo planteamiento: son plurales los sujetos pero con interés idéntico y referida a una misma y sola relación jurídica. Son los titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extienden los efectos jurídicos de la senten-

cia y que por ello están legitimados para demandar o ser demandados en el proceso. Sería el ejemplo la actuación por activa de los herederos para la herencia... Y es la misma hipótesis de la intervención así denominada litisconsorcial, que por lo mismo *tampoco da lugar al proceso acumulativo*.

Otra hipótesis de acumulación plurilateral es la figura de la *intervención principal* que permite el surgimiento de una postura nueva en el proceso, como contrapuesta a la que se desenvuelve entre las partes originales; esta hipótesis a más de pluralidad de sujetos, implica necesariamente pluralidad de pretensiones.

Retomando el sentido que viene exponiéndose se aprecia que la temática *acumulación de pretensiones* se escinde en dos grandes especies: *acumulación objetiva o bilateral* y *acumulación subjetiva o plurilateral*, la última de las cuales, se designa también pero de manera impropia *proceso litisconsorcial* o *litisconsorcio voluntario*.

La ley colombiana sobre el particular

De regreso a nuestro código de procedimiento civil y precisamente al artículo 82, "varios demandantes o varios demandados" es la consagración legal de la acumulación plurilateral y dice el código que tratándose de acumulación subjetiva no fundamentan el proceso acumulativo las conexiones de objeto y de causa, y ni siquiera cuando ambos elementos coinciden en conexidad con los de otra pretensión. Tampoco la sola pluralidad de sujetos conforma un proceso acumulativo porque deben además revestir cualquiera otra de estas conexiones: conexidad de causa o título, conexidad de objeto, *conexidad de dependencia* y hasta *conexidad de pruebas*.

Otro artículo concerniente a la acumulación plurilateral es artículo 50 del C.P.C. subsigue el acápite *litisconsortes*. Se especifica dentro de la misma norma como *litisconsortes facultativos* y así dice: "Salvo disposición en contrario, los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso".

Más que litisconsortes facultativos, deben denominarse *sujetos acumulados* o *acumulación plurilateral* porque recuérdese que ni siquiera tiene que ser coincidente el fallo para todos, pudiendo aceptarse la pretensión en relación con alguno, denegarse para otro, y hasta inhibirse en relación con un tercero... es apenas la *unidad*

formal de proceso que consiste en el *proceso único*, en la *sentencia única* pero apenas físicamente aun cuando contenga muchas decisiones: ellos, dice el precepto, serán considerados en sus relaciones con la contraparte como *litigantes separados*; los actos de cada uno apenas interfieren en la solución de su litigio, y empero, queda a salvo la *unidad* del proceso que como se dijo es una unidad formal pese a la pluralidad de relaciones materiales debatidas, unidad formal, pluralidad material.

El art. 51 referido al *litisconsorcio necesario* así reza: "Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los *litisconsortes*, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerán a los demás. Sin embargo los actos que impliquen disposición del *derecho* en litigio, sólo tendrán eficacia si emanan de *todos*". Como puede verse se alude a un *derecho material* y a muchos titulares conjuntos de ese derecho... No hay pues ni pluralidad de partes y menos de pretensiones.

El art. 52 regimenta lo concerniente a la *intervención accesorial*: a la *adhesiva* y a la *litisconsorcial* también denominada *mera coadyuvancia* o *coadyuvancia simple* y a la denominada *coadyuvancia cualificada*, que es la misma *litisconsorcial*. La estructura que consagra el precepto para esta clase de intervención, pone de manifiesto que ninguna de las especies se ofrece como hipótesis de proceso acumulativo porque no multiplican las *pretensiones* ni el derecho material a debatirse y ni siquiera duplican las partes en sentido material, porque se acomodan al lado de la coadyuvancia. Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida podrá intervenir en el proceso como coadyuvante de ella... Y la cualificada o *litisconsorcial* la estructura ese mismo art. 52 de la siguiente manera: "...Podrán intervenir en un proceso como *litisconsortes* de una parte y con las mismas facultades de ésta los terceros que sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso".

El art. 53 estructura la *intervención principal* o *ad excludendum* y es, ésta un *típico proceso acumulativo* porque enriquece el proceso con parte y con pretensión, como que involucra una nueva relación material a debatirse, ubicándose el interviniente *ad excludendum* como demandante frente a los: demandante y demandado iniciales. Se decide primero la pretensión *ad excludendum* y si es desestima-

da, la pretensión inicial. La letra del precepto es como sigue: "Quien pretenda en todo o en parte, la cosa o el derecho controvertido podrá intervenir formulando su pretensión frente a demandante y demandado para que en el mismo proceso se le reconozca..."

Los arts. 54 y 57 llamamiento en garantía y denuncia de pleito implican una especial reunión o acoplamiento o acumulación de varias causas o litis... es una proposición anticipada de la pretensión; se opera por el llamado que una de las partes o ambas formulan, contra un tercero al proceso que se está desenvolviendo, reclamando en contra de éste un derecho de garantía que se tornará *actual* en el evento de que quien llama sea condenado. Se acumula entonces in eventum *la pretensión revérsica* es de todas maneras un proceso acumulativo plurilateral. El llamado cumple función encontrada: ayuda a la defensa de quien le llama y se enfrenta a la vez defendiéndose de él, por cuanto concierne a la pretensión eventual de regreso. Por lo que toca con la denuncia de pleito cabe anotar que en doctrina, esta institución es genéricamente una con el llamado en garantía, porque ambas tienen un fondo común: *la obligación de garantizar y de defender*. Colombia las separa de una manera criticable y más con un criterio sustancial que equivoca la naturaleza formal aún de la denuncia de pleito.

Art. 58. El llamamiento ex officio que hace el juez para prevenir el fraude procesal, tampoco enriquece por sí mismo el proceso porque no acumula pretensión del llamado. Igual cosa puede predicarse de la audatio o nominatio actoris.

2. *Acumulación bilateral u objetiva*

Implica la coincidencia total del elemento subjetivo, en todas las pretensiones que se acumulen. Ella sola, según se dijo, en algunas legislaciones permite la estructura del proceso acumulativo. En otras no. En Colombia sí. En esta especie de acumulación se observa a veces la concurrencia de pretensiones porque la violación de una relación jurídica afecte dos o más aspectos del mismo derecho, originando el mismo hecho diferentes pretensiones. Otras veces las relaciones jurídicas violadas son diversas y se permite la acumulación en razón de la sola conexidad subjetiva, respetando también el trámite y la competencia que tienen que ser los mismos para la solución de todas las pretensiones propuestas porque de lo contrario se vulneraría la unidad formal del proceso.

Para cualquiera de las especies de acumulación, objetiva y subjetiva se señalan requisitos: *mismo procedimiento, misma competencia y no contradictoriedad* de las pretensiones entre sí. Son los números 1, 2 y 3 del art. 82.

La no contradictoriedad entre las pretensiones

Se entiende que las pretensiones son contradictorias o excluyentes entre sí, cuando el empleo de una, hace ineficaz la otra, pues se trata de una dualidad de relaciones jurídicas materiales que no pueden coexistir porque la elección de una impide el ejercicio de la otra; se trata de dos resultados de los cuales el uno es imposible frente al otro; dos reclamos por ejemplo, uno de los cuales pide que se le restituya la posesión y otro, la tenencia... o para que se declare la nulidad y el cumplimiento del contrato; los efectos jurídicos de las pretensiones contradictorias no pueden coexistir porque son antagónicos. Así entonces y para evitar la contradictoriedad de las pretensiones la doctrina distingue formas y maneras de acumularlas:

Acumulación principal

También se denomina simple, o autónoma o concurrente. Se da principalmente en la acumulación de identidad de sujetos sobre varios objetos todos independientes entre sí: pretensión indemnizatoria por responsabilidad contractual... reivindicación... En esta forma de acumulación todas las pretensiones propuestas deben ser simple y llanamente resueltas en la sentencia: se deducen en la demanda varias pretensiones para que sean solucionadas todas en el mismo fallo.

Acumulación subsidiaria denominada también condicional

Esta forma de acumulación como género que es, presenta a la vez tres modalidades de acumulación. La subsidiariedad consiste en proponer una pretensión cuya eficacia depende de la procedencia o no de otra pretensión diferente la cual debe estudiarse por el fallador con antelación a la subsidiaria, dentro de una rigurosa técnica de elaboración de la sentencia.

Las modalidades de subsidiariedad son:

- a) Acumulación subsidiaria o condicional, sucesiva o consecucional.

Implica que se deduzca una pretensión, para que sea estimada, bajo la condición de que otra sea acogida en la sentencia, porque

precisamente toma vida, se actualiza, apenas con ese proveído estimatorio de la principal. Son ejemplos: la pretensión de declaración de nulidad de la compraventa, propuesta como principal y la reivindicatoria del bien vendido, la cual encuentra apoyo sólo cuando se da el pronunciamiento de nulidad que regresa a la esfera jurídica del demandante la titularidad del bien raíz. La pretensión de la declaración de filiación natural propuesta como principal y la de petición de herencia, pues solamente cuando se produce el pronunciamiento de filiación natural, nace el fundamento de la pretensión de petición de herencia. En ambas hipótesis aducidas como ejemplo de de esta acumulación, la pretensión acumulada consecuentemente adolece de falta de interés actual, cuando se formula en la demanda y en rigor debería deducirse en otro proceso y solamente después de que la pretensión principal hubiera alcanzado el sigilo de la cosa juzgada; por economía procesal se admite la acumulación mediante la presentación anticipada de la segunda pretensión, lo cual constituye una excepción al principio de que el derecho debatido debe existir en el momento en el cual se instaura el proceso. Otra excepción al mismo principio es la acumulación de prestaciones periódicas que sólo llegan a causarse después de presentada la demanda y hasta su solución o pago, o la sentencia de cada una de las instancias.

Algún sector doctrinario denomina también este tipo de acumulación como el de pretensiones *escalonadas*, donde el acogimiento de la primera es presupuesto de la segunda, y ésta, de las ulteriores.

Diverso es este tipo de acumulación objetiva, a la *simple acumulación de peticiones accesorias a la principal* y que se conocen en doctrina como *consecuenciales legales*, las cuales forman materia de decisión aún ante el silencio de las partes, son pues extremo litigioso obligado; por ejemplo las prestaciones mutuas que deben seguir el fallo estimatorio de una pretensión de reivindicación... Se trata en realidad de una sola pretensión que la ley vuelve compleja y de mayor comprensión... es un pronunciamiento sobre accesorios que se ligan necesariamente a la pretensión principal, aseverándose que entonces no se trata de una verdadera acumulación de pretensiones sino de petitorios y pronunciamientos accesorios al único litigio, que implícitamente forman parte del objeto a pedir.

b) Acumulación subsidiaria o condicional subordinada o eventual

En esta modalidad el demandante presenta dos o más pretensiones a fin de que sea estimada una de ellas, en el evento de que

no sea acogida una u otras. Se propone una pretensión para el caso de que otra sea desestimada. La relación de principal a subsidiaria, en esta hipótesis, corresponde a una graduación de los intereses del demandante; a la pretensión que incoa como principal corresponde el mayor interés suyo y a la subordinada o eventual uno menor, por lo cual, el orden en que se presentan las pretensiones y los rangos que el demandante indica, son obligatorios para el fallador quien no puede estudiar la pretensión deducida como eventual, sino cuando se vea desestimada la pretensión principal, denegada, o despachada con pronunciamiento meramente formal. Un ejemplo se tendría cuando fuera propuesta como pretensión principal la de declaración de simulación del contrato y en subsidio, como eventual, se acumula la pretensión de rescisión por lesión enorme.

Las pretensiones deducidas de esta manera, como principal y como subsidiaria eventual, pueden tener fundamentos jurídicos idénticos, distintos pero compatibles, o absolutamente incompatibles. Las dos pretensiones tendrían fundamentos jurídicos idénticos en el caso de que una de las pretensiones reclamara la entrega del bien y la otra, el pago de su equivalente en dinero. Los fundamentos serían distintos pero compatibles en la pretensión de resolución de contrato de compraventa y en la de rescisión por lesión enorme; ambas pretensiones tienen causas jurídicas diferentes pero no se excluyen entre sí. Como pretensiones con fundamentos jurídicos absolutamente incompatibles se mostrarían: la solicitud que hace un heredero rogando la declaración de nulidad del testamento y la de deprecación de condena al pago de un legado que le otorga en dicho testamento.

c) Acumulación subsidiaria o condicional alternativa

Esta forma de acumulación presupone dos petitorios diferentes, quedando el demandado en libertad de elección. No es el juez el que decide cuál pretensión debe estudiarse, sino que tal determinación conviene al demandado. Así puede pedirse el cumplimiento de un contrato o la indemnización de los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento. El actor propone en forma disyuntiva dos petita, admitiendo el cumplimiento de cualquiera de ellos por el demandado, como sería el caso frecuente de solicitar la entrega de la cosa prometida o la cláusula penal. Esta forma de acumulación no ocurre en la práctica porque normalmente el actor elige la pretensión que más le interese. Para que ella pueda darse es preciso que la ley sustantiva reconozca la existencia de derechos alternativos, de tal manera

que las diversas pretensiones tienden a prestaciones diversas, pero equivalentes, por lo cual solamente una puede cumplirse.

3. *La indebida conformación del proceso acumulativo*

Cuando para la reunión de pretensiones en un proceso, se desatienden o contrarían los preceptos que la rigen, se ofrece el proceso como ineficaz en razón de ese defecto formal. Un sector de la doctrina no concede individualidad a este defecto sino que lo engloba como vicio de la demanda y cuando lo detecta el estudio formal que corresponde, bien sea en la etapa de inmaculación del proceso, o en la sentencia, en el momento que antecede al estudio de fondo de la pretensión, determina la falta del presupuesto procesal de la debida demanda, cuestión que implica un impedimento total de cualquier proveído decisorio de mérito, aun cuando alguna pretensión de las acumuladas lograra ofrecer para ella un proceso eficaz. Esta es la postura del Código de Procedimiento Civil Colombiano en el art. 97 cuando consagra el procedimiento como excepción previa.

Otro sector doctrinario entre los cuales autores se halla Hernando Devis Echandía, estructuran esta mácula, como una entidad autónoma, como presupuesto material de la sentencia de fondo (Compendio T. I. p. 251) porque no es posible proferir sentencia de mérito si el fallador se encuentra con pretensiones o imputaciones, indebidamente acumuladas... En tales casos, señala el mismo Devis, es factible que pueda resolverse sobre algunas pretensiones en relación con las cuales no es defectuoso el proceso y abstenerse de decidir de mérito, las que se arrimaron defectuosamente al proceso en la demanda.

La noción de *presupuestos materiales de la sentencia de fondo*, se adecúa a las doctrinas *autónomas abstractas* de la acción, las cuales, consecuentes con su postura, entran en el análisis y estudio completo del instituto de la pretensión. Precisamente como *presupuestos de la pretensión*, los enlista Devis así: 1: *legitimación en la causa*, 2: *interés sustancial para obrar*, 3: *la correcta acumulación de pretensiones*, 4: *la ausencia de cosa juzgada, transacción, desistimiento, o perención del proceso anterior*, 5: *la litis pendenciae* como necesaria prejudicialidad y 6: *la demanda técnica*.

Estos presupuestos reciben el nombre de *presupuestos materiales*, cuando a los otros clásicos se les denomina *presupuestos procesales*, sin que sus efectos sean diversos, porque la falta tanto de unos como de otros, implica un pronunciamiento que no indaga en el fondo y que por lo mismo no decide de mérito. Los clásicos, se denominan presupuestos procesales, para indicar la pureza y abstracción de ellos en cualquier proceso, como que no cambian, cualquiera sea la relación sustancial debatida; los materiales en cambio y por cuanto atisban a la pretensión tienen una referencia especial con cada pretensión deducida y por lo mismo con cada relación jurídica material debatida en el proceso, de tal manera que estos presupuestos son variables en su estructuración aún dentro de su formalismo en atención a cada pretensión concreta.

4. *La reconvencción*

Siempre que el demandado para defenderse contra la pretensión del actor, lo contraataca, proponiendo contra él una pretensión, el demandado se transforma en demandante en esa relación. La reconvencción es una pretensión contrapuesta por el demandado a la pretensión del actor, concierne a una pretensión relativa a un litigio diverso del que el demandante original ha deducido en el proceso. Se estructura así un proceso acumulativo objetivo o bilateral. Si los demandantes son varios se continuará la modalidad plurilateral.

En el art. 401 del código de procedimiento civil él se refiere a la reconvencción y lo hace en estos términos: "Durante el término para contestar la demanda podrá el demandado proponer la reconvencción contra uno o varios de los demandantes, siempre que sea de competencia del mismo juez y pueda tramitarse por la vía ordinaria sin consideración a la cuantía y al factor territorial. La *reconvencción* deberá reunir los requisitos de toda demanda y será admisible cuando de formularse en proceso separado procedería la acumulación... ambas pretensiones, concluye el artículo, se sustanciarán conjuntamente y se decidirán en la misma sentencia". El precepto remite al art. 149 que a la vez regimenta la acumulación de procesos.

5. *Acumulación de procesos*

El C.P.C. estructura esta figura confiriéndole un trámite inciden-

tal. Acerca de la posibilidad de acumulación de dos o más procesos, dice el ar. 149 que si son especiales deben tener igual procedimiento, que debe solicitarse por las partes y encontrarse los dos procesos en la misma instancia. Que puede hacerse ello cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda. Remite entonces al art. 82... Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que tengan el carácter de previas... Es la idea de la titularidad del derecho de contradicción, como contrapretensión.

Se trata de la reunión de diferentes procesos ya pendientes que se unifican en uno solo que culmina en una sentencia única. Cada proceso simple contiene un diferente litigio y el motivo de la acumulación es la existencia de uno o varios elementos comunes.

La acumulación de procesos en la práctica peca contra la economía procesal, se tramita un incidente, se paraliza el proceso más avanzado... se busca entonces un mayor acierto que es lo que espera la parte que lo pide. En algunos países no se admite la acumulación de procesos especiales. En Colombia sí, como se vio, mientras se observen los requisitos del 82: misma competencia, mismo trámite y no contradictoriedad de las pretensiones...

COLOMBIA
UNIVERSIDAD DE LA SALLE
BIBLIOTECA
FEB 21 1964
BOGOTÁ



Calle 56 (Zea) N° 52-72
Teléfono N° 2 45 11 58
Medellín - Colombia

Mayo de 1988