ISSN 0120 - 8519

TEMAS PROCESALES

10

abril 1990

DEDICADA A LA REFORMA JUDICIAL

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

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

TEMAS PROCESALES

Nº 10 abril 1990

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

Correspondencia
Eugenio Prieto Mesa
Apartado aéreo 50088
Medellín, Colombia

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

-- nº 10 (abril 1990) -- Medellín, El Centro, 1990
anual hasta 1986, semestral a partir de 1987

ISSN 0120-8519

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

SUMARIO:

LA ACCION

(Un intento de aclaración conceptual) *

Juan Montero Aroca **
Manuel Ortells Ramos ***

1. *Introducción*

La doctrina procesal lleva más de un siglo discutiendo en torno a lo que sea la acción y hay que reconocer, con toda humildad por la parte que nos toca, que a la postre todo se ha reducido a una guerra de teorías y de palabras.

---

* Comunicación redactada por los autores como informe a la Ponencia 1ª, "Acción, pretensión y defensa", del XII Congreso Mexicano del Derecho Procesal; 24 al 27 de septiembre de 1989, Tampico, Tamaulipas.

** Catedrático de Derecho Procesal. Magistrado del Tribunal Superior de Valencia (España).

*** Catedrático de Derecho Procesal, Valencia (España).

Con la fina ironía que le caracterizaba decía Calamandrei que las teorías sobre la acción eran, como las noches de la leyenda, mil y una y todas maravillosas, y es conocido el retruécano de Redenti: "Con l'azione (attività processuale) si propone al giudice l'azione (pretesa), ed egli dirà se l'azione (diritto) sussiste". Por su parte Alcalá-Zamora decía que este concepto había producido una literatura brillante, pero también logomáquica y confusa.

Con estos antecedentes no cabe extrañarse de que si, por un lado, se ha pretendido que se abandone su estudio (así Guasp y Allorio), se haya convertido, por otro, en uno de los temas preferidos de los procesalistas (Alcalá-Zamora), habiendo producido una bibliografía desbordante que, paradógicamente, no ha tenido repercusiones ni en los códigos ni en la práctica judicial.

Es evidente que a estas alturas lo último que necesitamos es una nueva teoría sobre la acción y por ello en estas páginas no debe buscarse una lucubración como tantas al uso. Vamos a afrontar esta exposición con dos condicionamientos: 1) Renunciamos al despliegue bibliográfico habitual y al desfile de teorías sin fin, reduciéndonos a lo que estimamos esencial, y 2) No nos ceñiremos a un derecho positivo determinado, limitándonos a abordar los conceptos para que luego cada cual atienda a su código y a su práctica.

Si al final de este informe hemos logrado que el oyente o el lector tenga un poco más claro lo que la acción significa, nos daremos por satisfechos.

2. *El punto de partida*

A) *El Derecho Romano*

Para comprender el significado de la acción hay que volver al Derecho Romano. De éste se ha dicho que no era un sistema de derechos subjetivos, sino un sistema de acciones. Esta afirmación es indudablemente cierta, pero ¿qué significa?

Hoy está firmemente asentada en la ciencia jurídica la distinción entre derecho objetivo y derechos subjetivos. El primero es un conjunto de normas jurídicas, generales, imperativas y coercibles; estas normas nos dicen quién puede ser considerado propietario, usufructuario, heredero, acreedor, etc. Cuando se habla de los derechos

subjetivos se está haciendo referencia a situaciones de poder o de preferencia respecto de cosas o contra personas; los propietarios, usufructuarios, herederos, acreedores son titulares de derechos subjetivos.

En el Derecho Romano no hay definiciones del derecho objetivo y no se conocía el concepto de derecho subjetivo. Este fue concebido muy posteriormente y se refiere a la cualidad moral atribuida a una persona para tener o hacer algo justamente; surge cuando la ley es la fuente del derecho objetivo y al mismo tiempo enumeradora de los derechos subjetivos.

En Roma las fuentes, las creadoras del Derecho, son la jurisprudencia y el Edicto del Pretor. El Edicto no contenía un catálogo de derechos subjetivos, sino un catálogo de formas de reclamar procesalmente, de acciones. Cuando un jurista romano trataba de describir una relación jurídica lo hacía con referencia a la acción.

Veamos algunos ejemplos. a) De derecho real: D. 50, 16, 143: "el haber en su poder se refiere al que tiene acción sobre lo que es objeto del 'haber'; es lo que puede reclamarse por la acción reivindicatoria"; aquí no se define el derecho de propiedad, sino que se hace referencia a una acción. b) De derecho personal: D. 50, 16, 108: "se entiende por deudor aquél a quien se puede exigir una cantidad a la fuerza"; la referencia, también aquí, no está hecha al derecho subjetivo, sino al aspecto procesal de la situación jurídica.

En este contexto, pues, hay que entender las palabras de Celso (en D. 44, 7, 51 recogidas también en la Instituta de Justiniano I. 4, 6, 1): *Nihil aliud est actio quam ius persecuendi in iudicio quod sibi debetur,* que no son sino una caracterización incompleta de la *actio in personam* del *ius civile* (Betti), referida además a una época concreta (las primeras décadas del siglo II d. C.).

En todo caso lo que nos importa resaltar es lo que suele denominarse concepción monista de la acción. Desde nuestra perspectiva se dice que en Roma acción y derecho subjetivo son una misma cosa; precisamente en ese orden, primero la acción y luego el derecho subjetivo.

Dentro de esta concepción se mueven también los glosadores, y así Piacentino (siglo XII) distinguía entre 1) *Petitio:* prestación concreta que el actor reclamaba (la pretensión material), y 2) *Actio:* fundamento legal de la *petitio,* por lo que sin acción no hay pretensión. Consiguientemente se identificaba la acción con el sustrato

sustancial de la pretensión, de modo que *actio* y *obligatio* son términos sinónimos.

Poco después Azón dirá que *actio* y *obligatio* no son términos sinónimos sino interdependientes, se trata de nociones distintas referidas a realidades vinculadas en una relación semejante a la existente entre antecedente y consecuente. La acción procede de la obligación; ésta es la fuente de las acciones, pero una obligación puede dar origen a varias acciones.

No es preciso hacer referencia ahora a otros glosadores y postglosadores. Lo que importa es seguir destacando la visión monista. En las Partidas, por ejemplo, la relación derecho subjetivo-acción se manifiesta desde una visión monista del derecho, en la que la acción no es más que la forma de hacer valer ese derecho.

B) *La situación en el siglo XIX*

La visión monista derecho subjetivo-acción sigue predominando pero se han invertido los términos; ahora lo primero es el derecho subjetivo y después la acción. Así se descubre, por ejemplo, en:

a) **Savigny**

La acción es el aspecto bajo el que se nos presenta el derecho subjetivo cuando ha sido violado; es un momento del derecho subjetivo. Por ello el origen de la acción se encuentra en la violación del derecho subjetivo y, consecuentemente, su titular es el ofendido y su destinatario el que ha realizado la violación.

En la distinción entre derecho público o político y derecho privado, la acción se encuadra en este último, aunque cabe hablar de:

1º) Acción en general: noción unitaria, común y genérica que puede incluirse como parte de los procedimientos judiciales y éstos considerarse dentro del derecho público.

2º) Acciones en concreto: aquí la acción implica, necesariamente, la existencia de un derecho subjetivo material y la violación del mismo. Sin derecho subjetivo material no existe acción y sin violación de aquél tampoco hay acción. Aquí estamos ya en el campo de estudio del civilista.

En esta línea de pensamiento dirá Puchta que la acción es el "derecho subjetivo en pie de guerra" y Unger que es "el derecho que abandona la toga para endosarse el *sagum*".

b) **La escuela francesa**

Entre los procedimentalistas franceses, y aún entre los comentaristas del Código Civil de Napoleón, la acción se concebía como una prolongación del derecho subjetivo, hasta el extremo de que Demolombe llegó a decir que cuando las leyes hablaban de derechos y acciones estaban incurriendo en un pleonasmo. Se comprenden así aforismos tan tradicionales como:

— *pas de droit, pas d'action*
— *pas de droit sans action y pas d'action sans droit*
— *point d'intéret, point d'action*

Ya en el siglo XX seguirán diciendo Glasson, Tissier y Morel que la acción es el derecho subjetivo en estado de lucha.

c) **España en el siglo XIX**

Aquí íbamos por el mismo camino. La acción no era más que un momento, un aspecto del derecho subjetivo privado que se ejercita o actúa jurisdiccionalmente. Se ha concluido así en un estudio sobre la doctrina española de la acción que comprende desde 1830 a 1930 que "la acción se encuadra institucionalmente en el ámbito del derecho privado porque presupone obligatoriamente: de un lado, la existencia de un derecho; de otro, la lesión o desconocimiento de este derecho. No tiene vida propia. No es un concepto ni figura jurídica autónoma. Igualmente es claro que dada la anterior premisa la división capital de las acciones debe estar basada en criterios privatísticos, es decir, sobre los distintos derechos que garantizan; acciones personales, acciones reales, etc.; que, en definitiva, reciban el nombre del derecho material que protegen y no por la naturaleza de la resolución judicial a que tiendan".

C) *La polémica Windscheid-Muther*

En la situación descrita se produce, en los años 1856-57, esta célebre polémica sobre la acción, en la que suele situarse el fin de las teorías que hemos llamado monistas y la aparición de las teorías dualistas, esto es, las que distinguen entre derecho subjetivo y acción.

La concepción de Windscheid no es sustancialmente distinta a sus antecedentes científicos. Parte de que la *actio* romana era un prius respecto del derecho subjetivo material, mientras que en el derecho moderno la *actio* es un posterius respecto de ese derecho

subjetivo material. Ahora bien, esto no significaba ya nada nuevo en el siglo XIX; era algo incardinado ya en una visión del Derecho desde perspectiva distinta.

A partir de aquí este autor lo que pretendía era distinguir entre *actio, Klage* y *Anspruch,* con la idea de aclarar conceptos que si tenían valor en el Derecho Romano lo habían perdido en el derecho moderno:

1) *Klage*: término germánico que podía significar derecho de obrar en el proceso.

2) *Anspruch:* pretensión material. En este sentido se recogía en parágrafo 194 del BGB alemán: "El derecho de exigir de otro un hacer o un no hacer (pretensión), se extingue por prescripción".

3) *Actio:* esta palabra en el Derecho Romano no designaba algo secundario o derivado del derecho subjetivo privado, sino que era expresión primaria de lo que una persona podía exigir de otra, en cuanto esta exigencia era judicialmente amparada; consecuentemente no cabía desvirtuar el sentido de esta palabra y utilizarla con significado absolutamente distinto del que tenía en Roma.

La *actio* romano no equivalía a la *Klage* germánica, sino que se correspondía con la *Anspruch* y como tal pretensión de derecho material se dirige contra el demandado, contra aquél que se pretende obligado en la relación jurídica material. Esto suponía mantenerse en el terreno del derecho privado.

En palabras de Windscheid: "El derecho atribuye a cada individuo una esfera de señorío, en la cual su voluntad es ley para los otros individuos; si el individuo no es reconocido en esa esfera de señorío puede quejarse y reclamar ante el Estado, custodio del Derecho, y el Estado le ayuda a conseguir lo que es suyo". "Que uno tenga un *actio* significa, en el lenguaje de nuestra conciencia jurídica, para la cual la perseguibilidad es sólo la consecuencia del derecho, que uno tiene una pretensión reconocida por el derecho", y esta pretensión es la del derecho material, la pretensión en el sentido de lo que después fue el parágrafo 194 del BGB.

La acción se separa del derecho material y pasa al campo del derecho público en la obra de Muther. Esta es hoy prácticamente ilegible, pero en ella lo importante es que su autor se da cuenta de que si existe un derecho público subjetivo ha de existir un obligado y éste ha de ser el Estado. Muther parte de que en Roma la *actio* no era: ni un apéndice del derecho subjetivo material, ni un nuevo

derecho surgido de la violación del derecho subjetivo material, ni algo equiparable a la *Anspruch;* la *actio* era el derecho a la fórmula pretoriana y por eso era por lo que el Derecho Romano era un sistema de acciones.

Trasladando estas ideas al derecho moderno, la acción es un derecho a la tutela jurídica por parte del Estado. La unidad entre acción y derecho subjetivo material se ha roto, y en sus destinatarios se aprecia con especial claridad:

1) El derecho subjetivo material se dirige frente a un particular y tiene naturaleza privada.

2) El derecho de acción se dirige contra el Estado, personalizado en sus órganos jurisdiccionales, y tiene naturaleza pública.

Las doctrinas monistas encuentran aquí su fin. Es cierto que después han surgido algunas explicaciones monistas, como la de Satta, pero se trata de algo excepcional. A partir de Muther las concepciones de la acción serán dualistas, esto es, partirán del hecho de que una cosa es el derecho material y otra la acción; y serán además públicas, pues si el derecho material puede ser privado, la acción quedará incardinada en el derecho público.

D. *Los dos caminos de la acción*

La polémica antes reseñada, y especialmente la obra de Muther, significó la ruptura frente a lo anterior. Desde entonces la doctrina se ha movido por dos caminos distintos que muchas veces se han presentado como contrarios, cuando en realidad son complementarios:

a) Uno de ellos ha pretendido explicar las relaciones entre derecho material y proceso y, más en concreto, cómo se pasa del derecho material al proceso, a la actividad de los órganos dotados de jurisdicción. Se advirtió que la tutela jurisdiccional del derecho privado no se explica simplemente con la referencia a un derecho subjetivo privado violado, del que se continúa pretendiendo su satisfacción por el obligado, aunque ahora por la vía jurisdiccional. Esta falta de explicación es la que va a dar origen a la teoría concreta de la acción.

b) Por el segundo camino se ha querido explicar por qué se inicia la actividad de los órganos jurisdiccionales y se llega hasta el fin del proceso; es decir, por qué un particular puede dirigirse al

Estado y exigir la actuación de los órganos dotados de potestad jurisdiccional. Para contestar a esta pregunta surge la teoría abstracta de la acción.

Es evidente que estamos ante caminos distintos que se refieren a problemas distintos, que pretenden solucionar cuestiones distintas.

La mayor parte de las discusiones que la doctrina ha sostenido responde a que los autores han confundido esos caminos y los han mezclado. Durante un siglo se ha producido un verdadero "diálogo de sordos", en el que los interlocutores se referían a cosas distintas. De ahí la confusión.

3. *La acción como derecho a la tutela jurisdiccional concreta*

Este es el primer camino y quiere explicar —insistimos— cómo se pasa del derecho material al proceso. Su formulador básico fue Wach (con el antecedente de Muther). El derecho de acción era para aquél una pretensión de tutela jurídica que se compone de tres afirmaciones básicas:

1ª) La pretensión de tutela jurídica es una entidad de naturaleza procesal diversa del derecho subjetivo material y de la pretensión material. Sus presupuestos son distintos y también su objeto:

1) Presupuestos: La acción se vincula a un supuesto de hecho extraprocesal distinto al del derecho subjetivo privado. Esto se ve muy bien en la acción declarativa pues con ella no se trata de hacer valer un derecho subjetivo, sino de tutelar una posición jurídica. En los demás casos no basta para que exista acción que exista un derecho subjetivo, sino que es preciso que concurra un interés jurídico, se exige la necesidad de obtener la tutela jurídica.

2) Objeto: Del derecho de acción es el acto de tutela, que puede ser de diversas clases: declarativo (mero, de condena, constitutivo), ejecutivo y cautelar; esta variedad sigue existiendo aunque se trata de un único derecho subjetivo material. Dicho de otra manera, mientras el derecho subjetivo material siempre tiene el mismo objeto (cada uno el suyo, naturalmente), aquél puede tutelarse de diversas maneras, y de ahí que un mismo derecho material pueda dar lugar a una tutela jurídica que consista en una mera declaración

de la existencia del derecho o bien en otra que consista en la condena del obligado a hacer algo.

2ª) La pretensión de tutela jurídica es un derecho concreto, determinado, a obtener una sentencia que satisfaga al actor de modo concreto. No se trata de lograr *una* sentencia, sino de lograr *la* sentencia favorable. Ello supone que sólo tiene acción quien la ejerce con fundamento.

3ª) La pretensión de tutela jurídica integra una relación de carácter público y se dirige tanto frente al Estado (que tiene el deber de otorgar la tutela; el otorgamiento no es discrecional, es algo debido siempre que concurran los presupuestos dichos) como frente al demandado (éste debe soportar la actuación de tutela y, en su caso, soportar la decisión del juez; el demandado no siempre ha de ser el obligado a realizar una prestación conforme al derecho privado).

Para comprender mejor esta construcción vamos a desarrollar los anteriores apartados; integraremos así lo que se ha dicho, aludiendo, además, a las críticas.

A) *Autonomía de la acción frente al derecho material privado*

Esta autonomía fue usada por Goldschmidt para explicar su Derecho Justicial Material y nosotros vamos a usar a este autor y su construcción para explicar la autonomía.

Decía James Goldschmidt que el derecho público se integraba por: Derecho político, derecho administrativo y derecho justicial, y este último es aquél que tiene por objeto la relación jurídica existente entre el individuo y la justicia estatal. En este Derecho Justicial hay dos clases de normas:

1) Formales: que integran el llamado derecho procesal, y

2) Materiales: se trata de normas, de contenido material, que sólo se aplican en la relación juez-individuo, no entre individuo-individuo. El caso más claro es el del derecho penal, que, aún no regulando formas procesales, sólo se aplica en la relación juez-individuo, pues las normas penales no se aplican nunca extraprocesalmente. Pues bien, de la misma manera existe un derecho que regula la parte material de la relación justicial civil, que no es derecho privado, pues no rige entre particulares, sino derecho público, pues atiende a regular la relación entre el individuo y la jurisdicción.

Este derecho público configura la pretensión de tutela jurídica de Wach y está integrado por: 1) Normas que específicamente tienen ese objeto (regular la relación juez-individuo), y 2) Normas propias del derecho privado vistas desde el ángulo del juicio y de la actividad del juez.

Ejemplos: 1) Al regular las obligaciones el art. 1098 del Código Civil español dice: "Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa"; ¿quién lo mandará? el juez. En el art. 1096 del mismo Código, al regular la entrega de cosa genérica, se dice que el acreedor "podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor"; ¿a quién podrá pedirlo, al juez. En estas normas, y en otras muchas que podrían señalarse, el Código Civil está dirigido a regular algo distinto de las relaciones privadas entre particulares; atiende a la relación individuo-juez; se trata de normas que dicen lo que un individuo puede hacer en un proceso y lo que el juez puede hacer en el mismo.

2) El art. 1445 del Código Civil, al establecer las obligaciones que nacen de la compraventa, puede leerse en clave privatista, y entonces regula las relaciones entre particulares, pero puede leerse también en clave de Derecho Justicial Material: el Estado pone a disposición del contratante la actividad judicial para que llegue a cobrar el precio o para que se le entregue la cosa.

Sin entrar ahora en el estudio de Goldschmidt, hemos utilizado su construcción simplemente para poner de manifiesto que existen normas carentes de aplicación en el tráfico jurídico privado, que se destinan a establecer específicas modalidades de tutela jurisdiccional; esas normas sólo son relevantes cuando esa tutela se pide y se dispensa en el proceso.

Esas normas no regulan formas procesales pero pertenecen al derecho procesal, no al derecho privado.

En el Derecho Romano la noción de Celso llevaba sólo a la acción declarativa de condena; cuando Donello añadió a la definición de Celso las palabras *aut quod nostrum est,* incluyó la acción reivindicatoria, con lo que al lado de las acciones personales incluyó las acciones reales. Pero aparte de lo anterior, si la acción formara parte del derecho material no se explicarían otras formas de tutela jurisdiccional; así la acción declarativa pura, o la acción de condena a prestación futura o las medidas cautelares, sólo se explican porque la acción es independiente del derecho subjetivo material.

Por regla general existe acción declarativa de condena cuando existe un derecho material a prestación actualmente exigible. En

este caso se hace difícil distinguir entre el derecho (privado) a exigir la prestación del deudor y el derecho público de acción en sentido concreto a obtener de los órganos jurisdiccionales una sentencia favorable.

Puede suceder, sin embargo, que, sobre el presupuesto de una obligación no exigible actualmente (porque, por ejemplo está sometida a plazo), el ordenamiento jurídico permita, para evitar, por ejemplo, la realización de varios procesos cuando se trata de prestaciones periódicas, que se obtenga una sentencia de condena, la cual sólo desplegará su eficacia ejecutiva cuando se produzca la exigibilidad de la población, esto es, conforme vayan venciendo los plazos. A esto se llama acción de condena a prestación futura, y de ella existen varios ejemplos en cualquier ordenamiento.

En esta modalidad de acción la distinción entre derecho privado material y derecho público de acción se ve muy claramente. La acción tiene unos presupuestos completamente distintos de los del derecho privado material; no se tiene todavía derecho a exigir la prestación del deudor, pero sí cabe ejercitar una acción.

B) *Carácter concreto de la acción*

Para Wach, y para los que han seguido por este camino, la acción tiene carácter concreto y esto significa que se trata de un derecho a obtener, no una sentencia cualquiera, sino la sentencia favorable, la tutela jurídica pedida.

La crítica contra esta afirmación se ha formulado siempre de la misma manera: concebida así la acción —se dice— no sabemos si existe o no hasta el final del proceso; incluso no sabemos si se ha ejercitado por su verdadero titular, pues también esto es algo que sólo se sabrá al final del proceso. En consecuencia, la teoría concreta no puede admitirse —se sigue diciendo— porque si al final del proceso resulta que el demandante lo pierde habrá que llegar a la conclusión de que el proceso lo ha iniciado quien no tenía derecho de acción o, dicho de otra manera, si la actividad jurisdiccional la inicia quien tiene y quien no tiene razón (eso es algo que se verá al final), no cabe admitir una concepción que afirma que la acción es el derecho a una sentencia de contenido concreto.

Aquí es donde se encuentra la mezcla de los caminos a que hacíamos referencia más arriba. La teoría concreta no pretende explicar la iniciación de la actividad jurisdiccional, no se refiere al

derecho del ciudadano a poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado y obtener una sentencia y, por lo tanto, la crítica anterior carece de sentido. El error nació ya con Degenkolb, el iniciador de la teoría abstracta, para el cual la teoría anterior explicaba solamente aquellos casos en los que el juez confería la tutela estatal al derecho subjetivo material invocado por el actor, pero el concepto de acción sólo sería un concepto preciso cuando explicara todos los supuestos, tanto los de estimación como los de desestimación de la petición. En este error le ha seguido después la doctrina, aunque ya Hellwig advirtió del desacierto de esta crítica, pues la teoría concreta no quiere explicar la iniciación del proceso y su desarrollo hasta la sentencia, sino la posición jurídica favorable a la victoria en el proceso, la cual depende de que exista y se pruebe un determinado estado de hechos extraprocesales y una configuración jurídica que no es exclusivamente de derecho privado.

Despejada esta crítica hay que seguir afirmando que el derecho de acción lo es a obtener una sentencia de contenido concreto y, por lo tanto, favorable al demandante. La dificultad que se opone a reconocer esto proviene de que el derecho de acción está indisolublemente unido al proceso.

Los derechos subjetivos privados pueden ser reconocidos fuera del proceso, y de hecho ocurre así normalmente. Si yo afirmo que soy titular de la propiedad intelectual de un libro, se trata de una afirmación y de un derecho que puede ser reconocido sin necesidad de proceso; mi derecho de crédito contra un deudor puede ser reconocido por éste y pagada la deuda. En cambio el derecho de acción no puede ser reconocido fuera del proceso; dirigido (como luego veremos) frente a los órganos jurisdiccionales del Estado, sólo puede ser reconocido en el proceso, en la sentencia, y de ahí que quede siempre sujeto a un condicionante de duda, de que el juez me dé la razón.

Ahora bien, esto no quiere decir que el derecho de acción sólo exista si se vence en el proceso. Si es posible hablar de sentencias justas e injustas es porque el derecho de acción existe, aunque luego no se venza en el proceso. Cuando se afirma que "las cosas no son lo que son sino lo que los jueces dicen que son", se está incurriendo en un positivismo judicialista de corte totalitario, negador de los derechos de la persona.

Como dice De la Oliva, para que se tenga derecho a una sentencia favorable es preciso:

1º) Que la acción esté reconocida de manera general por el ordenamiento jurídico (la posibilidad general de que se otorgue la tutela pedida) (si en un país no existe divorcio vincular, la acción que lo pida no tiene reconocimiento general, no llevaría nunca a una sentencia favorable).

2º) Que la acción esté reconocida de manera especial, es decir, que en el caso concreto los hechos puedan subsumirse en la norma general (en el ejemplo anterior que los hechos que se aleguen sean el supuesto de una de las causas de divorcio).

3º) Que las normas reconozcan que el demandante puede pedir la aplicación de la norma (legitimación activa) (el divorcio no lo puede pedir, aún existiendo la causa, quien no tiene legitimación).

4º) Que existe interés legítimo en obtener la tutela jurídica, interés que ha de referirse tanto en general como frente a una persona concreta (piénsese en la acción declarativa negativa; si nadie ha intentado pasar por mi finca, alegando una servidumbre de paso, el ejercicio del derecho de acción no tiene sentido).

Partiendo de estos requisitos el derecho de acción lo es a una sentencia favorable; no a cualquier sentencia.

C) *Titular pasivo del derecho*

Wach partía de la idea de que los destinatarios del derecho de acción eran, por un lado, el Estado y, por otro, el adversario. A la primera parte se opuso Chiovenda alegando que si el derecho de acción se concibe como un derecho normal, como un derecho a prestación, ello supondría que entre el particular y el Estado existe un conflicto de intereses, que se resuelve con la subordinación del interés del Estado al interés del individuo, lo cual no le parecía admisible pues el Estado, por el contrario, está interesado en proteger en el caso concreto los intereses que ha estimado protegible mediante la norma general; el Estado no se opone ni niega el derecho de acción.

Niega así Chiovenda que el derecho de acción sea un derecho de prestación frente al Estado y para ello recurre a la noción de derecho potestativo. La acción "es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley"; se trata de un derecho potestativo, entendiendo por éstos "los poderes en virtud de los cuales su titular puede influir sobre situaciones jurídicas preexisten-

tes modificándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas mediante una actividad unilateral propia".

En los derechos potestativos falta lo característico de los derechos de prestación, falta la obligación de una persona a hacer una prestación; en aquéllos la ley concede a una persona el poder de influir, con una manifestación de voluntad, sobre la condición jurídica de otra, sin el concurso de la voluntad de ésta; ésta no debe hacer nada, pero tampoco puede apartar de sí el efecto.

Así la acción es el derecho potestativo que confiere a su titular el poder de provocar la actuación de la ley frente al adversario; el ejercicio del derecho de acción pone la condición necesaria, a la que el ordenamiento jurídico ha subordinado el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado.

La concepción de Chiovenda, con relación al sujeto pasivo de la acción, supone un retroceso en el camino iniciado por Wach y ese retroceso puede verse en dos aspectos ya señalados por Devis:

1º) Se retrocede en cuanto se atribuye a la acción naturaleza privada; en efecto, Chiovenda partía de que si el interés perseguido por el actor es privado, también la acción ha de ser un derecho privado. En sus palabras: "La tradición latina vio en la acción especialmente esta dirección contra el adversario e hizo de ella, como nosotros hacemos, un derecho privado en cuanto privado es también el interés". Con ello resulta que la acción se separa del juez y se olvida que si su fin es la actuación de la ley y ello no puede conseguirse sino por el juez, en cuanto órgano del Estado, no puede dejarse sin atención esa relación individuo-juez (Estado), relación que ha de ser de derecho público.

2º) Se retrocede con la asunción del concepto de derecho potestativo que lleva a confundir el derecho subjetivo con la facultad. Como dice Devis afirmar la existencia de derechos subjetivos sin obligación correlativa para nadie, es desvirtuar su noción jurídica; de la norma que concede el derecho emana la prohibición de vulnerarlo o desconocerlo y esto constituye la obligación para ese sujeto pasivo; lo que es potestativo es ejercitar o no el derecho, pero no el derecho mismo, y ello sucede con casi todos los derechos, que se pueden ejercitar o no, sin que esto desvirtúe su naturaleza. El avance está aquí en desarrollar la acción como un derecho público subjetivo.

Partiendo de que la acción, en cuanto derecho a la tutela jurisdiccional, ha de encontrar en el Estado su titular pasivo, hay que marcar ahora los límites de ese derecho.

D) *Límites de la acción en sentido concreto*

Con lo dicho hasta aquí deberíamos tener ya claro que la teoría concreta de la acción no pretende explicar el derecho a poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado. Su objeto atiende a las relaciones entre derecho material y proceso y, al mismo tiempo, sirve para demostrar que las normas procesales no se refieren sólo a aspectos formales, sino que inciden también en los presupuestos y modalidades de la tutela jurisdiccional de las diversas situaciones jurídicas materiales.

Lo que nos preguntamos ahora es si la teoría concreta puede servir para explicar todos los casos de actuación del derecho en el proceso. Esto es, conocido que la función de la jurisdicción es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, cabe preguntarse si esta actuación puede ser siempre explicada mediante la concepción de un derecho subjetivo frente al Estado al otorgamiento por los órganos jurisdiccionales de éste de una tutela favorable al titular de ese derecho.

La teoría concreta nació con dos condicionantes que la limitan y que explican lo que Calamandrei llamó relatividad del concepto de acción. Esos dos condicionantes fueron:

1º) Político: Wach expuso su pensamiento a finales del pasado siglo (el *Manual* se publicó en 1885 y *La pretensión de declaración* en 1888, en el libro homenaje a Windscheid), esto es, en un contexto político liberal, en el cual el interés público se consideraba en función del interés privado y la justicia como un servicio que el Estado pone a disposición del ciudadano para ayudarle a satisfacer el propio derecho subjetivo.

2º) Jurídico: La teoría concreta se elaboró por procesalistas civiles y pretendía explicar solamente como el orden jurídico privado era tutelado por la jurisdicción; se trataba siempre de una explicación de la tutela de situaciones jurídicas subjetivas privadas, bien fueran derechos subjetivos o situaciones subjetivas que, aun no teniendo el carácter de derecho, fueran siempre de naturaleza privada. Wach no planteó nunca su teoría con relación al derecho público, al campo del derecho penal, por ejemplo.

La relatividad se manifiesta en los dos ámbitos y en los dos lo determinante es el juego de intereses privados y públicos o, como decía Calamandrei, entre libertad y autoridad. Se trata, pues, de precisar si el derecho cuya actuación ha de realizar el órgano ju-

risdiccional está destinado específicamente a definir y proteger derechos subjetivos e intereses jurídicos privados o, por el contrario, si es una parte del ordenamiento jurídico que atiende, de modo directo, a la protección de los intereses generales y públicos.

Así las cosas, hemos de ver ahora en qué ámbitos de ejercicio de la jurisdicción el concepto de acción como derecho a la tutela jurisdiccional concreta es adecuado y en cuales no.

a) **Orden civil**

Aquí la actividad jurisdiccional actúa el derecho objetivo sólo a instancia del titular del derecho subjetivo o interés privado, y sólo en la medida en que éste lo solicita, de modo que si aquél no solicita que se actúe el derecho no puede ser actuado y si pide la actuación ésta sólo se producirá en la medida que corresponda a su petición.

El ordenamiento jurídico privado no sólo no sufre menoscabo por la presencia de estos condicionantes a su actuación jurisdiccional, sino que los mismos son plenamente connaturales con su estructura; aquí el derecho de acción no está destinado a provocar cualquier actuación del derecho objetivo, sino precisamente aquélla que tutela las situaciones jurídicas indicadas.

Consiguientemente la acción puede concebirse correctamente como regla general, como derecho a una tutela jurisdiccional concreta, lo que no impide la existencia de excepciones.

En el proceso civil se confiere en algunos supuestos legitimación activa al Ministerio Fiscal. Esta atribución constituye una técnica para lograr la actuación del derecho objetivo, al margen de todo interés privado. Esta actuación del Ministerio Fiscal no puede entenderse como un derecho a la tutela jurisdiccional concreta, sino como promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

Otras excepciones habría que buscarlas en materia de nulidad (absoluta) de negocios jurídicos por infracción de los límites imperativos de la autonomía de la voluntad, habida cuenta de la ampliación que se produce de la legitimación activa a sujetos ajenos a la relación jurídica deducida en juicio.

b) **Orden laboral**

Puede decirse lo mismo que en caso anterior. Es cierto que tradicionalmente suele establecerse en las legislaciones laborales el principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador,

pero ello no impide que la tutela jurisdiccional sólo exista si la piden las partes y en la medida en que la pidan.

También aquí hay excepciones, que normalmente suelen referirse a conflictos colectivos o a aspectos muy concretos en que una autoridad administrativa puede actuar ante el órgano jurisdiccional por el trabajador, pero debe tratarse siempre de casos muy bien delimitados, a riesgo de debilitar o suprimir la autonomía de la voluntad y la libertad de las partes.

c) Orden penal

No existen aquí derechos subjetivos materiales o, mejor, no hay relación jurídica penal material ni con el particular ofendido por el delito, ni con los acusadores públicos. No se trata aquí, pues, de explicar cómo se pasa del derecho al proceso.

Por medio del proceso se trata simplemente de realizar jurisdiccionalmente el *ius puniendi* del Estado o, mejor dicho, de realizar el derecho objetivo. El Estado tiene el monopolio del *ius puniendi,* pero lo rodea de una serie de garantías; unas se refieren a la existencia del delito (*nullum crimen sine lege*), otras a la pena (*nulla poena sine lege)* y otras al sistema de declaración de uno e imposición de otra *(nullum crimen* y *nulla poena sine iudicio).*

Ese proceso como garantía, en el sistema actual, no es cualquier proceso sino un proceso de estructura acusatoria, y para él es preciso, sí el ejercicio de la acción, pero no en sentido concreto, sino en el sentido abstracto que veremos después. Titulares de la acción son el Ministerio Fiscal, que actúa sujeto al principio de legalidad, y puede serlo cualquier ciudadano según los ordenamientos jurídicos, en los que cabe monopolio o no del Ministerio Fiscal.

Este esquema es el adecuado al interés público que existe en la aplicación judicial del derecho penal, no condicionado por intereses particulares.

d) Orden administrativo

En este caso la respuesta a la pregunta inicial no es uniforme y hay que distinguir dos supuestos con relación a la clase de pretensión:

1º) De plena jurisdicción: La acción como derecho a una tutela jurisdiccional concreta explica adecuadamente las pretensiones que pueden interponerse para el reconocimiento de una situación jurídica

individualizada y adopción de medidas para el pleno restablecimiento de la misma por quienes tengan la legitimación necesaria, esto es, los titulares de un derecho derivado del ordenamiento y lesionado por el acto o disposición impugnado.

2º) De anulación: Concebir la acción como derecho a una tutela jurisdiccional concreta no es acertado si se entiende que la función de la potestad jurisdiccional, en estos casos, es la actuación del derecho objetivo para el mantenimiento de la legalidad y, sólo indirecta y consecuencialmente, la tutela de intereses en los supuestos de acción pública y del recurso de lesividad es evidente que el concepto de acción en sentido concreto no es adecuado.

4. *La acción como derecho a la actividad jurisdiccional*

La acción entendida como derecho a la tutela jurisdiccional concreta no explica, ni pretende hacerlo, el que una persona, cumpliendo determinados requisitos, pueda provocar la iniciación de un proceso, lo continúe hasta la sentencia e inste la ejecución de ésta.

Esta otra faceta se pone de manifiesto cuando observamos que en los distintos ordenamientos procesales es muy raro el caso de que los órganos jurisdiccionales puedan iniciar de oficio el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Normalmente esos ordenamientos disponen que la actividad jurisdiccional precisa de la instancia de un sujeto ajeno al órgano. Este sujeto es, además, el que propone el objeto sobre el que ha de versar la actividad procesal y la sentencia y va realizando a lo largo del proceso peticiones de resoluciones concretas y otros actos procesales.

Lo que importa ahora destacar es que esta segunda faceta o cuestión también se ha considerado implicada en la problemática de la acción y se ha intentado explicar mediante concepciones distintas de éstas, a las que suele denominarse abstractas. La tutela jurisdiccional concreta precisa del proceso para ser reconocida y hecha efectiva, pero no explica ni lo pretende la realización del proceso y el por qué un particular puede poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado.

Las concepciones abstractas se denominan así porque se limitan a reconocer como objeto del derecho de acción la actividad jurisdiccional en sí misma considerada, independientemente del

resultado, favorable o adverso, al que hubiera instado la actividad. Para estas teorías o concepciones el derecho de acción es sólo un derecho a la actividad jurisdiccional, un derecho al proceso o, como también se ha dicho, un derecho a la jurisdicción.

A) *Formulaciones doctrinales*

a) **Inicio de la concepción abstracta**

La teoría abstracta de la acción se inicia con Degenkolb y de los inmediatos seguidores vamos a destacar la aportación de Alfredo Rocco.

La tesis de Degenkolb fue una reacción contra la concepción privatista de la acción. Si la acción se hace derivar del derecho subjetivo privado ¿cómo —se preguntaba este autor— explicar su eficacia en el caso de derechos inexistentes? Si la existencia de ese derecho sólo se conoce con la sentencia y el sentido de ésta depende en gran parte de la actividad procesal ¿cómo explicar en dependencia de aquel derecho la sujeción del demandado al proceso, la validez de éste y la fuerza de cosa juzgada, que se produce cualquiera que sea el sentido de la sentencia?

El único elemento indefectible en toda acción es el derecho a sujetar al demandado al proceso, a la actividad procesal respecto a él. Pero este derecho no se funda en el concreto y específico derecho privado hecho valer mediante la acción, sino "en el derecho a que el derecho subsista y en el derecho al mantenimiento de la paz dentro de una comunidad fundada en el derecho y la paz de sus miembros". Prohibida la autotutela, es necesario reconocer un derecho al proceso sin exigir otro fundamento que la afirmación del propio derecho.

Un importante matiz a la abstracción de la acción así concebida es el de que su eficacia depende de que, en su ejercicio, se haga una afirmación jurídicamente relevante y de buena fe. Como el proceso es un procedimiento auxiliar respecto al disfrute o goce jurídico pretendido, aquella afirmación jurídicamente relevante ha de consistir en la afirmación de un derecho extraprocesal cuya satisfacción se pide en el proceso porque no se obtuvo fuera del mismo.

Según Alfredo Rocco cuando el interés material, que está en la base del derecho subjetivo, queda insatisfecho, la prohibición de la autotutela (del tomarse la justicia por propia mano) hace nacer un interés de carácter secundario a la eliminación de los obstáculos

que se oponen a la satisfacción del interés material por el único que puede eliminarlos: el Estado. Este interés secundario es, además, abstracto, porque se refiere sólo a la intervención del Estado para la realización de los intereses materiales y es uno y el mismo aunque éstos sean diferentes.

Este interés, secundario y abstracto, en cuanto reconocido y tutelado por el derecho procesal es el derecho subjetivo de acción.

Este derecho corresponde a toda persona, a todo sujeto de derechos, con independencia de la existencia en concreto del interés material y de su insatisfacción. Otra cosa es que sea necesario afirmar, alegar la insatisfacción de un interés material tutelado por el Derecho en abstracto: sin esto no existiría, o no se manifestaría como existente, el interés secundario que está en la base del derecho de acción.

Se dirige sólo frente al Estado y tiene por objeto la prestación por éste de la actividad jurisdiccional para la declaración del derecho incierto y para la realización forzosa de los intereses cuya tutela sea cierta. Su objeto no es la sentencia favorable, pues si así fuera no se explicaría cómo el derecho de acción corresponde a quien puede no ser titular del derecho material, ni podría darse al proceso una base autónoma, independiente del derecho privado.

b) **Orientaciones posteriores**

A nuestro entender pueden distinguirse tres orientaciones en la subsiguiente evolución de las concepciones abstractas:

1ª) Se ha pretendido elaborar un concepto de derecho de acción que explique tanto la iniciación y prosecución del proceso con independencia del resultado del mismo, como la relación entre derecho material y proceso, relación que se produciría por la aptitud del derecho de acción de provocar una resolución de fondo que es la que realiza la actuación jurisdiccional del derecho.

La explicación de ambas cuestiones con un mismo concepto del derecho de acción obliga a que éste sea puesto en relación con una concreta situación jurídica material y a establecer unos presupuestos del mismo más complejos que los exigidos en otras orientaciones de las teorías abstractas, porque, en efecto, ni a cualquier persona, ni por cualquier petición dirigida a un órgano jurisdiccional, corresponde el derecho a una resolución jurisdiccional de fondo.

En esta línea se hallaría Liebman y gran parte de la doctrina italiana actual. En España puede señalarse a Prieto-Castro, por lo

menos en alguna de las no siempre iguales posturas de las mantenidas por este autor.

2ª) También se ha querido explicar con el concepto de acción el poder de provocar la actividad jurisdiccional, aunque ésta produzca un resultado mínimo, en el sentido de que cualquier resolución judicial —incluso la que no versa sobre el fondo del asunto— se entiende que satisface el derecho de acción.

Para producir este mínimo efecto el derecho de acción puede concebirse con unos presupuestos también mínimos: cualquier persona puede pedir la actuación de los órganos jurisdiccionales y éstos deben responder con una resolución que, aunque no le dé la razón a aquella persona y ni siquiera verse sobre si tiene o no razón, habrá satisfecho el derecho de acción. El elevado grado de abstracción de este concepto del derecho de acción le convierte en un concepto no apto para desarrollar en torno a él las cuestiones vinculadas al objeto del proceso, y las relativas a la admisibilidad y contenido de la resolución de fondo. El punto de referencia de todos estos problemas es un concepto distinto al del derecho de acción: para unos autores la pretensión procesal (así Fairén); para otros, la acción como acto (Morón Palomino).

3ª) Por último otra corriente, que coincidiría con el concepto de derecho de acción acabado de expresar, pero a la que las advertidas consecuencias de la radical abstracción de ese derecho, han inclinado por estimar que el derecho de acción, sin negar su existencia, no es un elemento a tener en cuenta en la sistemática del derecho procesal. Para ésta resulta suficiente y adecuada una concepción de carácter objetivo, según la cual la iniciación y el objeto del proceso, así como la admisibilidad y sentido de la resolución de fondo, tienen que ver no con un derecho del actor, sino con un acto jurídico del mismo que, valorado progresivamente desde el punto de vista del derecho procesal y del derecho material, conduce a la producción de una serie de efectos, fundamentalmente la admisibilidad y la estimación en dependencia de sus respectivos presupuestos.

A este acto se le denomina acción —no derecho de acción— (Serra) o pretensión procesal (Guasp).

Las siguientes conclusiones críticas sobre el concepto de acción como derecho a la actividad jurisdiccional nos darán ocasión de valorar los aspectos más destacados de estas diversas aportaciones doctrinales.

B) *Conclusiones críticas*

a) **No existe un derecho a la actividad jurisdiccional en el "vacío" ni respecto a cualquier petición jurídica**

La existencia de un derecho a la actividad jurisdiccional no puede hacerse depender ni de la realidad del estado de hechos ni de la certeza del derecho a la tutela jurisdiccional concreta afirmado. Sin embargo no pueden compartirse las concepciones abstractas del derecho de acción que llevan la abstracción hasta el punto de mantener que este derecho puede entenderse con independencia de la mera afirmación o invocación de esas situaciones.

La desvinculación entre el derecho a la actividad jurisdiccional y el derecho a la tutela jurisdiccional concreta sólo puede admitirse en el sentido de que aquel derecho puede tener éxito sin que se obtenga sentencia favorable.

La invocación de una situación concreta, jurídicamente relevante y apta para ser objeto de actividad jurisdiccional es esencial al concepto de acción como derecho a la actividad jurisdiccional, puesto que esta actividad no puede entenderse debida sólo porque una persona abstractamente (sin manifestar ni por qué ni para qué) la pida, dado que esto supondría admitir —dejando de lado todos los esfuerzos doctrinales para precisar en qué consiste la potestad jurisdiccional— que el arbitrio subjetivo del solicitante determina ex necesse la naturaleza jurisdiccional de la actividad pedida. Es, por el contrario, más correcto pensar que la actividad jurisdiccional es debida cuando a lo pedido corresponde objetivamente y con arreglo a las normas jurídicas dicha actividad, y no una actividad de "jurisdicción voluntaria", una actividad administrativa o de otra índole.

Consecuentemente, hay que reconocer la existencia de supuestos en los que, aunque se entienda que el órgano jurisdiccional debe dar una respuesta a lo que se le pide —en el sentido de no poder proceder sobre el objeto propuesto—, no está ejercitando con ello su potestad jurisdiccional, ni siquiera en su faceta de potestad de dirección formal del proceso. Correlativamente, en estos mismos casos, no existiría ni se habría ejercitado el derecho de acción como derecho a la actividad jurisdiccional.

¿Ejercitaría el derecho de acción, como derecho a la actividad jurisdiccional, quien presentara una demanda pidiéndole al juez que inscribiera en el Registro de la Propiedad su propiedad sobre una finca que acaba de comprar en escritura pública, o que le conce-

diera una licencia de apertura de una industria, o que le admitiera la matrícula para los estudios de tercer curso de la Licenciatura en Derecho?

b) **No existen actos de iniciación procesal de carácter abstracto**

Deriva de lo acabado de exponer que el acto procesal que sea cauce formal para el ejercicio del derecho de acción, en ningún caso puede consistir en una mera petición de iniciación del proceso en abstracto, sino que ha de contener la formulación más o menos desarrollada de una petición de fondo o de un supuesto de hecho concreto respecto al que se pide la actividad jurisdiccional y precisamente esto es lo que le confiere a ese acto la eficacia incoadora del proceso.

Guasp, en su esfuerzo para distinguir la demanda de lo que él llama pretensión procesal, ha indicado que la demanda tiene el carácter de mero acto de iniciación procesal y, generalmente, en el proceso civil, pero no siempre, es el cauce para la interposición de la pretensión. Hay, según este autor, actos de iniciación procesal que no contienen la interposición de la pretensión.

Otros autores que —a diferencia de Guasp— no renuncian a mantener el derecho de acción dentro de la sistemática del proceso, identifican en algunos de estos actos las manifestaciones más puras y nítidas de un ejercicio del derecho de acción desligado de la interposición de la pretensión procesal.

Debe admitirse que, en ocasiones, el ejercicio del derecho de acción no va acompañado de la interposición completa de la pretensión procesal (o de la formulación de aquello que es objeto del proceso —si se entiende que ese objeto no puede conceptuarse siempre como una pretensión—), pero lo importante es observar cómo, incluso en esos supuestos, el ejercicio del derecho de acción no se traduce en una petición de iniciación procesal en abstracto, sino que contiene algún elemento de la pretensión procesal que queda pendiente de ulterior desarrollo y expuesta a menores o mayores posibilidades de modificación, y, en todo caso, se refiere a un supuesto concreto.

c) **La concepción del derecho de acción como derecho a cualquier resolución judicial (aunque no verse sobre el fondo) reduce su virtualidad como derecho reconocido incluso constitucionalmente**

Se ha llegado a decir que el derecho de acción es satisfecho por cualquier resolución judicial, incluso aunque no se pronuncie

sobre el fondo. A nuestro juicio, mantener que el derecho de acción tiene este objeto tan limitado (una resolución meramente procesal), entra en contradicción con lo afirmado por estos mismos autores sobre el rango constitucional de este derecho.

En efecto, uno de los modos de limitar o restringir, ilegítimamente, el derecho de acción, consiste en el establecimiento por la ley ordinaria de presupuestos procesales o de requisitos que operan con el mismo efecto de condicionar la prosecución del proceso o la resolución de fondo, que no pueden ser cumplidos o sólo pueden serlo con extrema dificultad por determinadas personas o sectores sociales o que, de cualquier otro modo, son contrarios al ordenamiento constitucional.

Sin embargo, incluso en los supuestos indicados, no se niega el acceso al proceso, porque la falta de aquellos presupuestos o requisitos es jurisdiccionalmente constatada, mediante una resolución de carácter meramente procesal. Partiendo de la concepción criticada no cabría entender que el derecho de acción hubiera sido desconocido, sino que habría sido satisfecho en la medida correspondiente a los presupuestos concurrentes.

Para evitar esta consecuencia, el objeto del derecho de acción como derecho a la actividad jurisdiccional ha de concebirse más ampliamente: 1º) Como mínimo, es el derecho a cualquier resolución judicial, porque incluso la falta de presupuestos procesales debe constatarse jurisdiccionalmente en el proceso, y 2º) Pero es también el derecho a una resolución sobre el fondo (estimatoria o desestimatoria), derecho que depende de la concurrencia de los presupuestos procesales.

d) El derecho a la actividad jurisdiccional no es solamente un derecho fundamental reconocido en las constituciones

El derecho de acción en este sentido abstracto suele tener incluso rango constitucional, de lo que se deriva que el mismo debe ser en todo caso respetado. Ahora bien, las propias constituciones presuponen una libertad limitada del legislador ordinario para configurar más completamente lo que afecta a ese derecho. La constitución establecerá el núcleo esencial, su contenido básico.

Sobre esta base, el legislador ordinario establece una regulación más compleja y diversificada de los requisitos determinantes del ejercicio válido y eficaz de la acción como derecho al proceso: la capacidad (para ser parte, de actuación procesal y de postulación

y, en su caso, los medios de integración de las dos últimas); la legitimación; la competencia de los órganos jurisdiccionales; los procedimientos y su relativa adecuación según materias o cuantías; los requisitos de forma y contenido de los actos de iniciación y de proposición del objeto procesal; otros requisitos relevantes en supuestos más específicos (plazos de caducidad, reclamaciones previas no jurisdiccionales, cauciones, acreditamientos documentales, etc.).

Esto revela que el derecho de acción como derecho al proceso no es solamente una situación jurídica subjetiva reconocida y, en cierta medida, definida por las constituciones, sino que es también, en su completa y más compleja regulación por la ley ordinaria, un derecho procesal y que se ejercita en el proceso, sin que pueda prescindirse del mismo en la construcción teórica del derecho procesal.

Por estas razones, estimamos contradictorio reconocer, por un lado, que en el plano constitucional la acción puede ser un derecho, y afirmar luego que, en el plano procesal, puede prescindirse de su consideración como derecho y centrarse la atención sólo en su aspecto de acto o de declaración de voluntad petitoria, marginando incluso que este último aspecto representa la manifestación del ejercicio del derecho de acción.

Los restantes derechos constitucionalmente reconocidos no dejan de ser tales derechos cuando el legislador, respetando su contenido esencial, los regula en las leyes ordinarias. Esos derechos son tutelados como tales derechos en principio por los tribunales ordinarios y en los términos de la ley que los regula, sin que proceda inmediata y necesariamente una tutela por órgano jurisdiccional encargado del control de la constitucionalidad de las leyes referida a lo que puede considerarse el contenido esencial de los mismos según las constituciones, aunque esa tutela puede ser posterior.

Con el derecho de acción no ocurre nada distinto. La más compleja regulación del mismo, tanto por lo que se refiere a su eficacia generadora inicial del proceso, como por lo que afecta a su eficacia contenida a lo largo del proceso hasta la obtención de la sentencia, debe considerarse como una especificación de ese derecho que sobrepasa su configuración constitucional —aunque deba respetar el contenido esencial de ésta— y la realización de los actos que aquella regulación contempla, determinando su eficacia, ha de considerarse como ejercicio del derecho de acción.

C) *Contenido del derecho a la tutela judicial efectiva*

Partiendo del carácter constitucional de la acción, o derecho al proceso, o derecho a la jurisdicción, debemos precisar ahora cuál debe ser el contenido esencial de ese derecho.

a) En primer lugar la acción no asegura sólo la mera posibilidad de acceso de toda persona a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también el derecho a obtener la tutela efectiva de aquellos órganos, sin que puedan producirse situaciones de indefensión. Ello comporta dos conclusiones de especial trascendencia:

1ª) Titulares de ese derecho son todas las personas, sin que pueda excluirse a los extranjeros.

2ª) Cualquier asunto jurídico debe poder plantearse ante un órgano jurisdiccional y ser resuelto por éste, sin que los órganos administrativos puedan asumir funciones jurisdiccionales y sin que existan materias jurídicas exentas del control judicial.

b) Esa tutela efectiva que se tiene derecho a obtener de los tribunales no es, en este segundo camino de la acción, la tutela jurisdiccional concreta, sino que se refiere al proceso y comprende:

1º) El deber del Estado, de los órganos del Poder Judicial, de poner en marcha la actividad jurisdiccional cuando el particular lo solicite.

2º) La realización del proceso con todas las garantías propias del mismo, sin que puedan producirse situaciones de indefensión para algunas de las partes.

3º) Que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto planteado por las partes, pero sin que se refiera al contenido de esa sentencia.

4º) Que se proceda a la ejecución y a que la parte vencedora sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. Es discutible si el derecho a la ejecución comprende el que ésta lo sea en forma específica o si puede entenderse satisfecho con una ejecución genérica; en nuestra opinión la solución más acorde con el derecho es la primera, pero en los derechos positivos se está admitiendo la segunda.

c) Objeto del derecho a la tutela judicial efectiva no lo es —insistimos— una resolución estimatoria de la petición de fondo deducida, sino simplemente una resolución judicial de fondo, cual-

quiera que sea su sentido, favorable o adverso, pero al mismo tiempo se comprende normalmente en el derecho:

1º) La realización del proceso según los principios constitucionales que lo conforman; aún en el caso de que en un país determinado la constitución no recoja algunas garantías esenciales del proceso, el derecho de acción debe comprender la realización del mismo con respeto escrupuloso a la igualdad y a la contradicción.

2º) La resolución jurisdiccional de fondo a que se tiene derecho no es cualquier resolución, sino precisamente aquélla que esté fundada en derecho. Esto no implica que se tenga derecho —insistimos, por este camino de la acción— a una sentencia de contenido favorable, sino simplemente a que la sentencia debe estar fundamentada, no admitiéndose la posibilidad de sentencias sin fundamentación, tanto fáctica como jurídica. Hoy una sentencia reducida al fallo o parte dispositiva, y que no explique las razones del mismo no es admisible.

3º) Caso similar anterior será el del fallo contradictorio con los razonamientos que lo preceden, pues entonces estaríamos sólo ante un supuesto especial de la falta de fundamentación.

4º) El derecho se infringe cuando se incurre en elementales vicios de incongruencia, es decir cuando no existe pronunciamiento sobre una petición, aunque sea accesoria, o cuando existe pronunciamiento sin petición.

d) Naturalmente el derecho no puede existir de modo incondicionado; lo lógico es que se haga depender en su ejercicio de las normas relativas a la organización judicial y al proceso:

1º) La tutela efectiva está condicionada a que se haya acudido al órgano judicial competente para conocer del tema de fondo suscitado. El legislador ordinario puede repartir la competencia (que no la jurisdicción, entendida ésta como potestad) entre diversas clases de tribunales, y la parte debe acudir al órgano señalado en la ley; si no lo hace así, el tribunal no dictará una sentencia de fondo.

2º) De la misma manera la ley ordinaria puede regular diversos tipos de proceso, y si la parte no insta el adecuado no podrá dictarse resolución de fondo.

3º) De la misma manera la tutela efectiva queda condicionada por los presupuestos procesales que la ley ordinaria pueda establecer, sin perjuicio de que quepa estimar la inconstitucionalidad de esa ley cuando el presupuesto sea lesivo del propio derecho de

acción. También puede suceder que la interpretación que de los presupuestos procesales haga el tribunal sea arbitraria, irrazonable o absurda, estableciéndose en los distintos derechos positivos soluciones diversas (principalmente el llamado recurso de amparo). En principio, con todo, la existencia de los presupuestos procesales juega como condicionante.

4º) En la misma línea la existencia de la resolución de fondo se condiciona a la concurrencia de algunos requisitos de admisibilidad de los actos procesales; si los requisitos no concurren deberá dictarse una resolución meramente procesal.

5. *Conclusión*

Hemos procurado exponer, con la claridad posible en un tema tan complejo, la formación del concepto de acción y su posterior bifurcación en dos aspectos que no son incompatibles entre sí. No creemos que hoy pueda sostenerse por nadie que se es partidario de la acción en sentido abstracto y contrario a la acción en sentido concreto. Los dos aspectos son válidos porque con una misma palabra se está haciendo mención de dos realidades no contradictorias entre sí.

Lo único que se requiere es precisión en el lenguaje; existe, por un lado, un derecho a la tutela jurisdiccional concreta y, por otro, un derecho a la actividad jurisdiccional (o al proceso, o a la jurisdicción), siendo los dos complementarios en tanto en cuanto atienden a situaciones diferentes y pretenden explicar realidades distintas. El primero no suele tener rango constitucional, el segundo sí, y los dos se denominan derecho de acción. Del uso multívoco de una palabra nace la confusión y por ello no deberíamos seguir hablando de la acción sin más, sino siempre precisando en qué sentido se está empleando la palabra.

Si lo anterior está claro, también debe estarlo que no cabe ya seguir hablando de clases de acción, ni mucho menos de ir dándoles nombres específicos, estableciendo una larga lista de ellas, un nomenclator..

A partir de la polémica Windschein-Muther no puede seguirse con una concepción de la acción que encuentra sus raíces en el

Derecho Romano. Hoy los sistemas jurídicos no pueden basarse en un elenco de acciones con nombre propio. El concepto de la acción es unitario, aunque quepa referirse a una faceta concreta y a otra abstracta. Existe un único derecho de acción, en el que se incluye la tutela jurisdiccional concreta y la actividad jurisdiccional, como aspectos complementarios, pero no existen acciones.

Nota bibliográfica

1. Las citas iniciales corresponden a CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina,* ahora en "Opere giuridiche", I, Napoli, 1965, página 514; REDENTI, *Diritto processuale civile,* I, Milano, 1949, página 31, y ALCALA-ZAMORA, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción,* en "Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)", I, México, 1974, página 323.

Pretendieron abordar el estudio de la acción, GUASP, *La pretensión procesal,* en Anuario de Derecho Civil, 1952, enero-marzo, página 32 (hay ahora edición en Cuadernos Civitas, Madrid, 1981) y ALLORIO, *Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la ciencia procesal,* en "Problemas de derecho procesal", tomo I, Buenos Aires, 1963, página 117. La consideración de tema "preferido" en ALCALA-ZAMORA, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal, 1940 - 1965,* México, 1968, página 141.

2. Una información sobre las antiguas concepciones privatistas puede obtenerse en CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos,* en "Ensayos de derecho procesal", tomo I, Buenos Aires, 1949, y en ORESTANO, *L'azione in generales: a) Storia del problema,* en "Enciclopedia del diritto" IV, Varese, 1959.

Los ejemplos del Derecho Romano provienen de VALIÑO, *Derecho privado romano,* Valencia, 1982. De más difusión BIONDI, *Istituzioni di diritto romano,* 4ª ed., Milano, 1965, y BETTI, *Istituzioni di diritto romano,* 2ª ed., tomo I, Padova, 1947. También PUGLIESE, *Azione (diritto romano),* en "Novissimo Digesto Italiano", vol. III, Torino, 1958.

Sobre los glosadores, CHIOVENDA, op. cit. De PIACENTINO habría que ver su *Summa de actionum varietatis,* escrita durante la primera mitad del siglo XII, y de AZON *Summa Institutionum* y *Summa Codicis,* escritas a finales del siglo XII o principios del XIII.

De SAVIGNY naturalmente su *Sistema del derecho romano actual,* 2ª ed., Madrid, s,f., tomo I. La cita de PUCHTA proviene de PEKELIS, *Azione,* en "Nuovo Digesto Italiano", II, Torino, 1938, y la de UNGER de DE LA RUA, *El concepto de acción en la doctrina,* en el libro homenaje a A. A. Mercader, La Plata, 1972.

Para la escuela francesa vid. VIZIOZ, *Observations sur l'étude de la procédure civile,* en "Estudes de Procédure", Bordeaux, 1965, y SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé,* tomo I, París, 1961. La cita de DEMO-

LOMBE, *Cours de Code Napoleón*, 4ª ed., tomo IX, París, 1870, núm. 338, y la de GLASSON, TISSIER et MORELL, *Traité théorique et practique de procédure civile et commerciale*, 3ª ed., tomo I, París, 1925, núm. 173.

La doctrina española fue sistematizada por GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, *Doctrina procesal española sobre la acción: 1830-1930*; en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1979.

Los trabajos en que se plasmó la polémica entre WINSCHEID y MUTHER, están reunidos y traducidos al castellano en *Polémica sobre la acción*, Buenos Aires, 1974.

La moderna concepción monista de SATTA en *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del procceso*, en Rivista de diritto processuale civile, I, 1937; existe traducción en *Soliloquios y coloquios de un jurista*, Buenos Aires, 1971. Este trabajo dio lugar a otra interesante polémica con CRISTOFOLINI y sobre ella vid. SERRA, *Evolución histórica del concepto de acción*, en "Estudios de Derecho procesal", Barcelona, 1969.

3. La elaboración por WACH del concepto de acción como pretensión de tutela jurídica puede encontrarse en sus obras *Manual de derecho procesal civil*, I, Buenos Aires, 1977, y *La pretensión de declaración*, Buenos Aires, 1962. Resultará de gran utilidad para comprender esta concepción de la acción el libro de DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, 1980. Para la reconducción de esta concepción al derecho privado, en nuestra doctrina muy claramente SERRA, *Evolución*, cit.

La teoría del Derecho Justicial Material y la inserción en la misma de la pretensión de tutela jurídica, en GOLDSCHMIDT, J., *Derecho justicial material*, y GOLDSCHMIDT, R., *Derecho justicial material civil*, ambos trabajos en edición reunida, Buenos Aires, 1959; además J. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1936.

La cita de DONELLO en CHIOVENDA, *La acción*, cit.

Las críticas al carácter concreto de la acción, por la inseguridad del resultado del proceso, pueden verse en los autores que mantienen la tesis abstracta y que citamos después. Los postulados de realismo jurídico de signo judicialista en que se basa, en RAMOS, *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978. Clarificador en su respuesta a estas críticas fue ya HELWIG, *Klagrecht und Klagmöoglichkeit*, Leipzig, 1905; más accesible DE LA OLIVA, *Sobre el derecho*, cit.

La tesis de CHIOVENDA en *La acción*, cit. La referencia a DEVIS ECHANDIA, *Tratado de derecho procesal civil*, tomo I, Bogotá, 1967, páginas 341-2, y con él hay que citar a RAMIREZ ARCILA, *Teoría de la acción*, Bogotá, 1969. Trabajo de importancia es el de CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione*, en "Opere giuridiche", I, Napoli, 1965.

En cuanto al concepto de acción adecuado al proceso penal, vid. GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1951. Para reflexionar sobre el concepto de acción en el proceso administrativo CORDON MORENO, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, 1979.

4 La teoría de DEGENKOLB, H., en su obra *Einlassungswang und Urtellsnorm*, Leipzig, 1877 (reimpresión Aelen, 1969), aunque también pueden encontrarse resúmenes de su tesis en las obras de CHIOVENDA y SERRA citadas.

ROCCO, A., *La sentenza civile,* 1906 (reimpresión Milano, 1962).

Dos exponentes de las que llamaríamos concepciones abstractas atenuadas del derecho de acción son LIEBMAN, E. T., *L'azione nella teoría del proceso civile,* en "Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti", II, Padova, 1950, y también su *Manual de Derecho procesal civil* Buenos Aires, 1980 (trad. SENTIS MELENDO); en nuestra doctrina PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil,* I, Madrid, 1952.

Una concepción abstracta más "radical" la mantiene el profesor FAIREN GUILLEN, *La acción, el Derecho procesal y el Derecho político,* en "Estudios de Derecho procesal", Madrid, 1955; del mismo autor *El proceso como función de satisfacción jurídica,* en "Temas del Ordenamiento procesal", I, Madrid, 1969. MORON PALOMINO M., *Sobre el concepto de Derecho procesal,* RDProIberoam-filip., 1962.

Para la postura de SERRA véase su obra citada.

La tesis de GUASP DELGADO, J., en *La pretensión procesal,* ya citada y en *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil,* I, Madrid, 1943, comentario al art. 62; *Derecho procesal civil,* I, Madrid, 1977; *Administración de justicia y derechos de la personalidad,* Rev. Est. Políticos, 1944. Una interesante crítica de la tesis de GUASP en GOMEZ ORBANEJA *Sobre una nueva entrega de los comentarios de Guasp,* en RDpro, 1945; *Derecho procesal civil,* I, Madrid, 1976, páginas 236-237.

Sobre el objeto del proceso penal GOMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal,* II, citado, páginas 286-317.

Una panorámica de la doctrina alemana e italiana sobre el planteamiento constitucional del tema de la acción la ofrece TROCKER, N., *Processo civile e Constituzione. Problemi di Diritto tedesco e italiano,* Milano, 1974.

ANALISIS CRITICO DEL DECRETO LEY 2282 DE 1989 EN TORNO A LA INTERVENCION DE TERCEROS Y LAS NULIDADES

Beatriz Quintero de Prieto *

1. Intervención de terceros. 2. Nulidades. 3. Conclusiones.

1. *Intervención de terceros*

En torno a esta institución casi debería enunciarse cuanto debiendo ser hecho no lo fue por la reforma. A partir de una presentación estructural de la figura se indicará en el trabajo cuánto se reformó y cuánto queda por realizar.

Todo el que no ha llegado al proceso como parte es tercero a él; pero en razón de que las relaciones jurídicas materiales no se dan en la práctica como islas sino que se entrelazan, vinculando, así sea reflejamente a otros sujetos diversos de los polos de la relación, las modificaciones que padezcan las relaciones jurídicas sometidas al proceso a veces afectan a terceros a ella, que de alguna manera se le vinculan. Se dice entonces que cuando un tercero al proceso se halla afectado por la relación sustancial que se debate, puede introducirse en él, bien sea por su propia voluntad o por el llamamiento de alguna de las partes o del juez.

El tema reviste una notoria complejidad en la doctrina, en la jurisprudencia y en nuestra legislación positiva.

---

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal, Magistrada de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín y Profesora de la teoría del proceso en la Universidad de Medellín.

Son pues dos grandes géneros de intervención: *La voluntaria* y *la forzada.*

1.1. La intervención forzada

En este género la intervención del tercero en el proceso pendiente acaece por llamado de la parte o del juez, como que depende de ellos llamar al tercero ante la consideración de que la controversia de alguna manera le es común, así sea *in eventum.* Son especies de esta intervención por llamamiento:

1.1.1. *La citación o llamamiento en garantía*

En referencia con esta especie cabe ponderar al máximo la diversidad que ofrecen la doctrina y las legislaciones positivas en su consideración. Los pocos ordenamientos positivos que consagran la figura le dan un tratamiento antagónico. Algún sector doctrinario y también nuestro código la regimentan de un modo que más refiere al derecho sustancial, siendo así necesario sentar una primera premisa: *¡Es una figura procesal!*

La figura suele descomponerse en la doctrina como *denuncia de litigio* y *llamamiento en garantía.* Nuestro código de procedimiento civil en su artículo 54 la contempla como *denuncia de pleito* y en el 57 como *llamamiento en garantía,* siendo acorde y consecuente con la teoría, solamente en las denominaciones.

En el proceso romano se conoció la figura de la *litisdenuntiatio,* denominación que se adecuaba a su significado de simple medio de notificación al tercero al proceso, de noticia que le suministraba acerca de que se estaba desenvolviendo uno en contra del denunciante. La denuncia no implicaba acumulación de pretensión alguna porque la posible pretensión del denunciante contra el denunciado se reservaba para cuando cobrara actualidad la condena al denunciante, haciéndola valer en proceso separado.

El llamado, como ejercicio de una pretensión nueva que se acumula a la debatida en el proceso, tuvo origen en el derecho germánico y de allí pasó al derecho francés. Los códigos en la consagración de la figura se dividieron; por lo demás, en las legislaciones positivas, las especies se mezclaron y se separaron sin alguna técnica. Es más, se olvidó la naturaleza procesal de la institución y se le hizo eco solamente al derecho sustancial correlativo a una obligación de garantía y así se refundió la denuncia del pleito con el *saneamiento por evicción,* instituto netamente sustancial. Y

esto fue lo que hizo nuestro código de procedimiento civil en su artículo 54. Saliendo entonces hasta el derecho sustancial y de acuerdo con nuestro régimen procesal: el causahabiente a título singular de derecho real puede denunciar el pleito a su causante a título oneroso, para el evento de *evicción.* El denunciado aún contra su voluntad ve acumularse la pretensión de garantía real. El legislador entonces calca la litisdenuntiatio romana pero le asigna las consecuencias del llamado germánico.

Y paralelamente *duplicando la figura* en el artículo 57 cree regimentar el llamamiento en garantía, ateniéndose también aquí al contenido meramente sustancial, para las obligaciones revérsicas de derecho personal. Simplemente llama a regir por delegación el régimen del derecho real, incurriendo en la inconsecuencia de consagrar dos figuras exactamente iguales en su régimen procesal con distinción sustancial irrelevante a los efectos procesales.

Como antes se decía, si las figuras se duplican en un código procesal es porque los efectos procesales difieren.

Al efecto se ha encontrado acertada la distinción que entre ambas figuras hace Alvarado Velloso [1] inspirándose en el artículo 106 del código de procedimiento civil italiano.

De acuerdo con el autor la parte que se halla en proceso por una relación que originariamente le es ajena pero que sin embargo debe asumirla como propia por expresa y excepcional disposición de la ley puede *denunciar el litigio* al verdadero y real titular pasivo del derecho litigioso. De tal modo, cuando posteriormente intente repetir lo pagado evitará que su propio demandado esgrima en su contra la excepción de *negligente defensa;* se trae como ejemplo la obligación de quien responde por un daño causado por sus dependientes, el titular del derecho de dominio, demandado en proceso hipotecario. La denuncia de litigio entonces se hace con miras a una repetición que debe pretenderse en proceso separado y futuro. El tercero denunciado tiene obvio interés jurídico en que el denunciante salga victorioso en la pretensión debatida porque de esta manera erradica la eventualidad de la pretensión repetitiva. Por ello le es conveniente y permitido, pero ya como intervención voluntaria colaborar en la defensa del denunciante, dado que él es a la vez parte legitimada para resistir la pretensión, mejor aún, la verdadera parte sustancial, habiendo podido ser parte originaria. Pueden denunciar el pleito tanto el actor como el opositor.

---

1) Adolfo Alvarado Velloso. "Temas procesales" Nº 6, página 37.

El llamamiento en garantía es la otra figura paralela pero diferente; tiene lugar, según la opinión doctrinaria que se viene referenciando, cuando la parte litigante se halla en pleito en razón de una relación jurídica sustancial que ella misma ha protagonizado y con respecto a la cual un tercero a esa relación, por hallarse vinculado por otra relación con la parte que le llama, debe responder in eventum de condena.

Es relevante la diferencia procesal de ambas figuras como que el llamado acumula siempre al proceso la pretensión revérsica in eventum, más aún, en teoría se aspira a una *sustitución procesal* con extromisión de quien llama. Solamente puede llamar en garantía el demandado.

Jairo Parra Quijano [2] no hace las distinciones de Alvarado, pero sí critica la concepción legislativa de nuestro código cuando duplica inútilmente la figura porque: o es el mismo el régimen procesal y entonces sobra la duplicidad o es diverso y así debe diferenciarlo.

Ante problema de magnitud la *reforma* se queda muy corta cuando simplemente cambia el término de *meses* de suspensión del proceso en tanto se estructura la relación acumulativa procesal, por el de *días,* mutación que por lo demás cumple a todo lo largo y ancho del código entendiendo solucionar los problemas que ocasionaban las *vacancias judiciales* frente a términos de meses. Permite también la aglutinación en un mismo escrito para contestar la demanda y la denuncia.

1.1.2. *El llamamiento ex officio*

La reforma no toca directamente esta especie de intervención forzosa muy bien concebida en nuestro código como institución que tienda esencialmente a combatir el fraude procesal. El llamamiento lo formula el juez que conoce del proceso cuando advierte fraude o colusión que entiende encaminado a perjudicar a la persona a quien llama al proceso. Si bien la intervención se realiza por llamado del juez depende del tercero intervenir o no en él; el llamado ex officio que interviene no acumula ninguna pretensión; su interés radica esencialmente en que no se logre el propósito fraudulento que se dañaría, en evitar el resultado doloso que demandante y demandado esperan.

---

2) Jairo Parra Quijano. "Estudios de derecho procesal", tomo I. Ediciones Librería del Profesional 1980.

La reforma introduce *otro llamamiento oficioso* del juez como habrá de verse en oportunidad cuando regimenta la *laudatio auctoris.*

1.1.3. *El laudatio o nominatio auctoris*

La reforma traduce al español el acápite del art. 59: *Llamamiento de poseedor o tenedor.* Este llamamiento incumbe hacerlo sólo al demandado en el código de 1970. La reforma posibilita al juez el llamamiento, cuando en el expediente aparezca la prueba de que el verdadero poseedor o tenedor es otra persona, "el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación". Es pues un llamamiento ex officio limitando la oportunidad a la primera instancia.

La institución actual se muestra para el demandado más que como una facultad como una carga con consecuencias: si el demandado no señala al poseedor se hace responsable de los perjuicios que su silencio ocasione al demandante. Si el citado comparece y reconoce que es poseedor *extromite* del proceso al demandado inicial y el proceso se desenvuelve con él como parte. Si el laudado no comparece o no acepta que es el poseedor el proceso continúa con el demandado originario pero la sentencia surte efectos también frente al nominado como poseedor. Igual cosa ocurre cuando se demanda a alguien como tenedor sin serlo para que laude a aquél en quien radica la tenencia. La reforma que permite el llamamiento oficioso del juez al tercero poseedor durante la primera instancia, se queda corta porque no regimenta las consecuencias de ese llamamiento: qué acaece si acepta ser el poseedor y encuentra precluídas sus actividades procesales referidas a excepciones y pruebas... La alegación de la prescripción por ejemplo como excepción o como reconvención...

Otro aspecto de la reforma en esta materia se realiza en el art. 338: doctrinariamente se consagra también como hipótesis de esta intervención la que conviene al tercer poseedor en la oposición a una entrega o a un secuestro, cuando quien se opone es un tenedor del bien en su nombre, ordenándose la citación del tercero poseedor para que comparezca a defender la posesión alegada en la diligencia por su tenedor.

Para los eventos de secuestro el C. P. C. consagraba una posibilidad adicional de defensa del tercero, luego de cumplida la diligencia, por medio del levantamiento de la medida en el evento pertinente. La reforma introdujo tal posibilidad para las diligencias de entrega, art. 338 parágrafo 4: "Restitución al tercero poseedor".

1.2. La intervención voluntaria

Es el otro gran género. El tercero concurre espontáneamente al proceso que se desenvuelve con el propósito de defender su propio derecho, sea éste o no el debatido, porque estima que puede verse *afectado* por el pronunciamiento que recaiga sobre el litigio. Este género de intervención suele dividirse según el grado de afectación en una intervención simplemente adhesiva (actuación coordinada), autónomamente adhesiva (actuación litisconsorcial), o excluyente (actuación independiente). También se alude a una intervención principal y a una intervención accesoria.

1.2.1. *Intervención principal*

Nuestro código consagra como tal la ad excludendum... nada introduce la reforma y nada se echa de menos en la figura.

1.2.2. *Intervención accesoria*

El interviniente accesorio es denominado también genéricamente como *interviniente adhesivo.* Es nuestro artículo 52: *Intervención adhesiva y litisconsorcial.* El acápite relieva ya las dos subespecies de intervención accesoria. Luego las va diferenciando como *mera coadyuvancia* o *adhesiva simple* y como *litisconsorcial.* La reforma tiene la virtud de separar los regímenes de ambas especies que antes no lo estaban adecuadamente.

Tradicionalmente la doctrina distingue dos especies de intervención voluntaria, la principal y la accesoria. Givanni Nencioni [3] se refiere a la intervención litisconsorcial como a un tertium genus; en contra se sostiene que ésta sea apenas una intervención accesoria aún cuando merecedora de prerrogativas muy especiales. Esta última es la directriz del código de procedimiento civil colombiano.

El interviniente por adhesión sostiene la razón de la parte a la cual adhiere. El interviniente principal una razón propia. Deduce una litis propia en el proceso. El interviniente por adhesión es titular de la pretensión procesal. El interviniente principal lo es de la misma y también de la relación sustancial debatida en el proceso.

1.2.3. *Intervención adhesiva simple o mera coadyuvancia*

Como antes se decía, es también regimentada por el art. 52 el cual edifica la distinción entre ella y la litisconsorcial de acuerdo

---

3) Cita de Enrico Allorio. "Problemas de derecho procesal", tomo II, página 379. E. J. E. A. Buenos Aires, página 1.963.

con la política que también adopta para definir los límites subjetivos de la cosa juzgada. Y así expresa que la mera coadyuvancia se permite a los terceros en cuya esfera jurídica no se produce la cosa juzgada: el tercero tiene con una de las partes una determinada relación sustancial a la cual no se extienden los efectos jurídicos de la sentencia. De esta manera es muy claro que el interviniente adhesivo simple o mero coadyuvante no acumula pretensión alguna al proceso con su intervención. Así las cosas era perfectamente aceptable el régimen anterior de acuerdo con el cual podía inclusive intervenir para proponer el recurso de casación y durante éste. Al coadyuvante se dan las mismas facultades que se otorgan al coadyuvado cuando la pasividad de éste lo tolere, pero se le niega cualquier facultad procesal que se oponga a la voluntad expresa del mismo y cualquiera que implique disposición del objeto litigioso.

La reforma se concibe como delimitación de la oportunidad para intervenir adhesivamente: "mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia". De lo expuesto resulta que no aparece razonable que se haya recortado al interviniente adhesivo en general la posibilidad de interponer casación y hacer intervención durante la tramitación del mismo... Casi que hasta en la ejecución debiera tolerarse esta mera coadyuvancia. El código sólo señalaba el límite inicial, nunca el final, "desde la admisión de la demanda".

1.2.4. *Intervención litisconsorcial*

El interviniente litisconsorcial llega al proceso por una relación sustancial de la cual no puede pregonarse que sea totalmente propia ni totalmente ajena. Es así pues una forma de participación en el proceso en apoyo de la razón que en éste hace ya valer una parte originaria. De esta manera y en estricto sentido el interviniente litisconsorcial no hace valer una pretensión propia en el proceso sino una a la cual se vincula en razón de determinada *cualidad* o *cargo*. Giovanni Nencioni propone como definición de intervención litisconsorcial la siguiente: es la intervención de los legitimados para accionar.

Según la ordenanza civil alemana la intervención litisconsorcial es la de los terceros en cuya esfera jurídica se refleja la cosa juzgada que va a surgir del proceso entre las partes, extendiendo así el problema hasta el de los *efectos reflejos de la cosa juzgada*.

Entre los terceros que pueden hacer intervención por adhesión hay pues una categoría a la cual tiene que concederse una mayor independencia de iniciativa frente a la parte que originariamente

provocó el proceso, *como si fuese su litisconsorte.* Son aquellos terceros a los cuales una inconducta procesal de la parte a la cual adhieren afectaría de una manera más gravosa: terceros sujetos a la cosa juzgada... Determinar cuáles sean los terceros que por estar sujetos a la cosa juzgada asumen al intervenir por adhesión en el proceso posición litisconsorcial traslada el problema del instituto de la intervención al de la cosa juzgada respecto de terceros, o lo que equivale: a los límites subjetivos de la cosa juzgada.

Por lo demás también es posible aseverar que la figura de la intervención litisconsorcial corresponde a la del *litisconsorcio cuasinecesario.*

Nuestro código del 70 se estructura sobre las bases que se han delineado y así resulta de la letra del artículo 52 que la intervención *litisconsorcial* se da cuando los terceros son titulares de una relación sustancial a la cual se extienden los efectos jurídicos de la sentencia. Es el supuesto de la así denominada *legitimación por categorías* a la cual alude Calamandrei, hipótesis, a la vez, de legitimación en la causa en su modalidad excepcional.

Estos terceros legitimados para intervenir litisconsorcialmente estaban de antemano legitimados para demandar o ser demandados en el proceso: se otorga legitimación a *todos* o a *cualquiera:* estando cualquiera en el proceso como demandante es como si estuvieran todos porque a todos los cobija la sentencia. Los herederos para la sucesión por activa, los comuneros para la comunidad, los acreedores solidarios. El tercero no esgrime nueva pretensión, tampoco una definitivamente propia, ni ajena exclusivamente... Esgrime una que no sólo no es nueva sino que sin ser propia tampoco es ajena.

La reforma limita igualmente la oportunidad de intervención en idénticos términos a como lo hace para la mera coadyuvancia: "mientras no se haya dictado sentencia de única o de segunda instancia, desde la admisión de la demanda..." Cabe igual crítica dado que no se introduce al proceso otra pretensión...

La otra modificación se adecúa esa sí a la consideración que parece orientar la reforma en el sentido de que el interviniente litisconsorcial es un litisconsorte cuasinecesario y por lo mismo, en cuanto hace a la oportunidad de solicitud y práctica de pruebas, lo asimila al tratamiento que otorga al litisconsorte necesario sucesivo. "Cuando en el acto de su intervención el litisconsorte solicita pruebas el juez las decretará si fueren precedentes y las considera necesarias. Si estuviere vencido el término para practicarlas, o lo que

restare de éste no fuere suficiente, otorgará uno adicional hasta de diez días". ¿Sería ésta la consideración para recortar la oportunidad de la intervención?...

Conserva así el código el criterio de la *preclusión relativa o elástica,* como lo hacía en relación con el litisconsorte sucesivo, retrotrayendo el proceso en sus etapas a la manera de la regla técnica del proceso con unidad de vista.

1.2.2. *El litisconsorcio necesario*

Esta figura sí es concebida magistralmente por el código de 1970, como hipótesis de legitimación en la causa, como correspondencia que se exija entre el titular de la relación sustancial debatida en el proceso y el titular de la pretensión procesal, cuando el proceso debate un litigio consistente en una relación jurídica sustancial que así reclama la presencia de *todos como uno* en el proceso, si todos no concurren el juez no puede proferir sentencia de fondo, porque si así la pronunciara, en terminología chiovendiana, sería *inutiliter data.*

La reforma conservó toda la estructura del artículo 83 y también la de la *sentencia inhibitoria.*

La sentencia inhibitoria se concibe en nuestro código como un pronunciamiento sobre la forma del proceso para constatar en el mismo, un defecto formal de tal magnitud que hace inadecuado el *instrumento* para el examen del fondo de la pretensión, del derecho sustancial sometido. Un defecto o un *impedimento* para ese pronunciamiento, porque a veces el fallo formal constata solamente ese impedimento, por ejemplo el fallo que advierte la cosa juzgada o la transacción, como obstáculos para entrar a decidir en el fondo el derecho sustancial sometido al proceso como litigio.

Algunas de las sentencias inhibitorias entonces podrían dictarse como meros *autos de reenvío* del proceso: desde cuando el defecto insalvable se dá, vuelva a empezar el proceso... Otras, cuando constata esas denominadas excepciones mixtas o falta de presupuestos materiales de la sentencia de fondo, como los denomina Devis Echandía [4], tienen ellas una plena justificación técnica como fallos formales.

Valga la disquisición para enfatizar acerca de dos tópicos: uno: que la reforma en ningún momento acabó con las sentencias inhi-

---

4) Hernando Devis Echandía. "Compendio de Derecho procesal", tomo I, página 250, Editorial A. B. C. Bogotá, 1978.

bitorias, y dos: que el defecto de legitimación en la causa en nuestro ordenamiento positivo conduce a un pronunciamiento formal.

Se cuestionaron las sentencias inhibitorias con encarnizamiento por cuanto es evidentemente repugnante que un proceso finalice al cabo de los años con un pronunciamiento formal que a veces hasta asesina definitivamente el derecho sustancial. La reforma algo hizo al respecto: la introducción de la audiencia preliminar que impone al juez el deber de llegar a ella con pleno conocimiento de la demanda y de su contestación, vuelve inexcusable para él el proferimiento de una sentencia inhibitoria, la no advertencia y consiguiente saneamiento como deber-poder del defecto de forma en esa etapa de inmaculación del proceso. Quedó pues viva la sentencia inhibitoria si bien es apenas de lógica que cualquier superior que así deba revisarla o proferirla en segunda instancia debe ordenar investigación disciplinaria en contra del juez a quo.

La reforma llamó *interviniente* al litisconsorte necesario sucesivo, es decir, al que llega al proceso en su decurso. Y el facto legislativo reclama la idea entonces de la consideración de esta intervención como otra especie de la principal al lado de la ad excludendum, como otro enfoque que quepa al litisconsorcio necesario en su modalidad de sucesivo.

Y otra reforma, ésta sí de importancia: buscó solucionar asunto que era defectuoso "cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual quedará vinculado al proceso".

2. *Nulidades*

Se intenta entregar un esquema constitucional y legal correspondiente al status legislativo, pero además doctrinario y jurisprudencial que hubiera precedido a la reforma, con el propósito de apreciar a la luz de ese esquema la continuidad o antagonismo de la misma.

2.1. Esquema constitucional

La composición del estado colombiano es en su gran mayoría democrática pero también se mezclan disposiciones constitucionales

que corresponden a una forma autoritaria o por lo menos de *gran intervención* del Estado. La adopción de un modo de gobierno en la constitución implica consecuencias políticas en todos los órdenes normativos, también en el procesal. (Valga el aserto para rebatir afirmación que se me ha atribuído y que con ese significado nunca quise expresar sino apenas con el de la ninguna operancia del criterio de favorabilidad, o de bondad o maldad en la norma procesal, en una concepción moderna del proceso).

La concepción del estado liberal se traduce en el derecho procesal en la concepción formal del proceso y la de la autoridad del juez en su vigilancia oficiosa definitiva de esa forma. El Estado supone que los justiciables son libres y son iguales y que la forma es garantía de esa libertad y de esa igualdad.

En este orden de ideas se instituyen como las *garantías democráticas del derecho procesal en Colombia* principalmente dos: a) La garantía del debido proceso y b) La garantía de la preeminencia de la constitución. El artículo 26 y el artículo 215 correlativamente.

2.1.1. *La garantía de la preeminencia de la constitución*

El texto del artículo 212 es el siguiente: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Es la facultad del poder jurisdiccional de *inaplicar* la ley inconstitucional en su proveído. Y es también, antes que todo, una garantía del justiciable.

2.1.2. *La garantía del debido proceso*

El texto del artículo 26 es el siguiente: "Nadie puede ser juzgado sino... ante tribunal competente y *observando la plenitud de las formas propias de cada juicio*". (subrayas extra texto y con intención). Se transcribe solamente cuanto concierne al derecho procesal, que no sustancial. Es la consagración positiva en la constitución colombiana del *debido proceso.*

Históricamente se encuentra la referencia que corresponde al debido proceso en la cuarta enmienda de la constitución de los Estados Unidos en los siguientes términos: "No se le privará a persona alguna de la propiedad o la libertad sin el debido proceso judicial".

Algunas constituciones como la Argentina no consagran definición del *debido proceso.* En estos países la doctrina especula y puede hacerlo, acerca del significado del mismo, arribándose inclu-

sive a pensar en él como en una *garantía innominada* que ni quite ni ponga a la política procesal; se vuelve así un concepto no técnico dada su imprecisión.

2.2. El esquema legal

Los denominados *principios generales del derecho procesal* entendidos como directrices demarcadoras de la política procesal, desarrollan las garantías constitucionales bien sea porque se plasmen expresamente en las leyes *procesales,* al efecto, bien porque en ellas resulten ínsitos. Los principios que desarrollan la garantía constitucional del debido proceso así concebido en Colombia son: el principio de la *bilateralidad de la audiencia,* también denominado principio del *contradictorio* y el principio del *formalismo.*

2.2.1. *El principio de la bilateralidad de la audiencia*

Indica éste que el juez no puede decidir acerca de una pretensión si la persona contra quien ella ha sido propuesta no ha tenido oportunidad de ser oída: "audiatur ex altera pars". Inviolabilidad de la defensa en juicio. Se garantiza al justiciable la posibilidad de ejercitar su defensa. Este principio es susceptible de un doble enfoque procesal: A) en su aspecto positivo significa la disciplina de las *notificaciones* y B) en su aspecto negativo implica el establecimiento de remedios procesales que restituyen la garantía del contradictorio cuando la regla técnica de la preclusión aplicada al proceso tuviera como consecuencia la lesión de la bilateralidad. Es la técnica de las *nulidades procesales.* Por lo demás, del principio de la bilateralidad de la audiencia se deriva como corolario el de la *igualdad de las partes,* o igualdad procesal de los litigantes, de acuerdo con el cual en el proceso las partes deben gozar de idénticas y recíprocas oportunidades de ataque y de defensa de tal manera que ninguna pueda encontrarse en una situación de inferioridad jurídica. Y también: el mismo objeto litigioso debe solucionarse con las mismas formas preestablecidas.

2.2.2. *El principio del formalismo*

Se yergue acanto al de la bilateralidad de la audiencia con la misma importancia, por lo menos a la luz de nuestra constitución. Puede enunciarse de la siguiente manera: Las formas procesales requieren firmeza. *Rigor legal,* en un sentido teleológico trascendente. Su consecuencia es la de que las formas procesales no son disponibles por las partes porque están estatuídas para regimentar el ejercicio de una función estatal soberana y trascienden el mero

interés privado. El desarrollo legal de este principio es el artículo 6º del código de procedimiento civil colombiano. Su texto es el siguiente: "Observancia de normas procesales: Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas".

La corriente filosófica de mayor aceptación sostiene que las normas del derecho procesal pertenecen al denominado *derecho público,* como que regimentan lo atinente al ejercicio de la soberanía estatal y satisfacen necesidades sociales. El criterio que se tiene preferentemente en cuenta para asignarle este carácter es la *función pública* que por conducto del proceso se realiza: la intervención del Estado como órgano jurisdiccional. Para quienes no aceptan la distinción entre derecho público y derecho privado, el procesal es un *derecho de subordinación* como que sirve para efectivizar el derecho, y recuérdese que el derecho de subordinación se considera como aquél en que la condición de la obligación establecida en las normas es una voluntad extraña al obligado; al paso que el derecho privado sería un derecho de coordinación o sea que en él, el hecho condicionante de la obligación estatuída por las normas es la propia voluntad de los individuos que se obligan *(Legaz Lecambra)* [5]. Como lo define este mismo autor el derecho procesal es la expresión más pura del interés público en la protección de determinados bienes o intereses; el derecho procesal es la posibilidad misma de esa protección y sus normas poseen la estructura subordinativa puesto que incluso en el proceso civil las partes no se relacionan directamente entre sí sino a través de un acto del juez y lo que una parte quiere no es directamente la acción del contrario sino del *estado-juez.*

La afirmación apodíctica de que el derecho procesal es un derecho de subordinación pudiera verse opacada por algunas figuras procesales que se muestran como *pactos* sobre ellas. El problema aparecería en nuestra legislación en la letra del mismo artículo sexto que sin dejar la menor duda acerca de la naturaleza de orden público de las normas procesales y de la regla consiguiente que de tal naturaleza se deriva como que sean de obligatorio cumplimiento, abre la brecha en el sentido de que excepcionalmente, cuando la ley lo diga, algunas no lo sean, sean pues de orden público pero disponibles.

---

5) Luis Legaz Lecambra. "Filosofía del derecho", página 344. Barcelona, 1953.

Esas excepciones en teoría, esa posibilidad de *disponer* de las formas procesales cabe solamente cuando la forma procesal ha sido establecida en exclusivo beneficio de uno de los justiciables; en tal evento puede ser renunciada y hasta negociada, son pues solamente las formas procesales que corresponden a las categorías jurídicas procesales de *facultades* y *cargas*

Por lo demás dentro de una orientación *publicista* del proceso, como la que incumbe a nuestro código por lo menos desde 1970, cuando se siguieron las orientaciones de Mauro Capelletti, todos los "negocios" procesales son repudiados como resabios de la concepción privatista del proceso, de esa en la cual éste era considerado por las partes como cosa propia y el juez asistía como espectador a la contienda.

Retomando el sentido que venía exponiéndose, piénsese en el principio del formalismo como en el que implique la obligatoriedad de la forma tanto del proceso total, como del procedimiento parcial y como de cada acto. El legislador predetermina tipos de procesos para cada objeto litigioso específico: así una pretensión ejecutiva reclama un tipo de proceso, una de liquidación otro y una de condena otro. La garantía del debido proceso indica desde el artículo 26 de la constitución que éste tiene que desarrollar el tipo prefijado legalmente y agotar pormenorizadamente todas las etapas en el orden y en la forma como lo concibe el precepto concerniente, de tal manera que ni el consenso de las partes y hasta del juez, puede modificarlos o pretermitirlos porque se consagran como preceptos absolutos imperativos y dada la concepción bilateral del proceso, es imposible pensar en ellos como forma establecida en exclusivo beneficio de una de las partes, como facultad o como carga.

En el mismo orden de ideas de repudio de cualquier pacto sobre las formas procesales, el artículo 13 del C. P. C. estatuye: "Improrrogabilidad de la competencia. La competencia es improrrogable, cualquiera que sea el factor que la determine".

En teoría, en el proceso civil se admite la alteración de la competencia territorial por convenio de las partes, como pacto de foro prorrogando, o por el fenómeno que se suele denominar de la prórroga tácita, cuando el demandante incoa demanda sin observancia de las reglas de la competencia territorial y el demandado no impugna oportunamente ese desvío. Nótese cómo se considera así la incompetencia territorial como estatuída exclusivamente en favor de la parte.

Nuestro artículo 13 inadmitiría la prórroga aún de la competencia territorial.

2.3. La reforma

Pudiera decirse que se desarrolla toda sobre otro principio político: *El de la economía procesal.* Como la aplicación de un criterio utilitario en la realización empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional y procurando al máximo su eficiencia. Con un punto definitivo de ataque *el de la duración del proceso:* justicia rápida. Simplificación de la actividad procesal... por lo menos esa era la meta de la ley de facultades.

2.3.1. *La denominada teoría finalista de las nulidades*

Teóricamente se pueden distinguir tres grados de *ineficacia* de los actos procesales, o del proceso como actividad concatenada; la *inexistencia,* la *nulidad absoluta* y la *nulidad relativa* o *anulabilidad.* El acto *inexistente* es el *no acto:* no puede ser convalidado ni requiere ser invalidado. El acto *absolutamente nulo:* no puede ser convalidado pero requiere ser invalidado. El acto *anulable* o *relativamente nulo:* puede ser convalidado y admite ser invalidado.

La teoría finalista de las nulidades procesales llevada a su último extremo pregona que sólo existen *nulidades relativas,* esto es *saneables, convalidables,* nace en la misma Francia de donde ya se había heredado el principio del "pas de nullité sans texte" y se expresa con este otro aforismo: "Pas de nullité sans grief": *No hay nulidad sin perjuicio y el perjudicado debe pedirla.*

Es el código argentino, con el proyecto Lascano, seguido muy de cerca por Lino Enrique Palacio, el que levanta la bandera del *finalismo: Todas las nulidades son relativas.* El principio según el cual no existen nulidades absolutas porque todo defecto formal es convalidable, conlleva a la aseveración de que las formas no son de orden público. El derecho procesal no es de orden público y por lo mismo sus preceptos son disponibles. Así pregona esta tesis que la norma procesal carece de finalidad, que su telesis es apenas la aplicación del derecho positivo vigente; que la invalidez de un acto procesal solamente puede afectar la forma misma y que por ello no cabe hablar de nulidades absolutas [6]: una norma sin finalidad puede ser violada sin que se afecte el orden público que corresponde

---

6) Luis A. Rodríguez. "Nulidades procesales", página 31. Edit. Universidad, Buenos Aires, 1983.

solamente a la norma sustancial. Y agrega: El orden público estaría dado siempre y cuando las normas procesales no respetaran la garantía de la defensa en juicio pero ello es inherente a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley y no a la observancia de la forma. Pregona entonces el finalismo con Lino Enrique Palacio [7] que las nulidades procesales por la inacción de quien tiene la carga de la impugnación, pueden convalidarse, ergo, son relativas. Es la regla técnica de la *preclusión* en el proceso que se desarrolla en etapas. De acuerdo con este autor las nulidades procesales corresponden a un sistema que tiene como sustento la preclusión. Se denomina nulidad absoluta a la que afecta el orden público y relativa, aquélla en la cual el interés es únicamente de los afectados. La inobservancia de las formas que pueden o no ser esenciales generan nulidades relativas porque las formas violadas son procesales, *atinentes a una parte en particular* y que no violan el interés general.

2.3.2. *La reforma por lo que concierne a la nulidad por trámite inadecuado*

Cabe una apuntación de carácter general: en ese afán de celeridad la reforma dijo suprimir casi todos los trámites incidentales conservando apenas el correspondiente a la nulidad, dejó los demás como trámites atípicos, siempre a la manera de artículos pero con una abreviación probatoria y de alegaciones, las más de las veces. Así entonces, en el título XI regimentó el aspecto general del incidente y compuso este título apenas con dos capítulos: el ya dicho y otro referido al solo incidente propio, el de nulidad. Todos los demás anteriores trámites incidentales los aglutinó en el título XII como trámites accesorios: conflictos de competencia, impedimentos y recusaciones, acumulación de procesos, amparo de pobreza, interrupción y suspensión del proceso.

El primer análisis que se cumple así es el del art. 140 de la reforma: era el art. 152, construído siempre sobre el principio de la taxatividad de las nulidades. Al efecto recuérdese: en Roma nulo era lo que carecía totalmente de efecto y se derivaba tal consecuencia de cualquier contravención a las formas.

Se llega en el medioevo a una concepción que distingue entre la existencia viciada que puede convalidarse (allanarse, subsanarse) y la que puede reducirse a la nada (invalidarse). Se empieza a dis-

---

7) Lino Enrique Palacio. "Derecho procesal civil", tomo IV, página 147. Abeledo Penot, Buenos Aires, 1972.

tinguir entre nulidad y anulabilidad, entre nulidad e inexistencia. Se faculta así a los jueces en su arbitrio para declarar o no la nulidad. Reacciona la revolución francesa mirando en tal concepción arbitrariedad judicial y siempre en su idea de culto a la ley estatuye el "pas de nullité sans texte".

En esta enunciación taxativa de las nulidades la reforma no agrega alguna. La lectura desapercibida del precepto indicaría que no fue reformado: el solo cambio visible se halla en la causal cuarta y consiste en la sustitución de la palabra *"procedimiento"* por el término *"proceso"*. La obra reformatoria sin embargo es de gran magnitud.

Así queda el texto reformado: "Causales de nulidad: el proceso es nulo en todo o en parte sólamente en los siguientes casos: ...4: cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde".

Esta causal cuarta se comprendió por algún sector de la interpretación y también de la jurisprudencia, que no de la Corte, como la consagración legal del principio del formalismo, como desarrollo del art. 26 de la carta. El artículo 26 indudablemente mira a dos aspectos: la forma del procedimiento como actividad total, la misma que denomina "juicio" en un lenguaje arcaico, la misma que la reforma nombra como *"proceso"* en lenguaje moderno; y, la forma tanto de las actividades parciales o con finalidad específica dentro del proceso total, como la forma que corresponde a cada acto en particular cuando ésta no es flexible. Estas últimas, por lo menos en la intención de la subcomisión quedaron borradas como causas de nulidad. El argumento que se suministra es de que, en otras causales, específicamente en la sexta, se contemplan esos trámites parciales de alguna entidad que siendo vulnerados puedan entrañar nulidad: causal sexta: "cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión".

De esta manera el vocablo *"juicio"* del artículo 26 de la Constitución es traído al código como *"proceso"*, y la plenitud de las formas propias de cada proceso tipo, es borrado en la ley y reducido sólo a los trámites de la causal sexta.

El propósito es evidente: poner fin por decisión legislativa a la posibilidad de entender estructurada la causal cuando el que se equivoca es apenas un trámite parcial del proceso correspondiente, cualquiera que sea su trascendencia, por ejemplo, el trámite de las

excepciones en el ejecutivo, o el de los inventarios y avalúos en el proceso de sucesión, o el trámite que corresponde a una entrega o a una diligencia de secuestro... *El juicio sí pero no la plenitud de sus formas.*

Por lo demás esta causal que atañe a los *procesos,* a los tipos de proceso, que se venían comprendiendo por un sector jurisprudencial como formas absolutamente indisponibles, quedó en la reforma concebida como una *nulidad relativa* o *saneable* por preclusión cuando el proceso seguido es el ordinario y el debido uno especial: Es el numeral sexto del art. 144 de la reforma cuyo acápite reza: "*Saneamiento de la nulidad:* la nulidad se considerará saneada en los siguientes casos: ...6: Cuando un asunto que debía tramitarse por el proceso especial se tramitó por el ordinario, y no se produjo la correspondiente adecuación de trámite en la oportunidad debida".

Desaparece cualquier consideración jurídica acerca de qué tipo de proceso sea más adecuado que otro al trámite de una singular pretensión que reclame el procedimiento especial. Piénsese por ejemplo en las pretensiones de liquidación... o en la de deslinde y amojonamiento, o en la expropiación...

Es la consideración de que la preclusión sanea el vicio... enfrentada a la idea de que precluyen las actividades procesales de las partes, nunca las del juez y de que la forma se halla confiada de una manera muy especial al juez, de tal manera que la impugnación por nulidad a la par que la impugnación por una excepción previa nunca puede considerarse como una mera facultad y ni siquiera solamente como una carga de la parte. Estas impugnaciones tienen por fin, en la concepción publicista de nuestro proceso, bajo la orientación de Cappelletti y desde 1970, solamente alertar al juez sobre el defecto de entidad que presente la forma. Precluyen pues como gritos de alerta, pero ya ese saneamiento que quiere atribuirse a la preclusión no se compadece con la orientación de un proceso público, y sí más como la idea del proceso privado, hacia la cual parece que retorna Argentina. El proceso como cosa de las partes.

El art. 143 de la reforma, alude a las que pudiéramos denominar condiciones de *legitimación* para incoar la impugnación por nulidad y allí se niega esa legitimación a quien hubiera actuado en el proceso después de ocurrida la causal sexta, la que refiere a trámites parciales de pruebas y alegaciones, esto es, sin alegarla. ¿Será el mismo concepto de preclusión adecuado a otra denominación, o, podrá sostenerse entonces que pese a que la parte no tenga legitimación

para proponer la nulidad, ésta no sea saneable o, convalidable sí pero de manera expresa y por lo mismo declarable oficiosamente por el juez, o debe ser puesta en conocimiento? Todo ello en consideración a que un significado tiene la calidad de nulidad relativa y otro el que la nulidad pueda aducirse por la parte o no. El último aspecto es anterior a la reforma.

2.3.3. *La reforma por lo que concierne a la nulidad por incompetencia*

Es otra vez el artículo 144 relativo al saneamiento de la nulidad: "La nulidad se considerará saneada... 5: cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa". El texto paralelo del código de 1970 simplemente negaba legitimación para alegar incompetencia territorial como efecto de la preclusión. Sin embargo en art. referido al *saneamiento,* se hallaban ya preceptos que nunca fueron así aplicados, porque los mismos conllevarían a considerar saneables todas las nulidades por incompetencia, salvo la así denominada falta de jurisdicción: El texto que apoya el aserto se transcribe así: "saneada la nulidad por incompetencia del juez, se remitirá el expediente a quien deba continuar tramitándolo, salvo cuando se originó en factor territorial. No podrá sanearse la nulidad proveniente de falta de jurisdicción".

De esta manera en el código reformado era posible sostener que todas las nulidades por incompetencia cualquiera fuera el factor que la determinara *eran saneables*... Y que entonces la reforma antes fue menos generosa considerando por lo menos que la incompetencia funcional no lo sea. La jurisprudencia sin embargo nunca consideró saneable sino apenas la incompetencia territorial.

2 3.4. *Otros aspectos de la reforma en materia de nulidades*

La reforma introdujo texto acerca de las nulidades que consideró *absolutas,* en el mismo art. 144 en el último inciso: "No podrán sanearse las nulidades de que tratan los numerales tres y cuatro del art. 140 salvo el evento previsto en el numeral sexto anterior, ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional".

Esas nulidades insaneables son entonces: proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluído, pretermitir íntegramente una instancia, o tramitar un proceso por un tipo especial cuando tiene asignado el ordinario... La falta de competencia funcional y la falta de jurisdicción.

Queda la distinción que el código hacía y que la reforma no borró entre la nulidad saneable o relativa y la simple falta de legi-

timación para alegarla, que no implicaría su saneamiento y por lo mismo permitiría la declaración oficiosa del juez... cuestión que por lo demás es muy discutible dada la mixtura de hipótesis que los arts. 143 y 144 hacen.

Precisamente con esa idea el art. 145 conserva el deber poder del juez de examinar la forma poniendo en conocimiento de la parte la nulidad no saneada pero saneable y consistiendo la reforma en la presunción que hace del ánimo de sanear: si luego de que la parte que puede sanear la nulidad es notificada de esa manera ágil que inventó la reforma en el art. 320 numerales uno y dos, transcurren tres días sin que la parte haga manifestación expresa de su ánimo de no sanear la nulidad se entiende saneada.

En el art. 145 *efectos* de la nulidad declarada, la reforma consagra legislativamente una interpretación que ya venía haciendo camino en la jurisprudencia de acuerdo con la cual la prueba practicada dentro de la actuación anulada conservaría su validez y tendría eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla". Y en el art. 357 *competencia del superior,* igualmente interpreta legislativamente otro aspecto: en la apelación de autos el superior que observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá a ponerla en conocimiento de la parte que puede sanearla si la nulidad admitiere saneamiento y de no a declararla de oficio.

2.3.5. *La inexistencia*

Hasta la misma teoría finalista la conserva como insaneable, como diversa, pues, de la misma nulidad y con una entidad de categoría tal que la hace insaneable.

Siempre se consideró por nuestra jurisprudencia que la *inexistencia* como defecto de forma debía tener relevancia para invalidar de iure, por así decirlo, el acto, y el procedimiento que se le vinculara. Un ejemplo de tal vicio se entendía en la sentencia sin firma del juez.

El artículo 358 de la reforma hace saneable por preclusión una tal omisión... Sanea, pues, hasta la misma inexistencia: "Si a pesar de la falta de firma de la providencia el superior hubiere decidido la apelación, se tendrá por saneada la omisión".

2.3.6. *La nulidad por falta de jurisdicción:*

Sabido es y de todos aceptado que el término *jurisdicción* se emplea como vocablo que designe la competencia por materia,

cuando esa materia implica la diferencia de un derecho sustancial que se someta al proceso y que se confía a una organización jurisdiccional diversa de la común... se alude así a jurisdicción común y jurisdicciones especializadas. Son hasta el momento la penal, la laboral y la contencioso administrativa... la penal militar, la aduanera, la fiscal... Surge el cuestionamiento para entender o no como *jurisdicciones* estas especializaciones del derecho civil que crea la reforma: familia, agraria y de comercio. O si en cambio éstas, siendo competencia por materia, implicarían en su vulneración apenas nulidad saneable.

Cabe puntualizar que la *jurisdicción* es una, como corresponde a su identidad funcional, si bien pueda aludirse a pecularidades legislativas procedimentales y hasta a principios estructurales antagónicos... Con el argumento del finalismo, todas *formas,* y por lo mismo preclusivas. La diversificación en ramas obedece a la diversificación del derecho sustancial que se aplica, pero en realidad y extremando ideas, no siempre que se produce una especialización puede aludirse, aún equivocando el sentido a otra jurisdicción. El derecho comercial, el agrario y el de familia, son el mismo derecho civil y existe igual ratio para sostener que la jurisdicción común puede conocer de esta materia si llegada la oportunidad de las excepciones previas ésta no se propone como tal. O, ¿por qué distinguiría la reforma? ¿Por qué no habría de operarse la preclusión?

Es que, queda latente el aserto de que salvo la competencia territorial, gran número de veces, la violación de cualquiera de las competencias por otros factores importan una violación indirecta de las competencias por otros factores importan una violación indirecta de la competencia funcional...

3. *Conclusiones*

La reacción contra la rigidez formal produjo históricamente mayores males, cuando se dispensó la observancia de las formas por un acto gracioso de la autoridad se cayó en el caos jurídico y lo mismo acaeció cuando revolucionariamente se abolieron éstas. Paradójicamente el sistema de la libertad formal sería el más adecuado para un régimen de libertad individual, pero ya lo decía Montesquieu, "la regulación legal de las formas es el precio que el ciudadano paga por su libertad". La forma consagra la regularidad

de la relación procesal o sea que es instrumento insustituible de la estabilidad jurídica y es en definitiva, respaldo de excelencia de la garantía de la defensa en juicio.

Solamente y por excepción cuando la forma procesal ha sido establecida en beneficio exclusivo de una parte puede pensarse que la actividad procesal correspondiente *precluya* durante el proceso. Las actividades confiadas al juez como deber-poder, cual la vigilancia de la forma, sólamente precluyen con la sentencia, que define ya el derecho sustancial y ofrece *un caso juzgado* que escapa definitivamente a su jurisdicción.

La preclusión es apenas una regla técnica del proceso que se desenvuelve en etapas, consiste en la pérdida o extinción de una actividad procesal de la parte por haberse alcanzado los límites impuestos por el legislador para el ejercicio de las facultades procesales de éstas. La cosa juzgada en cambio se funda sobre la preclusión sí, pero de la cuestión de fondo y produce la indiscutibilidad de la existencia o inexistencia de la voluntad de la ley en cuestión. No pueden, pues, equipararse los efectos de la preclusión con la eficacia de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Es verdad que la finalidad del acto procesal es el logro de la verdad real. Es también cierto, como ya lo anotaba Chiovenda, que el ideal de nuestro tiempo sería el de que ninguna litis se perdiera por razones de forma. Pero es lo cierto también que la fijeza de la forma es garantía de libertad y de certeza jurídica. Cada vez que se ha querido reducir la importancia de la forma en pro de una supuesta celeridad, se ha terminado violando la defensa. "Los pueblos que profesan el verdadero culto de la libertad sienten instintivamente el valor de las formas como símbolo de ésta (Vön Ighering).

EL JUZGADO ESPECIAL DE PEQUEÑAS CAUSAS EN EL DERECHO BRASILEÑO

Marcos Afonso Borges *

1. *Introducción*

Desde hace mucho, los que lidian con el Derecho en el Brasil vienen propugnando por una urgente reforma del Poder Judicial, como factor preponderante para conseguir una justicia rápida, barata y eficaz.

Para ello, innumerables sugerencias fueron y continúan siendo presentadas, no sólo en lo pertinente a la propia organización del Poder, sino también en cuanto a la manera de disciplinar la prestación jurisdiccional. Algunas providencias ya se tomaron.

Así, en lo que se refiere al aspecto organizacional, el gobierno de la República dio a luz, después de un amplio debate, la Ley

---

* Profesor titular de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Goias, Brasil. Abogado.

(Versión del portugués por Orión Alvarez A.)

Complementaria Nº 35, del 14 de marzo de 1979 que dispone acerca de la organización de la Magistratura Brasileña (Ley orgánica de la Magistratura Nacional), que establece, entre otras cosas: las garantías y prerrogativas de los magistrados; la disciplina judicial, las remuneraciones, las ventajas y derechos de los magistrados; y la magistratura de carrera [1].

En relación con el proceso y los procedimientos en materia civil, fueron promulgadas varias leyes, entre las cuales, por su importancia y salvo mejor opinión, cuatro deben ser destacadas.

La primera, la Nº 7.019 del 24 de noviembre de 1980, modificó los artículos 1.031 a 1.038 del Código de Proceso Civil (Ley Nº 5.869 de 11/1/73), que regula el procedimiento de inventario (uno de los ritos de la acción de inventario y partición, actio familiae erscicundae) [2].

La segunda disciplinó la cobranza judicial de la deuda activa de la Hacienda Pública (Ley Nº 6.830 de 22/9/80) la llamada ejecución fiscal (antes regulada por el Código de Proceso Civil, Ley Nº 5.869 de 11/1/73 [3].

La tercera, la Ley Nº 6.835 del 22 de septiembre de 1980, que revigoró en la Justicia Federal, el recurso de "embargos infringentes" [4] dictados en las causas de alzada, contra las sentencias

---

1) Esa ley establece los principios y normas disciplinarias de los derechos y deberes de todos los magistrados brasileños, tanto federales como estaduales. Expedida en un período de excepción, fue y continúa siendo el blanco de muchas críticas.

2) La alteración determinada por la ley tiene como objetivo tornar más rápido el procedimiento de la actio, en la hipótesis de que las partes sean mayores y capaces.

3) Según los dictámenes de la ley procesal brasileña, toda ejecución tiene por base título judicial o extrajudicial. Son considerados títulos extrajudiciales, entre otros, el certificado de deuda activa de la Hacienda Pública de la Unión, Estado, Distrito Federal, Territorio y Municipio, correspondiente a los créditos inscritos conforme a la ley (art. 585, VI).

4) Los embargos constituyen un recurso típicamente lusitano, que no tiene similar en el derecho de otros pueblos. Surgió antes de las Ordenanzas Alfonsinas, aunque sin esa denominación, en el reinado de Don Alfonso III.

En los términos del artículo 530 del Código de Proceso Civil, él es un remedio interponible contra la sentencia, cuando el tribunal, al apreciar la apelación o la acción rescisoria, no decide en forma unánime.

proferidas por los jueces federales en todas las acciones de valor igual o inferior a cincuenta Obligaciones del Tesoro Nacional (OTN) [5].

Y finalmente, la que creó el Juzgado Especial de las Pequeñas Causas (Ley Nº 7.244 de 7/11/84 [6].

2. *Formas de evolución de los conflictos de intereses*

Estos conflictos de intereses son el resultado natural de la vida en sociedad y constituyen uno de los grandes males que afligen las colectividades, porque perturban la paz.

Según se desprende de la doctrina, las siguientes formas se nos presentan como instrumentos capaces de solucionar esos entrechoques que surgen diariamente: la autocomposición, la autodefensa, el juicio arbitral (denominados de equivalentes jurisdiccionales) y la jurisdicción [7].

2.1. *Los equivalentes jurisdiccionales*

En nuestro sentir, los mencionados equivalentes jurisdiccionales se caracterizan por constituir soluciones extra proceso, capaces de producir el mismo resultado buscado por la *jurisdictio.*

Son denominados de embargos infringentes en los casos de alzada, cuando se utilizan contra sentencias proferidas por los jueces singulares en acciones de determinado valor. En esta hipótesis es el propio juez el competente para examinar el recurso, no subiendo el proceso al análisis del tribunal, órgano colegiado de segundo grado de jurisdicción.

5) Las Obligaciones del Tesoro Nacional (OTN) son títulos de emisión de la administración pública federal. Ellas constituyen el marco inicial de la institucionalización de la corrección monetaria. Su valor es fijado, mes por mes, por resolución del Ministerio de Hacienda, observando la alteración del poder de compra y el valor real del cruzado, en el período mensual anterior.

6) Ley federal.

7) Ver sobre el asunto: Niceto Alcalá Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa.* Unam, México, 1970; José Federico Marques, *Instituciones del Derecho Procesal Civil,* vol. I, páginas 27 y siguientes, Forense, Río de Janeiro, 1966.

En la autocomposición los que están en conflicto, mediante entendimiento ponen fin a la discusión. En la autodefensa el resultado surge por la imposición de la voluntad de una persona sobre la otra. En el juicio arbitral, el restablecimiento del derecho amenazado o violado se realiza mediante la intervención, acordada entre los adversarios, de una tercera persona (árbitro) cuya función es emitir parecer acerca de quién tiene la razón.

2.2. *La jurisdicción*

Este es el medio más utilizado en la práctica, y se caracteriza porque constituye una actividad estatal, cuyo fin es el de solucionar la lid llevada a su apreciación, así como el de atender las pretensiones de las personas referentes a intereses particulares que no están en conflicto, pero que por su importancia merecen sujetarse a la sanción judicial.

3. *La actividad jurisdiccional en Brasil*

El Brasil, según su Constitución es una República Federativa, formada por la unión indisoluble de los Estados y municipios y del distrito federal (art. 1º) [8].

En los términos de la misma ley, los Estados, unidades que gozan de su autonomía, se organizan y rigen por las Constituciones y leyes que adoptan, observados los principios establecidos en la Constitución Federal, siéndoles reservadas las competencias que no les sean vedadas por la mencionada Carta (art. 25).

A su turno los municipios y el Distrito Federal se rigen por la Ley orgánica (arts. 29 a 32).

El poder judicial brasileño está compuesto por los siguientes órganos: Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justicia; tribunales regionales federales y jueces federales; tribunales y jueces del trabajo; tribunales y jueces electorales; tribunales y jueces militares; tribunales y jueces de los Estados y del Distrito Federal y Territorios (art. 92 de la Constitución Federal).

---

8) La Constitución en vigor en el Brasil fue promulgada el 5 de octubre de 1988.

A pesar del principio federativo adoptado, en los términos del artículo 22, inciso I de la Ley Mayor, compete privativamente a la Unión legislar sobre el derecho procesal, siendo de competencia de los Estados la organización de sus justicias, por medio de las denominadas leyes de organización judicial.

Tal como se puede percibir, la actividad judicial es desarrollada por jueces y tribunales federales y por jueces y tribunales estaduales; ambos, en aquello que nos interesa de momento, con atribuciones para aplicar el Código de Proceso Civil Unitario, para toda la nación brasileña (Ley Nº 5.869 11/1/73).

4. *El juzgado especial de las pequeñas causas*

Teniendo como soporte permisivo constitucional entonces en vigor (art. 89, XVII, b de la Constitución de 1967) el Gobierno de la República creó, como integrante de la denominada justicia ordinaria [9] el Juzgado Especial de las Pequeñas Causas [10] con el fin específico de instruir y decidir cuestiones de reducido valor económico.

4.1. *Origen*

Según los estudiosos, vamos a encontrar en el derecho inglés, en el sistema del "common law" el origen remoto de esta especie de justicia [11] cuando la causa, sin tener que ir necesariamente a

---

9) Esa autorización es dada hoy, de manera concurrente, por la Constitución, a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal (art. 24, X, en armonía con el art. 98, I).

La justicia ordinaria, también denominada común, es aquella desarrollada por los jueces y tribunales estaduales, ya que los órganos de la justicia especial son todos federales.

10) Ley Nº 7.244, del 7 de noviembre de 1984.

11) "Inglaterra, supo pronto, satisfacer las necesidades prácticas de la vida sin abandonar la tradición conservadora. Mantuvo, sí, el aparato de las cortes medioevales, pero de otro lado, popularizó la justicia de manera admirable, con la creación empírica y consuetudinaria de medios más racionales y expeditos de solución de la controversia. Los datos que revela la estadística son impresionantes. Apenas el cuatro o cinco por ciento de las acciones propuestas ante los tribunales ingleses llegan a la audiencia de juzgamiento. La inmensa mayoría se resuelve delante del

instrucción, es decidida por el "master", en la audiencia de "summons for directions".

Aunque sin ninguna vinculación aparente con el derecho inglés, esa forma de solución de conflictos de intereses surge en el derecho americano en 1929, en el Estado de Detroit, por intermedio de las "pre-trial conferences", donde jueces, partes y abogados se reunían a fin de encontrar la solución a la controversia, ahorrando así, tiempo y dinero [12].

Si remotamente el juzgado tiene su germen en el "common law" o en las "pre-trial conferences", lo vislumbramos más próximo en la Corte del Hombre Común, del Estado de New York, surgida en 1934 y con jurisdicción en las causas hasta de 1.000 dólares.

En Brasil, la experiencia pionera surgió en el Estado de Río Grande del Sur, con la creación en el año de 1982, de los Consejos de Conciliación y Arbitramento, instalados en las ciudades de Puerto Alegre (capital del Estado) y de Río Grande [13].

"master", en la fase preliminar, en la audiencia de "summons directions". (Galeano Lacerda, "De los Juzgados de las Pequeñas Causas", incluido en la *Revista de Ajuris,* Nº 27, páginas 7 y siguientes).

12) "El juez Ira W. Jayne y sus jueces de hecho de la 3ª Circunscripción Judicial de Michigan, en Detroit, comenzaron a celebrar conferencias previas con las partes y sus abogados, más como amigos que como jueces. El objetivo era ayudarles a encontrar modos de simplificar el proceso y así economizar tiempo y gastos. La experiencia fue un absoluto éxito. Pautas reducidas, procesos simplificados, innumerables casos resueltos en la "pre-trial conferences". Litigantes y abogados apreciaron con entusiasmo las ventajas del nuevo método y jueces de otros estados vinieron a Detroit para certificarse de su utilidad. Hoy el "pretrial" es empleado en la generalidad de los tribunales americanos". (Galeano, Lacerda, trabajo y revista citados).

13) La Asociación de Magistrados de Río Grande del Sur (AJURIS) con el apoyo de la Correguduría General de Justicia y el aval de la presidencia del Tribunal de Justicia del Estado, decidió instalar en el Foro de Sarandi y en la comarca de Río Grande, Consejos de Conciliación y Arbitramento. La medida fue adoptada tomando como base un proyecto ofrecido por el juez Luiz Antonio Corte Real, estudiado y aprobado por la comisión encargada de estudiar los Juzgados de las Pequeñas Causas, presidida por el Dr. José María Rosa Tesheiner.

Los consejos, según el proyecto, funcionan de noche, en las dependencias del Foro, y se destinan a apreciar pequeñas causas. En un primer momento, se promueve la conciliación de las partes interesadas, y no siendo eso posible, es propuesto el arbitramento, que es realizado con celeridad y sin ninguna formalidad. Con eso, cuestiones de menor im-

Basado en la experiencia positiva ocurrida en la Unidad Federativa Sulina, el gobierno central sometió, en octubre de 1982, a la apreciación del mundo jurídico brasileño, el anteproyecto de ley que dispone la creación y el funcionamiento del Juzgado Especial de las Pequeñas Causas.

4.2. *La posición de los juristas brasileños*

Como no podía dejar de ser, la novedad provocó enorme polémica entre los estudiosos del asunto.

Los que se manifestaron favorablemente escudan sus opiniones en el hecho de que con el juzgado, los menos favorecidos, los

---

portancia, que no son llevadas al Poder Judicial en razón de su escaso valor pecuniario, pueden ser resueltas por árbitros, escogidos con sanos criterios por AJURIS, entre personas de notoria idoneidad y sentido de equidad. Después de un período de experiencia, y siendo exitosa la medida, ella será extendida a otras comarcas del Estado.

Reglamento del Consejo de Conciliación y Arbitramento del Foro Regional de Sarandi

I. Organización

1. Se instituye con carácter experimental, en el Foro Regional de Sarandi, Comarca de Puerto Alegre, el Consejo de Conciliación y Arbitraje, con la finalidad de dar solución extrajudicial a pequeñas causas que se refieran a derechos disponibles.

2. El Consejo funcionará inicialmente lunes y jueves, a partir de las 19 y 30, utilizando las dependencias del Foro de Sarandi. Habiendo número suficiente de causas, el Consejo también podrá funcionar martes y jueves.

3. Los árbitros, designados por AJURIS, entre personas de notoria idoneidad, sentido de equidad y poder de persuasión, no percibirán ninguna remuneración, siendo sus servicios tenidos como de relevante colaboración.

4. En las sesiones del Consejo intervendrán un escribano y un oficial de justicia voluntarios, invitados por AJURIS.

5. El escribano tendrá a su cargo las funciones burocráticas del Consejo. El oficial de justicia, será encargado de mantener el orden, controlando la entrada y salida de personas a las oficinas de los árbitros.

6. El escribano atenderá a los interesados aclarándoles sobre el funcionamiento y finalidad del Consejo, y orientándolos si fuere el caso, donde los árbitros.

pobres, tendrían acceso a la justicia, obteniendo la prestación jurisdiccional de manera rápida y barata [14].

Los que la condenan, fundamentan sus objeciones en la circunstancia de que además de ser inconstitucional el proyecto en

---

II. La reclamación

7. Todo interesado para iniciar el procedimiento de conciliación y arbitramento, narrará suscintamente los hechos al escribano, que los anotará sumariamente en una ficha, con los nombres y direcciones de las partes.

8. Hecho eso, el escribano fijará día y hora, dentro del período de 6 a 12 días, para la sesión, informándole al reclamante para que comparezca en la fecha señalada.

9. Registrada en la ficha la reclamación (mod. 1) el escribano llenará el formulario (mod. 2) citando al reclamado para que comparezca a la sesión fijada, expidiendo la cita por correo. En los lugares donde no haya distribución domiciliaria de correspondencia, la cita será llevada por el propio reclamante.

10. En el día y la hora señalados, estando presentes las dos partes, el escribano los conducirá al árbitro a quien corresponde la distribución de la reclamación.

11. Inicialmente el árbitro, con la presencia de las partes interesadas y de sus abogados si los hubiera, intentará la conciliación.

12. Obtenida la conciliación, será escrita la declaración (mod. 3) que las partes firmarán con dos testigos.

13. En caso de imposibilidad de conciliación, el árbitro propondrá el arbitramento. Si se acepta por las partes, ellas firmarán la declaración de compromiso (mod. 4) con dos testigos.

14. Hecha la declaración de compromiso, el árbitro proferirá inmediatamente la decisión, o fijará día y hora, en un plazo que no excederá de 7 días, para que las partes ofrezcan sus pruebas, después de lo cual decidirá por escrito.

15. El laudo arbitral será homologado por el juez togado.

16. Todo el procedimiento será oral, con registros sumarios anotados en una ficha (mod. 1).

17. Sumaria será también la decisión, aunque fundamentada.

18. El árbitro se valdrá de los principios de equidad, dando solución justa y socialmente adecuada.

14) Entre otros: Francisco César Pinheiro Rodrígues, "¿Quién tiene miedo de los Juzgados Especiales de Pequeñas Causas?", incluido en *Estado de São Paulo*, 24 de octubre de 1982, página 68; José Raimundo Gómes da Cruz, "Reflexiones sobre el Juzgado Especial de las Pequeñas Causas", incluido en la *Revista AJURIS*, Nº 27, páginas 24 y siguientes; Luiz Antonio Corte Real, "El Juzgado de las Pequeñas Causas", incluido en la *Revista AJURIS*, Nº 27, páginas 14 y siguientes; Breno Moreira Mussi, "El Juzgado

ciertos aspectos, la pronta solución de los litigios debe beneficiar a todos, lo que solamente será posible, no con el ecuacionamiento de aspectos parciales del problema, sino con una nueva y profunda reforma del Poder Judicial, principalmente en lo que respecta al procedimiento sumarísimo [15].

Lo cierto es que la materia hoy constituye ley y están para crearse los Juzgados Especiales en la gran mayoría de los Estados de la Federación Brasileña [16].

5. *La ley* 7.244 *de* 7/11/84

La norma disciplinadora de la creación y funcionamiento del Juzgado Especial de las Pequeñas Causas contiene 59 artículos, ordenados así: disposiciones generales; del juez; de los conciliadores y árbitros; de las partes; de la competencia; de los actos procesales; de las peticiones; de las citaciones e intimaciones; de la rebeldía; de la conciliación y del juicio arbitral; de la extinción del proceso sin juzgamiento de mérito; de los gastos; y disposiciones finales.

5.1. *Principios*

Según lo que se desprende de la ley y de la exposición de motivos, ella está asentada en los siguientes principios: a) la facul-

---

de las Pequeñas Causas", *Revista AJURIS*, Nº 27, páginas 21 y siguientes; Apody dos Reis, "El Proceso de las Pequeñas Causas - Historia de la Primera Experiencia", incluido en la *Revista AJURIS*, Nº 27, páginas 28 y siguientes; Milton dos Santos Martins, "El Juzgado de las Pequeñas Causas", incluido en la *Revista AJURIS*, Nº 27, páginas 35 y siguientes; Athos Gusmão Carneiro, "Proyecto Sustitutivo al presentado por el Ministerio de la Desburocratización", incluido en la *Revista AJURIS*, Nº 27, páginas 38 y siguientes; Galeano Lacerda, trabajo y revista citados.

15) Entre otros: Edgard Silveira Bueno Filho, "Juzgado Especial de las Pequeñas Causas", incluido en *Estado de São Paulo*, 24 de octubre de 1982, página 69; Orden de los Abogados de Brasil, Sección de São Paulo, Juzgado Especial de Pequeñas Causas, opúsculo, Saraiva, São Paulo, 1982; Rogerio Lauria Tucci, Manual del Juzgado Especial de las Pequeñas Causas, páginas 3 y siguientes, Saraiva, São Paulo, 1985.

16) Ley Nº 7 de 7/11/84.

tatividad; b) búsqueda permanente de conciliación; c) simplicidad; d) celeridad; e) economía; y f) amplitud de los poderes del juez.

Por el primero (facultatividad) la adopción del juzgado constituye opción de los Estados, que podrán o no crearlo. Por otro lado, su existencia no obliga a la parte a utilizarlo, pudiendo, si lo desea, auxiliarse de la acción y del proceso disciplinados por la norma dinámica brasileña (Código del Proceso Civil).

Por el segundo (búsqueda permanente de conciliación), su objetivo es ante todo, encontrar una solución conciliatoria, evitando el proseguimiento de la acción mediante la práctica de pruebas y el juzgamiento.

Por el tercero (simplicidad), procura aplicar el principio de la oralidad, evitando los escritos y la redacción de autos [17], utilizando fichas y formularios especiales.

Por el cuarto (celeridad), se busca resolver, en una sola audiencia, la cuestión, con la tentativa de conciliación, o el arbitramento, y no siendo eso posible, con la instrucción y el juzgamiento.

Por el quinto (economía), el procedimiento en su primera fase es totalmente gratuito, siendo solamente oneroso con el pago de las costas, en la hipótesis de recurso y de ser vencido.

Por el sexto (amplitud de los poderes del juez), el juzgador tiene amplia libertad, para: a) determinar la prueba que se practicará y valorarla, pudiendo inclusive, dar especial importancia a las reglas de la experiencia común o técnica aunque no estén expresadas en el proceso; b) decidir de la forma que entienda más justa y ecuánime, atendidos los fines sociales de la ley y las exigencias del bien común.

5.2. *Características*

El juzgado posee las siguientes características: 1º) las personas jurídicas no pueden utilizarlo en la posición de actores; 2º) no solamente el magistrado, sino también el conciliador y los árbitros [18] no están obligados a la observancia de la legalidad estricta; 3º) la

---

17) Autos son el conjunto de piezas que constituyen un proceso, formado de petición, respuesta, documentos, actuación, sentencia, etc.

18) Según lo dispuesto en el artículo 6º de la ley Nº 7.244 de 7/11/84 los conciliadores son auxiliares de la justicia, reclutados preferentemente entre bachilleres del derecho, en la forma de la ley local.

Los árbitros son escogidos entre abogados indicados por la Orden de los Abogados del Brasil, Sección Estadual (art. 7º de la ley Nº 7.244 de 7/11/84).

alzada es de veinte salarios mínimos [19]; 4º) los menores, con diez y ocho años, tienen capacidad procesal plena y por consiguiente, legitimidad, por lo que no tienen necesidad de asistencia de sus representantes legales; 5º) no es necesario, para el ingreso en juicio, que la parte esté representada por abogado, cuya participación solamente es imprescindible en la hipótesis de interposición de recurso; 6º) los actos de comunicación son realizados por todos los medios posibles, menos la citación por edicto; 7º) no es admitida la intervención de tercero, permitiéndose únicamente, el litisconsorcio; 8º) no hay reconvención; 9º) los incidentes procesales son resueltos por el juez, oralmente, en la audiencia; 10) los testimonios, en número máximo de tres por cada parte, son indicados por el actor al principio y por el demandado hasta cinco días antes de la audiencia; 11) la prueba oral no será transcrita, debiendo la sentencia referirse en lo esencial, a los informes de los testimonios; 12) la sentencia mencionará los elementos de convicción del juez, en un breve resumen de los hechos relevantes ocurridos en la audiencia, sin necesidad de un informe más completo; 13) no se admite sentencia condenatoria por cuantía ilíquida; 14) los acuerdos judiciales de cualquier naturaleza y valor, excluyen las cuestiones de familia y las sucesiones, la falencia, las cuestiones fiscales, los registros públicos, la capacidad de las personas, los accidentes de trabajo y remanentes podrán ser homologados y valen como título ejecutivo judicial; 15) la ejecución de la sentencia será discutida en el juicio ordinario competente [20]; 16) con excepción de la homologatoria de conciliación o laudo arbitral, cabe en relación con la sentencia: a) el "recurso de embargos" de declaración, cuando en la misma hubiere oscuridad, contradicción, omisión o duda; b) el recurso de embargos infringentes para el mismo juzgado; 17) el segundo grado de jurisdicción se compone de tres jueces, en ejercicio en el primer grado de jurisdicción, que se deberán reunir en la sede del juzgado; 18) contra el acto decisorio del "Colegiado Recursal" cabe únicamente el recurso de embargos de declaración en la misma hipótesis admitida contra la sentencia.

---

19) "Salario mínimo es la contraprestación mínima debida y pagada directamente por el empleador a todo trabajador, inclusive al trabajador rural, sin distinción de sexo, por día normal de servicio, y capaz de satisfacer en determinada época y región del país, las necesidades normales de alimentación, habitación, vestuario, higiene y transporte" (art. 74 de la Constitución de las leyes del trabajo - Decreto Nº 5.452 de 1/5/1943). Su fijación se hace anualmente, por lo general.

20) La ejecución sigue el proceso y el procedimiento establecidos por el Código de Proceso Civil.

5.3. *Procedimiento*

El procedimiento es el siguiente: a) el proceso se instaurará por escrito u oralmente en la secretaría del juzgado; b) registrada la petición el secretario fijará día para la sesión de conciliación, determinando la citación del demandado; c) abierta la sesión el juez ilustrará a las partes sobre las ventajas de la conciliación, la que será conducida por él o por un conciliador, bajo su orientación; c) obtenida la conciliación, ésta será escrita y homologada por el juez; d) no obtenida la conciliación las partes podrán optar, de común acuerdo, por el juicio arbitral, pasando el proceso a ser conducido por el árbitro, quien deberá presentar el laudo al término de la audiencia o en los cinco días subsiguientes; e) no siendo instituido el juicio arbitral, después de la oportunidad de defensa que podrá ser escrita u oral, se procederá de inmediato a la instrucción y al juzgamiento.

6. *Conclusión*

Aunque admitiendo que se debió atacar el problema de prestación jurisdiccional de manera global, y no sólo sectorialmente, como es el caso de la implantación del Juzgado Especial de las Pequeñas Causas, no podemos negar que en los Estados brasileños en que está funcionando, viene produciendo buenos frutos, aunque la ley que le sirve de soporte necesite ser perfeccionada.

EL RECURSO DE ANULACION DE LOS LAUDOS ARBITRALES

Alejandro Ochoa Botero *

I. Consideraciones preliminares. II. Contenido.

I. *Consideraciones preliminares*

En ejercicio de las facultades a él conferidas en la ley 30 de 1987, el Presidente de la república expidió el decreto número 2.279 de octubre de 1989, en virtud del cual se implementaron sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictaron otras disposiciones.

El decreto 2.279 de 1989, entró en vigencia el día 7 de octubre de la misma anualidad, fecha en la cual apareció publicado en el Diario Oficial, y abrogó el título XXXIII del Código procesal civil relativo al "proceso arbitral".

El presente artículo recoge, con algún afán sistemático, las consideraciones que sobre el "recurso de anulación de los laudos arbitrales", hiciera el autor en conferencia pronunciada en la Cámara de Comercio de Medellín, con motivo del primer encuentro sobre "reformas procesales" organizado por el Centro de Estudios de Derecho Procesal, el 31 de octubre de 1989.

Debo advertir, a fin de evitar falsas expectativas, que el presente análisis es esencialmente informativo y elude, en consecuencia, pos-

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal y Profesor en las universidades de Antioquia y Pontificia Bolivariana.

turas críticas sobre la nueva normatividad. Es pues, en apretada síntesis, una presentación de la reforma introducida por el prementado decreto al recurso de anulación de los laudos arbitrales.

II. *Contenido*

A. *Requisitos de tiempo, forma y modo en la interposición del recurso de anulación*

El artículo 672 del C. de P. C., establecía lo siguiente:

A.1. Un plazo procesal preclusivo de cinco días, contados a partir del día siguiente a aquél en que quedara en firme el laudo. Si el laudo hubiere sido aclarado, corregido o complementado, tal plazo se contaría a partir del día siguiente a aquél en que quedara en firme el auto respectivo.

Armonizando la norma con el artículo 331 del C. de P. C., el plazo para la interposición del recurso de anulación resultaba de ocho días contados a partir de la expedición del laudo —o de la expedición del auto aclaratorio, complementario o de corrección—, pues quedando aquél y éste notificados por estrados, su ejecutoria sólo se causaba en el día tercero.

El artículo 37 del nuevo estatuto redujo dicho plazo de interposición, pues, aunque conservó el de los cinco días, ordenó contarlos a partir del siguiente al de la notificación del laudo, o del auto de corrección, complemento o aclaración.

En síntesis, la modificación introducida —que responde con holgura al sentido mismo de la ley de facultades— consiste en contar el plazo de interposición del recurso de anulación a partir de la notificación y no de la ejecutoria.

A.2. Un escrito presentado ante el secretario del Tribunal de Arbitramento.

Este requisito de forma, censurable por romper el esquema de oralidad que se impone en el proceso arbitral, resultaba bien simple, pues era suficiente para manifestar que se interponía el recurso de anulación sin que fuera menester indicar o acotar el motivo de la censura al laudo.

Bien diferente se presenta este requisito en el nuevo estatuto, pues el escrito de interposición debe presentarse ante el presidente

del Tribunal de Arbitramento y no ante el secretario. De otro lado, resulta imprescindible la indicación de la causal o causales que enmarcan y determinan el agravio —que no pueden ser otras que las que específicamente ha consagrado el legislador— a fin de hacer posible el control previo que corresponde al Tribunal Superior, de conformidad con el artículo 39 del decreto 2.279, norma en la cual se establece:

"Art. 39. El Tribunal Superior rechazará de plano el recurso de anulación cuando aparezca manifiesto que su interposición es extemporánea *o cuando las causales no correspondan a ninguna de las señaladas en el artículo anterior.*" (Subrayas fuera del texto).

En conclusión, hoy son cuatro las condiciones exigidas para la legítima interposición del recurso de anulación:

1. La realización del acto procesal de impugnación, dentro del plazo indicado.
2. El recurso debe interponerse por escrito.
3. El escrito debe ser presentado ante el Presidente del Tribunal.
4. Indicación o acotación de la censura al laudo, con expresión de la causal o causales invocadas, y con sujeción a las que específicamente están consagradas en el artículo 38 del decreto 2.279 de 1989.

B. *No existe providencia que conceda el recurso de anulación*

Como el Tribunal de Arbitramento agota su competencia con la notificación del laudo, o la del auto que aclara, complementa o corrige, no le es procesalmente posible hacer pronunciamiento alguno relativo a la concesión o rechazo del recurso de anulación. En consecuencia, le está vedado todo análisis inherente al cumplimiento o incumplimiento de las cargas de procedibilidad del recurso.

En este aspecto, ningún cambio reporta la nueva normatividad.

C. *Competencia para conocer del recurso*

Se conservó, con carácter privativo, en el Tribunal Superior del Distrito judicial correspondiente a la sede del de arbitramento.

D. *Trámite del recurso ante el Tribunal Superior*

Interpuesto el recurso de anulación, el secretario del Tribunal de Arbitramento —sin que medie providencia alguna, pues, tal como se dejó indicado en aparte anterior, ya los árbitros habrán perdido su competencia, que es esencialmente efímera y específica— enviará el expediente contentivo del proceso arbitral, junto con el escrito de interposición, al Tribunal Superior, en donde, como es obvio, se someterá al trámite del reparto.

Repartido el expediente entre los magistrados de la correspondiente sala civil del tribunal, se hará un examen preliminar de admisibilidad o inadmisibilidad, el cual se circunscribe a dos aspectos de procedibilidad: la interposición oportuna del recurso y la fijación o acotación de la censura al laudo.

Si se encontrare que el recurso fue interpuesto extemporáneamente, o la causal o causales alegadas no corresponden a las que se enlistan en el artículo 38 del estatuto —lo mismo acontecerá cuando en el escrito de interposición no se especificaron las causales invocadas como fundamento de la impugnación— el recurso se rechazará de plano. Estimo que contra este auto, que es dictado por el magistrado sustanciador, sólo cabe el recurso ordinario de reposición pero en ningún evento el de súplica, en atención a que no se trata de auto apelable por naturaleza —principio de la especificidad de la apelación— y, además, no es providencia que se profiera en el curso de una instancia.

Si el recurso de anulación superare con éxito este examen preliminar, se avocará el conocimiento del mismo, admitiéndolo y, al mismo tiempo, se impondrá al recurrente la carga de caucionar las costas y posibles perjuicios que se llegaren a causar a la parte no recurrente. Es menester señalar enfáticamente que esta caución no tiene por objeto el aplazamiento o suspensión de la ejecución del laudo arbitral —a diferencia de lo que sí puede ocurrir en el recurso extraordinario de casación—. El sentido o finalidad de ella es similar al de la caución que se exige dentro del trámite del recurso extraordinario de revisión. (Art. 388 del C. de P. C.). Contra el auto que determine la naturaleza y monto de la caución a cargo de la parte recurrente es procedente el recurso de reposición, pero en ningún caso el de súplica, pues, se insiste, este recurso, tal como lo disciplina el artículo 363 del C. de P. C., sólo es viable contra autos del magistrado ponente que se profieran en el curso de una instancia —única o segunda—, o durante el trámite del recurso de

apelación de un auto, y el recurso de anulación no constituye ni lo uno ni lo otro.

A pesar de que lo técnico sería correr los traslados una vez se hubiere cumplido con la carga de la caución (para la cual se establece un plazo preclusivo e improrrogable de diez días contados a partir de la ejecutoria del auto que la ordene) el nuevo estatuto no lo estableció en esa forma, sino que determinó que corrieran conjuntamente dos plazos: el de los diez días para su caución y el de los cinco días para sustentar el recurso.

La no sustentación del recurso dentro de la oportunidad procesal, o la falta de la caución ordenada se sancionan declarando desierto el recurso.

Si el recurrente, en oportunidad, cumple con la doble carga de sustentar el recurso y prestar la caución exigida, se dispondrá un traslado de cinco días a la parte no recurrente con la finalidad de que presente sus alegaciones. Como el artículo 39 establece claramente que los traslados se surten en la secretaría del despacho, no será posible el retiro del expediente; esta disposición resulta desafortunada si se admite como indiscutible una cierta complejidad en el manejo de este recurso.

Concluídas las etapas anteriores, debe procederse a decidir el recurso de anulación, el cual se concede, sin excepción alguna, en el efecto devolutivo:

"Art. 35... El recurso de anulación no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral".

E. *Las causales del recurso de anulación*

Cambios trascendentales introdujo el decreto 2.279 en esta materia, en especial, por la adaptación de una figura propia del recurso de casación, conocida con el nombre de "medios nuevos", la cual consiste, fundamentalmente, en que al impugnante le queda vedada la posibilidad de proponer cuestiones de hecho, o argumentaciones mixtas que no fueron objeto de discusión en sede de instancia. En el régimen derogado tal restricción o limitación impugnativa no encontraba soporte normativo alguno —más cuando doctrinariamente se ha demostrado la dificultad que existe cuando se pretende ubicar este recurso dentro de alguno de los dos grandes grupos —ordinarios o extraordinarios—, en atención a sus especí-

ficos contornos y características— [1] razón por la cual nada impedía la aducción de medios nuevos como fundamento de la censura. No resulta siquiera discutible que todas las causales del recurso que se somete a análisis, resultan ser mecanismos de remedio a errores "in procedendo" y que, por ende, el juicio, la solución de la controversia sustancial subyacente, no es materia de revisión o nuevo análisis en él.

"Antes de descender al estudio particularizado de la impugnación por nulidad, estimamos oportuno recordar que bajo el imperio del código de 1865 la mayor parte de la doctrina había llegado a considerarla, contentándose entre tanto con esta constatación, como un medio de impugnación totalmente especial e independiente, no susceptible, por tanto de ser clasificado ni entre los ordinarios ni entre los extraordinarios;..." [1].

Nueve causales consagraba el régimen abrogado, las mismas en número, que en lista el decreto 2.279 de 1989, pero con sensibles modificaciones en su contenido, interés jurídico para proponerlas y condiciones de prosperidad.

E. 1. La causal primera.

El laudo arbitral resulta acusable, en primer término, por la nulidad del pacto arbitral —cláusula compromisoria o compromiso—. La causal inhiere entonces a la existencia de aquellos vicios, sujetivos, objetivos o causales, que el legislador sustancial ha consagrado como motivos de nulidad de los actos jurídicos, hipótesis normativas de las cuales no puede escapar el "pacto arbitral" atendida su inconfutable naturaleza contractual.

La razón jurídica de este motivo de nulidad, que al rompe pareciera no salirse de la órbita misma del derecho material —nulidad de los actos jurídicos— irrumpe con fuerza incontenible en la relación formal —proceso arbitral— afectándola en tal magnitud, que la desestructura ab initio, impide su cabal nacimiento o, más grave aún, le impone su lastre en todo el desarrollo del proceso mismo. Es que si la competencia de los árbitros encuentra su fuente inmediata en tal acto jurídico, o, si se prefiere, aquélla es la manifestación trascendental de éste, lo que vicia al pacto arbitral contamina ineluctablemente la competencia de los árbitros.

---

1) Carnacini, Tito. Arbitraje, página 183, Ediciones Jurídicas Europa-América.

El razonamiento precedente ya ubica a la causal como el remedio específico de un error in procendo —falta del presupuesto competencia— y lo rescata del confinamiento sustancial al que equivocadamente se le ha pretendido relegar.

Pero si lo anterior se resiente de elementalidad, no ocurre lo mismo con un tema que se ha abordado con timidez y cautela, y hasta con cierto temor reverencial diría yo: me refiero concretamente a la tutela de la nulidad del pacto arbitral.

Se trata en esencia de saber si es posible o no la satisfacción de la pretensión de "nulidad" de un pacto arbitral por fuera del proceso arbitral mismo, acudiendo, tal como se haría en tratándose de un acto jurídico diferente, a la vía de un proceso de conocimiento ante el juez común o juez ordinario; o si, por el contrario, tal aspiración o reclamo (en la terminología de Jaime Guasp Delgado) sólo se podría válidamente alcanzar en el proceso arbitral o en recurso de nulidad con fundamento en la causal primera.

La respuesta a tales interrogantes, de complejidad inconcusa, superaría inconvenientemente el objeto del presente estudio, que se insiste es la presentación escueta de la reforma. Empero, para sentar las bases preliminares de un futuro y espaciado estudio sobre el punto, al cual me aplicaré en un próximo número de la revista institucional del Centro de Estudios de Derecho Procesal, incluyo aquí el acercamiento a él del exprofesor de la Universidad de Bolonia, maestro Enrico Redenti:

"Se ha discutido si el defecto de los extremos exigidos por el artículo 867 determina la nulidad o la anulabilidad del compromiso, y ello, ya a los efectos del modo y del tiempo de hacerla valer, ya para determinar por cuál de las partes sea denunciable o provocable, y si y cuándo es admisible la convalidación.

"No se puede decir que haya habido ni haya al respecto una perfecta y concorde claridad de opiniones. En principio, parece ser que hay que distinguir tres tiempos o tres momentos: antes de la instauración (apertura) del juicio, durante el juicio y después del juicio (es decir, después del pronunciamiento de la sentencia arbitral).

"Antes de la instauración del juicio, la eventual invalidez se puede hacer valer, como respecto de cualquier contrato, mediante una acción que se llamaría de anulación, proponible sin duda por la parte incapaz o por quien fuese por ella. Pero si se considera que en curso del juicio arbitral la nulidad puede ser provocada, según

diremos, también por la parte capaz, creemos que también a ella debe serle concedida, por las mismas razones, la acción preventiva de anulación" [2].

Retomando el discurso de lo que me ha venido ocupando, resulta inaplazable señalar que no es uniforme el tratamiento que el nuevo estatuto da a las causales de nulidad del pacto arbitral, pues en tanto la ilicitud de la causa y el objeto pueden ser alegadas en el recurso de anulación, con prescindencia de que constituyan o no alegaciones nuevas, los demás motivos de nulidad del pacto arbitral —nulidades relativas, o absolutas distintas a las referidas— solamente podrán aducirse en el recurso cuando hubieren sido alegadas en sede de instancia, y, cuando, además, no se hubieren saneado o convalidado en el curso del proceso. Este régimen diferencial frente a las posibles causales de nulidad del pacto arbitral constituye, en verdad, una novedad legislativa en la materia, pues la regulación derogada no las distinguía para los efectos del recurso.

En punto de las limitaciones objetivas y causales del pacto arbitral, cuyo quebrantamiento significaría la ilicitud que se erige como causal primera del recurso de anulación, es menester referirse por separado a cada una de ellas, incurriendo en el riesgo, que se asume por necesario, de soslayar otras hipótesis posibles:

El objeto del pacto arbitral es una controversia, un conflicto de intereses jurídicos, cuya heterocomposición se sustrae, por virtud del pacto, a la competencia del juez ordinario y se traslada al conocimiento de los árbitros para que éstos "lo decidan", esto es, declaren la certeza respecto de la situación debatida o controvertida. He encerrado entre comillas la expresión "lo decidan" porque de ella, de su significado y alcance procesal dimana la primera limitación objetiva al acuerdo arbitral: debe tratarse de pretensiones deducidas entre particulares, susceptibles de ser decididas a través de un proceso de conocimiento, por un dictum, o, como lo expresa magistralmente Redenti "por un pronunciamiento de los árbitros que, en virtud del decreto de ejecutoriedad del pretor (en nuestro sistema no es necesario), podrá adquirir la eficacia de una sentencia emitida por los jueces en un proceso ordinario de cognición".

Conclúyese de lo dicho que no es lícito el objeto del pacto arbitral que someta al conocimiento de los árbitros aquellas con-

---

1) Redenti, Enrico. *El compromiso y la cláusula compromisoria.* Ediciones Jurídicas Europa-América, páginas 58 y 59.

troversias cuya heterocomposición no pueda ser realizada con el mecanismo de un proceso de conocimiento, que implique o comporte algún ingrediente compulsivo o ejecutivo. Debo admitir que en la cláusula compromisoria resulta en principio difícil el examen y el establecimiento de este tipo de limitación, en razón de que en ella, a diferencia del compromiso, la controversia no se acota definitivamente, por su esencial futuridad; empero, al momento mismo en que se presente, será igualmente sencillo establecer si la cláusula compromisoria, en armonía con lo planteado, podía o no tenerla incluída dentro de su objeto.

En síntesis: aquellas controversias (con esto quedan excluídos todos los eventos de la mal llamada jurisdicción voluntaria) cuyo mecanismo de heterocomposición sea un proceso diferente a los llamados de "cognición" quedan excluídas del conocimiento de los árbitros y, por ende, su inclusión expresa, o implícita, por la generalidad de la cláusula compromisoria, constituye o determina la ilicitud que se comenta.

Pero no basta que la controversia que sirve de objeto a la convención arbitral sea de aquellas susceptibles de ser decididas por un proceso de cognición; es necesario, además, que la controversia sea de aquellas que por su naturaleza bien pudiera haber sido transigida por los sujetos en ella involucrados sin necesidad de acudir a la jurisdicción. Quedan excluídas entonces todas aquellas para las cuales el proceso resulta ser un mecanismo indispensable e insustituible de heterocomposición: controversias sustanciales de orden público y, por consiguiente, impermeables a transacciones.

En la misma línea, pero con la posibilidad del saneamiento o convalidación dentro del rito arbitral, se hallarían los fenómenos de incapacidad, vicios del consentimiento, falta de formalidades habilitantes y, en fin, las otras causas de nulidad de los actos jurídicos.

E. 2. La causal segunda.

Como causal saneable e improponible en el recurso de anulación, cuando no fue alegada en la primera audiencia de trámite, se estableció la ilegal constitución del Tribunal de Arbitramento, la cual puede presentarse en los siguientes eventos:

a) Falta de nombramiento conjunto de las partes, cuando ellas mismas no hubieren delegado su nombramiento a un tercero.

b) Cuando la controversia sea entre nacionales colombianos, en territorio colombiano y con respecto a relaciones jurí-

dicas que deban cumplirse en Colombia, y los árbitros no sean colombianos y ciudadanos en ejercicio de sus derechos.

c) Cuando debiendo proferirse el laudo en derecho, los árbitros no fueren abogados.

d) Cuando los árbitros han sido nombrados por un tercero que no fue delegado para la designación.

e) Falta de las calidades exigidas a los árbitros en el arbitramento técnico.

E. 3. Causales tercera y cuarta.

Se estructuran ambas en violaciones del derecho de contradicción:

a) Falta o indebida notificación, salvo que se deduzca que el destinatario de ella conoció o debió conocer la providencia.

b) Falta de decreto de pruebas solicitadas oportunamente, u omisión de las diligencias para evacuarlas. En cualquiera de los dos eventos se exige que no exista fundamento legal en la negativa al decreto o a la práctica y, además, que el interesado haya reclamado oportunamente. Es necesario, adicionalmente, que las omisiones hayan sido determinantes en la decisión.

La omisión de la oportunidad para alegar de conclusión, incorporada en la causal 4ª del régimen derogado, fue suprimida en el decreto 2.279.

E. 4. Causal quinta.

El término para proferir el laudo arbitral es preclusivo pero prorrogable. De tal manera que, vencido el original o extinguido el de la prórroga, el acto procesal de decisión es nulo, aunque en estricto sentido correspondería hablar de inexistencia del acto.

E. 5. Causales sexta, octava o novena.

Todas están referidas a inconsonancia o incongruencia de la decisión, así:

La causal sexta representa incongruencia por desviación en la imputación jurídica de la pretensión. Debe aparecer manifiesta.

La causal octava consagra incongruencias objetivas por extrapetita y suprapetita.

La causal novena es la forma de inconsonancia denominada citra petita. Debe descartarse cuando hay juzgamiento implícito.

E. 7. Causal séptima.

Se configura cuando a pesar de haberse alegado ante el Tribunal de Arbitramento, se mantienen o persisten errores aritméticos o disposiciones contradictorias en la parte resolutiva del laudo.

F. *Efectos de la prosperidad del recurso de anulación*

La prosperidad del recurso con fundamento en las causales 1, 2, 3, 4, 5, y 6, conduce a la rescindencia o nulidad del laudo arbitral. Las restantes determinan la corrección o adición del mismo.

De esta forma queda agotado modestísimamente el objeto propuesto. El verdadero esfuerzo queda aún pendiente: el análisis crítico de la reforma a la luz de la dogmática procesal.

LA RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL

Gilberto Martínez Rave *

1. Responsabilidad jurídica penal. 2. Responsabilidad jurídica patrimonial o civil. 3. Incidencias de la sentencia del juez penal. 4. La absolución penal y la responsabilidad civil. 5. La imputabilidad penal y la responsabilidad civil. 6. La inculpabilidad penal y la responsabilidad civil. 7. La falta de punibilidad y la indemnización civil. 8. Causales de justificación penal y la responsabilidad civil.

Para entender las semejanzas y diferencias que se presentan entre las responsabilidades penal y civil es necesario inicialmente precisar el concepto o término *responsabilidad.*

Jurídicamente debemos entender por *responsabilidad* la obligación de asumir las consecuencias de un acto o hecho. Por lo tanto es un concepto consecuencial, es decir, relacionado con una situación anterior. Se asumen las consecuencias de un hecho, un acto, un proceder, una conducta, que se cumplió anteriormente.

Consideramos el término o concepto como eminentemente procesal, no sustancial. Porque es una conclusión que se adopta luego de analizar algunos elementos o circunstancias que permiten finalizar con la imposición de una obligación. En síntesis, para nosotros, *responsabilidad* es un concepto procesal y no sustantivo.

De allí que el concepto *responsabilidad* pueda referirse a áreas o circunstancias distintas. Si bien es la obligación de asumir las

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal y Profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana, de Medellín.

consecuencias de un hecho, de un acto, éstas pueden ser muy diferentes o corresponder a áreas o disciplinas muy distintas. Así por ejemplo se clasifica la *responsabilidad moral,* como la obligación de asumir las consecuencias de un acto o hecho que lesiona conceptos morales, intimidad, que generalmente no trasciende del fuero interno de las personas. Son las creencias religiosas, espirituales, las que se afectan en este caso y por lo tanto las consecuencias se relacionan con esos mismos aspectos. Es lo que sucede con el pecado, que es un lesionamiento espiritual, interno y que ocasiona angustias, remordimientos o impactos espirituales, que son las consecuencias que se deben asumir o soportar por haber actuado indebidamente. *La responsabilidad* ética, muy cercana a la anterior, pero ya avanzando más en el campo de la interrelación con otras personas, corresponde al desconocimiento de ciertas pautas, normas, reglamentaciones, de específicas disciplinas o profesiones. Cuando se desconocen o violentan pautas que regulan una actividad, una profesión, se resienten o perturban esas relaciones profesionales en forma tal que se deben asumir las consecuencias que esa misma profesión, esa misma actividad, ha establecido para quien irrespete o desconozca esos principios mínimos que la regulan.

Pero estas dos responsabilidades anteriores, que pudiéramos englobarlas en la *responsabilidad moral,* se diferencian de otra responsabilidad que se ha calificado como *jurídica,* por cuanto tiene implicaciones en las relaciones intersociales, en las relaciones de los diferentes componentes del grupo social y por lo tanto sus consecuencias ya no son simplemente internas o reducidas a un campo meramente profesional. No. En la *responsabilidad jurídica* aparece el Estado, como ente regulador de las relaciones interpersonales, para fijar las consecuencias, para imponer y obligar al presunto responsable a asumir las sanciones o consecuencias del acto u hecho. El Estado, por medio de los funcionarios jurisdiccionales, de los jueces, es el que impone las consecuencias que generan el hecho o el acto. Luego de un trámite procesal el juez, en su sentencia, termina declarando o no responsable al causante del daño e imponiéndole la obligación de asumir las consecuencias de un acto, obligación que el causante puede cumplir voluntariamente o que se le impone, mediante la ejecución, por los jueces. Esa *responsabilidad jurídica* se ha dividido en dos grandes grupos: *la penal* y *la patrimonial* o *civil,* como también se le llama.

La que a su vez se señala como *comercial* si la regula el C. de

Comercio, *laboral* si la regula el C. Laboral, *administrativa,* si se relaciona con el C. de lo administrativo.

1. *Responsabilidad jurídica penal*

Con el objeto de mantener una mínima disciplina social el Estado, haciendo uso de la facultad punitiva que le confiere la soberanía, determina qué conductas o actos de los asociados deben evitarse y en caso de efectuarse deben ser sancionados por atentar contra determinados principios rectores de la organización social o contra específicos derechos de los componentes del grupo que requieren protección. A través de un estatuto punitivo, conocido como código penal, indica las características de las conductas que denomina delitos y las consecuencias que debe sufrir la persona que las comete. Se trata entonces de la consagración de principios filosóficos, políticos y sociales, que el Estado considera deben ser respetados por todos los miembros de la comunidad y cuyo desconocimiento puede ocasionar graves consecuencias en la organización. Va envuelta en esta responsabilidad una concepción eminentemente general, de orden público, que justifica las consecuencias, muy graves a veces, que deben sufrir quienes ejecuten esas conductas o actos. Las consecuencias o sanciones son, en la mayoría de los casos, penas privativas de la libertad de prisión o arresto. En algunos casos multas y en otros pocos pérdida del empleo.

La obligación de asumir las consecuencias previstas en el código penal o en las normas que lo complementan y adicionan, es lo que generalmente se conoce como *responsabilidad penal.* Sus características principales, podríamos resumirlas así:

1. Es personalísima. Lo que quiere decir que no se transmite ni por activa ni por pasiva. Por lo tanto es únicamente la persona que ejecuta el acto la que tiene que asumir las consecuencias previstas en la norma. No se transmite, como en épocas anteriores, a los parientes o al grupo del cual hace parte el autor. Muerto el autor de la conducta desaparece la responsabilidad penal.

2. No es transable por norma general. Por tratarse de actos o conductas que desconocen derechos constitucionalmente reconocidos no puede el perjudicado u ofendido impedir que se apliquen las consecuencias previstas. Esta característica ha venido modifi-

cándose últimamente, especialmente en el caso colombiano, donde muchos delitos exigen querella de parte para su investigación y juzgamiento (dejando a disposición de la parte perjudicada el que se juzgue o no esa conducta) y se ha autorizado el desistimiento de algunos delitos cuando exista pago de la indemnización de los perjuicios causados (homicidios y lesiones personales culposas y delitos contra el patrimonio económico sin violencia, según el decreto 1861 de 1989). El desistimiento se admite también en los delitos que admiten querella de parte.

3. Nunca se presume. La presunción de inocencia que favorece al autor impone al Estado la obligación procesal de demostrar la responsabilidad. Si no lo logra el autor debe ser absuelto.

Por las características de esta responsabilidad el Estado ha sido muy exigente para su aplicación. De allí que tratadistas y estudiosos han profundizado sobre las exigencias para que se declare, dando pie al surgimiento de conceptos jurídicos que originan confusiones. Por ejemplo se ha exigido para que exista *responsabilidad penal,* que se den la *imputabilidad,* la *culpabilidad* y la *punibilidad.* Estos términos o conceptos se predican como necesarios y fundamentales pero por sus características técnico-jurídicas, muchas veces se confunden.

La imputabilidad es la atribuibilidad del acto o conducta a determinada persona. Se ha dividido en *imputabilidad física,* que se refiere a la atribuibilidad material. Es el señalamiento que se hace a una persona de ser el autor físico o material de un acto o conducta. Pero también se ha contemplado la *imputabilidad jurídica,* que requiere no sólo de la imputación física o material sino además reunir las condiciones sicofísicas mínimas o necesarias para que jurídicamente se le pueda imputar un acto o conducta a una persona. Mientras el menor de doce años puede ser imputado físicamente por la comisión de un acto, no lo puede ser jurídicamente por su edad o inmadurez. Por lo tanto el menor de doce años puede ser imputable físicamente pero es inimputable jurídicamente. Igual puede decirse del demente. Puede imputársele físicamente la comisión de un acto delictuoso pero es inimputable jurídicamente por no reunir los requisitos sicofísicos que lo hagan imputable. Lógicamente la *imputabilidad jurídica* es un presupuesto indiscutible de la *responsabilidad penal,* por lo tanto no puede existir *responsabilidad penal* si no existe *imputabilidad jurídica,* o lo que es más claro no basta la *imputabilidad física* para que exista responsabilidad penal. Se requiere *imputabilidad jurídica.* O mejor el *inimputable jurídico* no

adquiere *responsabilidad penal.* El capítulo VI, artículos 31 a 34 del Código Penal, se refiere a esta exigencia y termina admitiendo, en una posición doctrinariamente insostenible, que los *inimputables jurídicos* pero *imputables físicos,* pueden ser sometidos a *medidas de seguridad,* como consecuencia de actos ilícitos. Termina así admitiendo que el inimputable jurídico sí tiene responsabilidad penal aunque las consecuencias que debe no sean penas sino medidas de seguridad.

La culpabilidad. Este concepto se refiere a la exigencia de un tinte subjetivo, voluntario o culposo, en la ejecución del acto o conducta. Para que exista responsabilidad penal es necesario que la conducta se realice o con intención de cometerla o aceptando las consecuencias del mismo (dolo) o dejando de prever lo que es previsible o habiéndolo previsto confiando imprudentemente en evitarlo (culpa) o cuando lo que resulta va más allá de lo querido como en la *preterintención,* lo que significa que la *responsabilidad penal,* exige de parte del autor *dolo, culpa o preterintención* en el resultado. Así lo indican los artículos 35 a 40 del capítulo VII del título III del Código Penal. Es indispensable el ingrediente subjetivo para que exista responsabilidad penal. Se proscribe en el campo penal la responsabilidad objetiva.

Por eso en la *responsabilidad penal* no es suficiente la autoría física o material del acto, si no que es necesario que haya existido cierto vínculo entre el querer y el resultado. Existen algunas causales de inculpabilidad (Art. 40 C. P.) que eliminan la *responsabilidad penal,* a pesar de que la conducta sea imputable física y jurídicamente a una persona. Entre ellas se encuentran:

a) El caso fortuito y la fuerza mayor, que suprimen el tinte subjetivo que exige la *responsabilidad penal.* Cuando se trata de situaciones imputables a la naturaleza o a actos humanos que no tienen ninguna relación con el presunto responsable, desaparece la culpabilidad y por ende la responsabilidad penal. Pero los parámetros de evaluación del caso fortuito y la fuerza mayor son diferentes a los que se refieren a la responsabilidad civil.

b) Cuando se obra bajo insuperable coacción ajena, es decir cuando el acto no corresponde a la voluntad del causante por cuanto ha sido determinado por una coacción o violencia física o sicológica que es la que determina el actuar.

c) Cuando se presenta el conocido como *error de justificación,* es decir cuando el causante está convencido que actúa bajo

una causal de justificación, pero en realidad no existe. El caso clásico es el de la legítima defensa putativa o *legítima defensa subjetiva* en la cual el causante cree estar siendo atacado por cuanto los movimientos o conductas de la víctima así se lo hacen suponer (la persona que pretende sacar un pañuelo y el atacante cree que va a sacar una arma). Esa conducta elimina la culpabilidad cuando el error es claro y manifiesto. Pero el error también puede darse en cuanto a la *tipicidad*. Es decir cuando el causante está convencido que en su conducta falta alguno de los elementos tipificantes del delito y que lo convierten en acto irrelevante ante la responsabilidad penal. Son los que las actuales doctrinantes denominan error de tipo y error de justificación que reemplazaron los conocidos error de hecho y error de derecho.

La punibilidad. No bastan la imputabilidad jurídica, ni la culpabilidad para que se de la responsabilidad penal. Es necesario que la conducta o acto que se juzga esté sancionado expresamente con una pena. Si el acto o conducta no tiene como consecuencia una pena, no existe punibilidad y por ende no existe responsabilidad penal.

Las penas que se imponen con fundamento en la pretensión punitiva del Estado, que es una manifestación de su soberanía, pueden ser privativas de la libertad, como la prisión y el arresto, o no privativas de la libertad como las multas o la pérdida del empleo. También pueden ser principales o accesorias. Las consecuencias que se deben asumir en la *responsabilidad penal* son *una sanción, una pena*. Por lo tanto la responsabilidad penal es la obligación de asumir la pena o sanción que corresponde a la conducta o acto cometido. Vimos que las medidas de seguridad que se imponen a los inimputables físicos, son consecuencias que en el fondo corresponden a responsabilidad penal aunque no se le de el nombre de pena. Sin embargo como es una consecuencia prevista en el código penal, nos atrevemos a sostener que en Colombia los inimputables jurídicos tienen responsabilidad penal, así las consecuencias de sus actos no sean penas sino medidas de seguridad.

2. *Responsabilidad jurídica patrimonial o civil*

Consiste en la obligación de asumir las *consecuencias patrimoniales* o económicas de un hecho o un acto. Cuando se cumple

un acto u hecho que origina responsabilidad patrimonial o civil, se presenta una ruptura de la *armonía patrimonial* existente. Por lo tanto un patrimonio es lesionado o afectado. *La responsabilidad civil* o *patrimonial* es entonces la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales por la ruptura de la armonía previa existente. Es un problema neta y exclusivamente patrimonial.

Ese lesionamiento patrimonial puede darse con fundamento en un contrato o convención. Se puede lesionar un patrimonio por el incumplimiento de un compromiso contractualmente adquirido o por su cumplimiento tardío, inoportuno e insuficiente. En este caso se trata de la *responsabilidad civil contractual.* Pero el lesionamiento patrimonial puede darse como consecuencia de un hecho o un acto que está por fuera de contratos o compromisos previos. Inclusive puede darse en un patrimonio con el cual no existe ni convenio anterior, ni inclusive conocimiento del mismo. Esta es la conocida como *responsabilidad civil extracontractual.*

Pero para que se de esta responsabilidad no son necesarios todos los requisitos que mencionamos para la responsabilidad penal. Para la responsabilidad civil basta *el hecho, el daño, el nexo causal* entre hecho y daño, y en algunos casos *la culpa.* Esta responsabilidad se diferencia de la penal porque:

— Se transmite por activa y por pasiva.
— Es transable, desistible por ser eminentemente patrimonial.
— En muchos casos se presume como en los hechos de terceros (Art. 2347 C. C.) o en los hechos de cosas utilizadas en actividades peligrosas (Art. 2356 C. C.).

Por el primer factor o elemento, el *hecho,* se ha entendido toda variación o modificación fáctica. Por lo tanto el hecho puede darse por acción o por omisión. Es decir puede ser positivo o negativo. No requiere que sea ilícito. Por elemento *daño* se ha entendido cualquier lesionamiento no sólo a los aspectos económicos de un patrimonio (perjuicios materiales en sus manifestaciones de daño emergente o lucro cesante) sino también a los aspectos afectivos del mismo (perjuicios morales, en sus manifestaciones de objetivados y subjetivos o prestium doloris). No existe responsabilidad civil sino existe daño. *El nexo de causalidad* que es la indispensable y necesaria relación de causa a efecto que debe existir entre el hecho y el daño. Este nexo puede ser compartido con otras causas. Pero se rompe y por lo tanto desaparece cuando se da la *fuerza mayor* o el *caso fortuito* o la *culpa exclusiva de la víctima.* Cuando falta alguno de esos elementos no se da la *responsabilidad civil* o *patrimonial.*

En cuanto al otro factor, *la culpa,* que para algunos es necesario y esencial y para otros no, es un elemento eminentemente subjetivo que se vincula con la intención o negligencia o imprudencia del causante. Por ser un elemento subjetivo en algunos casos se presume y en otros casos hay que probarlo. No faltan los tratadistas que sostienen que ese factor culpa no se requiere para que se de la responsabilidad civil. Así lo sostienen quienes defienden las teorías objetivas de la responsabilidad civil. Entre nosotros ese factor *culpa* en algunos casos hay que probarlo y en otros se presume.

Analizados los elementos o factores que determinan cada una de las responsabilidades penal y civil o patrimonial, podemos diferenciarlas plenamente. Cuando se trata de la *responsabilidad penal,* el único juez capacitado jurídicamente para declararla es el juez penal, quien después de establecer la *imputabilidad,* la *culpabilidad* y la *punibiidad,* debe imponerla. Sin embargo existen unas llamadas *causales de justificación* que hacen que el juez penal, no obstante haber establecido la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad, no declare la *responsabilidad penal.*

Estas causales de justificación se refieren exclusivamente a la *responsabilidad penal* y por eso cuando el juzgador encuentra establecida alguna de ellas debe abstenerse de condenar o mejor de declarar la *responsabilidad penal* ya que el hecho, aunque existió y fue ejecutado por el imputado, se justifica penalmente, es decir no origina la obligación de asumir las consecuencias previstas en el código penal.

Cuando un hecho delictuoso, es decir de los previstos en el código penal como delito, ocasiona un lesionamiento patrimonial se le ha dado la capacidad jurídica al juez penal para que juzgue o declare las dos responsabilidades, tanto la penal como la civil, que en un principio corresponde declararla al juez civil. Es un caso excepcional que en Colombia se ha justificado por tener el mismo origen (el mismo hecho delictual), por economía procesal (se resuelven dos responsabilidades en un mismo proceso o trámite), por la unidad de la prueba (los elementos de convicción son los mismos), es posible que dentro del proceso penal el mismo juez declare la existencia de las dos responsabilidades, es decir tanto la penal como la civil contra el procesado.

Por eso el código de procesamiento penal autoriza en su art. 37 al perjudicado con el delito, para optar entre constituirse parte civil dentro del proceso penal o acudir a la jurisdicción civil independiente para intentar el resarcimiento o indemnización de los da-

ños y perjuicios recibidos. Pero no sólo se ha dado esa facultad al procesado sino que se impone al agente del Ministerio Público la obligación procesal de no sólo solicitar pruebas que demuestren los daños y perjuicios ocasionados sino a insistir ante el juez para que imponga al responsable la obligación de indemnizar al perjudicado con el delito. Y ahora, últimamente, le ha impuesto al juez penal la obligación de imponer al condenado penal, en la misma sentencia, la obligación de pagar una suma concreta y específica al perjudicado como indemnización de todos los daños y perjuicios, tanto materiales como morales, ocasionados con el delito. Por eso en la actualidad el juez penal tiene que pronunciarse, en el momento de la sentencia, sobre la *responsabilidad penal* y la *responsabilidad civil* del procesado que con su delito ha ocasionado perjuicios a una persona. El Código Penal en sus arts. 103 a 110 y el Código de Procedimiento Penal en sus arts. 37 a 57 regulan esta responsabilidad civil dentro del proceso penal.

Esta obligación procesal impuesta al juez penal ha dado lugar a que se confundan las dos responsabilidades. Sin embargo aunque puede ser el mismo juez el que debe pronunciarse sobre ellas, no debe olvidar que los parámetros y normas que las regulan son distintas y que se encuentra en la obligación de analizarlas independientemente.

Por lo pronto no puede olvidar que no todos los delitos dan pie a indemnización. Existen algunos delitos que por sus características producen un daño público pero no un daño privado. En ese caso existe responsabilidad penal pero no responsabilidad civil. La fuga, por ejemplo, puede dar pie a la responsabilidad penal pero no a responsabilidad civil si no se presentaron daños para lograrla. Y así muchos otros delitos. Tampoco puede olvidar el juez penal que si no hay sentencia condenatoria, es decir que si no se declaró la responsabilidad penal del procesado no puede declarar la responsabilidad civil del mismo. De acuerdo con los artículos 105 del C. Penal y el 38 del C. P. P. quienes deben indemnizar son los penalmente responsables, y en forma solidaria. Por lo tanto antes de declarar la responsabilidad civil es necesario declarar la responsabilidad penal. Si no existe responsabilidad penal del procesado no surge la responsabilidad civil dentro del proceso penal. El juez penal pierde la competencia excepcional que adquirió (pronunciarse sobre aspectos civiles) si la persona no resulta penalmente responsable. Tampoco puede el juez penal pronunciarse sobre la responsabilidad civil del tercero civilmente responsable.

3. *Incidencias de la sentencia del juez penal*

Cuando el juez penal, en uso de las facultades que le otorga el legislador se pronuncia sobre los aspectos civiles o indemnizatorios, pronuncia sentencia, debemos conocer cuáles son las incidencias de esta determinación en el campo civil. Dos situaciones diferentes se plantean:

1.1. Sentencia condenatoria. Cuando el juez penal encuentra establecida la *responsabilidad penal,* debe, si existe un perjudicado, declarar también la *responsabilidad civil* del procesado. No puede pronunciarse en relación con la responsabilidad civil de los terceros civilmente responsables, pues su capacidad jurídica excepcional de pronunciarse sobre aspectos civiles sólo alcanza al procesado. Esa sentencia condenatoria, según reza el art. 50 del C. P. P., adquiere la condición de *cosa juzgada* y por lo tanto presta mérito ejecutivo, ante la jurisdicción civil, en relación con la condenación impuesta. Por lo tanto el procesado no puede discutir, una vez en firme la sentencia, ni la obligación impuesta ni el monto de la misma. En relación con el perjudicado la situación varía. Si el perjudicado actuó y se constituyó parte civil dentro del proceso, y pudo debatir el monto de la obligación, el cuantum que fije el juez penal también lo obliga, es decir que para él tmbién hace tránsito a cosa juzgada en su monto. Pero si no ha intervenido como parte civil, si no se constituyó como tal, el monto o cuantum que fije el juez penal no lo obliga. Puede intentar ante el juez civil una nueva regulación a través de un proceso civil.

Cuando en el proceso existen bienes del procesado embargados y secuestrados el juez penal remite, de oficio, al juez civil las diligencias cumplidas de embargo y secuestro preventivos así como la sentencia condenatoria para que el juez civil adelante las diligencias de remate. Así lo ordena el art. 50 del C. P. P., superando así esquemas anteriores que impedían al juez civil actuar de oficio.

1.2. La sentencia absolutoria o cesación de procedimiento que pronuncie la juez penal, de acuerdo con los arts. 34, 469 o 503 del C. P. P., no hacen tránsito a cosa juzgada al campo civil. Esto quiere decir que si bien no hubo declaratoria de *responsabilidad civil* contra el procesado dentro del proceso penal, no por eso los perjuicios ocasionados se quedan sin indemnización.

No todos los hechos o actos que no originan *responsabilidad penal* dejan de originar *responsabilidad civil.* Muchos hechos que

no son delitos o que no dan nacimiento a la *responsabilidad penal,* sí pueden dar nacimiento a *responsabilidad civil.* Por eso, cuando el juez penal declara que no existe *responsabilidad* penal y absuelve (tampoco existe *responsabilidad civil* dentro del proceso penal porque primero debió declarar la *responsabilidad penal),* esa determinación no hace tránsito a cosa juzgada civil, es decir que los perjudicados pueden intentar su reclamación ante la jurisdicción civil, por regla general.

Así parece desprenderse del art. 109 del Código Penal. Pero se establece una excepción de esa norma general. El art. 55 del C. P. Penal señala que la acción civil no puede iniciarse o proseguirse, cuando el juez penal haya declarado, en providencia en firme (sentencia absolutoria o auto de cesación de procedimiento):

a) *Que el hecho no existió,* es decir que el hecho fáctico, material, objetivo, no tuvo cumplimiento.

b) *Que el sindicado no lo cometió,* es decir que se hizo una indebida imputación, o sea que a quien se sindicó como autor del hecho no fue quien lo ejecutó.

d) Que el sindicado *obró en legítima defensa.*

Por tratarse de excepciones, estas causales que originan tránsito de cosa juzgada al campo civil de la sentencia absolutoria penal, no pueden aplicarse a otras circunstancias. Por ello cuando la sentencia absolutoria penal o la cesación de procedimiento obedezca a otras causales diferentes a las allí mencionadas, esa determinación no origina cosa juzgada y por lo tanto los perjudicados pueden iniciar o continuar la acción civil independiente ante la jurisdicción civil.

De allí que cuando se trate de providencias absolutorias que tienen como fundamento causales de *inimputabilidad, causales de inculpabilidad, causales de no punibilidad,* o *causales de justificación,* distintas a las que se mencionan en el art. 55 del C. P. P., la no existencia de *responsabilidad penal* no modifica, entraba o impide la búsqueda de la *responsabilidad civil.*

Algunos tratadistas, entre ellos los doctores Arturo Valencia Zea y Javier Tamayo Jaramillo, como lo explican en la obra "Tendencias Modernas del Derecho Civil", publicada por Editorial Temis, con fecha 28 de julio de 1989, recomiendan que las sentencias absolutorias penales que reconozcan causales de inimputabilidad, de inculpabilidad y de justificación diferentes a las contempladas en el art.

55 del C. P. P. hagan tránsito a cosa juzgada civil y por lo tanto impidan el nacimiento de la acción civil indemnizatoria. Creemos que esa posición es equivocada y errónea. Es confundir la responsabilidad penal con la responsabilidad civil, olvidando las características que las diferencian radicalmente y los distintos parámetros para su evaluación.

Ya vimos que mientras la *responsabilidad penal* exige la *imputabilidad jurídica, la culpabilidad y la punibilidad,* como elementos integrantes, la *responsabilidad civil* no. Basta que se den *el hecho, el daño, el nexo causal entre uno y otro* y en algunos casos *la culpa,* para que surja aquella. No interesan para la responsabilidad civil, la imputabilidad, la culpabilidad, ni la punibilidad. En el caso de las causales de justificación el art. 11 del C. P. P. actual mantiene las mismas causales del código procesal anterior y sólo les da las características de cosa juzgada a *la legítima defensa y el cumplimiento de un deber.* Porque realmente en esos casos no se da la *responsabilidad civil.* En la legítima defensa el perjudicado con el hecho físico es un agresor. Es decir que la víctima del hecho dañoso era un provocador que originó la reacción proporcionada del causante del daño. Por eso cuando el juez penal declara una legítima defensa está justificando la conducta del causante y declarando que la víctima fue el provocador injusto. Sus herederos no podrán beneficiarse de esa conducta impropia de quien resultara víctima. En la causal *cumplimiento de un deber* se parte del supuesto de que la víctima resultó lesionada por quien, sin ningún beneficio personal, sólo atendía al cumplimiento de un deber legal.

4. *La absolución penal y la responsabilidad civil*

Para mantener nuestra posición de diferenciar radicalmente la *responsabilidad penal* de la *responsabilidad civil,* es necesario analizar las incidencias que en la *responsabilidad civil* pueden tener las causales que eliminan o modifican la *responsabilidad penal.*

Se han considerado como presupuestos indispensables de la *responsabilidad penal,* la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad. Sostuvimos, igualmente, que cuando el juez declara la responsabilidad penal del procesado igualmente debe declarar y cuantificar el monto de la *responsabilidad civil* del mismo procesado cuando se ha ocasionado un perjuicio a un patrimonio ajeno. Los arts. 10, 186

y 187 del C. P. P., son suficientemente claros al respecto. Pero muchas veces el juez tiene que absolver por cuanto no existe en el proceso penal la prueba suficiente que comprometa la responsabilidad penal del procesado y es allí donde se hace necesario analizar cuál fue la causa de la absolución para saber si el perjudicado puede o no intentar la acción civil para la compensación de los perjuicios sufridos con el hecho ante la jurisdicción civil.

5. *La inimputabilidad penal y la responsabilidad civil*

Clarificado el concepto de imputabilidad y hecha la diferenciación entre imputabilidad física e imputabilidad jurídica, basta analizar cuál es la incidencia en el campo indemnizatorio de una sentencia penal en la cual se declara *inimputable* al autor material de un hecho que ocasiona daños a una persona o patrimonio ajeno.

La imputabilidad que clasificamos como física es la imputación de un hecho a una persona, imputación material. La que clasificamos como jurídica es la imputación física hecha a una persona que reune los requisitos mínimos sicofísicos para que responda penalmente por el hecho. El código penal colombiano no define qué es la imputabilidad. Señala cuáles son las personas *inimputables* para deducir que las demás son imputables. Por eso su artículo 31 trae este concepto de inimputabilidad: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito *no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión,* por inmadurez sicológica o trastorno mental". Se han establecido por la jurisprudencia y la doctrina como ejemplos de inmadurez sicológica los menores de edad y el trastorno mental de los dementes. Por eso, en principio, se ha aceptado que los menores de edad y los dementes son inimputables. Ya casos más difíciles resultan de los indígenas o de ciertos trastornos mentales que no alcanzan el calificativo de demencia, pero son escasos. Otros casos se dan cuando la inimputabilidad es transitoria y no deja secuelas en quien la padece.

Partiendo de las teorías generales el inimputable no debe ser responsable penalmente. No debe ser sujeto del código penal. En países más avanzados se acepta que el inimputable está por fuera del código penal y por lo tanto sus conductas son competencia de funcionarios administrativos que toman medidas de protección. Allí

la inimputabilidad impide sancionarlo, imponerle consecuencia alguna por la conducta que se le imputa materialmente. Se le protege o se le impone un tratamiento médico.

Y esa fue la idea inicial de la comisión que en Colombia proyectó el actual Código Penal, para ser consecuente con los principios técnico-jurídicos de la responsabilidad penal. Pero la realidad social colombiana, los antecedentes normativos, obligaron a adoptar una posición inexplicable desde el punto de vista teórico pero la única viable en nuestro medio. Fue así como el art. primero de la ley 43 de 1982, que modificó el art. 33 del Código Penal, estableció: "*Medidas aplicables:* A los inimputables se les aplicarán las medidas de seguridad establecidas en este código. Si la inimputabilidad proviene exclusivamente de trastorno mental transitorio no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales, *sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar*". En los arts. 93 y siguientes regula las medidas de seguridad.

Aquella norma permite concluir, sin temor a equivocarnos, que sí existe *responsabilidad penal* del inimputable, por cuanto esta *obligación de asumir las consecuencias previstas en el código penal* por el acto o conducta por el cual se le juzga es simple y llanamente la aceptación de esa responsabilidad. La diferencia que se plantea en que el imputable sufre como consecuencia de su acto *pena* y que el inimputable sufre es una *medida de seguridad,* no pasa de ser una piadosa maniobra jurídico-gramatical para superar la contradicción manifiesta de hacer responsable penalmente al inimputable. Para completar esta posición el Código de procedimiento penal, decreto 050 de 1987 en sus arts. 448 a 453 regula las medidas de aseguramiento que el juez penal debe aplicar a los inimputables, que incluyen la internación preventiva durante todo el trámite procesal. El trámite que se cumple para la investigación y juzgamiento de los inimputables es, en casi todos los aspectos, igual al trámite que debe cumplirse para la investigación y juzgamiento de los imputables. Las etapas, las diligencias, las actividades, son iguales. Termina obviamente con la sentencia en donde el juzgador determina si existe o no responsabilidad penal. En el caso de los imputables el juez impone la pena correspondiente si los encuentra responsables. En el caso de los inimputables les impone una medida de seguridad de las que regula el Código Penal en el capítulo V, arts. 93 a 102.

Este análisis nos permite concluir con algo que, al parecer de algunos penalistas, es una herejía en Colombia: los inimputables

también tienen *responsabilidad penal,* por cuanto deben asumir las consecuencias previstas en el Código Penal por sus actos o conductas. Que se les llame medidas de seguridad, no modifican el fondo de la situación.

Y si los *inimputables* tienen *responsabilidad penal* lógicamente, consecuencialmente, también tienen *responsabilidad civil* en los hechos dañosos que cometan. Por eso la parte final del art. 33 (modificado por el art. 1º de la ley 43 de 1982) cuando exime al inimputable por trastorno mental transitorio de las medidas de seguridad, agrega: *"Sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar",* es decir que aunque no hay responsabilidad penal por cuanto no tiene que sufrir las consecuencias previstas en el Código Penal, queda por fuera, viva y exigible, la *responsabilidad civil.*

Por lo tanto, podemos concluir que cuando se trata de un *inimputable* existe tanto *responsabilidad penal* como *responsabilidad civil* cuando con los hechos se ocasiona un daño. El hecho que el juez absuelve o acepte la inimputabilidad del procesado no pone fin a la *responsabilidad civil,* que la debe declarar dentro del proceso penal o puede intentarse ante la jurisdicción civil.

Para efectos de la *responsabilidad civil* basta, en principio, la imputabilidad física. No es necesaria la imputabilidad jurídica.

6. *La inculpabilidad penal y la responsabilidad civil*

La culpabilidad es otro requisito esencial de la *responsabilidad penal.* La culpabilidad, para los efectos de la responsabilidad, puede ser *dolosa, culposa* o *preterintencional.* El art. 35 del C. P. es preciso al respecto. *La culpabilidad es dolosa* cuando el procesado quiere el resultado dañoso (dolo directo) o cuando lo prevé como posible y acepta correr el riesgo (dolo eventual). El dolo se ha entendido como la intención de causar el daño. *La culpabilidad culposa* resulta cuando el causante no tiene la intención de causar el daño pero éste resulta de una imprudencia (prevé el resultado pero confía imprudentemente en evitarlo) o de una negligencia (no previó el resultado dañoso siendo previsible o por las circunstancias o por su formación profesional). Por último la *culpabilidad preterintencional* resulta cuando se quiere un daño pero el resultado va más allá de lo querido. La culpabilidad es entonces un factor subjetivo que

vincula el querer o la imprevisión del causante con el resultado dañoso.

Ese nexo o esa relación subjetiva entre el querer y el resultado conocido como *culpabilidad,* aunque puede aparente u objetivamente darse, desaparece jurídicamente cuando se presentan algunas de las circunstancias que el art. 40 del Código Penal establece como *causas de inculpabilidad.* Son las siguientes:

a) *Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor.* Es decir que la conducta fue realizada por el procesado pero no por su voluntad sino que resultó ser consecuencia de un hecho de la naturaleza o de un acto humano que se convirtió en una situación *imprevisible e irresistible* que determinó el daño. Aunque la fuerza mayor y el caso fortuito no se han definido penalmente, se ha aceptado que se trata de aquellos hechos de la naturaleza (inundaciones, huracanes, sismos, derrumbes, etc.) o actos del hombre (disposición de autoridades, autos de privación de la libertad, etc.), que son imprevisibles e irresistibles para el procesado, que originan el resultado dañoso. Se acepta en principio la definición dada por el art. 1º de la ley 95 de 1890 que se dio para fines civiles.

Por eso, porque esas circunstancias eliminan o deterioran la voluntad, el consentimiento del procesado, se acepta que *no es culpable,* es decir no tiene *culpabilidad* en el resultado. Y como no es culpable no es responsable penalmente y no se le imponen las consecuencias penales del acto o conducta. No se le sanciona. Pero es muy importante precisar en estos conceptos de *caso fortuito y fuerza mayor* los parámetros que debe utilizar el juez civil para aceptar la fuerza mayor y el caso fortuito como elementos que rompen el nexo causal que origina la obligación de indemnizar. Aunque el principio fundamental de ser circunstancias *imprevisibles e irresistibles* opera en el campo penal y en el campo civil, por obedecer a los términos de la ley 95 de 1890, art. 1º, el aspecto probatorio origina grandes diferencias interpretativas. En el procedimiento penal, por existir una *presunción de inocencia* en favor del procesado, es el Estado el que tiene que probar que el hecho era *previsible e irresistible.* Si no aparece prueba clara y evidente de la previsibilidad y de la superabilidad, el juez debe aceptar esa causal y favorecer al procesado con una declaratoria de inculpabilidad y consecuentemente con una absolución penal. En cambio en el procedimiento civil la situación es diferente.

Cuando se intenta una indemnización por el hecho de terceros (art. 2347 del C. C.) o por el hecho de cosas utilizadas en activida-

des peligrosas (art. 2356 del C. C.) existen *presunciones de responsabilidad civil* en contra del causante del daño o del propietario o guardián de la cosa o de la persona que debía vigilar y cuidar al tercero, que le corresponde destruir. Si no prueba suficiente y adecuadamente que el hecho era *imprevisible e irresistible* a la vez debe ser condenado al pago de la indemnización. En síntesis en el procedimiento penal el causante del daño está favorecido por una presunción de inocencia que el Estado debe destruir en cambio en el procedimiento civil el causante del daño está cobijado con una *presunción de responsabilidad,* en muchos casos. Este juego de las presunciones es probatoriamente hablando, una diferencia fundamental y determinante. Por eso los criterios evaluativos (en el penal a favor del causante, en el civil en contra del causante) modifican radicalmente las consecuencias de la conducta.

De allí que cuando el juez penal considera que la *falla mecánica* (por ejemplo) se convierte en un caso fortuito o fuerza mayor que permite la absolución por inculpabilidad de un procesado, su determinación no impide o suspende la reclamación de indemnización que estén haciendo los afectados con ese hecho. Está muy bien que el procesado no tenga responsabilidad penal pero eso no lo libera de la responsabilidad civil. Ya vimos que los parámetros evaluativos son muy diferentes y por lo tanto la evaluación del caso fortuito o fuerza mayor que el juez penal haga para los efectos de la responsabilidad penal no son iguales a los que hace el juez civil para los efectos indemnizatorios, porque ya lo hemos indicado, las consecuencias de las presunciones son completamente diferentes en el civil y en el penal. En síntesis son muchos los casos en que un procesado es absuelto penalmente por fuerza mayor o caso fortuito y condenado a pagar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con ese mismo hecho, en la jurisdicción civil.

b) *Quien obra bajo insuperable coacción ajena.* Cuando el juez penal encuentra que el hecho delictuoso fue cometido por el procesado, pero que éste no actuó con voluntad o consentimiento, sino bajo la violencia, la presión ya física ya síquica, de otra persona, lo absuelve porque declara que no existe responsabilidad penal por no existir culpabilidad. Al desaparecer el nexo subjetivo que configura la culpabilidad el procesado no es responsable penal, es inculpable.

Pero qué sucede con la responsabilidad civil. ¿Esta absolución penal libera al procesado de la obligación de indemnizar? Claro que no. El hecho cometido por él fue dañoso, es decir ocasionó un daño

en otro patrimonio. Por lo tanto se le puede demandar ante la jurisdicción civil para que atienda al monto indemnizatorio. Claro que procesalmente puede llamar en garantía a quien lo coaccionó o violentó para que le responda patrimonialmente por todas las sumas a que fuere condenado a pagar al perjudicado. Incluso el perjudicado puede demandar solidariamente, si lo considera conveniente para sus intereses, al autor del daño y al coaccionante que utilizó la fuerza o la violencia.

En síntesis la absolución penal por esta causal de inculpabilidad no extingue ni elimina la responsabilidad civil por las consecuencias patrimoniales del hecho.

c) Quien realice el hecho con la convicción invencible de que está amparado por una causal de justificación. *Error de justificación,* lo denomina la doctrina actualmente por cuanto el procesado, convencido que está amparado por una causal de justificación, ejecuta el acto. Anteriormente se le denominaba error esencial de derecho.

Y está bien que penalmente se justifique ese error y alcance a configurar una causal de *inculpabilidad* por cuanto se rompe el nexo subjetivo, pero ese error del causante no tiene por qué perjudicar a la víctima o a quien resulta lesionado en su integridad o en su patrimonio. Por eso la determinación del juez penal de liberar al causante de *responsabilidad penal* no alcanza a liberarlo de la *responsabilidad civil* y por ello esa determinación del juez penal no hace tránsito de cosa juzgada al campo civil y los perjudicados tienen libre la vía civil para intentar su indemnización.

d) Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. *Error de tipo* lo denomina actualmente la doctrina, que anteriormente se denominaba *error esencial de hecho.* Y está bien que penalmente sea favorecido quien, creyendo que está ejecutando un acto irrelevante penalmente resulte ejecutando un acto delictuoso, pues su voluntad, el nexo subjetivo que conforma la culpabilidad no existe. Sin embargo ese hecho a pesar de que se considera no delictuoso, sí ocasiona daños y perjuicios a otra persona o patrimonio. El perjudicado no tiene por qué asumir las consecuencias patrimoniales del error del causante. El, que fue quien cometió el error, debe asumir las consecuencias patrimoniales y no el perjudicado que era inocente en esta situación. Por lo tanto cuando el juez penal absuelve el procesado porque no es culpable por error de tipo, esa determinación no tiene ninguna incidencia o valor dentro

de la reclamación indemnizatoria. La determinación del juez penal no impide, obstaculiza o limita, la reclamación que él o los perjudicados con ese hecho, puedan hacer. El fallo penal no hace tránsito a cosa juzgada civil.

Dedúcese de lo anteriormente analizado que ninguna causal de inculpabilidad penal exonera de responsabilidad civil.

7. *La falta de punibilidad y la indemnización civil*

Otro de los requisitos esenciales para la *responsabilidad penal* es la *punibilidad,* que consiste, ya lo indicamos, en la sanción o consecuencia penal que está prevista en el Código Penal. Si un acto o conducta no aparece señalado en el Código Penal con una consecuencia (pena o medida de seguridad) no origina responsabilidad penal. Pero sucede que muchos actos, conductas o hechos que no aparecen mencionados en el Código Penal ni con penas ni con medidas de seguridad, sí ocasionan daño a la integridad de las personas o a sus patrimonios. Por lo tanto cuando el juez penal absuelve a un procesado porque la conducta no está sancionada con pena o con medida de seguridad, es decir por falta de *punibilidad,* lo está liberando de la *responsabilidad penal* pero no de la *responsabilidad civil.* Las absoluciones por ese motivo no originan cosa juzgada en el campo civil y por ello los perjudicados tienen las posibilidades jurídicas de acudir a la jurisdicción civil a buscar la indemnización, así el juez penal haya absuelto al presunto responsable. Al juez civil le es indiferente esa absolución.

El art. 109 del Código Penal, es explícito en ese sentido. "*Obligaciones civiles y extinción de la punibilidad.* Las causas de extinción de la punibilidad no comprenden las obligaciones civiles derivadas del hecho punible". Es decir que no sólo cuando el juez penal absuelve por no existir punibilidad sino cuando cualquier circunstancia procesal impide la sanción o declaratoria de responsabilidad penal, como aspectos procesales por falta de pruebas, de la prescripción, de la caducidad, del matrimonio (en los casos en que pone fin a la acción penal), de la retractación (en la calumnia e injuria), etc. Aunque no existe responsabilidad penal queda abierta la posibilidad para exigir, ante la jurisdicción civil, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el mismo hecho. La determinación absolutoria penal, ya a través de una sentencia, ya a través del

auto interlocutorio de cesación de procedimiento previsto por los arts. 34, 469 y 503 del Código de Procesamiento Penal, no impide la reclamación civil por cuanto esa determinación no hace tránsito a cosa juzgada civil. El juez civil analizará las circunstancias ante él planteadas sobre la responsabilidad civil sin que tenga ningún valor la determinación que el juez penal tomó en relación con la responsabilidad penal.

8. *Causales de justificación penal y la responsabilidad civil*

Pero no sólo son esenciales a la *responsabilidad penal*, la *imputabilidad*, la *culpabilidad* y la *punibilidad* sino la no existencia de causales de *justificación* del hecho. En efecto el art. 29 del estatuto penal sustantivo establece las causales que justifican el hecho, que le quitan el carácter de antijurídico y por lo tanto eliminan la *responsabilidad penal* del procesado. En síntesis el hecho existe, el sindicado lo cometió, existe la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad, pero sin embargo ante la justicia penal, ese hecho no se sanciona, no se castiga, porque se justifica ya que deja de ser antijurídico.

Las causales de justificación podemos concretarlas así:

1. *Estricto cumplimiento de un deber legal.* Su redacción recoge los requisitos esenciales para que el juez penal la acepte. No basta alegarla. Es necesario demostrar que la conducta se ciñó a todas las exigencias del deber que se cumple. El adjetivo de *estricto* impone al juez un análisis detenido de las circunstancias que establezcan que el procesado sólo cumplía con unas funciones legalmente confiadas. Es lo que sucede cuando un funcionario jurisdiccional violenta un domicilio para un allanamiento. Es el funcionario jurisdiccional que ordena la detención preventiva de una persona, su privación de la libertad, en cumplimiento de sus funciones. Es el juez que cumple u ordena una captura de la persona sorprendida en flagrancia. Es el juez que ordena la destrucción de elementos del delito, de acuerdo con el art. 395 del C. P. P. deben destruirse. En estos casos, y al tenor de lo dispuesto por el art. 55 del C. P. P., existe una expresa excepción y la determinación del juez penal hace tránsito a cosa juzgada en el campo civil. Por lo

tanto los perjudicados con el hecho no podrán acudir a la jurisdicción civil para buscar la indemnización de los daños y perjuicios por cuanto éstos resultaron del cumplimiento de un deber legal y como el funcionario se ciñó estrictamente a él no es posible que los perjudicados esperen una indemnización. Por eso el juez penal, al absolver, debe analizar que no se trate de abuso, exageración o extralimitación en el cumplimiento del deber, pues en ese caso no habrá causal de justificación, por cuanto el *exceso en las causales de justificación,* sí originan responsabilidad penal y lógicamente responsabilidad civil, tal como se desprende del art. 30 del Código Penal. Los excesos se sancionan.

2. *En cumplimiento de orden legítima de autoridad emitida con las formalidades legales.* Cuando un procesado demuestra que su conducta fue el resultado del cumplimiento de una orden, dada por autoridad competente y con las formalidades del caso, el juez penal debe absolverlo, pues se justifica ese proceder. Pero ¿qué sucede con las personas que fueron afectadas en su integridad o patrimonialmente con esa conducta? Acaso hace tránsito a cosa juzgada civil esa determinación o por el contrario quedan abiertas las posibilidades de reclamar la indemnización civil por parte de los perjudicados. Si se atiende a las estipulaciones del art. 55 del C. P. P., esa determinación no hace tránsito a cosa juzgada y por lo tanto los perjudicados con esa conducta o ese hecho pueden acudir a la jurisdicción civil para que se les indemnice, pues podrán demandar a la persona o entidad que dio la orden o que se benefició con esa determinación. Son conocidas las decisiones del Consejo de Estado en relación con los daños ocasionados a personas inocentes o a bienes de terceros, por parte de los agentes de policía, soldados u oficiales, que en cumplimiento de órdenes de captura han lesionado la integridad o los bienes de personas diferentes a las capturadas y a pesar de que los agentes o funcionarios han sido absueltos penalmente se han impuesto las consecuencias patrimoniales al Estado o a las entidades públicas a cuyo nombre se han dado las correspondientes órdenes y se las ha condenado a pagar las indemnizaciones correspondientes.

3. *En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.* Es aceptable que se justifiquen penalmente las conductas que se cumplen en legítimo ejercicio de un derecho o de una actividad lícita o de un cargo público, por cuanto el presunto causante no actuaba ilícitamente. Pero cuando una persona es afectada en su integridad o en su patrimonio por una conducta de esas, ¿por qué él tiene que cargar con las

consecuencias patrimoniales de ese hecho o conducta? Es por lo tanto perfectamente explicable que el art. 55 del C. de P. Penal no incluya como excepción que hace tránsito a cosa juzgada civil, la absolución que por esta causal haga el juez penal. No existe responsabilidad penal y está bien pero sí puede existir responsabilidad civil por los daños o perjuicios ocasionados con ese acto u hecho.

4. *En legítima defensa.* Causal que el numeral 4º del art. 29 de C. P. consagra expresamente así: "Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume legítima defensa en quien rechaza al extraño, que indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación, o dependencia inmediata, cualquiera sea el daño que le ocasione".

Esta causal de justificación conocida como *legítima defensa objetiva* ha sido motivo de extensos estudios en el campo penal. Se ha llegado a la conclusión que para que el juez penal pueda aceptarla puede darse en dos formas:

— La probada.

— La presunta.

En la primera debe establecerse en el proceso penal la objetividad del ataque, de la ofensa, es decir que la agresión tiene que ser grave, actual o inminente, que no existía ninguna otra forma de evitarla, y que lógicamente la defensa sea proporcionada a la agresión. Por lo tanto se supone que cuando el juez declara la *legítima defensa* es porque existe prueba suficiente sobre la agresión y la reacción proporcionada ante ella. Si no existe esa proporción se da el exceso que prevé el art. 30 del C. P. y que origina responsabilidades penal y civil. Por la segunda, la única presunción que existe en el campo penal, el juez acepta la legítima defensa cuando se trata de personas que ingresan o penetran en habitaciones, o dependencias inmediatas, en forma indebida y siendo extraños a personas que no tienen ninguna relación con esos lugares. En este caso existe en favor de quien reacciona contra esas personas una presunción de legítima defensa. Por lo anterior sea en la legítima defensa probada o en la presunta, aparece clara y evidente una ofensa o agresión por parte de la persona que resultó afectada. El procesado simplemente se defendió de una agresión grave, que no podía impedir de otra forma. No existe *responsabilidad penal* porque el hecho se justifica, pero tampoco existe *responsabilidad civil* por cuanto quien resultó perjudicado o sus herederos no pueden esperar

una indemnización o una contraprestación económica cuando fue quien agredió, quien provocó, el que resultó siendo perjudicado. Por eso, en consonancia con el art. 55 del C. P. P. cuando el juez penal absuelve al procesado por legítima defensa, no sólo existe responsabilidad penal sino que esa determinación hace tránsito a cosa juzgada civil y termina o impide la indemnización civil. El perjudicado es un agresor, un provocador, que no tiene por qué esperar una indemnización por su conducta.

Encontramos acertada la redacción del art. 55 del C. P. P. cuando da la calidad de cosa juzgada, a las sentencias absolutorias penales cuando se fundamentan en las causales de justificación, *legítima defensa y en el cumplimiento de un deber.* Deja por fuera de los demás porque ellas no eliminan la responsabilidad civil.

En el caso de la *legítima defensa* debe hacerse claridad de que la que origina cosa juzgada en el campo civil es la objetiva. La legítima defensa subjetiva o putativa, como también se le conoce, ya la estudiamos como una causal de *inculpabilidad* que consagra el art. 40 del C. P. P. como *error de justificación,* que no da origen a la cosa juzgada y que por lo tanto deja abierta la posibilidad a los perjudicados de intentar la acción civil ante la jurisdicción civil, a pesar de la absolución penal.

5. *Estado de necesidad.* El numeral 5º del art. 29 del C. P. la consagra así: "Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. Esta causal de justificación se confunde a veces con la legítima defensa pero en la realidad son muy distintas y esa diferencia es la que justifica que la una (la legítima defensa) origine cosa juzgada en el campo civil y la otra (estado de necesidad) no. En la legítima defensa el ofendido es un provocador, un agresor, por lo tanto no tiene derecho a esperar indemnización. En el estado de necesidad la víctima es un inocente, es alguien que ni intervino, ni provocó la situación que dio origen al perjuicio. Y si bien ambas son causales de justificación, ponen fin a la *responsabilidad penal,* no así a la *responsabilidad civil.* La legítima defensa pone fin a las responsabilidades penal y civil. El estado de necesidad pone fin a la responsabilidad penal y no a la civil. Porque está bien que quien tenga que sacrificar una persona para salvar su vida por aquella viajar en la única balsa que queda en un naufragio, no responda penalmente, pero no está bien que los herederos de la víctima tengan que asumir las consecuencias

patrimoniales de ese hecho. El causante del daño deberá asumir las consecuencias patrimoniales así haya sido absuelto penalmente.

Son por lo tanto las causales de justificación *estricto cumplimiento de un deber legal,* y la *legítima defensa objetiva,* las únicas que declaradas por el juez penal, a través de una sentencia absolutoria o de un auto de *cesación de procedimiento,* hacen tránsito a cosa juzgada civil e impiden que se inicie o continúe la reclamación indemnizatoria ante la jurisdicción civil, como expresamente lo establece el art. 55 del C. P. P.

Las otras causales de justificación del art. 29 del C. P., las causales de inculpabilidad del art. 40 del C. P., las causales de no punibilidad del art. 109 del C. P., las causales de inimputabilidad del art. 31 del C. P., las circunstancias procesales como prescripción de la acción penal, caducidad de la acción penal, matrimonio en los casos específicos contemplados por la ley, la retractación y el desistimiento de la acción penal, la amnistía, el indulto, cuando son motivo de sentencia absolutoria penal y de cesación de procedimiento, *no hacen tránsito a cosa juzgada civil* y por ello los perjudicados tienen la posibilidad jurídica de iniciar las acciones civiles para buscar la declaratoria de *responsabilidad civil* con la consiguiente obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios ocasionados.

Se plantea el interrogante de si el juez civil puede admitir, como liberatoria de responsabilidad civil, alguna de las causales de inimputabilidad, inculpabilidad, de no punibilidad o de justificación que regula el Código Penal y que se le plantean como excepciones o como liberatorias de responsabilidad civil.

En nuestro entender las únicas causales que el juez civil podría aceptar como liberatorias de responsabilidad civil serían las dos causales de justificación que ya señalamos como *cumplimiento de un deber y legítima defensa,* analizadas con los mismos parámetros y exigencias del Código Penal. Ninguna otra causal de inimputabilidad, de inculpabilidad, de no punibilidad y las otras de justificación, aunque el juez civil reconozca su existencia, tendrán poder liberatorio de la responsabilidad civil.

Por último el art. 55 del Código de Procedimiento Penal trae otras circunstancias, diferentes a las causales de justificación, que confieren a la sentencia absolutoria penal, el carácter de *cosa juzgada* en el campo civil, como son:

a) *El hecho causante del perjuicio no se realizó.* Es decir que el hecho material, fáctico, objetivo, que originó el daño no se realizó. Por eso si el juez penal declaró en providencia en firme, que el hecho material o fáctico, no se realizó, desaparece uno de los elementos determinantes de la responsabilidad civil, como es el hecho. Por lo tanto establecido por el juez penal que ese hecho no se realizó no existe posibilidad de acudir al juez civil para buscar una indemnización.

b) *Que el sindicado no lo cometió.* Es lo que se ha conocido como una indebida imputación pues se está colocando en cabeza de una persona un hecho que ella no realizó. La determinación que en este sentido tome el juez penal impide la reclamación civil a la misma persona. Sobra advertir que el tránsito a cosa juzgada se refiere a intentar la acción civil contra la misma persona que fue absuelta por dicho motivo. Queda abierta la posibilidad para reclamar civilmente en contra de otra persona diferente a la absuelta. El tránsito a cosa juzgada civil se refiere a la persona favorecida con la providencia absolutoria del juez penal. No incluye a otras o a la realmente causante del daño que sí puede ser demandada civilmente.

Cuando estas otras dos circunstancias se planteen directamente ante el juez civil como liberatorias de la responsabilidad civil o porque no fueron planteadas ante el juez penal o porque no se tramitó un proceso penal, consideramos que si se prueban o establecen suficientemente ante el juez civil él, lógicamente, puede aceptarlas como liberatorias de la responsabilidad civil por cuanto cuando ellas se presenten no se dan los elementos mínimos que deben establecerse para que surja la *responsabilidad civil.*

DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Alfonso García S. *

1. *Antecedentes y evolución del testimonio*

Mientras que otros medios de prueba como la confesión, la inspección judicial, el juramento, los indicios y el peritazgo representan simples elementos para reconstruir la verdad antecedente que se investiga en el proceso, la palabra humana y su derivación escrita o documento, a la vez que constituyen vehículos de reconstrucción, son por esencia el hecho mismo que crea la obligación, o que la modifica, o la extingue.

De allí que el empleo de la prueba testimonial sea imprescindible para una adecuada administración de justicia. Por tanto, no debe existir razón alguna para que se exteriorice desconfianza en contra de un medio probatorio tan antiguo como la humanidad, y que a veces es el único que puede utilizarse para llevar al juzgador

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

el grado de convicción que requiere dentro de un proceso determinado para decidir.

Así, es de suponer que en Roma, donde se logró el mayor desarrollo jurídico en la antigüedad, y a falta de las solemnidades que la evolución del derecho fue introduciendo para la demostración de ciertos actos o contratos, la prueba testimonial era de recibo en todos los asuntos, y seguramente la que proporcionaba el mayor grado de certeza ante el pretor.

Lo anterior no significa, de ninguna manera, que se puedan soslayar los peligros inherentes a este género de prueba, porque siempre habrá testigos mentirosos, lo que constituye una excepción al principio según el cual los hombres tenemos la tendencia a decirnos la verdad los unos a los otros.

Desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, puede decirse que la prueba testimonial es admisible siempre y cuando la ley no le reste eficacia, pues al tenor del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, "La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato".

2. *Definición de testimonio*

El estatuto procedimental civil colombiano no trae una definición del testimonio. A riesgo de incurrir en imprecisiones, y a sabiendas de que "omnes definitio in jure periculosa est", para abordar el estudio de este medio de prueba intentaremos la nuestra: Testimonio es la declaración que, precedida de juramento, hace ante el juez o magistrado una persona natural, carente de interés en el asunto, sobre un hecho o hechos de los que aquélla ha tenido conocimiento, y que guardan relación con dicho asunto.

Como puede notarse, el testimonio es el que va destinado al juez, pues existen testigos como los instrumentales, y los que se insertan al pie de ciertos actos o contratos, cuya finalidad en principio es diferente de aquél.

Se afirma que la declaración testimonial es hecha por "una persona natural, carente de interés..." con el fin de diferenciarla del testimonio interesado, como lo es el que resulta de la prueba

de confesión, de cuya esencia es, precisamente, la circunstancia de referirse a un negocio que interesa personalmente al confesante.

Téngase en cuenta, además, que una persona jurídica no puede rendir testimonio; pero el representante de una de aquéllas, cuando es de derecho privado, sí está facultado para confesar.

Podrá también observarse que en la definición no empleamos la locución "litigio", sino "asunto", porque las declaraciones testimoniales destinadas al juez pueden rendirse como prueba anticipada, caso en el cual no puede hablarse de proceso; y también pueden versar sobre negocios de jurisdicción voluntaria, o rendirse dentro de procesos contenciosos propiamente dichos.

3. *Diferencias con la confesión*

El testimonio, tal como se deja explicado, difiere sustancialmente de la confesión, pues mientras aquél constituye una declaración de tercero, sin efectos obligacionales subsiguientes, ésta, que puede ser también una declaración de persona natural, tiene una connotación de interés personal en quien confiesa, y puede obligarlo como consecuencia de la manifestación que hace ante el juez.

4. *Acepciones de la palabra testigo*

El vocablo "testigo" se toma en derecho en dos acepciones que se relacionan íntimamente entre sí: a) una que se refiere, como en principio se vio, a las personas que deben concurrir según la ley a la celebración de determinados actos jurídicos; y b) otra, relativa a las personas que declaran dentro de un proceso o fuera de él, sobre los hechos por los cuales se les inquiere o interroga.

Tomado el vocablo en la primera de dichas acepciones, los testigos constituyen una solemnidad; en la segunda, nos encontramos frente a un medio de prueba.

Y como medio de prueba, el testigo es un narrador de hechos, que pueden ser objetivos, reales; o ser producto de la fantasía, como en el caso del testigo falso, sin que por esta circunstancia, tanto el uno como el otro dejen de testificar, según afirma Carnelutti.

El testigo, mediante su declaración o testimonio, se convierte en órgano de la prueba; y el testimonio así rendido constituye elemento de prueba.

5. *Contenido del testimonio*

En las declaraciones de los testigos se deben distinguir tanto la importancia objetiva del relato, como la atendibilidad del testimonio. La importancia objetiva dependerá, para el juez, de los hechos sobre los cuales versen las observaciones del testigo y que pueden ser hechos jurídicos, relevantes de inmediato para la causa, v. gr. si el testigo en un proceso laboral afirma que entre la persona accidentada y el demandado existía una relación de trabajo; o tratarse de hechos simples, relativos a las condiciones bajo las cuales se hayan podido originar las observaciones del testigo, como cuando en un proceso de responsabilidad civil extracontractual relata el accidente, sin agregar nada más.

Las circunstancias anotadas también pueden ser mediatas, si se trata de un testigo de oídas; o inmediatas, si se está frente a un testigo presencial de los hechos.

La atendibilidad, por su parte, corresponde a la mayor convergencia entre las declaraciones del testigo con las observaciones realizadas de manera efectiva, convergencia que puede faltar en la declaración, bien sea a raíz de condiciones mentales (falsa percepción, senilidad, algunas psicosis), o por un deliberado propósito de mentir en la persona que rinde la declaración.

6. *La memoria como auxiliar del testigo*

La memoria entendida como capacidad para expresar hechos, datos o motivos referentes a un asunto determinado, es de gran importancia para la correcta expresión de los acontecimientos ante el juzgador, y su influencia en la atendibilidad que para éste tenga el testimonio al momento de decidir. Y esa buena memoria puede estar vinculada al interés que el hecho observado produjo en el testigo, interés que provendrá, bien del conocimiento particular del declarante, o del impacto que en su mente produjo el hecho averiguado.

Como cualidades inherentes a una buena memoria, los psicólogos han destacado los siguientes:

a) Pronta, si concurre inmediatamente, al primer movimiento del ánimo;

b) Grande, si es capaz de abarcar un mayor número de hechos pasados;

c) Tenaz, si los hechos permanecen fijados en ella por un largo período de tiempo; y

d) Fiel, si reproduce con la mayor precisión los hechos observados.

Es obvio que una memoria en la que concurran simultáneamente las cualidades que se dejan anotadas, será la que con mayor claridad pueda llevarle al juzgador el grado de convicción que necesita en un caso dado para fallar.

7. *Importancia de la prueba testimonial*

Sin lugar a dudas, la prueba testimonial exige una mayor atención y una especial preparación en el juez, si se la compara con los demás medios de prueba, pero no es menos eficaz que cualquiera otra, ni la que menos induce a caer en error.

Por eso, ante la imposibilidad en que se halla el juez, las más de las veces, de recepcionar directamente la prueba, es un desideratum que para ello se escoja al subalterno más preparado, con quien estudiará previamente la orientación del cuestionario; y si al momento de su práctica surge algún hecho que requiera de su intervención, estar presente en el despacho para actuar de acuerdo con las circunstancias.

Lo anotado significa que el requisito según el cual es el juez quien interroga al testigo, se cumple con la presencia del funcionario en el despacho, al momento de la audiencia, para estar atento a cualquier hecho que durante la práctica del interrogatorio exija su intervención, v. gr., resolver sobre la procedencia o improcedencia de una pregunta cuando el apoderado de una de las partes la objeta por considerarla ajena al asunto que se debate, o bien para resolver sobre los casos de inhabilidad dentro de la misma audiencia, al tenor de lo previsto por el inciso segundo, in fine, del artículo 218 del Código de Procedimiento Civil.

La consideración de que este medio de prueba ha de ser empleado necesariamente en la mayoría de los casos para el adecuado esclarecimiento de los hechos que son materia del proceso, debe convertirse en estímulo para estudiar las facetas que presente, y para que, lejos de mirarlo con aprensión, el juzgador vea en él un instrumento eficaz para el descubrimiento de la verdad real o material que constituye el objeto de todo proceso.

El testimonio humano, con las naturales falencias que tiene todo lo que es de esta naturaleza, debe ser regularmente considerado como un instrumento de verdad, pues el testigo que se encuentre frente a un juez inteligente, preparado y responsable, que en la práctica de dicha prueba cumpla estrictamente con el principio de la inmediación —conforme se dejó explicado—, y ponga al servicio de su cometido la experiencia y el celo que en estos casos son de rigurosa observancia, hallará siempre serias barreras para inducirle al error.

Y ello, porque en la administración de justicia la prueba testimonial es imprescindible, lo que nos lleva a concluir que no puede aducirse razón alguna para exteriorizar, o simplemente abrigar desconfianza contra un instrumento procesal de investigación de la verdad que es el más antiguo y, al propio tiempo, el más generalizado de los medios de prueba que dentro de los procesos se contempla.

La mayor dificultad para la apreciación de la prueba testimonial la constituye, paradójicamente, el testigo de buena fe, al formular una declaración que no está acorde con la realidad de los hechos, a pesar de su propósito de decir solamente la verdad, bien sea por un defecto en la percepción de los mismos, o como consecuencia de una anomalía que para él ha pasado inadvertida.

En estos eventos, el juez hallará la solución no sólo apelando a las máximas de experiencia, sino también con fundamento en los datos que informan la psicología del testimonio.

La mala fe del testigo, y su propósito de favorecer a una de las partes con testimonio falaz, no son tan peligrosos para el juez, en el sentido de hacerle formar una convicción errónea en torno a la existencia o inexistencia de un determinado hecho y su significación, como sí lo es el testimonio de la persona que, con el más sincero ánimo de colaborar con la justicia, la desorienta y hace que incurra en error.

En buena hora, el legislador procesal civil introdujo la facultad genérica para el juez de apreciar las pruebas en conjunto, "de acuerdo con las reglas de la sana crítica" (art. 187 del Código de Procedimiento Civil), dejando así en manos de aquél la valoración del contenido del testimonio, sin la cortapisa de la "tarifa legal" que antes existía, y que hacía nugatorio cualquier esfuerzo racional del juzgador en torno a la apreciación de la prueba testimonial, pues el artículo 697 del Código Judicial derogado estatuía: "Dos testigos

hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley".

Sólo así dotado de esa libertad de apreciación tan conveniente, puede el juez poner en práctica los métodos científicos adecuados y utilizar en la delicada labor de juzgar los resultados de su experiencia, y concluir si el testigo se encuentra acorde con el antecedente histórico que a través de él se investiga en el proceso, para acogerlo, o, en caso contrario, para desecharlo.

8. *Diferentes denominaciones de los testigos*

A mero título de ejemplo, digamos que en el lenguaje forense los testigos reciben distintas denominaciones, tales como: a) presencial, de vista u ocular, cuando declara sobre hechos que ha visto o presenciado directamente; b) de oídas, el que refiere el dicho de otra persona; c) instrumental, el que se limita a intervenir en la redacción de un documento, para asegurar la veracidad del mismo; d) falso, el que deliberadamente ha faltado a la verdad en su declaración; e) abonado, el que no pudiendo ratificarse por haber fallecido o encontrarse ausente, su dicho se corrobora con la justificación de su veracidad y de no tener tacha legal; f) mayor de toda excepción, el que no tiene tacha ni excepción legal; g) de cargo, el que depone en contra del procesado; i) de conocimiento, el que, conocido a su vez por el notario, asegura a éste sobre la identidad del otorgante; j) singular, el que es único en lo que atestigua; k) conteste, cuando declara lo mismo que ha declarado otro, sin discrepar en nada.

9. *Obligación de declarar*

Expresa el artículo 213 del Código de Procedimiento Civil que "Toda persona tiene el deber de rendir el testimonio que se le pide, excepto en los casos determinados por la ley".

La norma transcrita contiene un imperativo según el cual el testimonio es una forma de colaboración en el proceso, por parte de una persona física que no se encuentra entre los sujetos de la relación jurídica procesal, y ostenta el carácter de obligación jurídica.

Siendo la administración de justicia un servicio público, es apenas lógico que el Estado tenga la facultad de obligar, con efectos coercibles, a las personas que tienen conocimiento de los hechos, para que comparezcan a declarar sobre lo que les conste en relación con los mismos, cuando sean susceptibles de demostrarse a través de dicho medio.

10. *Excepciones al deber de testimoniar*

Tales excepciones se hallan contempladas por el artículo 214 del Código de Procedimiento Civil, y consisten en las siguientes:

"1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República.

2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, en relación con hechos amparados por el sigilo profesional.

3. Cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto".

A pesar del contenido tan explícito de la norma, vale la pena hacer algunos comentarios en torno a su contenido. En efecto:

Tanto los sacerdotes de la Religión Católica, como los ministros de cualquier otro culto diferente al que se le haya otorgado licencia para hacer proselitismo religioso en nuestro país, están exentos del deber de testimoniar, pero con relación a los hechos que han llegado a su conocimiento por razón de su ministerio.

No podría excusarse válidamente una de estas personas, para rendir testimonio ante un juez, por ejemplo, en el caso de una demanda de filiación extramatrimonial, cuando tuvo conocimiento del trato público que el presunto padre dio al hijo, durante un período no inferior a cinco años, del cual se infiere la posesión notoria de dicho estado, invocada por el actor.

El numeral segundo de la norma en comento trae a título de ejemplo, la excepción al deber de testimoniar para abogados, médicos, enfermeros y laboratoristas. Y resulta obvio que la lista no puede ser taxativa, sino meramente enunciativa, porque existen otras profesiones como la ingeniería en sus diferentes ramas y la economía, que exigen a quienes las profesan guardar el llamado "sigilo profesional", y que resultan de este modo comprendidas dentro de las excepciones que contempla dicho numeral.

Entre las personas que "por disposición de la ley" estén obligadas o tengan el deber de guardar secreto, un ejemplo de ello lo constituye el numeral 5 del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, que entre los deberes del juez establece: "Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los empleados judiciales".

11. *Inhabilidades absolutas para testimoniar*

Nuestro estatuto procedimental civil, en su artículo 215, expresa que son inhábiles para testimoniar en todo proceso:

"1. Los menores de doce años.

2. Los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia.

3. Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete".

En primer lugar, hemos de manifestar nuestro disentimiento con la norma, propia de un sistema de tarifa legal. Dentro del sistema de libre apreciación por parte del juez, de las pruebas incorporadas al proceso, como el que gobierna nuestro procedimiento civil, dichas inhabilidades sólo constituyen limitaciones a la prueba testimonial.

Como críticas valederas a la norma que comentamos, podemos expresar las siguientes:

a) ¿Qué sucede si un menor de edad, con trece años cumplidos, es llamado a rendir declaración testimonial en un proceso de responsabilidad extracontractual acaecido hace dos años, vale decir, cuando el menor tenía once años de edad?

En eventos como el citado, conceptuamos que el juez, en armonía con el tenor de la norma, está en la obligación de recepcionar el testimonio de dicho menor, con lo que la limitación establecida por la norma resulta violada.

Por otra parte, muchas veces un niño puede percibir y luego relatar ante el juez ciertos acontecimientos con mayor objetividad que una persona adulta. Es decir, el niño puede resultar más sincero en su declaración y, por consiguiente, un mejor órgano de la prueba, en un caso dado.

Dentro de un sistema de apreciación racional de la prueba, como lo es el introducido por nuestro actual Código de Procedimiento Civil, dicha limitación resulta extraña.

b) La interdicción por demencia es un hecho que sólo se puede demostrar con la copia de la sentencia que tal situación ha definido, y que ostente el sello de la cosa juzgada.

Por tanto, en relación con esta limitante para testimoniar se pueden presentar dos situaciones, a saber:

1ª Se llama a declarar en un proceso a un interdicto por demencia —cuyo estado no se demuestra ante el juez— que se halla en momento lúcido.

¿Podrá apreciarse ese testimonio si, por otra parte, se encuentra en armonía con otros medios probatorios incorporados al proceso? Conceptuamos que, dentro de un sistema de apreciación racional, como el que rige dentro de nuestro ordenamiento procesal civil, dicho testimonio es perfectamente válido.

2ª El testigo es un demente que no ha sido puesto en interdicción, pero al momento de rendir su declaración presenta claras manifestaciones de hallarse en estado de insanidad mental. Así dicho estado no haya sido declarado judicialmente, el juez deberá desechar su dicho por tratarse, a las claras, de una persona privada de la capacidad de razonamiento.

Cuando el testigo es un sordomudo, vale decir, el privado de la facultad de hablar por causa de sordera nativa, se debe distinguir de acuerdo con la norma pertinente:

a) Si el testigo no puede darse a entender por escrito o a través de signos convencionales que se puedan traducir mediante intérprete, es obvio que no existe medio de comunicación alguno, y, por ende, no puede haber testimonio, lo que significa que no alcanza a perfeccionarse el medio probatorio respectivo.

b) Si el testigo, con todo y su limitación verbal proveniente de sordomudez, puede dar la versión de los hechos por los cuales se le interroga, "por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete", el funcionario judicial procederá a recibirle la declaración, previa la designación de un intérprete, quien deberá tomar posesión del cargo ante el juez, bajo juramento, en armonía con lo preceptuado por el artículo 192 del estatuto procesal civil.

Como esta clase de auxiliares de la justicia no aparece prevista en el decreto respectivo, consideramos que su designación la debe hacer el juez de una lista que previamente solicite a un establecimiento especializado en educar esta clase de minusválidos, mediante información que reciba por escrito sobre la petición del testimonio, que estará a cargo de la parte o interesado que lo solicite como prueba.

12. *Inhabilidades relativas para testimoniar*

El artículo 216 del Código de Procedimiento Civil, preceptúa:

"Son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado:

1. Los que al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas.

2. Las demás personas que el juez considere inhábiles para declarar en un momento determinado, de acuerdo con las normas de la sana crítica".

Lo relativo de esta clase de inhabilidades consiste en la limitante que el legislador procesal estatuyó para declarar "en un proceso determinado", pues aunque las alteraciones, perturbaciones o embriaguez de que aquí se trata constituyen estados transitorios, lo cierto es que mientras dichos estados se prolonguen, la persona que los padece no podrá declarar en ningún proceso al que sea llamada con el preanotado fin, si tal estado continúa.

Así, si una persona ha sido citada para declarar en un proceso determinado día, y no puede hacerlo por causa de embriaguez ocasional, se puede acreditar dicha circunstancia como constitutiva de un hecho justificativo para no haber comparecido al despacho, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 225, y el juez deberá señalar nueva audiencia para recepcionar el testimonio.

En el mismo evento, si el testigo comparece al juzgado con el ánimo de declarar, y el juez aprecia que aún se halla bajo los efectos del alcohol, puede abstenerse de practicar la diligencia, de acuerdo con el mismo numeral 2 del artículo citado, y señalar nueva fecha con el mismo fin.

Entre las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las normas de la sana crítica, puede darse el caso de una persona que en el curso de su declaración resulte atacada por una afección febril aguda, o sufra un desmayo, etc., eventos en los cuales también el juez debe suspender la audiencia, posponiéndola para oportunidad subsiguiente.

13. *Testigos sospechosos*

El artículo 217 del Código de Procedimiento Civil es del siguiente tenor:

"Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas".

En primer término, es importante relievar que las circunstancias o motivos de sospecha del testimonio que contempla la norma transcrita, no impiden que se recepcione la declaración, pero el juzgador deberá ser más severo en su apreciación, vale decir, tendrá que dudar o desconfiar en principio un poco más del relato, debido al antecedente que lo afecta.

Por ello, el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil exige que con anterioridad a su declaración el testigo exprese, entre otras cosas, las "circunstancias que sirven para establecer su personalidad, y si existe en relación con él algún motivo de sospecha...".

Tales motivos, como lo previene la norma citada, pueden consistir en:

a) El interés que el testigo tenga en el resultado del proceso, por hallarse dentro de un grado de parentesco como el que existe entre padre e hijo, hermano, sobrino, cónyuge, adoptante y adoptado de alguna de las partes, o de sus apoderados.

b) Asimismo, tiene un interés presunto en el resultado del proceso, el empleado o trabajador de una de las partes, cuando el empleador es una persona natural; o el socio cuando se trata de una sociedad de naturaleza distinta a las anónimas.

c) También convierte al testigo en sospechoso, la animadversión o el interés o inclinación del ánimo, sea éste de carácter patrimonial o afectivo, con respecto de las partes procesales, o de sus mandatarios judiciales.

d) Los antecedentes personales, consistentes en la "profesionalización" de algunos testigos, que los hacen sospechosos, deben ser examinados cuidadosamente por el juez, para evitar sorpresas con personas acostumbradas a declarar por encargo en todo tipo de proceso.

El principio general según el cual el parentesco que contempla la norma llega a hacer sospechoso el testimonio, se rompe en procesos tales como separación de bienes, divorcio de matrimonio civil, simple separación de cuerpos o privación de la patria potestad, pues justamente en tales eventos el testimonio de los parientes y amigos íntimos adquiere perfiles de mayor credibilidad, por ser éstos quienes están en mejores condiciones de apreciar el desenvolvimiento de las relaciones íntimas de la pareja, y de ésta con sus hijos, al compartir con ellos reuniones sociales, paseos y diversiones en general.

14. *Tachas*

Dice el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil:

"Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba.

Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración".

Según se infiere del texto de la norma transcrita, las partes pueden proponer tachas en contra de los testigos, bien sea que

hayan sido invocados por la parte contraria, o decretado de manera oficiosa por el juez, quien sólo podrá hacerlo en las circunstancias que expresa el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso primero.

La tacha, o sea el motivo que pueda existir para desestimar la declaración de un testigo, procede por sospecha, o por inhabilidad, sea ésta absoluta o relativa.

En el primer evento, es decir, cuando la tacha se propone por sospecha (art. 217 del C. de P. C.), el juez apreciará la circunstancia constitutiva de la misma al momento de proferir sentencia de mérito, o al decidir sobre el incidente (excepciones previas, desembargo, etc.), dentro del cual fue llamado a declarar el testigo.

En el segundo caso, vale decir, cuando la tacha tiene como fundamento cualquiera de las causas de inhabilidad contempladas por los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Civil, el juez está obligado a decidir sobre la estructuración de la causal dentro de la misma audiencia, debiendo abstenerse de recibir la declaración si se encontrare demostrada aquélla.

Cuando la sospecha recaiga en el testigo por razón del parentesco, y la inhabilidad absoluta se refiera a la edad del testigo, consideramos que no es preciso aportar la prueba documental que establezca dicho parentesco, ni la copia del registro civil de nacimiento respectiva si el testigo lo admite, pues el artículo 218 de nuestro ordenamiento procesal civil es suficientemente claro al estatuir: "Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba".

15. *Efectos de la desobediencia del testigo*

El testigo, a diferencia del perito, es insustituible. De aquí surge el riguroso deber que tiene el testigo de prestar su concurso, y la correlativa facultad que tiene el juez para ordenar su comparecencia, la cual se halla condensada en el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil, que preceptúa:

"En caso de que el testigo desatienda la citación se procederá así:

1. Si dentro de los tres días siguientes a la audiencia, no acredita siquiera sumariamente causa justificativa, se le impondrá

una multa de cien a mil pesos, quedando siempre con la obligación de rendir el testimonio, para lo cual se señalará nueva audiencia.

2. Si en el término mencionado el testigo acredita sumariamente un hecho justificativo de su inasistencia, el juez lo exonerará de sanción y señalará audiencia para oirlo, sin que sea necesaria nueva citación.

3. El interesado podrá pedir que se ordene a la policía la conducción del testigo a la nueva audiencia; igual medida podrá adoptar el juez de oficio, cuando lo considere conveniente.

4. Cuando se trate de alguna de las personas mencionadas en el artículo 222, la desobediencia la hará incurrir en la misma sanción, que será impuesta por el funcionario encargado de juzgarla disciplinariamente, a solicitud del juez".

Es decir, que si el testigo, una vez que ha sido legalmente citado, no comparece a rendir la declaración que se le solicita, y dentro de los tres días siguientes no acredita de manera sumaria que tuvo impedimento justificativo para ello, el magistrado o juez podrá imponerle una sanción pecuniaria, que fluctúa entre cien y mil pesos, sin que por tal motivo quede exonerado de la obligación de declarar.

En caso contrario, vale decir, cuando el testigo, a pesar de no haber comparecido, comprueba sumariamente la existencia de una circunstancia que justifique su conducta omisiva, no habrá lugar a que se le imponga sanción alguna, pero quedará siempre obligado a rendir la declaración que se le solicita, sin que para ello se precise entregarle nueva orden de comparendo.

Y agrega la norma que se viene comentando, que la persona interesada en la recepción del testimonio, que bien puede ser la parte que pidió la prueba, o la contraparte si de un proceso contencioso se trata, puede solicitar al juez que ordene la conducción forzosa del testigo al despacho, para los fines relacionados con la nueva audiencia; y que aún el juez, si lo estima conveniente, está facultado para ordenar oficiosamente tal medida compulsiva.

Consideramos que dicha "conveniencia" la determinará el juzgador con prudente arbitrio, de acuerdo con las circunstancias que presente cada caso, referidas al número de testigos que se hubiesen pedido como prueba, y la mayor o menor importancia relativa que la prueba testimonial tenga para la demostración de los hechos materia del proceso, en armonía con los demás medios de prueba a que hubieren acudido las partes o interesados con tal fin.

Por último, cuando alguna de las personas a las que se refiere el artículo 222 del Código de Procedimiento Civil, es llamada a rendir testimonio mediante certificación jurada ante funcionario inferior, y se abstiene de dar respuesta al despacho acompañado de los insertos del caso con dicho fin se le debe enviar, el juez del conocimiento puede pedir al funcionario que corresponda juzgar disciplinariamente al renuente, que le imponga la multa contemplada por el numeral 1 del artículo 225 de la obra en cita, quedando siempre con la obligación de declarar por el medio especial de la declaración jurada, ya que la conducción forzosa del testigo al despacho no es posible, por sustracción de materia.

En este evento, como es obvio, el funcionamiento a quien competa juzgar disciplinariamente a todas y cada una de las personas a quienes la disposición se refiere, sólo procederá a actuar mediante solicitud previamente formulada por el juez que conoce del asunto. Así lo establece el numeral 4, in fine, del mencionado artículo 225.

(Proseguirá)

LA REFORMA JUDICIAL

Eugenio Prieto Mesa *

I. Reforma integral de la justicia colombiana. II. Desarrollo de la reforma: 1. Simplificación de la justicia. 2. Audiencia preliminar. 3. Descongestión de la justicia. 4. La jurisdicción de familia. 5. Creación y organización de la jurisdicción agraria. 6. Reformas en el sector comercial. 7. Breve síntesis.

El mundo entero vive y padece no sólo el desorden de una humanidad angustiada sino también la férula violenta de una injusticia patente que no obstante los correctivos que constantemente se conciben para lograr una paz judicial, se perpetúa dolorosamente.

Es por ello que la conducta humana disociada de la obligación de cumplimiento de las normas de derecho, en buena parte se queda sin sanción. El derecho se torna así en una verdadera entelequia ideal, en un anhelo, en una estructura o categoría pura que no trasciende al tráfago ordinario. Que sin duda ha de resaltar aún más la condición impropia de estatismo del derecho, puesto que el dinamismo que teorícamente lo vigorizaría aparece confundido y sin realidad.

Es uniforme el afán de la humanidad cualquiera que sea el credo que la gobierne o guíe, por hallar una justicia rápida, simple y eficaz, como también es verificable lo inalcanzable de estos elementales afanes puesto que se comprueba cotidianamente que la

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

justicia es inclementemente morosa, desvergonzadamente compleja y conturbadoramente ineficaz. Y no se avizora siquiera un comportamiento solidario y respetuoso que provenga de una conciencia moral cívica, sin necesidad de ligarlo a un juicio de valor, pues bastante justificativos son las necesidades de tolerancia recíproca y convivencia como sentimiento mínimo de solidaridad que morigere el comportamiento del ser.

Estos avatares del discurrir diario e histórico ejercen un maléfico influjo sobre todas las sociedades, compuestas éstas por personas que de manera constante ven alejarse la necesidad ontológica de justicia y que de soñadores, convierten sus espíritus en receptáculos de fementida desazón. La justicia clamada, invocada, exigida a gritos por el conglomerado social desencadena imperiosamente en cultivo de revolución que no encuentra más exclusas vivificantes que la violencia.

Pero lo expresado constituye un infortunio específico y exclusivo de una sociedad dada. Afecta a la humanidad en común, con todos los ribetes propios de la desesperanza. No es ahora precisamente en el devenir histórico que agota el presente, cuando es dable avizorar el advenimiento de la paz judicial. En el campo penal, las infracciones llevan consigo el signo de la impunidad más oprobiosa y desmoralizadora; en el civil, la evidencia de la mora injusta, la incompetencia funcionarista, la incivilidad y el exiguo conocimiento de la ciencia del derecho, dan al traste habitualmente con toda idea de justicia.

Es amargo pero real comprender con dolor cómo el vértigo inusitado de la conducta humana transgrede la norma tan pronto como se postula su promulgación. El hombre urgido por los antiprincipios que modulan e identifican la comunidad contemporánea repudia la norma que persigue el control y la sanción de sus desvíos en pro del bienestar general. Pero la lucha de los diferentes estados tendiente a la consecución y protección del bien común no puede ceder el paso a las exteriorizaciones múltiples de la anticonducta, puesto que ello sería tanto como renunciar a su destino y claro está, a su razón de ser.

La existencia de la norma como realidad jurídico-social y no como estructura fósil, su permanencia auténtica dentro del contexto de la comunidad, tiene que perpetuarse a golpes de opinión y de esfuerzos indeclinables. Si la norma de derecho va perdiendo su vigencia por culpa del mancillamiento de que es objeto por violación masiva de los asociados, el Estado tiene que salir robustecido del

trance y con espíritu humano y tesón debe establecer los nuevos mecanismos que sirvan para descongestionar el abandono que del cumplimiento hacen los súbditos.

Es la lucha entre el orden y el individuo que da virtualidad teórica al contrato social, caracterizado siempre por el incumplimiento de sus instituciones. Es la pasión y el fuego, la noción personal y egoísta de los principios que identifican a una suma de individuos dispares, insulares, antagónicos casi siempre, frente al imperio abstracto de convivir en un medio perturbado que sólo puede contenerse, limitarse, orientarse por la fuerza racional e impactante del derecho.

Nuestro país ha vivido esa lucha, esa confrontación. Sin duda la vive hoy más que nunca. La estructura de la justicia, acostumbrada a su propio desquiciamiento se conmueve mucho más al palpar la casi inesperada congestión que sobre ella ejercen nuevos elementos alterantes: la populosidad, el quebranto de la moral cristiana que aunque nunca tuvo altura encomiable ni rasgos verdaderos de solidaridad hoy muestra huellas de descomposición y hecatombe, la riqueza deslucida por infinidad de nuevos factores, la lucha de clases, la acidez de los inaceptables distanciamientos entre los diferentes estratos sociales, el lumpen, la droga...

Se ha creído tradicionalmente que las máculas de la justicia, sintetizadas en las conocidas categorías de morosidad, complejidad e ineficacia, se deben en alto grado a la impropiedad e inaplicabilidad de la ley procesal. Si ésta no es idónea y efectiva y moderna —se dice—, la injusticia será el resultado inexorable. Es por ello que los diferentes estados mantienen la preocupación de revisar sus leyes procesales, con el fin de modernizarlas y hacerlas operantes para que de este modo sirvan de instrumento adecuado a la rama jurisdiccional del poder público y sirvan de cauce progresivo a la implantación de la justicia. Con el fin de mejorarlas han sido introducidas en nuestro medio hondas modificaciones al sistema judicial.

Primero, en el régimen del presidente Betancur, el legislativo otorgó a éste facultades extraordinarias por virtud de la ley 52 de 1984, con el objeto de que se elaboraran y pusieran en vigencia las siguientes estructuras normativas: un nuevo Código de Procedimiento Penal, la creación y dotación de un cuerpo técnico de policía judicial, la creación, organización y reglamentación de la defensoría de oficial, la revisión y reforma a la carrera judicial, la reestructuración y descentralización de la Dirección de Medicina Legal y la elaboración y puesta en vigencia de un nuevo estatuto penal aduanero.

En aprovechamiento de las faultades concedidas, se realizaron los trabajos correspondientes y se entregaron el 6 de agosto de 1986, un día antes de que asumiera como presidente el Dr. Barco. Incumbió a éste institucionalizarlos mediante los decretos 050 a 055 del 11 de enero de 1987, y vinieron a constituir lo que se ha llamado la primera parte de la reforma de la justicia.

I. *Reforma integral de la justicia colombiana*

Aquella primera parte de la reforma, hace relación al concepto de Reforma Integral que se ha propuesto para conjurar la crisis judicial. Esta crisis tiene muchos orígenes, y con frecuencia se sostiene que sus verdaderas causas consisten en la escasez de recursos humanos y materiales. Se habla siempre con una queja no del todo elegante, de la justicia como una cenicienta del régimen institucional. Seguramente estos dos elementos son parte de la crisis o de sus causas, pero primordialmente ella ha surgido del desajuste o incongruencia que ostenta la estructura judicial actual frente a las profundas transformaciones de carácter económico, social y cultural que ha sufrido nuestra nación durante más de un siglo.

Desde luego si estos desajustes o incongruencias estuviesen necesaria y exclusivamente ligados al insuficiente número de funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional o con el reducido presupuesto atribuído periódicamente a ésta, la solución como simple esquema de identidad sería relativamente sencilla, sin descartar lo cuantioso del remedio. Este sería descomunal: vale la pena pensar en que según las estadísticas que posee nuestro país, sería menester multiplicar por siete el número de funcionarios y empleados requeridos para salir de la mora. El solo incremento inusual y desmedido de la burocracia haría nugatorio el remedio; y se tornaría aún más imposible si se piensa en el incremento presupuestal que sería necesario para lograrlo.

Meditando en estos postulados y con el buen ánimo de superar la crisis, siempre dentro del concepto de reforma integral, se presentó al Congreso de la República el proyecto que finalmente se convertiría en la ley 30 de 1987. Esta ley tuvo por fines esenciales los siguientes:

1. Ampliar la dimensión de los recursos materiales y humanos con que cuenta la Rama Jurisdiccional. Esto es decir, aumentar el número de jueces y empleados y atender con la mejor eficiencia

posible a la solución de los problemas creados por la falta de dinero. (De este modo, según el fin, se persigue superar las dos falencias que endémicamente se señalan o apuntan contra la organización judicial).

2. Descongestionar el aparato jurisdiccional sacando de él para trasladarlos a otras autoridades asuntos que no son estrictamente jurisdiccionales y que pueden manejarse mejor y más apropiadamente por la vía administrativa. Es una forma de racionalizar los procedimientos, con el propósito de procurar su eficiencia, modernización y rapidez.

Se propuso en este campo la liquidación de sucesiones, el régimen de separación de cuerpos por consenso, el matrimonio civil, el cambio de nombres y apellidos, etc., con la idea de evitar que muchas pretensiones de los particulares ingresasen al aparato judicial y pudieran resolverse sin proceso por virtud del acuerdo voluntario de sus titulares, manifestado ante funcionarios sin potestad jurisdiccional.

3. Modernizar y simplificar los procedimientos para hacerlos más ágiles. Con la utilización además de la cibernética (que consiste precisamente en la modernización de los medios de trabajo), y la informática.

Siguiendo estas directrices, en el escrito de exposición de motivos se apuntaron los siguientes atisbos: simplificación de los trámites; vigorización de los principios de concentración, eventualidad, inmediación y fundamentalmente, dirección del proceso por parte del juez; adoptar las normas necesarias para racionalizar las actuaciones.

Por otra parte, con miras a conseguir una verdadera descongestión judicial en relación con la estructura existente, se concedieron facultades precisas para crear la jurisdicción de familia, la jurisdicción agraria y la especialización en materia comercial de los jueces en lo civil del circuito.

II. Desarrollo de la reforma

Con este instrumento legal, la ley 30 del 87, se creó también la llamada comisión asesora, compuesta por un representante de la Corte Suprema de Justicia, uno del Consejo de Estado, otro del Tribunal Disciplinario, quienes tendrían tres asesores: uno en el

campo administrativo, otro en la informática y finalmente, uno en materia de organización judicial.

En desarrollo de sus propósitos se organizaron 17 subcomisiones que se ocuparían de preparar los anteproyectos de decreto en las diferentes ramas propuestas. Tales anteproyectos, por último recibían la aprobación, improbación, cambio y concepción final por parte de la comisión asesora.

Ahora bien, para metodizar un poco la materia contenida en el presente escrito, haré un enlistamiento atinente a las reformas que considero destacables dentro del campo del Código de Procedimiento Civil, con un detenimiento explicativo en lo que atañe a la audiencia del art. 101 del decreto 2282 de 1989, por considerarla trascendente e innovadora y de importancia inocultable; un atisbo a los diferentes decretos que proveyeron de nuevas facultades a los notarios; un trazo de lo que constituyen la creación y organización de las jurisdicciones de familia y agraria, y finalmente, una nota atinente a los jueces civiles del circuito especializados. Se advierte que aparte de las modificaciones al Código de Procedimiento Civil, los otros aspectos que trataré así sea sucintamente, contienen lo que podría llamarse normación para la descongestión de la justicia actual.

1. *Simplificación de la justicia*

En el decreto mencionado, el 2282, se hicieron importantes modificaciones a saber:

a) En la litis-contestatio o etapa inicial del proceso se hicieron cambios:

A los efectos de la presentación de la demanda respecto de la interrupción de la prescripción, la inoperancia de la caducidad y la constitución en mora del demandado.

A la inadmisibilidad y el rechazo de la demanda.

A la reforma de la demanda.

A las excepciones previas.

(fundamentalmente, la creación de la audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio que, como expresé, será tema especial).

b) Utilización de la grabadora mecánica con supresión del acta de la audiencia, la cual se pretendió imponer imperativamente, aunque al final, quedó instituída según el arbitrio del juez.

c) Eliminación de la llamada hora judicial, que la reemplaza la orden para que el juez inicie las diligencias en el primer minuto de la hora señalada.

d) Eliminación de casi todos los incidentes, con excepción del de nulidad y aceleración de éste, que va aparejada con la creación de trámites especiales.

e) Agilización del interrogatorio de parte, simplificación en la notificación del auto que lo ordena.

f) Eliminación de las condenas en abstracto o in genere, y la obligación de condenar en concreto si fuere posible, con autorización para el juzgador de decretar pruebas en tal sentido antes del fallo. La condenación in genere se conserva tan sólo para los autos, ya que la naturaleza propia de estas providencias crea la necesidad de conservarla.

g) Simplificación de las notificaciones personales y en ocasiones su remplazo por simples notificaciones por estado.

h) Simplificación del cobro de la condena impuesta en sentencia o en auto interlocutorio.

i) Aceleración y simplificación del trámite para la entrega de bienes inmuebles, muebles y personas. En particular deja resuelta la controversia jurisprudencial y doctrinal en relación con los bienes raíces cuya entrega no fue solicitada ante el juez de primera instancia dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que lo ordena, o a la notificación del auto que manda cumplir lo dispuesto por el superior. Con la reforma queda identificado el juez del conocimiento. Siempre lo será el juez de la primera instancia. Con una diferencia en la notificación: si la petición se hace dentro del término fijado por la ley (60 días a partir de la ejecutoria o del auto de cúmplase), la orden de entrega se notifica por estados; si se hace por fuera de tal término, la notificación será hecha personalmente.

j) Simplificación y aceleración del recurso de apelación. Se establece como principio general la concesión del recurso en el efecto devolutivo, en materia de autos. Establece asimismo una especie de acumulación de apelaciones de autos para enviarse todas ellas

juntas, ante el superior, una vez se encuentre el proceso apto para ser fallado.

k) Se mejoró el proceso verbal y se crearon dos procedimientos diferentes: el uno para los negocios de menor y mayor cuantía y otros asuntos de naturaleza especial, el propiamente verbal, y otro, llamado sumario, para asuntos de mínima cuantía en general y para otros en razón de su naturaleza.

l) En materia de auxiliares de la justicia se hicieron importantes modificaciones. Se introdujo la facultad de nombrar como secuestre a una persona jurídica, en las cabeceras de Distrito Judicial y en las ciudades que superen los 200.000 habitantes. Se exige la tenencia en propiedad o arrendamiento de bodegas, con licencias otorgadas para su funcionamiento, llenando como requisito sine qua non, entre otros, el seguro contra hurto, incendio y cumplimiento. Se suprimieron las diligencias de posesión, excepción hecha de los peritos.

2. *Audiencia preliminar*

Art. 101 del decreto 2282 (o audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio).

El imperativo de una audiencia preliminar viene de atrás. En nuestro mundo latino, ya en las terceras y cuartas jornadas latinoamericanas de derecho procesal celebradas en 1962 y 1967, fue parte del temario el denominado "Despacho Saneador", que constituye parte esencial de la audiencia.

En las bases generales comunes para códigos latinoamericanos de procedimiento civil, preparadas por los uruguayos Gelsi Bidart y Enrique Véscovi, se aconsejó la consagración de una audiencia preliminar para intentar la conciliación de las partes, para precisar los hechos, depurar de defectos el proceso por conducto del "despacho saneador" y para la adopción de otras medidas similares.

Es sabido que el proceso moderno se inclina cada día más hacia el sistema de la oralidad. En nuestro mundo ibérico la mayoría de los procesalistas aceptan esta tendencia y consideran que el tema de la oralidad, aunque no ha llegado a su agotamiento, está satisfactoriamente superado. Sin embargo tienen ellos la marcada inclinación de adoptar el sistema mixto, principalmente porque en

nuestro medio subdesarrollado no se disfruta todavía de los elementos técnicos indispensables para su debido funcionamiento. Las últimas reformas de México y España (1984, 1985) adoptan, no obstante que lo hacen tímidamente, este sistema mixto que esencialmente se sustenta en la oralidad, pero se sigue admitiendo la mixtura de lo escrito, parcialmente al menos, por considerar que aparte de las falencias técnicas del medio, contiene ciertos beneficios y virtudes.

En el proceso mixto que se va imponiendo definitivamente también entre nosotros, la oralidad muestra un cierto grado de predominio, por oposición al sistema anterior en el que el predominio de lo escrito es absoluto. Este tiene varias caracteríísticas que distinguieron al proceso común (Romano-Canónico): la escritura en primer lugar, regida por el principio de que quod non est in acto non est in mundo; la ausencia de contacto directo entre el juez y las partes y entre aquél y los medios de prueba, que lo tornan a fin de cuentas insular, frío, inepto; el criterio de tasación de la prueba conforme a la llamada tarifa legal; y finalmente la realización cíclica o preclusiva del procedimiento.

Es necesario aceptar que en el sistema mixto quedan indudablemente huellas del escrito que se consideran todavía insuperables en nuestro ambiente jurídico: la demanda sigue siendo literal (en principio), y la contestación lo es (en su amplio sentido de contradicción, excepciones y defensas), también lo es la reconvención, la interposición y sustentación de los recursos (en su mayoría). Pero aparece como elemento fundamental del proceso, la audiencia, en especial la que por antonomasia ha sido llamada preliminar. La audiencia se lleva a cabo con la reunión de los tres sujetos esenciales del proceso: el juez y las partes que de manera conjunta, protagonizan los actos. Esa manera de hacerse las cosas permite el intercambio, las narraciones, verificaciones y aún contradicciones entre los asistentes. Se desenvuelve naturalmente, hablando y oyendo (audire-audiencia). Los sujetos se reunen y hablan que es el resultado natural y lógico de la co-presencia, y esta circunstancia hace que sean más viables los principios de publicidad, inmediación y concentración.

La oralidad es el camino ideal para acceder a la justicia, en especial para quienes por sus condiciones económicas y culturales deficientes se encuentran inhabilitados para sostener los costos, formalismos y duración extrema del proceso escrito. Es una de las razones por la cual se ansía transformar el proceso escrito, "deses-

peradamente escrito" en sentir de Couture. Viene del Bajo Imperio con su pergeño lento, pesado, reñido con la realidad; sigue entre nosotros en la época colonial, ya modificado un tanto por el derecho romano-canónico, por singracia de la conquistadora España. El art. 101 de la reforma entraña la concreción de la necesidad de superarlo.

El calificativo de "preliminar" que recibe en algunas legislaciones acaso para denotar su sentido de previa o aún de preprocesal, no hace parte del contexto patrio. Si se acepta como antecedente cercano el régimen austríaco, aceptación que es muy propia, su nombre debería ser simplemente el de primera audiencia. Es de todas maneras, previa, a las etapas con debate sustancial.

Se trata, según Bidardt y Véscovi, "de una primera audiencia, dentro del proceso a la que deben comparecer ambas partes y que será presidida por el tribunal, con un muy complejo contenido, pero con el fin primordial de evitar el litigio, o limitar su objeto y depurar el procedimiento". En la definición transcrita se compendian los elementos estructurales de la audiencia que se estudia, pero no pocas legislaciones identifican su alcance con una sola de sus partes o funciones, tal como sucede en el sistema brasileño en el cual la audiencia está plenamente absorbida por el despacho saneador.

No son claramente definitivas las fuentes de la audiencia preliminar, entre otras razones porque confluyen en ella objetivos diferentes e incluso diversos institutos procesales: la comparecencia personal de las partes y el libre interrogatorio, la hipotética conciliación, el saneamiento del proceso. Couture sostiene que su origen se halla en el sistema norteamericano del "pretrial". Ya se indicó como posible fuente de ella el régimen austríaco. Para Guasp tiene su arraigo en la concordantia dubierum del derecho canónico y el despacho saneador del derecho portugués. Entre nosotros, Hernando Morales Molina sostiene que su origen se halla en el "Reglamento Legislativo e giudiziario per gli affari civili" expedido en el siglo pasado por el Papa Gregorio, mientras que Barrios de Angelis piensa que proviene del ordenamiento procesal inglés, siguiendo en ello a Cappelletti. Barbosa Moreira afirma que tiene su fuente en el despacho regulador sistematizado originalmente en el proceso sumario portugués en 1907 que, transformado, vino a ser parte del actual Código Procesal Brasileño. La tendencia general entre los latinoamericanos es la de sostener que su procedencia está en el Código

de Klein. Importa hacer notar que la audiencia ha sido incorporada a los códigos de Paraguay, Uruguay, Méjico y España.

Pero aunque el rastreo histórico es importante más lo es el condensar las funciones que la doctrina y el propio derecho positivo le han atribuído. Los objetivos son muy variados, tanto en lo relativo a las legislaciones que han incorporado el sistema, como en los autores. Especialmente por ello es necesario agrupar dichos objetivos y para mayor claridad acerca de su propia demarcación, evitando o moderando al menos la impresión de sus detractores para quienes los jueces no tendrán tiempo para fijar las audiencias y menos para realizarlas.

La mora como argumento es falaz puesto que precisamente el fin primordial de la audiencia es abreviar el procedimiento, acelerándolo. Pero el reparo obedece más al característico "temor a la oralidad" que a un argumento defensable; se agrega, claro está, en favor de tal posición que para su funcionamiento será preciso crear un sinnúmero de jueces y que los presupuestos de nuestras naciones nunca lo han permitido ni lo permitirán ahora ni en el futuro. Pero un análisis profundo desvirtúa el ataque. Uno más superficial también lo logra por medio de unos cuantos argumentos simples: no es probable que por este conducto se hagan más largos los procesos, si en realidad son muchas las conciliaciones que se ajustan; al limitarse el objeto del proceso y la lista de sus pruebas, el proceso se acelera; el mismo fin se consigue en cuanto se resuelven allí algunas excepciones (unas precisamente ponen fin al proceso) y presupuestos procesales; se cautela igualmente la proliferación de sentencias inhibitorias con lo cual se evitan dobles y aún triples procesos.

Ocurre más bien que las razones expuestas en contra de la conveniencia de la audiencia, no están montadas exactamente sobre lo que suele suceder: que en nuestros defectuosos sistemas escritos muchas de las actividades que debe realizar el juez, son desplazadas a otros funcionarios y no siempre revestidos de idoneidad; son éstos al fin quienes reciben testimonios, practican toda clase de pruebas (interrogatorios de parte incluídos), dictan providencias, a veces profieren o preparan sentencias. En tratándose de órganos colegiados, el ponente asume una decisión y los demás adhieren a ella sin que medie el estudio necesario, desdibujándose así y con perjuicio para la justicia la idea del análisis conjunto que incumbe a la Sala. Aun aceptando para el caso que el proceso escrito fuese más rápido, la función de juzgar estaría comprometida por causa de su

desplazamiento inadmisible. Si fuese cierto el argumento según el cual habría la necesidad de crear muchas más plazas de jueces, pues que éstas sean creadas y que para compensar en algo o en todo se suprima el número de otros funcionarios que son los que a la postre, constituyen una burocracia pesada, lerda, inmóvil, morosa, inútil y costosa.

Es que en el fondo se trata de crear una nueva imagen del juez, de matarle su rumbo estático por otro esencialmente dinámico: el de un juez director que asume todos los ingredientes que son materia del proceso para con ellos, hacer justicia. No deberá seguir siendo un espectador quieto, imperturbable. No será más quien lea la novela que las partes le prepararon, sólo para ponerle el epílogo como alguien apuntó con alta dosis de mordacidad. Se necesita un juez que proponga soluciones creativas y razonables, que argumente, que discurra con las partes en torno a las incidencias tortuosas del debate, que explore en las inconveniencias del resultado incierto e impredecible. Y que por ello no se le considere "cargado", atado a una parte, falto de independencia. Estas imputaciones no caben ciertamente sino en la conciencia del mundo latino con sustento en la pasividad del juez, en su enclaustramiento en la torre de marfil que nuestra tradición un tanto solemne ha creado para mal. En los países donde el proceso es oral, en cambio, el juez interviene activamente, con la autoridad propia de un director, niega peticiones, recrimina a las partes, a los testigos, a los peritos, a los abogados que no obran con lealtad y probidad, sanciona, amonesta, es el director de la escena... y sin embargo continúa su tarea normalmente sin que nadie le haga la imputación de haber perdido su necesaria imparcialidad.

Antes de sintetizar los objetivos de la audiencia, es bueno destacar que se está frente a ésta y que por consiguiente lo esencial consiste en comparecer ante alguien que está dotado de autoridad y realizar una actividad ante él (ser oído y oir, como apunta Bidart). De esa forma se realiza el mero proceso, como actum triarum personae. Y finalmente que el juez asuma su papel de director en el proceso, fin para el cual debe estar suficientemente instruído en la causa. Es por esto que la audiencia debe evacuarse dentro del proceso y no antes, para que el juez disponga de todos los elementos requeridos para conocer los alcances del debate y hallarse en condiciones de poder presentar fórmulas conciliatorias, con toda propiedad.

Las principales funciones de la audiencia pueden clasificarse así:

a) *La conciliadora*

Se considera por lógica, como la primera etapa de la audiencia preliminar, puesto que tiende a poner fin al proceso o limitarlo en la medida en que ella ocurra total o parcialmente.

Cabe un primer atisbo en cuanto se ha cuestionado si la función de conciliación deba o no corresponder a los jueces. En el Código Mejicano dicha función la cumple "el conciliador". Ahora más que nunca la justicia conciliadora es un tema trascendente, hace parte de la problemática más general de la justicia, de las formas de acceso a ésta y la que sugiere fórmulas alternativas. Mas no por ello es nueva, representa una de las formas más primitivas la de intentar la conciliación entre los contendientes. No obstante, hoy, su vigencia se ha revalorizado y mostrado su inocultable importancia.

La manera de imponerla por fuera de los tribunales se planteó y discutió profusamente en el llamado Coloquio de Pau (6-9 de julio de 1982). Por mucha parte de la asistencia se tomó como una de las formas de justicia alternativa para decidir los asuntos litigiosos por fuera del conocimiento de los jueces. Se adujo como argumento principal que la justicia "tradicional" es lenta y cara y burocrática, de muy difícil acceso para las personas carentes de recursos. Se expresó inclusive la necesidad de imponer la justicia conciliatoria por fuera de los tribunales como una forma que no tendía a resolver el conflicto (no conducía a trancher le litige) de modo tajante, sino a solucionarlo pacíficamente de acuerdo con una especie de justicia existencial (Mauro Cappelletti), con referencia especial a aquellos contrincantes que deben luego seguir conviviendo; era una wormer way of disputes. No era por lo tanto una justicia que decidía dando la razón a una u otra parte sino un arreglo de las disputas que hiciera posible la posterior convivencia. Sostenía Cappelletti la necesidad de una forma más cálida (wormer) para solucionar entre personas con la meta especial de salir del paso manteniendo las buenas relaciones, sin vencedores ni vencidos, proponiendo, por lo tanto, un sistema diferente al de la justicia tradicional signada por cierto burocratismo. "Hay —decía— que derregularizar, delegalizar, deprofesionalizar buscando soluciones simples, equitativas y de avenimiento". Miraba sin duda a la solución de los conflictos que, como una verdadera explosión, han surgido en las comunidades modernas, a las nuevas formas de vida y de relación, como son los que provienen de la convivencia en las fábricas, en los talleres, en los condominios; en general, a los que plantean la defensa de intereses o derechos que rebasan como sujeto al individuo, tales como

los derechos colectivos, difusos, como la defensa del consumidor, del medio ambiente, del llamado patrimonio cultural o artístico.

Frente a problemas de tan hondo calado social, una fuerte corriente de doctrinantes creyó que ese tipo de justicia debía impartirse por otro personaje distinto al juez tradicional. Se habló de un funcionario preparado para ello que tuviera la agilidad propia para moverse prontamente al lugar mismo donde tuviera su génesis el conflicto; que ese funcionario tuviese algunos conocimientos jurídicos y más aún conocimientos sicológicos y sociológicos; que más que como juez obrara como asistente social en la búsqueda de una solución práctica y eminentemente equitativa.

Es claro que los planteamientos hechos en el citado Coloquio son válidos. Pero es fácilmente advertible que ellos por su misma índole (que se originan en la vecindad, en la fábrica, en el taller, entre los consumidores) no llegan a los juzgados y menos a los tribunales. Y que por otro lado se persigue precisamente descongestionar la justicia tradicional haciéndola más rápida y humana, menos burocrática y más funcional, todo lo cual se pretende obtener por otros medios, entre los cuales se destaca la oralidad. No parece descabellado y sí muy lógico acoger y disciplinar las dos vertientes: la justicia tradicional mejorada con la oralidad, con la audiencia; y la nueva justicia alternativa creando para su praxis los funcionarios conciliadores encargados de superar esos conflictos menores si se quiere, que vienen aflorando en el mundo contemporáneo. Sin olvidar que en principio el juez es un técnico del derecho y mejor conocedor que nadie del conflicto y sus pretensiones y quien, con el uso adecuado del instrumento de la audiencia, está mejor capacitado para conciliar.

b) *La saneadora*

Es ésta una función esencial, tanto que muchos procedimientos como el brasileño, la mantienen en el proceso escrito.

Al decir de Barbosa Moreira "La función de saneamiento, supone la solución de cualesquiera cuestiones susceptibles de distraer la atención de la materia referente al *meritum causae*". Vale decir, a resolver asuntos que no se relacionan con el fondo de la causa y que propenden a facilitar la tarea del juez en el futuro (abreviación); y evitar la dilación innecesaria del trámite si se llegase a proferir al final una declaración de nulidad del proceso o la falta de un presupuesto procesal.

Entre las cuestiones que no son de mérito se incluyen las que se refieren a la competencia, capacidad y legitimación (en ciertos casos) de las partes, asuntos de conexidad, litispendencia, cosa juzgada, integración de la litis, prevención de nulidades, etc. En punto de legitimación procede anotar que el Código del Brasil decide sobre ello en el Despacho Saneador; y en el anteproyecto de Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica se admite su relevamiento aún de oficio, desde el comienzo del proceso cuando fuere notoria o claramente inexistente. En los más avanzados códigos (que no es propiamente el caso de los iberoamericanos) se admite la solución previa y aún relevable de oficio, referente a la falta de dualidad y de interés para obrar que implican un estudio sobre el fondo y que el proceso francés incluye entre los fin de nom recevoir.

También se admite la solución a un problema de fondo como es lo referente a la improponibilidad objetiva de la demanda, que se resuelve en la audiencia, de oficio o a petición de parte.

El saneamiento del proceso supone que todos estos asuntos, excepciones previas o dilatorias, falta de presupuestos como la capacidad y aún la legitimación, improponibilidad de la demanda, litispendencia, cosa juzgada, caducidad, transacción (estas dos como excepciones mixtas), falta de competencia, representación, etc., se planteen y se resuelvan aún de oficio por el juez, mediante lo que constituye un despacho saneador.

c) *La fijación del objeto*

Es la limitación precisa del objeto de la litis y por lo tanto la limitación de la prueba que se debe producir, la cual dependerá naturalmente de los hechos controvertidos.

Las partes pueden ratificar y ampliar sus pretensiones. El actor, extender los medios de prueba en el caso de la demanda de reconvención; el demandado, en el supuesto de que se amplíen las pretensiones. Los hechos pueden ser planteados como tema probatorio después de que las partes acepten cuáles son los realmente controvertidos, porque los que no tengan ya esta condición no precisan prueba alguna. En fin, es el momento propicio para decretar las pruebas y la forma de evacuarlas, señalando para tal efecto las diligencias y audiencias, con aplicación de los principios de concentración e inmediación. En esta etapa también es de vital importancia el papel dicrectivo del juez.

La audiencia del art. 101

Los postulados anteriormente vertidos y otros, son los que se recogieron en el art. 101 del decreto 2282 que contiene las modificaciones al Código de Procedimiento civil actual.

No será materia de este escrito el examen del enunciado artículo, tanto en lo que concierne a los institutos que allí fueron incorporados como al procedimiento previsto.

Ya habrá tiempo, cuando empiece la vigencia de la reforma, para observar la forma experimental como se llevará a cabo la audiencia. Para examinar los distintos rumbos que tomen los diferentes jueces y tribunales en su aplicación. Pero se ansía que en todo caso, su aplicación sea propicia para que el juez mute su mentalidad y logre ser, como se anhela, el director del proceso. Y no un director cualquiera sino el mejor de los directores: activo, previsivo, conocedor, ecuánime y que no confunda los términos de la audiencia cuyo fin primordial es acelerar el proceso por medio de la conciliación especialmente.

3. *Descongestión de la justicia*

Ya se expresó que una de las metas principales de la reforma a la justicia estaba dirigida a descongestionar la rama jurisdiccional de aquellos asuntos que no ostentan este carácter estricto y que, siendo los titulares de los respectivos derechos capaces plenamente, obrando de consuno, puedan ser manejados más apropiadamente por la vía administrativa. Son entonces pretensiones de particulares que no tienen que ingresar al aparato jurisdiccional y que pueden y deben resolverse sin proceso, mediante el acuerdo voluntario de los interesados expresado ante funcionarios ajenos a la ya mencionada rama.

En ejecución del criterio enunciado fueron expedidos varios decretos, según los cuales se trasladan a los notarios algunas importantes funciones que hoy están adscritas a los jueces.

El alcance de los decretos es el siguiente:

a) Por medio del decreto 902 de mayo 10 de 1988 se autorizó la liquidación, ante notario, de sucesiones y sociedades conyugales vinculadas a ellas, cualquiera que sea la cuantía, siempre que he-

rederos, legatarios y cónyuge procedan de común acuerdo, sean plenamente capaces, y lo soliciten por escrito.

La actuación se debe cumplir por intermedio de abogado, a menos que los bienes tengan un valor inferior a los cien mil pesos ($ 100.000.oo).

El procedimiento es muy acelerado puesto que permite incluir con la petición, el inventario, el pasivo tanto de la herencia como de la sociedad conyugal y aún el trabajo de liquidación, partición y adjudicación. Si el notario aprueba la solicitud, se otorga la escritura que recoja lo actuado; pero si llegasen a transcurrir dos meses sin firmarse, después de la aprobación, el trámite termina.

El decreto 1729 de agosto 3 siguiente, introdujo algunas mutaciones, así:

Permitió que los cesionarios de derechos hereditarios pudieran elevar también la solicitud; que los acreedores pudieran firmarla, sin perjuicio de dar el aviso a hipotéticos interesados. Señaló además que, en el evento de existir varios notarios, la petición se puede elevar ante cualquiera de ellos pero siempre actuando de común acuerdo; y que si se hubiese tramitado una sucesión por la vía judicial, en el supuesto de aparecer nuevos bienes el trámite puede hacerse ante notario.

b) El decreto 999 de mayo 23 del 88 atribuyó competencia a los notarios para realizar las correcciones del registro del estado civil y para el cambio de nombre.

Estatuyó que el propio interesado puede sustituir, corregir, rectificar o adicionar su nombre "con el fin de fijar su identidad personal".

c) El decreto 1555 de julio 14/89 permite a los representantes legales de los menores de edad o de los hijos adoptivos, cambiar el nombre de éstos, sin perjuicio de que los representados puedan hacer lo mismo por una sola vez cuando lleguen a la mayoría.

d) El decreto 2458 de noviembre 28 del 88 autorizó la separación de cuerpos del matrimonio civil, si se hace por escritura pública y se obra de común acuerdo. Produce los mismos efectos que la separación de cuerpos por la vía judicial.

También autorizó a los esposos para que, por mutuo consentimiento, puedan modificar el convenio relativo a las obligaciones recíprocas y para con los hijos comunes.

e) El decreto 2668 del 26 de diciembre del 88 autorizó el matrimonio civil ante notario, aunque los jueces municipales en lo civil conservan su competencia. Se solemniza el acto por escritura y es competente para llevarlo a cabo el notario del domicilio de la mujer.

Los menores adultos también pueden contraerlo pero en tal caso necesitan el permiso de sus representantes, expresado en la forma prevista por la ley.

f) El decreto 1557 de julio 14 del 89 dio permiso para que los notarios recibieran declaraciones con fines extraprocesales. Tales declaraciones tendrán el mismo alcance que las recibidas ante el juez. Se harán constar en un acta.

Introduce una novedad: el interesado puede elaborar el acta y el notario simplemente comprobará que cumple con los requisitos esenciales: generales de la ley, juramento, explicación de la razón del testimonio y que versa sobre hechos del declarante o de que tenga conocimiento.

g) El decreto 1712 de agosto 1º del 88 facultó a los notarios para proferir la insinuación atinente a las donaciones. Tendrá lugar igualmente por medio de escritura, y se contrae a las donaciones cuyo valor exceda de cincuenta (50) salarios. Es menester que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga con ello ninguna disposición legal.

Las donaciones referidas a cuantías inferiores a los cincuenta (50) salarios no requieren insinuación. En esta forma queda superado el artículo 1.458 del Código Civil en cuanto preceptúa que "La donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso". Constituye sin duda una reforma saludable, que deja sin efecto una anticuada regla que evidentemente no se compagina con el valor actual de la moneda.

La escritura que debe correrse al efecto deberá contener la prueba fehaciente del valor comercial del bien, la calidad de propietario del donante y la de que éste conservará lo necesario para su congrua subsistencia.

h) El decreto 1900 de agosto 24 del 89 facultó al notario para autorizar el divorcio del matrimonio civil, por la causal prevista en el numeral octavo del art. 154 del C. Civil. Esta causal se refiere a la separación de cuerpos decretada judicialmente y que perdure más

de dos años. En consecuencia, el divorcio procede ante el notario cuando la separación de cuerpos perdure más de dos años, sea que la separación se haya decretado judicialmente o se haya llevado a cabo ante notario. Todo, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley.

El divorcio se hace mediante escritura y con ésta se protocoliza copia auténtica de la sentencia de separación de cuerpos, con las constancias de notificación y ejecutoria, o la escritura de separación efectuada ante notario, junto con el registro de nacimiento y matrimonio de los divorciados y de nacimiento de los hijos comunes.

En la escritura se insertará, además, el texto relativo a las obligaciones recíprocas de los cónyuges, el modo como atenderán el cuidado personal de los hijos, la proporción en que atenderán los gastos de crianza, educación y establecimiento.

4. *La jurisdicción de familia*

Es otra de las facultades insertadas en la ley 30 del 89.

Tiene por propósito esencial la consecución de una unidad temática en los asuntos de familia, hasta hoy lamentablemente dispersos, en torno a una justicia operante. La dispersión vigente hoy, de los negocios ventilados en diversas jurisdicciones —salas o juzgados— sin especialización alguna, impide la debida convergencia institucional como también el logro de una carrera judicial en este sector.

Igual que en la temática fijada a los notarios, se pretende alcanzar la descongestión de la justicia civil, al trasladar a las salas de familia y sus jueces los asuntos relacionados con el derecho de familia.

La especialización de las distintas áreas del derecho, tanto en su estudio como también en las competencias que dirimen sus conflictos, es una característica denotante del mundo moderno. Y es necesario llevar esa especialización a la magistratura. Así se ha hecho en nuestro medio como en el resto del mundo. Sabemos cómo el derecho civil ha venido derivando en una serie de ramas: comercial, laboral, seguros, bancos, y cómo en el campo procesal, la jurisdicción que en esencia es una, ha venido también atomizándose en ramas para repartir el trabajo: la civil, la penal, la laboral, la

contencioso administrativo... y ahora, la reforma incorpora la de familia y la agraria. Todo con fundamento en el criterio según el cual el mundo del derecho constituye en verdad un universo, que se maneja mejor con la idoneidad que es propia de la especialización, la cual deja a un lado la nefasta promiscuidad en el conocimiento de los distintos litigios.

El decreto 2272 del 89 en su artículo primero creó la sala de familia en los tribunales superiores de distrito judicial para el ejercicio de la jurisdicción de familia. Se dispuso que las salas ejerzan sus funciones en sala de decisión, integradas en cada asunto por el magistrado ponente y por los dos que le sigan en orden alfabético de apellidos. Y que las decisiones se toman por dos magistrados cuando quiera que la sala esté integrada por menos de tres.

Se determinó que los jueces civiles y promiscuos de menores se denominarán en adelante jueces de familia y promiscuos de familia; los penales de menores se denominarán simplemente jueces de menores y seguirán ejerciendo sus funciones de acuerdo con la ley.

El mismo decreto dispuso que en cada cabecera de circuito habrá al menos un juzgado de familia.

A las salas de familia de los tribunales de distrito judicial les asignó los siguientes asuntos:

a. De la apelación de las sentencias dictadas en la primera instancia por los jueces de familia, y del recurso de queja.

b. De la apelación de los autos interlocutorios.

c. De las consultas de las sentencias proferidas por los jueces de familia.

d. Del recurso de revisión interpuesta contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por los jueces de familia.

Por su lado a los jueces civiles de menores, ahora de familia, se les invistió de competencia para conocer de los siguientes asuntos:

En única instancia:

a. De la protección del nombre.

b. De la separación de cuerpos por mutuo acuerdo, sin perjuicio de la competencia atribuída a los notarios.

c. De la suspensión y restablecimiento de la vida en común de los cónyuges.

d. De la custodia y cuidado personal —visita y protección— de los menores.

e. De la designación de curador ad-hoc para la cancelación del patrimonio de familia inembargable.

f. De la aprobación del desconocimiento de hijo de mujer casada, en los casos de ley.

g. De la citación para reconocimiento de hijo extramatrimonial.

h. De los permisos a los menores para salir del país, cuando haya desacuerdo entre sus representantes legales o entre éstos y quienes tengan la custodia y cuidado personal.

i. De todo aquello que por disposición legal, el juez deba resolver con conocimiento de causa o breve y sumariamente o con prudente juicio o a manera de árbitro.

En primera instancia:

a. De la nulidad y divorcio del matrimonio civil.

b. De la investigación e impugnación de la paternidad y maternidad legítimas o extramatrimoniales y demás asuntos atinentes al estado civil de las personas.

c. De la separación de cuerpos en el matrimonio civil o canónico cuando haya controversia.

d. De la separación de bienes y de la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges, sin perjuicio de la competencia correspondiente a los notarios.

e. De la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y administración de los bienes del hijo.

f. De la designación y remoción de guardadores.

g. De la aprobación de las cuentas rendidas por el guardador.

h. De la interdicción del disipador, demente o sordomudo, y de su rehabilitación.

i. De la rendición de cuentas de la administración de los bienes del pupilo.

j. De las diligencias de apertura y publicación del testamento cerrado y de la reducción a escrito del testamento verbal.

k. De los procesos de sucesión de mayor cuantía, sin perjuicio de la competencia atribuída a los notarios.

l. De los procesos contenciosos relativos al régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales.

m. De las licencias para enajenar o gravar bienes.

n. De la declaración de ausencia y de la declaración de muerte por desaparecimiento.

o. De la adopción.

p. De la insinuación de donación entre vivos en cantidad superior a cincuenta (50) salarios, sin perjuicio de la competencia de los notarios.

q. De la corrección, sustitución o adición de las partidas del estado civil, cuando se requiera intervención judicial.

En segunda instancia:

a. De los procesos de sucesión de menor cuantía.

b. De los procesos atribuídos a los jueces de familia en única instancia, cuando en el municipio no exista juez de familia o promiscuo de familia.

También a los jueces civiles y promiscuos municipales les dio competencia para los siguientes asuntos:

En única instancia:

a. En procesos de sucesión de mínima cuantía.

b. En la celebración del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia dispensada a los notarios:

En primera instancia:

a. En los procesos de sucesión de menor cuantía.

b. En los procesos atribuídos a los jueces de familia en única instancia, cuando en el municipio no exista juez de familia o promiscuo de familia.

Y por último, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le asignó competencia para conocer de:

a. La aprobación cuando no haya proceso, de las conciliaciones entre cónyuges, padres y demás familiares en los siguientes

asuntos: a. Fijación provisional de residencias separadas; b. Cauciones de comportamiento conyugal; c. Alimentos entre cónyuges si hay hijos menores; d. Custodia y cuidado de los hijos, padres o abuelos y alimentos entre ellos; e. Regulación de visitas, crianza, educación y protección del menor.

Fracasada la conciliación, y si fuere necesario, el instituto podrá adoptar medidas de carácter provisional sin perjuicio de la competencia de los jueces de familia.

b. Concesión de permisos a menores para salir del país, cuando carezcan de representante legal, se desconozca el paradero de éste o uno de los padres o éstos no se hallen en condiciones de otorgarlo.

Desarrollo de la jurisdicción de familia

Para su operancia, el mismo decreto creó sesenta y dos (62) plazas de magistrados y ciento setenta y un (171) juzgados de familia. Pero, no obstante que dicha jurisdicción empezó a regir el 1º de febrero del corriente año, los nombramientos correspondientes no se han efectuado aún. Empero, el propio decreto previó la solución para el evento que se contempla: la remisión de expedientes se hará tan sólo con la respectiva autorización de los tribunales superiores de distrito judicial, en la medida en que comiencen a funcionar los despachos creados. En todo caso, es lógico concluir que donde quiera que hubiese juzgados civiles o promiscuos de menores, hoy de familia, la jurisdicción de familia es aplicable íntegramente.

5. *Creación y organización de la jurisdicción agraria*

Es sabido por todos que los conflictos agrarios se han manejado bajo una organización judicial inadecuada.

Las normas procesales no han tenido por guía las condiciones socioeconómicas especiales de las relaciones agrarias. Los jueces, además, no han tenido una formación propia, pues han sido adoctrinados con una guía civilista.

La creación y organización de esta jurisdicción especial pretende llegar al conflicto agrario y a su solución, con jueces que posean la debida especialización, la cual habrá de adquirirse más fácilmente si dedican su atención con exclusividad a los asuntos del campo.

Se discutió y se quiso definir en el seno de la comisión asesora cuál sería el criterio apropiado para enmarcar lo agrario. No hubo acuerdo al respecto y por ello se decidió no incorporar ninguno como guía en el decreto 2303 del 7 de octubre de 1989, que fue la norma creadora y organizadora de esta jurisdicción especial. Pero conviene exponer suscintamente que dos criterios centrales llamaron la atención: el primero, simplista y claro, según el cual es agrario todo aquello que deja de ser urbano, para lo cual se seguirían exactamente las definiciones al respecto hechas por el Instituto Agustín Codazzi; el segundo, deja de lado el aspecto meramente geográfico y trata de definir lo agrario con apoyo exclusivo en la naturaleza de la relación jurídica: si ésta es agraria, el conflicto es agrario. Para mi modo de pensar, el segundo criterio es más sólido y científico, porque sin duda alguna es de fácil observación cómo en los municipios, especialmente en las grandes ciudades y precisamente dentro del marco definido como urbano, se mantienen relaciones de naturaleza estrictamente agraria: gallineros, lecherías, fábricas de alimentos, etc. y cómo también, por el contrario, dentro de la zona rural del país y muchas veces precisamente en sitios muy alejados de los centros urbanos, se ventilan relaciones que carecen de todo distintivo agrario: valgan las muchísimas fincas de recreo, como ejemplo. En todo caso, corresponderá a la doctrina y la jurisprudencia el trazo definitivo de lo que ha de entenderse por conflicto agrario.

El decreto 2303 ya mencionado, en su artículo 1º creó la jurisdicción agraria y como marco de la misma estatuye que tiene a su cargo el conocimiento y decisión de los conflictos que se originen en las relaciones de naturaleza agraria. Esta es la norma general de conocimiento.

Conoce en especial de los conflictos que se deriven de la propiedad, posesión y mera tenencia de los predios agrarios, de las actividades agrarias de producción y de las conexas de transformación y enajenación de los productos, en cuanto estas dos últimas no constituyan actos mercantiles (caso en el cual incumben a la jurisdicción ordinaria) ni tales relaciones emanen de un contrato de trabajo (pues su decisión corresponderá a la jurisdicción laboral). Asimismo, las controversias que suscite la aplicación de los distintos preceptos que regulan la conservación, el mejoramiento y la adecuada utilización de los recursos naturales renovables de índole agraria y la preservación del ambiente rural. Corresponde a esta jurisdicción especial, finalmente, los conflictos que surjan de la aplicación de normas agrarias "aunque estén contenidas en ordena-

mientos legales distintos de los agrarios" (y que no se hallen adscritos a la jurisdicción contencioso-administrativo).

Competencia propiamente dicha

En cuanto estén relacionados con actividades y bienes agrarios, conoce los siguientes procesos:

a. Reivindicatorios.

b. Posesorios.

c. Divisorios.

d. Expropiatorios para fines agrarios distintos de los previstos en las leyes sobre reforma social agraria.

e. Los que se originen en contratos agrarios, como arrendamiento, aparcería y similares, agroindustriales y compraventa de productos.

f. Lanzamiento por ocupación de hecho.

g. Pertenencia.

h. Saneamiento de la pequeña propiedad agraria.

i. Deslinde y amojonamiento.

j. Restablecimiento de la posesión o la tenencia en el caso previsto en el art. 984 del C. Civil.

"Todo el que violentamente ha sido despojado de la posesión o la tenencia y que por poseer a nombre de otro o por no haber poseído bastante tiempo o por otra causa, no pudiere instaurar acción posesoria... tendrá derecho para que se le restablezcan las cosas al estado en que antes tenían... probando el despojo violento...". Esta acción tiene una prescripción de seis meses a partir del despojo.

k. Servidumbres.

l. Las controversias que versen sobre los derechos de los comuneros consagrados en los arts. 2330 a 2333. Es decir:

Cuando existe posesión común en tierra labrantía, existe derecho en favor del comunero para que se le señale una porción para su uso particular.

Cuando existe posesión común en tierras destinadas a la cría de bestias, tiene derecho el comunero para que se le fije el número de bestias proporcional a su derecho que puede mantener por su cuenta.

La posesión común en un bosque da derecho al comunero para sacar madera y leña para su uso.

En relación con la posesión proindiviso sobre pastos que carecen de linderos (el caso de las sabanas), tiene derecho a que se le señale el número de cabezas que puede tener por su cuenta.

m. Los atinentes a empresas comunitarias, sociedades y asociaciones agrarias.

Les corresponde conocer igualmente de los procesos originados en acciones populares fundadas en normas sobre preservación del ambiente rural y manejo de los recursos naturales renovables.

Funcionarios a quienes les corresponde

La jurisdicción agraria será ejercida por los juzgados agrarios, por los tribunales superiores de Distrito judicial y por la Corte Suprema de Justicia. Por lo que hace relación a los jueces, tendrán que llenar los mismos requisitos correspondientes a los jueces del circuito.

Competencia de los jueces agrarios

En única instancia: conocen de los procesos agrarios entre particulares en cuantía inferior a quinientos mil pesos ($ 500.000.oo).

En primera instancia:

a. De los procesos agrarios entre particulares cuya cuantía sea de quinientos mil pesos ($ 500.000.oo) o más.

b. De aquellos procesos en que sea parte la Nación o una entidad territorial, un establecimiento público, empresa industrial o comercial del Estado, o de una sociedad de economía mixta.

c. En los que no sea posible determinar la cuantía.

Competencia de la Sala Agraria

En los tribunales donde no haya sala agraria, las funciones correspondientes serán ejercidas por la sala civil.

Las salas conocerán de los recursos de apelación interpuestos contra las providencias dictadas en los procesos de que conocen en primera instancia los jueces agrarios. También del recurso de queja y de la consulta de las sentencias de primer grado en los casos en que sea procedente.

Interpretación y aplicación del derecho agrario

Deberá aplicarse la ley sustancial teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción es conseguir la plena realización de la justicia en el campo en consonancia con los fines y principios del derecho agrario, especialmente el relativo a la protección del más débil en las relaciones de tenencia de tierras y producción agrícola.

Poderes del juez

Si una parte goza del amparo de pobreza (y ésta se halla tutelada para los resguardos o parcialidades indígenas, para sus miembros, para los miembros de las comunidades civiles indígenas, y para todo campesino de escasos recursos), el juez podrá en su beneficio decidir sobre lo controvertido y probado aunque la demanda sea defectuosa, siempre que se relacione con el objeto de la litis.

Puede en consecuencia reconocer derechos e indemnizaciones extra o ultra petita. Debe tener por guía que el derecho agrario tiene por finalidad tutelar los derechos de los campesinos, de los resguardos o parcialidades indígenas y de los miembros de las comunidades civiles indígenas.

El decreto le impone al juez agrario ciertas limitaciones: No puede aceptar el allanamiento a la demanda si el demandado goza de dicho amparo, y no puede aceptar la transacción si una de las partes está asistida por el mencionado derecho.

Prevalencia de lo agrario

Si están involucrados bienes agrarios y de otra clase, prevalecen los primeros en cuanto a la calificación de la naturaleza del proceso. Si hubiere discusión relativa a la naturaleza se remitirá el negocio al Tribunal, el cual decidirá en cinco (5) días, con apoyo en las pruebas existentes. Si la disputa concierne a la naturaleza del predio, el Tribunal pedirá informe al Instituto Agustín Codazzi en lo atinente al perímetro urbano y a la destinación del mismo, y luego decidirá.

Audiencias.

Se establecen dos clases de audiencias en los procesos ordinarios y en los de deslinde y amojonamiento, a saber:

A. La de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y decreto de pruebas. Hay lugar en ella, también, a la fijación del litigio.

Procede cuando en los procesos expresados se ha contestado la demanda o la reconvención si fuere el caso. Se fijará para dentro de los tres (3) días siguientes, a fin de que las partes concurran asistidas o no por sus apoderados.

Procede cuando en los procesos expresados se ha contestado la demanda o la reconvención si fuere el caso. Se fijará para dentro de los tres (3) días siguientes, a fin de que las partes concurran asistidas o no por sus apoderados.

Tiene los siguientes propósitos esenciales:

Intentar conciliar las diferencias existentes.

Tramitar y decidir las excepciones previas.

Tomar las medidas de saneamiento necesarias para evitar nulidades y sentencias inhibitorias.

Decretar las pruebas del proceso.

En esta audiencia se aplicarán los principios de publicidad, concentración y además las siguientes disposiciones:

a. Si alguna de las partes no concurre o se retira, se tomará como indicio grave en su contra.

b. La audiencia se lleva a cabo aunque ninguna de las partes o sus apoderados concurran, para resolver excepciones previas, adoptar medidas de saneamiento y decretar pruebas.

c. Si no hay conciliación o si ésta fuere meramente parcial, se decidirán las excepciones previas, para lo cual se decretarán y practicarán las pruebas que fueren del caso.

d. Si aún faltaren pruebas que el juez considere necesarias fijará otra audiencia para el efecto dentro de los tres (3) días siguientes.

e. Decididas las excepciones requerirá a las partes para que determinen los hechos en que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales se declararán probados

en providencia que se dictará en la misma audiencia (es la etapa de la audiencia que atisba a la fijación del litigio).

f. Se podrán pedir pruebas así: el demandante respecto de las excepciones perentorias y el demandado en relación con las que propusiere aquél en la contestación a la demanda de reconvención.

g. Se decidirá sobre las pruebas que ya no fueren necesarias y las pretensiones y excepciones que quedaren eliminadas como resultado de la conciliación parcial.

h. Decretará las pruebas.

Es fácil advertir que la estructura de esta audiencia se encuentra plenamente acompañada de la que traza el art. 101 del decreto 2282 de la reforma al Código de Procedimiento Civil.

B. Audiencia de práctica de pruebas.

En los demás procesos, habrá una audiencia de conciliación, que se recogerá en acta firmada por las partes, por el juez y el secretario.

En todo proceso declarativo, el juez deberá procurar la conciliación, una vez contestada la demanda. En ella interrogará a las partes con el fin de informarse de las peticiones, de las excepciones y especialmente de los hechos. Los exhortará para que procuren un acuerdo y podrá (en el campo civil este punto es imperativo, no meramente facultativo) proponer fórmulas de avenimiento.

La conciliación tendrá el valor de la cosa juzgada y prestará mérito ejecutivo. Si alguien deja de asistir, se considera que no existe ánimo conciliatorio (esta perspectiva hace perder en mucho la fuerza de la audiencia).

La conciliación no procede: cuando no se pueda transigir, cuando se trate de procesos de expropiación y cuando se refiera a las llamadas acciones populares.

Notificaciones

Si no se hubieren efectuado personalmente dentro de los dos (2) días siguientes a su proferimiento, se hará por medio de aviso que se fijará en la puerta de acceso del lugar que habita o trabaja la persona que ha de ser notificada.

El aviso se fijará igualmente en el sitio de mayor concurrencia y se publicará por una emisora del lugar o de la región. Dos (2) días después se considerará notificado.

Procesos

Dentro de esta jurisdicción se crearon procesos declarativos que se dividen en ordinarios, verbales y especiales.

Se tramitan por el proceso verbal todo asunto al que no se le hubiere señalado ningún trámite especial ni se someta al verbal.

Los verbales como norma general, se aplican a todos los asuntos agrarios que tengan una cuantía inferior a quinientos mil pesos ($ 500.000.oo). Y a otros de acuerdo con su naturaleza, cualquiera sea su cuantía.

Por la vía del proceso especial se ritúan:

La restitución de predios dados en mera tenencia.

La restitución del precio a solicitud del arrendatario, aparcero o similar.

El deslinde y amojonamiento.

La reservación del ambiente rural y de los recursos naturales renovables.

A las normas establecidas por el Código de Procedimiento Civil se someten la expropiación, los divisorios, la disolución, nulidad y liquidación de sociedades.

Vigencia

La jurisdicción agraria como la reforma introducida al Código de Procedimiento Civil inicia su vigencia el 1º de junio del corriente año. Los procesos en curso se remitirán cuando comiencen a funcionar las salas agrarias y los juzgados.

En cuanto a los procesos ya iniciados, se regirán por la ley antigua en lo que toca con los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo.

6. *Reformas en el sector comercial*

Se hicieron en dos sentidos. En primer lugar, se dictó el decreto 350 del 16 de febrero de 1989 que empezó a regir el 1º de mayo

del mismo año, sobre concordatos y quiebras y que vino a derogar el Título I del libro IV del Código de Comercio. Como ya su vigencia tiene casi un año, estimo innecesario por ser ya suficientemente conocido y trajinado hacer cualquier comentario.

En segundo lugar, en virtud del decreto 2273 del 89 se crearon veintitrés (23) juzgados civiles de circuito especializados, cuatro (4) de ellos en Medellín, que deben ser nombrados por los respectivos tribunales superiores de distrito judicial. Esta creación arraiga en la consideración de ser necesaria la especialización en las materias mercantiles, las cuales, con el desarrollo económico, vienen creando una vertiente bien definida en el campo del derecho y cuya penetración viene haciéndose difícil por parte de los jueces que en general tienen una formación de tipo casi exclusivamente civilista.

El mismo decreto trajo consigo otra novedad trascendente: facultó a los mencionados tribunales para especializar juzgados civiles del circuito cuando las necesidades así lo exijan, para el conocimiento de los asuntos de comercio.

El artículo tercero del decreto puntualizó su competencia, al estatuir que conocen de las controversias que se susciten en las siguientes áreas del derecho comercial:

a. De los concordatos.

b. Del proceso de quiebra y de la investigación y sanción de los delitos de que trata el Capítulo VII, Título II, Libro 6 del Código de Comercio.

c. De los procesos declarativos de condena y ejecutivos en materia de seguros.

d. De los contratos bancarios: Título XVII, Libro 4º del Código de Comercio.

e. De los contratos de transporte terrestre, marítimo y aeronáutico.

f. De las sociedades comerciales y civiles en cuanto a ineficacia, inexistencia, nulidad, inoponibilidad del contrato societario. Impugnación de decisiones de asambleas, juntas de socios y juntas directivas. Y en lo tocante con la disolución y liquidación.

g. De los contratos de fiducia y encargos fiduciarios, leasing o arrendamiento financiero y factoring o compra de cartera.

h. De la reposición, cancelación y reivindicación de títulos valores.

i. De la regulación por peritos de que trata el Código de Comercio.

j. De la designación, impedimentos y recusación en el arbitraje.

k. De la competencia y propaganda desleal.

l. De los derivados del contrato de agencia comercial, la comisión, corretaje y preposición.

m. De los relacionados con operaciones y contratos que tengan por objeto establecimientos de comercio.

Procedimientos

En cuanto a éstos dispuso el decreto que serían aplicables los trámites estatuídos por el Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio, y normas que lo modifican, adicionan o complementan.

Vigencia

El decreto empezó a regir el 1º de marzo de este año y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

No obstante, el artículo 6º previó que los procesos de su competencia se remitirán en el estado en que se encuentren a los mencionados juzgados de circuito especializados, para su reparto, en la fecha en que éstos entren en funcionamiento. Se quiso así evitar la confusión que podría presentarse si llegada la fecha de la vigencia, los dichos juzgados no estuvieren todavía funcionando, como en realidad está ocurriendo.

Breve síntesis

La reforma se propuso superar la gran crisis de la justicia y para ello se ha servido de varios instrumentos.

Por una parte, incrementó el número de jueces, magistrados y otros funcionarios de la rama jurisdiccional e incrementó además la plantilla correspondiente al ministerio público.

Institucionalizó el uso de la cibernética y la informática como elementos modernos de la tarea judicial, para hacer más ágiles y eficaces sus métodos de trabajo.

Creó dos jurisdicciones de la mayor importancia: la de familia y la agraria, y a sus jueces y salas les atribuyó una importantísima

y amplia gama de asuntos que, al salir de la jurisdicción ordinaria, evidentemente aminoran la tarea de ésta.

Atribuyó igualmente una gran cantidad de gestiones que sirven para ventilar pretensiones entre particulares, cuando éstos obran con plena capacidad y con mutuo consentimiento. Son tareas que no tienen un bien definido carácter de conflicto jurisdiccional y que se han de manejar mejor y con mayor celeridad por funcionarios que no hacen parte de su aparato: por los notarios.

Y por último creó juzgados civiles de circuitos especializados y permitió la especialización de los mismos, a juicio de los tribunales, con miras a obtener una justicia más competente e idónea en el área mercantil y de paso, sacar los asuntos de tal linaje de la jurisdicción ordinaria, la cual por razón de las varias medidas adoptadas llegará sin duda a tener el cúmulo de trabajo que puede manejar con prontitud.

Todo ello además, se complementa con la simplificación y aceleración de los procedimientos, que recibieron en general benéficas modificaciones.

Queda ahora en manos de los estudiosos el análisis y la interpretación de las normas que forjaron la reforma, a fin de comunicarles el alcance racional y útil para el que fueron creadas. Jueces, doctrinantes y abogados irán desbrozando el camino y seguramente conseguirán vertir su significado propio, despojado de todas aquellas dudas que son insalvables cuando se redacta el precepto.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL DECRETO 1.861 DE 1989 AL REGIMEN DE LA CALIFICACION *

Alvaro Vargas **

Las reflexiones subsiguientes, en torno a la calificación del mérito del sumario y a la ulterior variación de la misma, se edifican sobre una idea que últimamente no me abandona: la de que el verdadero núcleo del proceso penal colombiano es la acusación, entendida como la atribución que hace el Estado colombiano, por conducto del juez competente, de un hecho punible específico a una persona determinada, a título, por lo menos, de probable autor o partícipe. Así concebida, la acusación constituye, pues, urge reiterarlo, el verdadero núcleo del proceso penal colombiano y, para demostrarlo, basta con observar atentamente que, en efecto, toda la actividad sumarial no tiene otra finalidad que la de preparar la acusación, cuya formulación se produce, justamente, al momento de la calificación del mérito del sumario, tras lo cual se abre, acto seguido, la etapa del juicio, destinada exclusivamente a discutir o controvertir la acusación, hasta cuando, para colocarle punto final al debate procesal, adviene la sentencia, cuyo cometido no es otro que resolver sobre la prosperidad o no de la acusación, condenando

---

* El texto corresponde, en esencia, a la primera parte de una conferencia pronunciada por el autor, en la Cámara de Comercio de Medellín, hacia finales del año inmediatamente anterior.

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

o absolviendo, en consecuencia, al acusado. Si lo anterior es así, forzoso parece concluir, entonces, que la acusación, tal como se había anticipado, constituye el verdadero núcleo del proceso penal colombiano.

Adelantado lo precedente, cumple señalar ahora que, a propósito de la acusación, el decreto 050 de 1987, que es el actual Código de Procedimiento Penal, trajo a escena dos modificaciones muy importantes en relación con el régimen procesal anterior, que era el contenido en el decreto 409 de 1971.

Consistió la primera modificación, en otorgarle la posibilidad de formular la acusación, en ciertos casos, a un órgano jurisdiccional distinto de aquél que debía resolver sobre la misma en la sentencia. Ello tuvo lugar en los procesos de competencia de los señores jueces superiores y penales del circuito —cuya calificación se les encomendó a los señores jueces de instrucción criminal— y constituyó una muy saludable innovación, porque, hasta entonces, dentro del proceso penal colombiano, sin ninguna excepción, el mismo juez que, al momento de calificar el mérito del sumario, formulaba la acusación, debía posteriormente, en la sentencia, resolver sobre la prosperidad o no de aquélla. Dicho juez —que era el denominado juez competente o juez del conocimiento— terminaba, pues, condenando o absolviendo por una acusación que él mismo había previamente formulado. Por esa razón solía decirse que el auto de proceder —pieza contentiva de la acusación—, debidamente confirmado por el inmediato superior jerárquico del funcionario calificador, equivalía a una sentencia condenatoria anticipada, dado que sólo si se desataba posteriormente sobre el proceso una especie de vendaval probatorio, capaz de desquiciar por completo las bases de la acusación, cabía esperar eventualmente el proferimiento de una sentencia absolutoria.

Dentro de tal contexto, el régimen instaurado por el Estatuto Procesal de 1987 aparejó mejoría, pero, no sobra recalcarlo, únicamente en relación con los procesos de competencia de los señores jueces superiores y penales del circuito, porque en los demás procesos, vale decir, en los asignados a la honorable Corte Suprema de Justicia, a los honorables tribunales superiores de distrito judicial y a los señores jueces penales municipales, la situación no se modificó, o sea que el juez llamado a decidir, en la sentencia, si prospera o no la acusación, es el mismo que en un momento procesal anterior —el de la calificación del mérito del sumario— la ha formulado.

En cuanto a la segunda modificación introducida en esta materia por el Código de Procedimiento Penal de 1987, la cabal comprensión de la misma presupone recordar previamente que, hasta la expedición de dicho cuerpo legal, la acusación, una vez formulada y ejecutoriada la providencia que la contenía, no era susceptible de ulterior transformación o revisión por ningún motivo y se convertía en lo que denominaban los procesalistas de entonces "una ley del proceso". Formulada, pues, la acusación, ella debía permanecer inmutable hasta la sentencia y si había habido algún error en su adopción o concreción, el mismo sólo podía subsanarse por la vía de la nulidad, que se decretaba, consecuencialmente, desde el propio auto de proceder.

A manera de sustancial innovación, la codificación de 1987 estableció, entonces, la posibilidad de modificar, durante la etapa del juicio, la acusación previamente formulada, pero diseñó al efecto, como luego se verá, un procedimiento en extremo riguroso, con miras a salvaguardar en todo momento el derecho de defensa, cuyo adecuado ejercicio presupone, obviamente, el conocimiento oportuno de la acusación, pues es claro que sólo sabiendo inequívocamente de qué se le acusa, puede el procesado determinar cómo y de qué se defiende.

Como es natural, las dos modificaciones hasta ahora examinadas aparejaron importantes consecuencias procesales, que bien vale la pena analizar a continuación, comenzando por las derivadas de aquella posibilidad que se abrió, en los procesos atribuidos a los señores jueces superiores y penales del circuito, de que quien formulara la acusación no fuese ya el juez del conocimiento, sino un Juez de Instrucción Criminal.

A no dudarlo, la primera y más encomiable consecuencia de dicha modificación o cambio de rumbo, consistió en desconcentrar las funciones procesales de acusar y de juzgar, hasta entonces monopolizadas por el juez competente o juez del conocimiento, quien, al calificar el mérito del sumario, formulaba la acusación, ejercitando, así la función procesal de acusar y, posteriormente, al decidir en la sentencia sobre la acusación, ejercitaba la función procesal de juzgar. Confluían, pues, ambas funciones procesales en un mismo juez —el del conocimiento—, quien actuaba, entonces, sucesivamente en el proceso como acusador y como juzgador. Por tal motivo, cuando la reforma de 1987 convirtió, en ciertos casos, al instructor en calificador, independizó saludablemente las dos funciones, entregándole la de acusar al instructor-calificador y reservando para el

juez competente o juez del conocimiento únicamente la de juzgar. No debe olvidarse, sin embargo, que ello sólo se logró en los procesos de competencia de los señores jueces superiores y penales del circuito, porque en los demás casos la confusión ya mencionada continúa vigente.

Ahora bien, con la prealudida desconcentración funcional se pretendía, obviamente, garantizar de manera plena la imparcialidad del juez sentenciador, efecto para el cual no solamente se le privó de todo contacto con la fase sumarial de sus propios procesos, sino que se le prohibió, además, durante la etapa del juicio, ordenar la cesación de procedimiento por razones o causales que no tuvieran carácter estrictamente objetivo, todo con el fin de evitar que se comprometiera intelectual o afectivamente con el proceso, verificando estudios de fondo sobre el contenido del mismo, con antelación al proferimiento de la sentencia.

Aparte de la desconcentración funcional hasta aquí examinada, la modificación que se comenta trajo consigo, como segunda y última consecuencia procesal importante, el establecimiento de una providencia desprovista de antecedentes entre nosotros, que se denominó auto de control de legalidad y con cuya ejecutoria comenzaba, justamente, en los procesos de competencia de los señores jueces superiores y penales del circuito, la etapa del juicio. Mediante dicha providencia, que era interlocutoria y susceptible, por lo tanto, de los recursos ordinarios, el juez del conocimiento, al tomar contacto con un proceso en cuya fase sumarial no había intervenido, debía prioritariamente examinar si realmente era o no competente para adelantar la etapa del juicio y si, hasta ese momento, la actuación se hallaba o no afectada por alguna irregularidad sustancial, capaz de invalidarla total o parcialmente.

Tornando, una vez más, a la segunda modificación introducida, a propósito de la calificación, por el Estatuto Procesal de 1987, oportuno es señalar que la consecuencia más importante que de ella se derivó, consistió en la posibilidad de recoger en la sentencia la variación que hubiese sido necesario introducirle, durante la etapa del juicio, a la calificación inicial. Merced a ello, el procesado podía resultar eventualmente condenado, entonces, en la sentencia, por una acusación distinta de aquella que se le había formulado al calificar previamente el mérito del sumario. Esa era una posibilidad realmente revolucionaria entre nosotros, pero como mediante ella podía lastimarse gravemente el derecho de defensa, el mismo código estableció algunas limitaciones, que es preciso analizar seguidamente.

Para comenzar, la acusación únicamente podía modificarse como consecuencia de la prueba practicada en la etapa del juicio. Es decir: sólo cuando de los elementos probatorios recogidos durante esa segunda etapa del proceso penal, resultara palpable la necesidad de variar en algún sentido la calificación inicial, podía el juez del conocimiento válidamente hacerlo. Se quería, pues, evitar, que la simple discrepancia conceptual entre el juez competente y el instructor-calificador, fuese argumento suficiente para transformar la acusación.

En armonía con lo anterior, la modificación, si había lugar a ella, debía producirse al momento de la audiencia pública, dado que ésta suministraba la última oportunidad probatoria en el proceso. Ahora bien, practicadas las pruebas en la audiencia pública, si a su impulso se tornaba imperativo modificar la acusación, el juez competente debía expedir, acto seguido, un auto motivado, pero de sustanciación, indicando en qué sentido y con base en cuáles pruebas debía entenderse modificada, de ahí en adelante, la acusación. El auto así expedido no admitía recurso alguno, pero abría inmediatamente para las partes una nueva oportunidad probatoria, que les permitía solicitar, durante el término de dos días, las pruebas que consideraran convenientes con miras a controvertir la acusación recién transformada, efecto para el cual se suspendía la audiencia pública durante dicho lapso.

Finalmente, para que el juez del conocimiento pudiera válidamente recoger en la sentencia la modificación calificatoria, era necesario, además, que la variación no extrajera la acusación del título del Código Penal dentro del cual la había enmarcado el instructor, al calificar el mérito del sumario. Habiéndose proferido, entonces, resolución de acusación por un delito de hurto agravado por la confianza depositada en el agente, bien podía, luego, a instancias de la prueba, expedirse sentencia condenatoria por un delito de abuso de confianza, puesto que ambos hechos punibles forman parte del título XIV del Código Penal. Pero, ¿qué acontecía, por ejemplo, cuando el hurto imputado en la resolución de acusación se transformaba, como consecuencia de la prueba ulteriormente practicada, en un peculado o a la inversa? Piénsese, en efecto, en una acusación por peculado en cuantía de un millón de pesos, en relación con la cual se demostrara, por conducto de la prueba aportada en el juicio, que, para la época de comisión del presunto peculado, el sujeto activo del mismo no tenía, por cualquier motivo, la calidad de empleado oficial. En tal evento, como la modificación calificatoria

desplazaba el hecho punible del título III al título XIV del Código Penal, es claro que aquélla no podía acogerse, sin más, en la sentencia y el problema debía solucionarse, entonces, o decretando una nulidad que permitiera una nueva calificación, o absolviendo al procesado de la acusación original, pero ambas soluciones suscitaban, obviamente, serios reparos: ¿Por qué anular desde la calificación, inquiríamos algunos, si quien calificó era competente para ello y, al hacerlo, valoró correctamente la prueba recogida hasta ese momento? Y ¿por qué absolver, replicaban otros, si, a pesar de la desestructuración del peculado, subsiste indubitablemente un ilícito pecuniario?

Lo anterior sirvió de base, justamente, a una de las primeras y más reiteradas críticas que se formularon contra el nuevo régimen adoptado, en materia de calificación, por el decreto 050 de 1987. Dicha objeción no resultó ser, empero, la única, pues acto seguido comenzaron a escucharse otros reparos, comenzando por las supuestas incuria e impreparación de los señores jueces de instrucción criminal, para acometer la tarea calificatoria, lo cual los hacía incurrir, se decía, en no pocos y protuberantes yerros, que el juez del conocimiento, presuntamente más versado y habituado a calificar, no podía, sin embargo, corregir, pues la calificación inicial sólo podía modificarse, como ya se anotó, con base en prueba sobreviniente.

También se argumentó que el auto de control de legalidad era una providencia inútil, que sólo contribuía a dilatar el trámite procesal, ya que, habiéndose proferido una resolución de acusación, no pocas veces apelada y confirmada por el Honorable Tribunal Superior del correspondiente distrito judicial, aquel nuevo examen de la actuación por parte del juez competente, concretado en otra providencia susceptible de impugnación mediante los recursos ordinarios, resultaba obviamente superfluo.

Finalmente, se anotó, con sobrada razón, que, habiéndose formulado la acusación mediante una providencia interlocutoria, contra la cual eran válidamente utilizables los recursos ordinarios, no parecía sensato que la ulterior modificación de la misma, pudiese llevarse a cabo por la vía de un sencillo auto de sustanciación motivado, frente al cual no procedía recurso alguno.

Esclarecido ya el régimen instaurado, en materia de calificación, por el Código de Procedimiento Penal de 1987 y analizadas brevemente también las principales consecuencias procesales y críticas que suscitó, procedente resulta examinar ahora cuáles y cuántas fueron, entonces, las modificaciones introducidas a dicho régimen por el decreto 1861, de reciente expedición.

Tales modificaciones comienzan, para decirlo de una vez, con la eliminación del auto de control de legalidad, que tuvo, en consecuencia, una vida bastante efímera entre nosotros. Así las cosas, a partir de la vigencia del decreto cuyos alcances se comentan, la etapa del juicio comienza, en todos los procesos penales, con la ejecutoria de la resolución de acusación. Sin embargo, aunque se haya eliminado el auto de control de legalidad, no ha desaparecido, obviamente, para los señores jueces superiores y penales del circuito, el imperativo procesal de seguir controlando la legalidad, es decir, la necesidad de continuar examinando, frente a cada sumario ya calificado que llegue hasta su despacho, si realmente son o no competentes para adelantar la etapa del juicio y si la actuación hasta ese momento practicada, evidencia o no alguna irregularidad capaz de invalidarla total o parcialmente. Dicho ejercicio intelectual equivale, naturalmente, a controlar la legalidad, así el auto que llevaba ese nombre ya no se expida.

Continuando con las modificaciones obra del decreto 1.861, especialmente significativa resulta la prerrogativa que dicho Estatuto le otorgó al juez competente o juez del conocimiento, para variar, sin necesidad de apoyarse en prueba sobreviniente, la acusación formulada inicialmente por el instructor, "cuando la calificación provisional o cualquier elemento estructurante del hecho punible imputado en la resolución de acusación, no corresponda a los hechos controvertidos en el sumario", tal como eufemísticamente lo establece dicho cuerpo legal. Se trata, ciertamente, de un eufemismo, porque, autorizándolo, en apariencia, para corregir unilateralmente eventuales yerros calificatorios, enmendándole a deshora la plana al instructor, lo que realmente se le ha otorgado al juez del conocimiento es la posibilidad de hacer primar, en un caso determinado, su personal criterio calificatorio. Ello no solamente desconcierta, sino que induce a sospechar que, en veces, se legisla sin una concepción clara de lo que se está haciendo, pues, si se le ha entregado la calificación a un funcionario distinto del llamado luego a dictar la sentencia, prohibiéndole inclusive a éste todo contacto con la fase sumarial; si se le ha vedado al juez competente pronunciarse, durante la etapa de la causa, sobre peticiones de cesación de procedimiento que impliquen análisis y valoración de prueba, permitiéndole únicamente que lo haga en relación con aquellas que se fundamenten en causales meramente objetivas; si se han tomado, en fin, tantas precauciones, para lograr tener alguna vez un juez no comprometido intelectual o afectivamente con el proceso, al momento de la sentencia, no parece sensato que, olvidando todo ello, se le entregue ahora

semejante poder frente a la acusación. Preocupa, ciertamente, dicha falta de coherencia en la reforma, porque, o se continúa reservando al juez del conocimiento solamente para la sentencia, o se desmonta de una vez todo el sistema, pero no se puede continuar salpicando aquí y allá, es decir, prohibiéndole al juez del conocimiento, mediante ciertas instituciones, cualquier acto de prejuzgamiento, pero facultándolo u obligándolo, seguidamente, a prejuzgar, mediante otras.

Sin perjuicio de lo anterior, continúa también vigente, como es obvio, la posibilidad de modificar la calificación jurídica inicial, si así lo determina la prueba aportada durante la etapa del juicio, pero, a diferencia de lo que acontecía en el régimen del Código, ahora el juez del conocimiento puede recoger tranquilamente en la sentencia cualquier transformación en la acusación, sin preguntarse si el cargo permanece o no enmarcado dentro del título que, al momento de la calificación, había elegido el instructor. Ello le coloca punto final, entonces, a la polémica de si, extraida la acusación del título original, por efecto de la prueba sobreviniente, se podía, no obstante, condenar, o se debía, forzosamente, absolver o anular.

Ahora bien, en armonía con el nuevo régimen, el auto por medio del cual se modifica la acusación debe ser, en todos los casos, interlocutorio y susceptible, por ende, de los recursos ordinarios, a propósito de los cuales debe anotarse que, si se trata del recurso de apelación, su concesión debe tener lugar en el efecto suspensivo, tal como acontece con la resolución de acusación. Naturalmente, una vez en firme el auto modificatorio de la calificación, se abre para las partes, con miras a facilitarles la controversia de la nueva acusación, una oportunidad probatoria adicional, cuya duración aumentó de dos a tres días el decreto 1.861.

Finalmente, para modificar la calificación inicial, ya el juez del conocimiento no está constreñido a esperar hasta la diligencia de audiencia pública, como ocurría bajo la normatividad anterior, sino que puede hacerlo en cualquier momento de la etapa del juicio, es decir, tan pronto como se produzca la prueba que torne imperativa la variación, o cuando sienta la necesidad de hacer prevalecer su personal criterio calificatorio sobre el del instructor.

Lo anterior es todo cuanto tenía para señalar, a propósito de las modificaciones introducidas por el decreto 1.861 al régimen de la calificación.

INDICE DE LOS DIEZ PRIMEROS NUMEROS

Organizado por Orión Alvarez A.