ISSN 0120 - 8519

TEMAS PROCESALES

14
abril
1992

Teoría de la intervención de terceros
Beatriz Quintero de Prieto

Búsqueda de una solución para la conciliación
Rosa María Escobar Camargo

La reforma al régimen probatorio
José Fernando Ramírez G.

La conciliación en el derecho procesal civil brasileño
Marcos Afonso Borges

La eficacia de la conciliación
Orión Alvarez A.

Del juramento
Alfonso García S.

Reseña bibliográfica
Jaime Soto Gómez

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 14 · Abril 1992

Revista del Centro de
Estudios de Derecho Procesal

Director
Orión Alvarez A.

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

Correspondencia
Eugenio Prieto Mesa
Apartado Aéreo 50088
Medellín Colombia

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

Miembros del Centro de Estudios de Derecho Procesal

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

DISTRIBUIDORA:

Biblioteca Jurídica Diké
Apartado Aéreo 51838
Medellín, Colombia

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

--nº 14 (abril, 1992) -- Medellín, El Centro, 1992
anual hasta 1986, semestral a partir de 1987.
ISSN 0120-8519

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

SUMARIO:

Teoría de la intervención de terceros
Beatriz Quintero de Prieto 5

Búsqueda de una solución para la conciliación
Rosa María Escobar Camargo 37

La reforma al régimen probatorio
José Fernando Ramírez G. 45

Eficacia de la conciliación
Orión Alvarez A. 67

La conciliación en el derecho procesal civil brasileño
Marcos Afonso Borges 81

Del juramento
Alfonso García S. 91

Reseña bibliográfica
Jaime Soto Gómez 99

TEORIA DE LA INTERVENCION DE TERCEROS

Beatriz Quintero de Prieto *

1. La intervención provocada o forzada 2. Intervención voluntaria 3. Conclusiones.

Para el entendimiento de esta institución procesal tiene relevancia fijar el concepto de parte, como también precisar la autonomía lógica que reviste la idea tanto en sentido procesal como en sentido sustancial. Durante muchos años la doctrina identificó los dos conceptos. Esta identificación cedió cuando comenzó a abrirse paso la teoría de la pretensión y a puntualizarse la diferencia que existe entre el proceso y el litigio que como relación sustancial en él subyace. Hoy se comprende, en medio de un consenso casi unánime, que es parte en sentido procesal el titular, por activa o por pasiva, de la pretensión procesal; lo es toda persona que efectivamente llega al proceso como pretensionante o resistente. Al paso que es parte en sentido sustancial el titular de la relación sustancial que se debate como litigio, siendo posible que confluyan en el mismo sustrato personae, ambas cualidades, de parte en sentido procesal y parte en sentido sustancial, o que se disgreguen esas titularidades en personas diversas.

A la inversa, todo el que no ha llegado al proceso como parte en sentido procesal, es *tercero,* aun cuando tenga la calidad de parte en sentido sustancial.

La parte en sentido procesal puede ser *originaria o sucesiva.* La primera calificación corresponde a aquellos sujetos del proceso

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

que ab initio, se ubican como polos subjetivos de la pretensión: pretendiente y resistente iniciales. Y la segunda, a todo sujeto que interviene en el decurso del proceso, cambiando de esta manera la condición de tercero por la de parte en sentido procesal.

A la parte en sentido procesal incumben eventualmente todas las situaciones procesales: derechos, deberes, obligaciones, cargas, facultades; todo, porque precisamente es ella la que puede realizar actos jurídicos procesales. Si además es parte en sentido sustancial tendrá también todas las facultades dispositivas del objeto litigioso.

La parte sucesiva puede adoptar el carácter de *principal o accesoria,* según que presente al debate una relación sustancial nueva de la cual es titular, o bien, que se sume simplemente, como sujeto a la relación sustancial que ya es materia de discusión en el proceso. Aún más: puede ser que la agregación accesoria ocurra como fenómeno *litisconsorcial cuasinecesario,* o como *mera coadyuvancia.* La parte accesoria litisconsorcial cuasinecesaria, tiene en el proceso las mismas facultades y restricciones que convienen a un litisconsorte necesario, a saber: por activa sus actividades procesales son beneficiosas para todos los litisconsortes. Ninguna acción u omisión procesal de un litisconsorte necesario o cuasinecesario es susceptible de irrogar perjuicio a los demás; tanto para la ocurrencia del perjuicio, como para la disposición del objeto litigioso, es preciso que la actuación se realice de consuno. La otra forma de accesoriedad, implica una supeditación de la parte accidental a la parte principal: la parte accesoria, puede suplir la conducta omisiva procesal de la parte que adyuva, pero no puede actuar en contra de la expresa voluntad de la parte principal y, dado su carácter de mera parte en sentido procesal, jamás podrá disponer del objeto litigioso.

Es también pertinente puntualizar como acotación general que, cuando ocurre la hipótesis de intervención de terceros, a veces, se origina un proceso acumulativo, en otras, el proceso continúa con su estructura simple, porque no se introduce pretensión diversa de la que se viene debatiendo. En los eventos en que se conforma el proceso acumulativo, se hace necesario distinguir cuál es la actividad que incumbe a cada sujeto, *parte procesal,* con respecto a cada una de las relaciones sustanciales acumuladas como subyacentes en la unidad formal del proceso. Y distinguir así mismo la conexidad específica que justifica ese proceso acumulativo. Sentados estos prolegómenos es pertinente avocar la temática específica.

Ramiro Podetti utiliza el término *tercería* para denominar cualquier intervención de otro sujeto, distinto física y jurídicamente de las partes originales. De la misma manera Alcalá Zamora engloba todas las hipótesis posibles de ingreso al proceso, distintas a la que corresponde a la integración subjetiva original, y las denomina *tercerías*. Son también ellos, Podetti y Alcalá Zamora, quienes a la palabra *tercería* agregan la calificación de *espontánea* o *provocada*, o los sustantivos *intervención* o *llamamiento*, para deslindar dos géneros de intervención: como *tercería intervención o espontánea* y como *tercería llamamiento o provocada*.

Gráficamente la doctrina repite que: *litigar ante otro* alude al vínculo que se crea entre la parte y el juez. *Litigar contra o frente a otro* establece la situación de la contraparte. *Litigar para otro* explica el caso del mandatario. *Litigar por otro* señala los supuestos de la legitimación anormal, la representación, y en ciertos extremos, el patrocinio judicial o postulación para pedir. *Litigar sin otro* alude a la contumacia. *Litigar entre otros* es la *tercería*.

Las relaciones jurídicas sustanciales no se dan insularmente, sino más bien entrelazadas, entre-cruzadas. Por lo tanto, cuando avanza un proceso que lleva en su seno un litigio, una relación sustancial que ha sido expresada en forma de pretensión, pueden considerarse afectados otros, sujetos distintos de los que corresponden a las partes originales, *terceros* al proceso entonces. Y esa *afectación* puede ocurrir de diferente modo y en diverso grado. A ese grado y modo de afectación que puede padecer el tercero con la solución del litigio que subyace en el proceso que discurre, es al que mira la ciencia procesal para reglar lo concerniente a la posibilidad de que los terceros lleguen al proceso que avanza.

Solamente como búsqueda de algún sistema, se ofrece la temática de la intervención de terceros como escindida en dos grandes géneros. Estos géneros corresponden a la *intervención provocada o forzada*, y a la *intervención voluntaria*. Esta última, bifurcada en *principal y accesoria*. Y todavía ésta, como *accesoria o adhesiva simple o mera coadyuvancia*, y como *accesoria o adhesiva cualificada o litisconsorcial*.

1. *La intervención provocada o forzada*

La intervención provocada o forzada es la situación jurídica procesal que corresponde al tercero para intervenir en el proceso pendiente, conectada, esa posibilidad de intervención, al llamado que le formule una de las partes o el juez.

El interviniente a instancia de parte es citado porque la parte o el juez consideran que el debate de alguna manera le es común, que tiene un título común en la causa, aun cuando esa comunidad se dé *in eventum*: que eventualmente se le puedan oponer los efectos de la sentencia que se profiera. Lo que justifica la citación no es el sólo interés de quien llama sino la comunidad de la relación sustancial que se extiende al tercero, la cual puede ocurrir con referencia a la misma relación sustancial que se viene controvirtiendo o con referencia a otra relación sustancial que tenga conexidad propia o impropia con la debatida, bien porque se acumule la otra relación conexa, o porque simplemente en razón de la conexidad se autorice la intervención del tercero.

1.1. La cita en garantía

Si en general, el aspecto de la intervención de terceros es tema muy controvertido en la doctrina, la temática del acápite en especial, ofrece hondas discrepancias. Los ordenamientos positivos que la consagran le dan un tratamiento antagónico y a veces la regimentan de una manera que la hace parecer como una institución de derecho sustancial. Lo expuesto motiva una primera puntualización para enfatizar que la naturaleza que le incumbe es la procesal.

Una segunda discrepancia estriba en la unidad o dualidad que pueda corresponder a esta hipótesis de intervención. La legislación colombiana, por ejemplo, duplica inútilmente la figura y otorga a cada uno de los duplicados una denominación diversa, a saber: *denuncia de litigio y llamamiento en garantía*. Ante tal duplicidad de legislación procesal, la jurisprudencia colombiana, siguiendo alguna línea de continuidad con alguna doctrina no muy acertada, entiende que cuando el código de procedimiento civil se refiere a la *denuncia de litigio* ese procedimiento es apto para acumular la pretensión revérsica que tiene naturaleza sustancial real y más propiamente el saneamiento por evicción. Y que en cambio, cuando

regimenta el *llamamiento en garantía,* ese trámite es el adecuado para introducir al proceso *in eventum* la pretensión revérsica que tiene naturaleza sustancial personal.

Alguna doctrina, como antes se dijera, conecta la denuncia de pleito al saneamiento por evicción y entiende que el causahabiente a título singular de derecho real puede denunciar el pleito a su causante a título oneroso del derecho real que se discute como litis, para el evento de *evicción.* Se padece evicción, cuando se es privado de la cosa por sentencia judicial. Por cuanto el vendedor, según la ley sustancial, está obligado a garantizar la posesión tranquila de la cosa al comprador, éste le denuncia el pleito, acumulando a la relación sustancial inicialmente debatida, *in eventum* de vencimiento, la *revérsica* indemnizatoria del saneamiento por evicción. Si ocurre la evicción, aquella obligación que tiene el vendedor de amparar al comprador en la posesión, es sustituida por la de indemnizarle. El denunciante tendrá, a su vez, derecho para denunciar el pleito, no sólo a su inmediato vendedor sino a quien fuese dueño del bien cuando sucedieron los hechos genitores de la demanda; esto es lo que se denomina *denuncia sucesiva o per saltum.* Cabe anotar, que el saneamiento por evicción también existe, y por lo mismo la denuncia de pleito, en la partición, cuando el copartícipe es molestado en la posesión de la cosa que le cupo en ella, en referencia con los otros copartícipes a quienes entonces puede denunciar el pleito, siempre y cuando la molestia proceda de un acto anterior a la partición. Igualmente las donaciones con causa onerosa dan lugar al saneamiento por evicción cuando el donante ha dado una cosa ajena, a sabiendas. El socio que aporta a la sociedad un cuerpo cierto es obligado al saneamiento en caso de evicción. El arrendador debe sanear la evicción del arrendatario de buena fe. Es de advertir que el análisis de los preceptos sustanciales que entre nosotros regulan la materia, arts. 1899, 1900 y 1902 del Código Civil Colombiano, permite concluir que la citación en estudio puede y debe reglamentarse estrictamente como un llamamiento en garantía.

Jairo Parra Quijano [1] expresa sobre el particular: "En mi opinión la diferencia entre la figura de la denuncia de pleito y el llamamiento en garantía no estriba en el contenido del derecho sustancial; es decir, que la una se puede emplear en garantías

1. Jairo Parra Quijano. *Estudios de derecho procesal,* Tomo I. Ediciones Librería del Profesional, 1980, p. 193.

reales y la otra para garantías simplemente personales. La diferencia es eminentemente procesal si, además de comunicar el pleito a un tercero, éste resulta vinculado como parte y puede ser condenado en el evento de que el llamante pierda el proceso, ocurre el llamamiento en garantía; si en cambio, lo que se persigue es simplemente noticiar a un tercero de la existencia del proceso para que ayude al llamante en el triunfo, sin que eventualmente se proponga en el mismo proceso la condena del denunciado, aparece sin lugar a dudas, la simple denuncia de pleito". Para Jairo Parra Quijano, la consagración de las dos figuras dependerá entonces del criterio de la economía procesal, que permite, en el llamamiento en garantía, acumular la pretensión revérsica. De esta manera la legislación bien puede reglamentar una sola figura con dos momentos, a voluntad de quien cita en garantía: la simple denuncia, o el llamamiento que acumula pretensión revérsica.

En el proceso romano se conoció la institución de la litis denuntiatio, denominación adecuada a su significado de simple medio de notificación a un tercero para enterarlo de que se está desenvolviendo una litis en contra del denunciante. Era una simple denuncia que no implicaba acumulación de otra pretensión porque el posible vínculo de garantía, entre el denunciante con el denunciado, se reservaba para ser debatido en otro proceso, cuando cobrase *actualidad* por la posible condena que viniere a padecer el denunciante.

El llamamiento, como ejercicio de una pretensión que se acumula a la que ya se debate, es de origen germánico; de allí pasó a Italia. El actual código alemán consagra solamente la denuncia.

Permítase la transcripción del precepto italiano en lo concerniente, dado que esta legislación perdura como modelo histórico y de derecho comparado. Es el artículo 106. *Intervención a instancia de parte*: cada una de las partes puede llamar al proceso a un tercero respecto del cual considere común la causa o por el cual pretende estar garantizada" [2].

2. Real Decreto de 28 de octubre de 1940, Nº 1443, *Apéndice* del tomo III *Derecho Procesal Civil* de Enrico Redenti. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Ejea, Buenos Aires, 1957.

a) *La denuncia de litigio*

Adolfo Alvarado Velloso [3] con apoyo en el artículo 106 del código de procedimiento civil italiano, inmediatamente antes transcrito, distingue la denuncia de litigio, del llamamiento en garantía, y expresa que tiene lugar la primera, cuando la parte originaria se halla en proceso por una relación sustancial que le es ajena, pero que tiene que asumir como propia, por expresa y excepcional disposición de la ley y que entonces puede denunciar el litigio al verdadero y real titular del derecho litigioso. De esta manera, cuando intente repetir en contra del denunciado lo pagado por él, evitará que su propio demandado esgrima en su contra la excepción de *negligente defensa*. Alvarado trae como ejemplo la obligación de quien responde por un daño causado por sus dependientes. La denuncia de litigio se realizará así con miras a obtener una repetición en proceso separado y futuro.

La concepción de Alvarado reviste originalidad y fundamento: véase cómo el apoyo de derecho comparado, el artículo 106 del código de procedimiento civil italiano, distingue el llamado que se formula a quien se considera comunero en la causa, titular o cotitular sustancial entonces, del tercero que es apenas garante. Avanzando, desde la plataforma jurídica que tiende Alvarado, no es osado expresar que la sola justificación de la *denuncia de litigio o denuncia de pleito*, como figura autónoma, en confrontación con la del *llamamiento en garantía*, es la que se refiere a las hipótesis de *sustitución procesal* y en general de *legitimación extraordinaria*, por activa o por pasiva. Son ejemplos: la hipótesis del acreedor que hace valer en proceso una usucapión como derecho sustancial cuya titularidad compete a su deudor... o la del titular inscrito de derecho de dominio del bien raíz, que padece ejecución en el proceso hipotecario, por la garantía que constituyó su antecesor en el dominio... Y hasta podría serlo, la del heredero o la del comunero que piden para la herencia o para la comunidad, con citación a los demás herederos o comuneros, porque a todos ellos la causa les es común. Y si se ahonda más en el concepto, ésta es la denuncia que puede hacerse a cualquier persona que pueda ser afectada con la cosa juzgada que dimane del proceso que avanza. Caben igualmente todas las hipótesis de solidaridad para efectos.

3. Adolfo Alvarado Velloso. Revista Nº 6 de *Temas Procesales*. Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal. Medellín, mayo de 1988.

del ulterior desenvolvimiento de las relaciones internas de la misma.

La finalidad de la denuncia de litigio es la de evitar que el tercero al cual "es común la causa" pueda proponer como pretensión o como excepción, la de *negligente defensa,* en contra de la parte original que no dé el aviso correspondiente. El tercero denunciado, puede o no intervenir, situación procesal que, según lo antes expresado, le compete como carga referida a la pérdida de la oportunidad legal, para la proposición, como ataque o como oposición, de la *negligente defensa.* Si el denunciado decide intervenir, lo hace a la manera de la intervención voluntaria adhesiva litisconsorcial cuasinecesaria, por esa comunidad que ostenta con la causa; porque la relación que se debate como litigio, es la suya, o no le es totalmente ajena, aun cuando tampoco le sea cabalmente propia, porque su derecho depende como accesorio del derecho sustancial debatido. Interviene así como parte sucesiva principal, con todos los poderes que corresponden a un litisconsorte cuasinecesario; y recuérdese que esos poderes son los mismos que tendría un litisconsorte necesario: procesales a plenitud, porque su actividad beneficiaría a todos los litisconsortes; los poderes sustanciales en cambio tendrían que ser ejercicios de consuno, tal, la disposición del objeto litigioso.

La denuncia de litigio no acumula otra pretensión en el proceso, ni siquiera en el evento de que el tercero denunciado decida intervenir, porque éste jamás introduce otra relación sustancial al proceso que avanza.

b) *El llamamiento en garantía*

Retomando el sentido que venía exponiéndose, con apoyo en el artículo 106 del código de procedimiento civil italiano, legislación que decanta siglos de sabiduría, es preciso señalar que el llamamiento en garantía sucede porque la parte tiene la facultad de llamar al proceso a un tercero por quien pretende estar garantizado.

Algún sector de la doctrina distingue la denuncia de litigio, del llamamiento, con un criterio según el cual, la denuncia corresponde a cualquiera de las partes originales, demandante y demandado, al paso que el llamamiento sólo atañe a la parte demandada.

Se discrepa de tal opinión porque se estima que la diferencia estriba únicamente en la existencia o inexistencia de la comunidad

de causa, para dar paso, en el primer supuesto, a la denuncia de pleito, en tanto que al llamamiento lo caracteriza el supuesto de una relación de garantía entre quien lo pretende y un tercero. Es por esto por lo que, si la relación de garantía es pregonable para la parte demandante, puede ésta llamar al proceso a su garante, siempre, in eventum.

En el llamamiento en garantía, se halla en el proceso como parte original, el titular por activa o por pasiva de la relación sustancial debatida, legitimado normalmente para pretender o resistir a la pretensión. Pero al mismo tiempo, esa parte originaria, se encuentra vinculada con un tercero por causa de una relación sustancial de garantía, la cual recibe el nombre de *relación revérsica*. De acuerdo con ella, si la parte original es vencida en el proceso, el tercero debe indemnizarla, responder frente a ella in eventum de condena, resarcirle en todo o en parte del monto de la condena.

Así, el llamamiento en garantía desemboca ineludiblemente en un proceso acumulativo, porque implica una especial reunión de relaciones sustanciales a debatirse, en una acumulación de pretensiones. A la relación sustancial principal que ab initio viene discutiéndose se acumula la pretensión revérsica, la que identifica al derecho sustancial de garantía. Por economía procesal se permite la acumulación de una pretensión revérsica, que en estricto sentido carece de *actualidad*. Entre las dos pretensiones, la principal u original y la revérsica existe una conexión de naturaleza subjetiva parcial y otra, impropia, como relación de dependencia entre ellas. Jairo Parra Quijano se ha referido a esta figura de manera gráfica como a la *proposición anticipada de la pretensión de regreso* [4]. Es en realidad y en armonía con la técnica de la acumulación de pretensiones, una de guisa consecuencial, aun cuando específicamente se la denomine eventual para el supuesto de condena.

En la denuncia de litigio el denunciado puede intervenir o no. Si lo hace, ha de ser bajo una modalidad de intervención voluntaria como lo es la adhesiva litisconsorcial cuasinecesaria; si no lo hace, solamente le significa, como consecuencia, la imposibilidad de pretender o excepcionar, negligente defensa. Nunca, ni siquiera interviniendo, se da paso a un proceso acumulativo. En el llamamiento en garantía, el llamado queda vinculado al proceso por el

4. Jairo Parra Quijano, op. cit., p. 194.

solo llamamiento; si no interviene padecerá las consecuencias concernientes a la parte contumaz.

La parte original que llama en garantía incoa verdadera pretensión en frente o contra el tercero, en relación con el vínculo sustancial de garantía que pretende acumular. Formula una verdadera demanda de llamamiento que contiene la pretensión revérsica diversificada en todos sus elementos: subjetivo, objetivo, causal de hecho y de derecho.

El proceso acumulativo que se origina con el llamamiento, impone la consideración de lo que, como posibilidades procesales y sustanciales, incumbe a cada una de las partes que se multiplican, en referencia con las distintas relaciones sustanciales que se acumulan para el debate. Así: cabe considerar en primer lugar la relación sustancial principal, es decir la que ab in itio se venía debatiendo, para pesquisar cuál es la actividad que compete al llamado en garantía en relación con ella. Hay diversas opiniones: una primera corriente sostiene que el llamado en garantía, para tal hipótesis, es apenas una parte accesoria simple o mera coadyuvante; que por lo mismo suple la omisión de la parte principal, que es la parte original que le llama, pero no puede disponer del objeto litigioso, ni actuar procesalmente en contra de la voluntad expresa de la parte principal. Una segunda, apuntaría a la concepción de Juan Montero Aroca [5] para afirmar que ese interviniente, si bien no llega al proceso como parte sustancial de la primera relación debatida, sí llega como parte procesal plena en lo que hace al proceso que se continúa desenvolviendo en unidad formal y que por lo mismo tiene la plenitud de los poderes procesales, también en referencia con esa relación sustancial, sin que quepa aludir a supeditación alguna; tiene entonces toda la autonomía que corresponde a una parte procesal plena y no le cabe en cambio alguna posibilidad de disposición del objeto litigioso principal.

Por lo que respecta a la relación sustancial revérsica o relación de garantía, o relación sustancial que se acumula por el llamamiento, ella desdobla el aspecto subjetivo del proceso: la parte original que llama en garantía se presenta como *demandante* en esta pretensión revérsica, frente o contra el llamado, y cada

5. Juan Montero Aroca. *La intervención adhesiva simple.* Editorial Hispano europea, Barcelona, España, 1972, p. 202.

uno, demandante y demandado, en la pretensión revérsica con plenos poderes, parte procesal principal y parte sustancial conjuntamente.

Si se desciende a la legislación colombiana sobre la temática es importante puntualizar en torno a su significado, cuando expresa: "Surtida la citación se considerará al denunciado (o llamado que para Colombia es igual) litisconsorte del denunciante y tendrá las mismas facultades que éste". Es que el vocablo *litisconsorte* es del todo equívoco porque como se sabe, cada una de las figuras que corresponden al litisconsorcio obedece a fenómenos procesales diversos. El litisconsorte puede serlo, facultativo, necesario o cuasinecesario.

Recuérdese: el litisconsorte, bien sea voluntario, propio o impropio... actúa de manera independiente; su actividad procesal no aprovecha ni perjudica a su litisconsorte voluntario, dispone del objeto litigioso que concierne a su relación sustancial... Colombia describe, pues, la actividad del llamado en referencia con la relación sustancial revérsica, pero nada dice con respecto a la relación sustancial principal, o sea, a la que viene debatiéndose ab initio y su vinculación a ella, la del llamado, quien no interviene como litisconsorte en cualquiera de sus modalidades. Simplemente adyuva como lo hace cualquier interviniente adhesivo simple.

Recapitulando: la intervención forzosa en su especie de llamamiento en garantía, encierra un proceso acumulativo que ofrece una conexidad subjetiva parcial, a la cual se agrega una conexidad impropia de dependencia de las pretensiones... Es por eso que, en cuanto a la pretensión revérsica o de garantía, se considera como un litisconsorte voluntario impropio... Y en relación con la principal, en cambio, es una mera parte accesoria simple. El llamado tiene un interés propio en esa relación sustancial ajena porque sabe que la derrota de la parte que adyuva, viene a representarle indirectamente un perjuicio. El llamado se subordina a quien le llama, para cuanto se refiere a su posible actividad, en referencia con esa relación principal, está habilitado para ejecutar todos los actos que tiendan a una colaboración con la parte principal, excepto los que conduzcan a determinar entre ellos posiciones contradictorias en la actividad procesal, puede suplir actividad, no contradecirla; puede realizar todo acto procesal que, en abstracto, no se oponga al interés del coadyuvado. No tiene facultad de actividad que disponga del objeto litigioso referido a la relación principal.

1.2. Llamamiento ex-oficio

Es una institución que tiende esencialmente a combatir el fraude procesal. Como principio general de derecho procesal, la doctrina enlista el de la *buena fe procesal, el de la lealtad procesal.* El fraude, la utilización del proceso con fines torvos en perjuicio de otros, atenta directamente contra esta dirección axiológica. Con la denominación de principio de la *moralidad,* también se le emplea para referirse al bien ético de la lealtad procesal. Doctrinariamente se buscan medidas tendientes a evitar el fraude procesal, los procesos colusivos, los simulados, por cuanto generalmente se adelantan en perjuicio de terceros. Preocupa de tal manera el asunto que el proceso de revisión o recurso extraordinario de revisión, se establece, inclusive, como una excepción al principio de la cosa juzgada, en atención a esta defensa de la moralidad en el proceso. Otra medida que propende por ella, es la institución del llamamiento ex-oficio.

A diferencia de las otras, en esta especie de intervención forzosa el llamamiento lo formula el juez cuando advierte de alguna manera, fraude o colusión que se encamine a perjudicar a la persona a quien llama al proceso. El fraude es culpa grave civil, con ánimo de perjudicar; la colusión es una combinación, un acuerdo entre las partes de un proceso que casi siempre resulta simulado y con el propósito de extender sus efectos reflejados a un tercero.

Tanto esta figura como la de denuncia de litigio surgen con un matiz mixto, porque si bien se realiza por el llamado del juez, la intervención del tercero, así sea provocada ab initio, dependerá luego de su voluntad: citado, puede no concurrir, sin que la sola citación le vincule al proceso de otra manera que la que pudiera caberle sin el llamamiento. La institución tiene, también, alguna afinidad con el recurso extraordinario de revisión, como antes se advirtiera.

El llamado ex-oficio que interviene en el proceso no introduce en él una pretensión nueva que se sume o acumule a la que viene siendo objeto de debate. Su interés descansa exclusivamente en que no se consume el propósito fraudulento que le dañaría. Por lo general resistirá a la pretensión, pero ello no es principio absoluto.

Es también Jairo Parra Quijano quien efectúa una puntualización interesante en rededor de la figura: "tiene esta intervención,

(la del llamado ex-oficio) un parecido con el interviniente ad excludendum, pero se diferencia en que el llamado de esta manera, no involucra al proceso una pretensión que sea incompatible con la que se debate en el mismo. Interviene solamente para que el resultado colusivo no se produzca, manera ésta como logrará liberarse del perjuicio [6].

El citado no queda vinculado al proceso por el solo llamamiento. Producida la citación, el tercero decide si interviene o no, y tan sólo en el último supuesto se producirá su vinculación.

Este instituto sui generis implica la permisión al tercero de toda la actividad propia de una parte principal independiente, tal como si interviniera ad excludendum, cual si acumulara pretensión... Goza de todos los poderes y facultades procesales, pero carece de la facultad de disponer del objeto litigioso.

1.3 La laudatio o nominatio auctoris

En algunas legislaciones como la colombiana, este instituto sirve exclusivamente para desarrollar la ley sustancial civil. Según el art. 953 del Código civil colombiano, el mero tenedor de la cosa que se reivindica es obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene. Como una evolución adicional se integró ese llamado para los eventos en los cuales alguien es demandado como tenedor sin serlo. Pero la identidad que le corresponde y que en otras legislaciones como la alemana, se le confiere, dice relación a los supuestos en que se afirme de alguien una calidad definitiva para deducir de ella la consecuencia impetrada en el proceso, con la imposición paralela para él de señalar a la persona que en realidad ostenta tal calidad si no es él mismo quien la inviste; como por ejemplo, cuando alguien sea demandado como dueño... o cuando lo sea como protagonista de una actividad peligrosa que perjudica...

En la hipótesis de la llamada del tercer poseedor o poseedor inmediato, el llamamiento sólo puede hacerlo el demandado y más que como una facultad, se regla como una carga con consecuencias para el supuesto de incumplimiento. Quien teniendo una cosa a nombre de otro, es demandado como poseedor de ella, debe expresar la verdad en la contestación de la demanda, precisando la infor-

6. Jairo Parra Quijano, op. cit., p. 261.

mación necesaria para que el auténtico poseedor pueda ser llamado; si se abstiene de nominar a su causante o autor, si no denuncia al poseedor verdadero, se hace responsable de los perjuicios que su silencio ocasione al demandante.

Si el citado comparece y reconoce su calidad de poseedor, extromite del proceso al demandado inicial y el proceso comienza con él como parte. En este caso no acumula pretensión sino que la sustituye, porque la inicial desaparece del proceso. Si el laudado no comparece o no acepta ser el poseedor, el proceso continúa su curso con el demandado originario pero la sentencia surte efectos plenos también con respecto al nominado como autor o poseedor... En este segundo supuesto se pergeña una acumulación de pretensiones muy similar a la que muestra la intervención ad excludendum, con la peculiaridad de que el laudado que no acepta su condición de poseedor, o que no comparece, puede tal vez acudir a otra especie de intervención para llegar al proceso ejerciendo la actividad necesaria para su defensa...

Como una especie de esta intervención, puede considerarse la que las legislaciones suelen consagrar para las diligencias de entrega o de secuestro, cuando el bien se encuentra en manos de un tenedor que ostenta una tenencia derivada de la posesión de otro a quien entonces debe laudar.

2. *Intervención voluntaria*

En este género de intervención queda a voluntad del tercero intervenir o no y para hacerlo no tiene que esperar llamada alguna de parte o de juez. El elemento específico que lo distingue no reposa en el deseo de intervenir con citación o sin ella, sino en el grado de afectación que el proceso que discurre, le depare en su esfera jurídica, bien porque ostente titularidad del litigio que se debate en el proceso, excluyente o coincidente, total o parcial, bien porque otra relación sustancial no debatida y de la cual es titular se vea afectada jurídicamente con el resultado del proceso.

Las ideas expuestas sobre conexidad y proceso acumulativo, así como las relativas a las facultades o situaciones jurídicas procesales que incumben al tercero, luego de que llega al proceso y se convierte en parte sucesiva, tienen plena operancia también en la institución de la intervención de terceros voluntaria y

forzada, como que no son exclusivas de la acumulación de pretensiones ab initio, ni del litisconsorcio voluntario propio o impropio, conocido también como acumulación plurilateral. De esta manera siguen siendo relevantes los elementos de las pretensiones para la identificación de las mismas: de sus sujetos, objetos y causas.

La afectación del tercero puede ser *indirecta* cuando la solución de las pretensiones de las partes puede producirle un grave *hecho,* como por ejemplo el que puede sufrir un acreedor quirografario con respecto a su deudor ejecutado por otro acreedor. O puede también ser *directa,* si media una relación de conexidad entre la relación sustancial cuya titularidad ostenta y la que se está debatiendo en el proceso como litigio, por ejemplo porque una relación condicione a la otra: deudor fiador, arrendatario subarrendatario. Hay así mismo afectación *directa* por identidad de la relación sustancial, bien sea de manera exclusiva o cuando varios son titulares contemporáneos de una relación que no es para ellos totalmente ajena ni totalmente propia y es la debatida en el proceso. La exclusividad implicaría *incompatibilidad* entre las diversas relaciones sustanciales.

Es entonces, atendiendo al grado de *afectación,* como la ciencia procesal, especifica la intervención voluntaria de terceros, como *intervención principal* e *intervención adhesiva* y esta última, como adhesiva litisconsorcial o cualificada e intervención adhesiva simple o mera coadyuvancia.

2.1 Intervención principal

El interviniente principal hace actuar una razón propia y nueva, una relación jurídica sustancial nueva conexa por objeto o petitum con la que se discute en el proceso y de la cual es titular. Deduce una litis propia y no disputada en el proceso. A esta intervención se le denomina igualmente *excluyente* o *ad excludendum.* Los intervinientes ad excludendum tienen en el proceso un interés que se opone a cada una de las partes iniciales; desde cuando llegan al proceso se caracterizan como partes principales sucesivas, con la totalidad de los poderes procesales y sustanciales, atinentes a la propia relación sustancial que acumulan.

El tercero que interviene estructura su propia pretensión en la demanda o escrito de intervención excluyente, y la dirige en contra de las partes iniciales, actor y opositor, o demandante y

demandado; de este modo las partes iniciales asumen la condición de codemandados en correspondencia con la relación sustancial que les incoa el interviniente ad excludendum. Se produce así una acumulación de pretensiones plurilateral subjetiva, conexa por identidad de objeto o petitum. Son pretensiones incompatibles y lógicamente sólo una puede triunfar, la de la parte demandante inicial o la del interviniente ad excludendum contra las partes originarias. El interviniente de este linaje reclama total o parcialmente el objeto, la cosa, el derecho litigioso, por considerar que es a él y no a otro a quien le pertenece.

Esta intervención entonces incrementa el número de partes, multiplica las pretensiones dando origen a un proceso acumulativo. La parte que interviene, valga la iteración, tiene todos los poderes procesales y sustanciales que convienen a la demandante en un proceso. Las partes iniciales frente a esta pretensión que se acumula, ocupan la posición de demandados o resistentes y a ellas incumben, en lo que a la relación sustancial nueva respecta, los poderes sustanciales y procesales del demandado en proceso, pero actúan con perfecta autonomía, como lo hacen los litisconsortes voluntarios; y la actividad de una sola parte no perjudica a la otra ni la beneficia, porque frente a cada una el interviniente ad excludendum defiende una postura distinta: frente al demandante debate el derecho sustancial reclamado por éste, y frente al demandado controvierte cualquier excepción sustancial que éste hubiere propuesto. El doble aspecto ha hecho expresar a algunos autores que son tres las pretensiones que se acumulan cuando quiera que se presente una intervención de este tipo: la inicial del demandante contra el demandado, la pretensión del interviniente ad excludendum contra el demandante y la pretensión del mismo interviniente contra el demandante inicial. Piero Calamandrei describe las relaciones acumuladas que se dan en esta especie de intervención así: "el tercero que interviene no se limita a mediar entre las partes sino que introduce en el proceso una nueva demanda, dirigida contra las partes originarias, y conexa por identidad del petitum, con la primera" [7].

El artículo 105 parágrafo uno, del código de procedimiento civil italiano, plasma esta especie de intervención de la siguiente

7. Piero Calamandrei *Instituciones de derecho procesal civil,* Vol. II, p. 318. Traducción de la primera edición italiana por Santiago Sentís Melendo. Ejea, Buenos Aires, 1962.

manera: "Cualquiera puede intervenir en un proceso entre otras personas para hacer valer, frente a todas las partes o a alguna de ellas, un derecho, relativo al objeto o dependiente del título deducido en el mismo proceso".

En Alemania es en donde alcanza perfección la concepción expuesta. Allí, la intervención ad excludendum del tercero da paso a un proceso acumulativo con acumulación subjetiva plurilateral y conexidad objetiva, y además, como adaptación a su sistema de proceso, organizado como unidad de vista, se permite la intervención de esta índole, mientras penda la litis, es decir hasta antes de proferirse sentencia. La preclusión como sistema impondría que esta intervención se produjera desde el principio, en la etapa ad limine, o reclamaría un sistema de preclusión elástica al respecto, permitiendo la intervención hasta antes de la sentencia de primera instancia, aunque con retraimiento del proceso para procurar la contradicción correspondiente a la nueva relación que se introduce.

Una cuestión inquieta, ¿qué facultades corresponden al tercer interviniente ad excludendum, tocantes con la relación sustancial inicial? Porque Leo Rosemberg responde que ninguna, es por lo que sostiene que se trata de otro *procedimiento,* de otro proceso que se acumula y que implica total autonomía de las relaciones sustanciales en su debate. Así se expresa: "La finalidad de la intervención principal, poco usada en la práctica, es aligerar la gestión procesal mediante un solo procedimiento y ante un solo fuero contra ambas partes del proceso principal, en lugar de dos procesos, que en otro caso serían necesarios; y a veces, ante dos tribunales distintos. Pero la intervención principal es una demanda independiente y abre un nuevo procedimiento de sentencia. El llamado proceso de intervención. El interviniente no es ni parte principal ni adherente en el proceso principal, y no participa en él en forma alguna" [8].

Mas parece que se estructure en esta intervención un verdadero litisconsorcio facultativo propio; cada litisconsorte actúa sin que su actividad perjudique ni beneficie a los demás y todo ello con el desdoblamiento de las dos o tres pretensiones subjetivamente concebidas, como antes se expresara.

---

8. Leo Rosemberg. *Tratado de derecho procesal civil.* Ejea, Buenos Aires, 1955, p. 115. Tomo III. Traducción de Angela Romero Vera.

Históricamente, ad initio, la figura de la intervención ad excludendum se elaboró únicamente con atisbo a los derechos reales. Después y ahora, se admite también por razón de derechos personales, admisión que comenzó sobre la base de las pretensiones merodeclarativas. Hoy en día se admite ampliamente; así lo postula por ejemplo Jairo Parra Quijano [9].

El motivo que justifica la intervención principal es el de la sentencia formalmente única. La pretensión del interviniente ad excludendum es la primera que debe resolverse en la sentencia. Si esta pretensión es estimada, ni siquiera se analiza la pretensión inicialmente deducida. Si la acumulada ad excludendum, en cambio, se despacha desfavorablemente o con sentencia inhibitoria, se estudia entonces la inicialmente planteada, la cual, a su turno, puede ser estimada, desestimada, o recibir simplemente un fallo formal.

Fairén Guillén informa que este instituto hubiera figurado en el proceso romano canónico. Montero Aroca relieva cómo paradójicamente, la institución que se plasmó en el procedimiento de la rota romana se afianzó después y es el actual procedimiento alemán, que prohija la idea de la simple acumulación subjetiva de pretensiones y en cambio la que se originó en Alemania es hoy acogida por las legislaciones latinas, con la idea de los dos procesos... Es admisible entender que ninguna diferencia existe entre las dos concepciones ya que acumular pretensiones o acumular procesos no significa diferencia estructural una vez que se produce la acumulación, momento a partir del cual se desenvuelve el proceso acumulativo con unidad *formal* y total autonomía de las relaciones sustanciales controvertidas como acumuladas... Sencillamente, un proceso espera el otro para lograr la tramitación en *unidad formal* y culminar con la sentencia que igualmente configura esa unidad, pero entraña una solución independiente de cada una de las relaciones sustanciales discutidas.

El hecho de que no se analice la relación sustancial inicialmente propuesta, si llegase a prosperar la deducida, ad excludendum, deriva de la característica propia de las pretensiones que así se acumulan, esa que Chiovenda denomina la *incompatibilidad de las pretensiones*, en cuanto pueden coexistir ambas, o todas; los efectos de una, impiden los de la otra. La pretensión que el ter-

9. Jairo Parra Quijano, op. cit., p. 100.

cero introduce es *repugnante* con la de las partes originales; los derechos pretendidos están en oposición.

También, como derecho meramente histórico, se transcribe el artículo 64 del código de procedimiento alemán: "El que pretenda tener derecho sobre la totalidad o parte de la cosa o derecho sobre el que se haya trabado pleito entre otras personas, puede, hasta el momento de la resolución del mismo, hacer valer su derecho ante el tribunal en que haya pendido el negocio en primera instancia, por medio de demanda dirigida a las dos partes contendientes".

Es el *intervento principale* de los italianos, *la tercería excluyente* de los mejicanos, *la intervención ad excludendum* de Colombia, *las terceras personas* de la Unión Soviética. En este último país, ahora disuelto y en proceso de remodelación, se ha legislado así sobre el particular: "Las terceras personas que presentan reclamaciones independientes, pueden intervenir en el proceso, durante toda la tramitación ante el tribunal de primera instancia, antes de que se dicte la sentencia".

Doctrinariamente se ha entendido, que cuanto el interviniente ad excludendum tiene que argumentar como legitimación de su intervención, es su titularidad del derecho sustancial que se debate en el proceso, en contra de la misma titularidad argüida por la persona que con dicha calidad se ha presentado.

O también que la legitimación en la causa le corresponde con exclusividad. En resumen, que es titular único del derecho sustancial que subyace y que es el titular único, de la pretensión procesal.

2.2. Intervención adhesiva

La doctrina predominante distingue dos especies de intervención voluntaria, a saber: la principal y la adherente o adhesiva. En esta última se comprende la adhesiva simple y la adhesiva litisconsorcial. Adherir significa estar unido; apoyar la relación sustancial que ya se controvierte en el proceso. Estar, por ende, al lado de alguna de las partes originarias. Es Giovanni Nencioni, tratadista italiano, quien propone la intervención litisconsorcial como un tertium genus, y es Enrico Allorio quien, criticando a Nencioni, permite, no solamente una inteligencia sobre su pensamiento, sino que además hace claridad respecto de esta difícil y

equívoca temática en la teoría del proceso. "L'intervento volontario litisconsorziale" es la obra de Nencioni.

Nencioni aduce que la intervención voluntaria litisconsorcial no puede considerarse ni como intervención principal ni como intervención adhesiva; presenta tales características, alega que tiene que ser analizada como un tercer género. En contra de ello, Allorio puntualiza que se trata de una escisión de la intervención voluntaria adhesiva, por más que merezca de especiales prerrogativas quien así interviene. Allorio pregona que el dualismo entre la intervención principal y la por adhesión es tal que no tolera un tertium genus intermedio [10]. El interviniente por adhesión sostiene la razón de la parte originaria a la cual adhiere; el interviniente principal, una razón propia y nueva, deduce una relación sustancial igualmente propia y nueva en el proceso, vale decir, otra pretensión u otro litigio. El interviniente por adhesión es titular de la pretensión puesto que se hace parte sucesiva cuando interviene, pero el interviniente principal es, además de ello, titular de la relación sustancial que trae al proceso.

a) *Intervención adhesiva litisconsorcial*

Se la conoce como adhesiva cualificada o litisconsorcial. El interviniente litisconsorcial llega al proceso por causa de una relación sustancial respecto de la cual no puede pregonarse que sea totalmente propia ni totalmente ajena. Es una forma de participación en el proceso en apoyo de la relación sustancial que una parte originaria ha hecho valer. De esta manera, no hace valer una pretensión nueva, ni exclusiva, como propia, tampoco como cabalmente ajena, pero se vincula a ella, en razón de determinada cualidad o cargo o circunstancia de publicidad procesal que, en concordancia con el régimen correspondiente del país que legisla sobre la cosa juzgada y los límites subjetivos de la misma, extendería al tercero sus efectos directos o reflejos, cuando quiera que la relación sustancial discutida se decidiera.

Montero Aroca sostiene, en cambio, que la diferencia entre la intervención adhesiva litisconsorcial y la adhesiva simple, debe partir siempre de los efectos que la sentencia produzca en relación

10. Enrico Allorio, *Problemas*, T. II, p. 380. Problemas de derecho procesal, Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1963, Ejea.

con el tercero, bien sea directamente, caso en el cual se estará ante la intervención adhesiva cualificada o litisconsorcial, o bien en forma refleja o de reflejo, supuesto en el cual se estará ante la intervención adhesiva simple [11]. Así se expresa sobre el particular: La distinción entre intervención adhesiva simple y litisconsorcial debe encontrar su base en la distinta eficacia que una sentencia pueda tener para los terceros; cuando la sentencia pronunciada entre las partes extiende su eficacia, de modo directo, a la relación jurídica existente entre el tercero y la parte contraria, aquél tiene la posibilidad de intervenir litisconsorcialmente; por el contrario, cuando la sentencia pronunciada entre las partes afecta solamente, de modo reflejo, a la relación del tercero, es decir, cuando "permaneciendo siempre abierta la posibilidad de un pronunciamiento jurisdiccional sobre la relación del tercero, el contenido de tal pronunciamiento esté condicionado por los resultados del precedente juicio, si y en cuanto (sic) el objeto de éste se ponga como cuestión prejudicial respecto al proceso en que es parte el tercero", éste puede intervenir, pero su intervención será sólo adhesiva simple.

Giovanni Nencioni define la intervención litisconsorcial como la intervención de los legitimados para accionar.

Según la ordenanza procesal civil alemana, la intervención litisconsorcial es la que incumbe a los terceros en cuya esfera jurídica se refleja la cosa juzgada, que surgirá del proceso entre las partes. De esta manera, entre los terceros que pueden hacer intervención por adhesión, se relieva una categoría a la cual tiene que concederse una mayor independencia de iniciativa, al lado de la parte originaria, su actuación corresponde entonces a la de un litisconsorte cuasinecesario. Es en realidad la institución en la cual se ofrece con nitidez la figura del *litisconsorcio cuasinecesario*. Cuasi, porque no es necesaria su intervención, es apenas voluntaria; necesario, porque sus facultades procesales y sustanciales son iguales a las del litisconsorte necesario: la actividad de uno, beneficia a todos. La disposición del objeto litigioso o la actividad perjudicial, sólo alcanza su cometido en cuanto provenga de una actuación de todos, de consuno. Ese litisconsorcio cuasinecesario se establece entre la parte originaria y la parte sucesiva que interviene en el proceso. Los intervinientes serían terceros que,

11. Juan Montero Aroca, *La intervención adhesiva simple*, editorial Hispano Europea, Barcelona, 1972, p. 163.

por un inconsiderado comportamiento procesal de la parte a la cual adhieren, de la parte originaria entonces, se verían más gravemente perjudicados: los terceros sujetos a la cosa juzgada.

Determinar cuáles son los terceros que por estar sujetos a la cosa juzgada, asumen, al intervenir por adhesión, la posición de litisconsortes cuasi necesarios, o lo que es lo mismo, intervienen litisconsorcialmente, traslada el problema del instituto, de esta específica intervención al de la cosa juzgada con respecto a terceros, o lo que es igual, al problema atinente a *los límites subjetivos de la cosa juzgada.* El sucesor en pendentiae litis, o cualquier tercero de litisconsortes cuasinecesarios, o lo que es lo mismo, intervienen litisconsorcialmente. La intervención litisconsorcial corresponde a la figura del litisconsorcio cuasinecesario. Los terceros son, así, titulares de una relación sustancial que se viene debatiendo en el proceso y a esos terceros, por la misma razón, se extienden los efectos jurídicos de la sentencia. Es una hipótesis de esta figura la que concierne a la así denominada, por Calamandrei, *Legitimación por categorías,* como legitimación concedida a todos o a cualquiera: la solidaridad, los herederos para la herencia por activa, los comuneros para la comunidad por activa... Estos terceros legitimados para intervenir litisconsorcialmente, estaban de antemano legitimados para demandar desde el comienzo. Precisamente porque todos están legitimados para intervenir, y no lo hacen, se descarta la *necesariedad* de su presencia puesto que en tal hipótesis, y aun ante la ausencia de cualquiera, procede la sentencia de fondo.

La intervención del litisconsorte necesario que se produce cuando el proceso está en curso, de manera voluntaria, porque es él quien se percata de que el proceso avanza defectuosamente sin su presencia, es evidentemente una intervención litisconsorcial, aun cuando no se adecúe muy exactamente a los parámetros que se vienen delineando.

En esta especie de intervención, la llegada del tercero como parte sucesiva, no multiplica las partes del proceso, solamente los sujetos de la relación sustancial controvertida, en cualquiera de sus polos; no acumula pretensión, el proceso avanza, continúa su decurso como un proceso simple.

Retomando el sentido que corresponde a la figura del litisconsorcio cuasinecesario como legitimación concedida a todos y a cualquiera, que es la que se acomoda en sentido perfecto a esta especie de intervención litisconsorcial o adhesiva cualificada, es

preciso hacer notar que en ella, hallándose cualquiera de los sujetos en el proceso, es como si estuvieran todos, porque a todos los cobija la sentencia con los efectos de la cosa juzgada.

Los límites subjetivos de la cosa juzgada

La cosa juzgada tiene un ámbito de eficacia: vincula a los jueces en procesos ulteriores a aquel en que la cosa juzgada se ha generado, y también a los sujetos jurídicos como eventuales promotores de los nuevos procesos. Esta de la cosa juzgada, es temática bien influenciada por la política de cada país con respecto al ejercicio de los derechos. El aspecto ha sido entendido en el desenvolvimiento de los tiempos con más o menos rigor, según que en las diversas épocas y países, se haga prevalecer el respeto por los derechos individuales, o en cambio, predomine la tendencia a la coherencia lógica de los casos juzgados. Buscando compaginar estas posiciones, antagónicas en veces, Enrico Tullio Liebman, uno de los autores que con mayor maestría expone sobre el asunto, expresa que hoy se puede pensar que el derecho es más sensible a un mayor sentido de solidaridad social, que hace responsable a cada hombre de sus propios actos hacia los demás, pero a condición de que todos se ubiquen en posibilidad de defender sus propios derechos. Se ampliarían así los linderos de la cosa juzgada ofreciendo también mayores posibilidades de intervención y de impugnaciones.

Los límites de la cosa juzgada son de tres órdenes: *objetivos, subjetivos y temporales,* (clasificación que hace Andrés de la Oliva). Sólo se detendrá este trabajo, como logra deducirse del acápite, sobre el análisis de los límites subjetivos.

La más clásica de las legislaciones, la que más salvaguardara los derechos individuales a costa de la seguridad jurídica, comulgaría con la regla *res iudicata inter partes*: la cosa juzgada sólo se produce entre las partes. La vinculación sólo opera si las partes de los distintos procesos son las mismas, evitándose que una sentencia favorezca o perjudique a quien no ha sido parte en el proceso correspondiente. Es el máximo respeto por el principio de la bilateralidad de la audiencia, considerado en su sentido puro de efectiva contradicción. Si es igual el bien jurídico y son distintas las partes, no alcanza a éstas la eficacia de la cosa juzgada.

Se contempla la posibilidad de admitir excepciones a este principio y es así como algunas hipótesis vienen a admitir que sujetos jurídicos distintos de las partes sean afectados por la fuerza de la cosa juzgada. Las excepciones son determinadas, ya por la naturaleza específica de la relación sustancial debatida en el proceso, ora por las relaciones entre ciertos sujetos.

Siempre, como fuente de ciencia procesal, se acude a legislaciones maestras: los artículos 325 a 327 de la ZPO alemana, se ocupan de algunos supuestos proyectivos de estas ideas. De acuerdo con ellos, la cosa juzgada alcanza a quienes, tras la listispendentiae, se convierten en sucesores de las partes, o logran la posesión inmediata de la cosa litigiosa, de manera que una de las partes o su sucesor se convierte en poseedor mediato de la cosa. O lo que es lo mismo, la cosa juzgada alcanza a los causahabientes de las partes originarias, a título singular o a título universal, mortis causa o por acto entre vivos. La legislación alemana rechaza expresamente la extensión de la cosa juzgada a los deudores solidarios cuando éstos no han estado presentes en el proceso.

También en Italia se extienden los efectos de la cosa juzgada a los herederos y a los causahabientes por acto entre vivos. En realidad esta extensión de la cosa juzgada en sus límites, es apenas la consideración que corresponde a la identidad jurídica, que no física, de las partes. Esta postura continúa esa línea de respeto por el principio natural de audiencia. Al lado de las partes físicas vinculadas con la cosa juzgada, se ubican jurídicamente, como la misma parte, sus herederos o causahabientes a título universal y es admitido que como tales, se consideren también los causahabientes por acto entre vivos, aquellos que suceden a las partes en el derecho o en la relación jurídica sustancial, después de que se traba la relación jurídica procesal, después de que nace el proceso, después de la pendentiae litis, o la litis pendentiae, como se estila nominar por la doctrina ese momento de nacimiento del proceso. Los causahabientes a cualquier título, por actos entre vivos o mortis causa, son una *prolongación de las partes*. A ellos, el derecho o la relación sustancial les es transmitida tal como estaba configurada, y valía, en cabeza de las partes, y no tienen razón propia alguna para hacer valer, tanto si adquieren por acto entre vivos, como si lo hacen mortis causa. Los sucesores a título universal reemplazan al causante en el proceso, en calidad de parte. Los sucesores a título singular son vinculados por la sentencia según las reglas de la sucesión procesal.

Distinta es la situación en la cual se encuentra el causahabiente que ha adquirido el derecho *antes del proceso* en el cual fue pronunciada la sentencia. Si reemplazó totalmente al causante en la relación controvertida, el causante dejó de ser el titular de esa relación y carece de legitimación para ser parte en el proceso, con la consecuencia de que la sentencia no puede tener algún efecto en relación con el verdadero legitimado. Si la situación radica en que el causahabiente ha adquirido antes del proceso un derecho dependiente del derecho del causante, su derecho no puede ser perjudicado por la sentencia que se produzca en proceso posterior a la adquisición del derecho dependiente.

Lo hasta aquí expuesto es la *teoría clásica de los efectos de la cosa juzgada,* en lo atinente a los límites subjetivos.

Los efectos reflejos de la cosa juzgada

En la exposición de este tema se sigue muy de cerca a Enrico Tullio Liebman [12].

Es a partir de una concepción que maduran Wach, Mendelson y Bartoldy como se construye la teoría, desde un primer enunciado: *Dentro de los límites del objeto y de las partes la sentencia tiene un valor absoluto, porque la sentencia entre A y B, lo tiene con respecto a todos en cuanto sentencia entre A y B.*

Esta formulación es recogida por Chiovenda y adecuada en su nueva expresión, con una reserva que protege la posición de los terceros al proceso, así: *todos deben respetar la sentencia entre las partes, pero no pueden ser perjudicados por ella.* Es la misma enunciación que corresponde al principio jurídico natural de audiencia: *nadie puede ser condenado (afectado negativamente por una sentencia) sin ser oído y vencido en proceso.*

La manifestación de Chiovenda, sinembargo, entraña otra, implícita, a saber: *Todos deben respetar la sentencia en cuanto sentencia entre las partes, pero pueden ser beneficiados por ella.*

Se mostraría así la denominada cosa juzgada in eventum: para el evento de que fuera favorable... Encaja la idea que hace

12. Enrico Tullio Liebman, *Temas procesales,* Nº 5 y 6, traducción del italiano por Beatriz Quintero y Eugenio Prieto. Revistas del Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín, octubre de 1987 y mayo de 1988.

parte de una vieja doctrina según la cual los litisconsortes cuasinecesarios que no intervienen en el proceso pueden ser beneficiados con la sentencia que se profiera, pero no perjudicados con ella...

Más allá de Chiovenda y dejando de lado la salvaguardia de los derechos de los terceros, otra corriente de avanzada distinguió entre *la eficacia directa y la eficacia refleja de la cosa juzgada* y apreció que la segunda alcanzaba inmediatamente a los terceros como consecuencia de la conexión o dependencia lógica de sus relaciones con la relación sustancial que se ventilara en el proceso y se decidiera en la sentencia. Caben como ejemplos, la solidaridad, el adquirente de derecho que depende del derecho de la parte en proceso con anterioridad al proceso mismo, y cualquier ejemplo de relación que se muestre como un litisconsorcio cuasinecesario: herencia, comunidad, sociedad conyugal... por activa... Sus principales sostenedores son Carnelutti, Allorio, Fabrini, Busnell. Su enunciado es el siguiente: "En cuanto los terceros sean sujetos de relaciones conexas con la relación definida en el proceso, la cosa juzgada despliega su eficacia de reflejo también en frente a ellos. Por eso la limitación a las partes de la cosa juzgada va referida a la eficacia directa que atisba solamente a las partes y se distingue de la eficacia refleja que mira también a los terceros" (13).

Esta teoría como puede inferirse, descuida la contradicción que surge entre el derecho de los terceros y la sujeción que se les impone, en relación con un caso juzgado que se genera en un proceso, del cual no han sido partícipes. Pero cuenta porque apareja seguridad jurídica y evita las sentencias contradictorias. Sin embargo, pesó más la idea primera, de la democracia, y Carnelutti, Pugliese y Allorio retrocedieron en su idea, hasta la teoría clásica de la identidad jurídica de partes, esto es decir a la concepción Chiovendiana.

Liebman alude a una eficacia de la sentencia que se manifieste con una calidad de *imperatividad* y que sea distinta del vínculo de la cosa juzgada, porque la simple imperatividad puede expandirse más allá de los límites que se le tracen a ésta y alcanzar aún a los terceros; y es esa imperatividad expandida la que justifica

13. Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, Vol. I, traducción de la 5ª edición italiana por Santiago Sentís Melendo. Ejea, Buenos Aires, 1959.

la *intervención litisconsorcial del tercero* y el recurso de la oposición del mismo. De esta forma, Liebman expresa que con tales institutos, que aseguran la posibilidad de contradicción para el tercero, adquiere cuerpo y sentido la aserción de Chiovenda: los terceros deben respeto a la sentencia ajena, la cual es eficaz aún en referencia con ellos en cuanto decide la litis de las partes y verifica o constituye la regla jurídica que disciplina sus relaciones; pero los mismos terceros no pueden ser perjudicados en sus derechos por esa sentencia y por lo mismo permanece abierta para ellos la vía de la intervención y, por ende, la de la impugnación de la sentencia para lograr la comprobación de que ella ha juzgado injustamente. Es propiamente el recurso nominado como el de la *oposición del tercero,* instituto que no tiene por desgracia, existencia en nuestro medio.

Si entonces el proceso se dota de publicidad adecuada y se ofrece a los terceros que fuesen afectados por la sentencia la posibilidad de intervenir *litisconsorcialmente,* y si además se les atribuye la facultad de impugnar, por injusta, la sentencia proferida en su ausencia, se tendrá una cosa juzgada con efectos reflejos, o con imperatividad amplia, que asegurará la verdad jurídica y evitará el suceso de sentencias contradictorias.

La posibilidad de impugnación de que habla Liebman, es doble: la oposición ordinaria del tercero, o la impugnación por vía incidental en el proceso dentro del cual se pretende hacer valer la sentencia ajena en contra del tercero. Con el recurso de oposición del tercero se anula la sentencia y se profiere una justa, si tiene éxito. Con la impugnación incidental el efecto es diferente: se logra que la sentencia le sea *inoponible* al tercero.

Casos especiales: eventos en los cuales la ley confiere a un tercero la legitimación extraordinaria tendiente a deducir en proceso un derecho ajeno, la cosa juzgada se radica en el titular de la relación sustancial debatida sin su presencia en el proceso. Podría intervenir litisconsorcialmente, debería denunciársele el litigio. Es que a la postre las intervenciones forzosas y las voluntarias, se mezclan, se combinan, se complementan, y no se aislan definitivamente como pudiera pensarse.

Se puede concluir que cada país, según la manera como legisle en relación con los límites subjetivos de la cosa juzgada, define quiénes son los terceros con facultad para intervenir litisconsorcialmente, porque evidentemente, pueden hacerlo, todas aquellas

personas que se verían afectadas con la sentencia, en forma directa o por reflejo.

b) *La intervención adhesiva simple o mera coadyuvancia.*

Como antes se precisara, Montero Aroca considera que la intervención adhesiva litisconsorcial es la que pueden hacer quienes serían afectados directamente por la cosa juzgada que se va a producir en el proceso. Y que la intervención adhesiva simple o mera coadyuvancia es la que pueden hacer quienes se verían afectados por los efectos reflejos de la cosa juzgada o, lo que equivale en términos de Liebman, por la *imperatividad de la sentencia.* Que cualquiera otro tercero no puede intervenir en el proceso de manera voluntaria.

Otra es la concepción que expone Jairo Parra Quijano: el tercero interviene en un proceso a fin de que una de las partes obtenga sentencia favorable, puesto que tiene con ésta una relación sustancial que eventualmente puede verse comprometida con afectación de hecho, o indirecta. Acogiendo esta segunda hipótesis para la configuración de la coadyuvancia simple o mera coadyuvancia o intervención adhesiva simple, se afirma que la que corresponde a los terceros que puedan hacer padecer los efectos reflejos de la cosa juzgada es una intervención *adhesiva litisconsorcial.*

Empero, queda hecha la salvedad que corresponde para evidenciar que el tratamiento doctrinario y legislativo que se da a la intervención adhesiva no es uniforme. Este tópico de la naturaleza jurídica del interviniente adhesivo, es uno de los más controvertidos en doctrina. Y evidentemente, de la concepción que de ella se adopte, dependen los poderes o facultades, las situaciones procesales que se asignen al interviniente adhesivo simple o mero coadyuvante. Si se apunta a la concepción de Montero Aroca, lógicamente esos poderes se ampliarán para otorgar la totalidad de los mismos en la relación procesal a la parte accesoria sucesiva. Si en cambio se apunta a la otra concepción, resulta cierto que los poderes del coayuvante simple se limitan a suplir la conducta omisa de la parte originaria, a no poder actuar personalmente en contradicción con la voluntad expresa de la parte a la cual adyuva, y no podrá disponer de una relación sustancial que le es decididamente ajena.

Si se atiende al significado del efecto reflejo de la cosa juzgada o de la *imperatividad de la sentencia,* es visible la consideración que predomine, para entender todas esas hipótesis como intervenciones adhesivas cualificadas o litisconsorciales, como de afectación directa o de derecho, y en cambio como intervención adhesiva simple o mera coadyuvancia, las de afectación de hecho.

El interviniente coadyuvante no multiplica las partes del proceso, porque la coadyuvancia accesoria no suma sino que se subsume, por así decirlo, en la principal originaria. De la misma manera, no acumula pretensiones porque no introduce al proceso su propia relación jurídica sustancial. Se considera que el coadyuvante es una sola parte con la que adyuva; la intervención puede ocurrir en cualquier estado del proceso, concederse inclusive para proponer el recurso de casación. El coadyuvante, como se dijera, tiene las mismas facultades del coadyuvado, cuando la pasividad de éste las tolere, pero se le negará toda posibilidad, aun procesal, que se oponga a la voluntad expresa del coadyuvado y cualquiera que implique disposición del objeto litigioso.

Otra de las discusiones en torno a la figura, es la que toca con la necesidad entre la parte y el tercero respecto de la existencia de una relación sustancial de derecho, o si sencillamente basta un interés de cualquiera otra índole aunque no erigido o elevado a la categoría de derecho subjetivo. La doctrina inclina su criterio en el sentido de hacer de esa relación necesaria la existencia de esa relación sustancial de derecho que vincule al tercero con alguna de las partes.

Jairo Parra Quijano [14] explica gráficamente la figura de este modo:

Relación sustancial

"A" demanda a "B" (relación procesal)

A.....B
relación sustancial subyacente originaria
|
C

Ejemplos: cuando se presentare una demanda relativa a la reclamación de alimentos, y se comprobare que al demandado ya

14. Jairo Parra Quijano, op. cit., p. 137.

se le reclaman alimentos para la manutención de otros, éstos pueden incorporarse al proceso como coadyuvantes del demandado porque la resolución en la sentencia puede acarrearles la disminución de la cuantía de los propios. Otro: una relación de crédito que no puede satisfacerse si el coadyuvante pierde el proceso.

3. *Conclusiones*

Dos figuras son especialmente inquietantes y polémicas en esta temática de la intervención del tercero: *la denuncia de litigio y la intervención litisconsorcial* enfrentada a la mera coadyuvancia. Por cuanto concierne a la denuncia de litigio, su misma denominación evidencia que es apenas una noticia de la pendencia de una litis, necesaria solamente para informar al tercero que de alguna manera podría verse afectado directamente con el resultado del proceso, el decurso del mismo; porque ese tercero de esta forma soporta la carga de intervenir voluntariamente, como imperativo de su propio interés; de no hacerlo, ya no podría proponer a quien le denuncie el litigio, ni como pretensión ni como excepción, la de negligente defensa. La segunda, la intervención litisconsorcial es la que pueden hacer los terceros que se vean afectados directamente por los resultados del proceso. Por afectación directa se entiende, como antes se dijera, una afectación de derecho, no de mero hecho. La afectación de derecho significa titularidad compartida de manera principal de la relación sustancial que se discute, bien sea como cotitular, caso del litisconsorcio necesario, bien como cotitular de esa relación que no es completamente ajena ni cabalmente propia; bien, como sucesor mortis causa o por acto entre vivos, de la relación sustancial en pendentiae litis; bien como adquirente antes o después del proceso de un derecho que depende del debatido en el mismo.

Las anteriores anotaciones muestran la razón por la cual se expresó que la división en géneros de la intervención de terceros era apenas un sistema o técnica de presentación del tema, también porque como queda relievado las formas de intervención denominadas voluntarias o forzadas se combinan, se conectan o complementan en un haz cuya finalidad, a la postre, es apenas el objetivo tan perseguido por el proceso moderno de la economía procesal, común por lo demás, al proceso acumulativo.

Lo que Montero Aroca considera como la intervención adhesiva

simple o mera coadyuvancia, es sólo una subespecie de la intervención adhesiva litisconsorcial; la que corresponde, por ejemplo, al subarrendatario en el proceso entre arrendador y arrendatario. Véase cómo aquél padecería de reflejo la cosa juzgada, o lo que es lo mismo, la imperatividad de la sentencia. Quienes hemos vivido el mundo del litigio en Colombia apreciamos, así, una vez más el vacío que concierne a la legislación procesal nuestra ante la ausencia del régimen del recurso de oposición del tercero o de la impugnación incidental correspondiente.

Pese a que en la intervención adhesiva litisconsorcial se evidencian dos hipótesis como las que corresponden a los terceros que padecen la cosa juzgada de modo directo y a aquellos que la sufren de modo reflejo, no se aprecia como necesaria una subdivisión conceptual porque es lógico que también, quienes así de reflejo la padecen, dado que ostentan una relación sustancial conexa por causa u objeto con la debatida, lo cual significa que tienen la misma causa u objeto, sufren la totalidad de los efectos de la cosa juzgada en referencia con esa causa u objeto, es lógico entonces, que se integren como litisconsortes cuasinecesarios al proceso que avanza, con todas las facultades y restricciones que a éstos convienen, que como se viene iterando, son exactamente las mismas que atañen a los litisconsortes necesarios.

Resta una última acotación a manera de epílogo y es la que corresponde a la puntualización de que este trabajo jamás sale de la teoría pura, de la especulación, de la abstracción, de ese arte de mera contemplación, como corresponde a una verdadera teoría del proceso.

BUSQUEDA DE UNA SOLUCION PARA LA CONCILIACION

Rosa María Escobar Camargo *

1. Elementos 2. Etapas de la conciliación 3. Conclusiones.

La conciliación es el procedimiento por el cual las personas (ya sean naturales o jurídicas) en conflicto acuden a un tercero imparcial, bien sea en forma voluntaria o por mandato de la ley, con el objetivo de resolver su problema.

El conciliador interviene en la controversia para ayudar a las partes a prevenir un litigio, si éste no se ha iniciado, o para terminarlo (si ya judicialmente está planteado); el conciliador debe efectuar tal labor prodigando un acuerdo mutuamente satisfactorio; y si lo logra, lo aprueba y las partes están obligadas a cumplirlo.

1. *Elementos*

Se presentan diferencias claras entre la conciliación y la transacción, pero para el efecto que nos ocupa, vamos a determinar sus elementos comunes, así:

Tanto la conciliación como la transacción requieren:

a) Voluntad de las partes;

* Jueza 5ª civil del circuito de Medellín.

b) Que la cuestión sea susceptible de transacción; y

c) Aprobación del conciliador.

De otro lado ambas producen efectos de cosa juzgada.

Hernán Fabio López Blanco afirma que la conciliación es apenas una forma de transacción, cuando manifiesta: "... porque sólo cuando se cede parcialmente por los litigantes, es que nos encontramos en una auténtica composición del litigio por conciliación, es decir que ésta, al igual que la transacción, implica renunciar a algo por cada una de las partes..." (*Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Tomo I, Parte General. Bogotá Editorial A. B. C. 5ª edición. 1991 pág. 745).

Pues bien, llámese conciliación, negociación, transacción, avenimiento, amigable composición o concertación, la Ley 23 de 1991 pretende, no sólo descongestionar los despachos judiciales sino también acercar la justicia al ciudadano, el cual por este medio debe participar activamente en la solución de sus propios problemas vitales: la supervivencia, sus afectos, sus bienes, su protección, su identidad, la creatividad, la libertad, su privacidad; y todos los que pretende asegurar y proteger la nueva Constitución para todos los integrantes de la nación que fundamentalmente son: vida, convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz.

A más del ciudadano común, el abogado y el juez deben participar en los procesos conciliatorios, involucrarse en ellos para lograr el objetivo máximo de la Justicia: llevarla a todos.

Una vez que se logra vencer la resistencia al cambio, se encontrará que en la conciliación hay un proceso de diálogo para reconocer que los conflictos y su solución, son más problemas sociales que conductas antijurídicas.

Es el diálogo que se propicia en la conciliación el que logra llevarnos a este descubrimiento y determinar que todos los conflictos no son más que el resultado de la propia realidad económica, cultural y política del país.

Una de las razones que más obstaculiza el interés de los abogados (sean litigantes, jueces, doctrinantes) por los procesos conciliatorios, es la formación universitaria que nuestro profesional recibe en este aspecto, y es ella la que en la mayoría de los casos determina la respuesta frente a la institución que se analiza.

El profesional ante el conflicto, se ve obligado a reducirlo a conceptos jurídicos (saber qué normas son aplicables o cuál el procedimiento); las situaciones de hecho que no le encuadran en las categorías anteriores, las descarta por "irrelevantes".

La misma tendencia muestran nuestros jueces: establecen cuáles son las disposiciones aplicables y así determinado, aplican las normas y punto.

Así es como respondemos y resolvemos el conflicto, obviamente la comunidad asume la misma posición, con el agravante de que la complejidad y el formalismo jurídico del proceso confunden y atemorizan al ciudadano.

Por lo anterior, estos instrumentos de análisis y decisión dejan de ser idóneos debido al sistema insuficiente e ineficiente y obligan al Estado a pensar en otras soluciones.

La Constitución de 1991 en su art. 228 señala que prevalecerá el derecho sustantivo a la forma, este precepto constitucional emerge como una clara directriz que tiende a solucionar en parte el problema.

Sucede también, que aunque la justicia es gratuita, hay costos operativos que muchos sectores de la sociedad no pueden cubrir y al no poderlo hacer, dado que no encuentran solución a sus problemas por medio del establecimiento, acaban haciendo justicia por su propia mano.

En síntesis, hay una desconexión de la administración de justicia con la realidad social que genera la pérdida de la credibilidad y legitimidad en la justicia por parte de los usuarios del servicio.

Incrementar el número de jueces o modificar los códigos no funciona, porque los conflictos aumentan en progresión geométrica y los despachos en progresión aritmética.

El proceso judicial se reduce a un debate de carácter jurídico, una lucha donde hay vencedor y vencido: no hay término medio ni alternativas que beneficien a todos.

La conciliación enfrenta la misma realidad social, el mismo supuesto fáctico, pero el problema no es jurídico porque los criterios de referencia cambian: son el interés y la necesidad de las personas que negocian entre ellas, lo que forma parte de la respuesta a un problema común.

Cuando el juez obra en su carácter de conciliador, su función es diferente a la que realiza como juez: tiene que educar a las partes sobre el procedimiento, para qué sirve, qué ventajas tiene, qué opciones existen.

Lo anterior es necesario para obviar el inconveniente que muchas personas identifican la conciliación con un proceso judicial y creen que están ahí para oir la decisión vinculante del conciliador-juez.

2. *Etapas de la conciliación*

Es posible señalar un orden lógico para las diferentes etapas que pueden darse en el transcurso de la conciliación y es lo que se hará, determinando unos estadios determinables y diferenciales, así:

a) *La apertura*

En esta etapa el conciliador se presenta como tal, presenta a las partes y fija las reglas (que ya la ley ha determinado).

Aquí es donde se crea el clima propicio sobre la conciliación y ha de usarse este período para informar a las partes sobre su duración, los derechos y deberes de ella así como los objetivos de la institución.

No se puede seguir adelante hasta que las partes no entiendan y tengan claro el mensaje

Podría decirse que es tan importante la sicología del conciliador, como su conocimiento jurídico; no le basta con informar, hay que asegurarse si le han comprendido, esto porque la conciliación es tan seria como un proceso y los resultados tan válidos como una sentencia.

El conciliador es el motor de la conciliación y la institución tendrá éxito si la conducta que asume es activa, de resto excepcionalmente se logrará conciliar; deberá el conciliador conocer el conflicto, medir sus alcances y posibilidades y así su presencia será garantía de los derechos litigiosos en juego, tanto de los individuales como del bien común.

Si la conciliación se intenta dentro del proceso, el juez conciliador les hará saber a los conciliantes la incidencia de la suerte del litigio por su conducta (omisiva, renuente o remisa) y también sobre la inconveniencia económica de un resultado incierto e impredecible hasta el momento; igualmente asegurará a las partes que lo ocurrido en la audiencia no se divulgará a otras personas.

En algunas situaciones, las partes se sienten intimidadas o avergonzadas por aparecer como demandantes o demandados, es preciso hacerles saber que los conflictos a veces son producto de las diferentes ideologías, tendencias e intereses y que de ellas se espera el consenso que lleve finalmente a un acuerdo, que ellas tienen la capacidad y libertad e iniciativa para enfrentar sus problemas, los que protagonizan y conocen y que sólo se precisa el espacio apto para el diálogo.

b) *El diálogo*

El conciliador insta a las partes a conversar y a proponer sus fórmulas, y aun cuando generalmente las partes intervienen acaloradamente, en actitud pendenciera y agresiva con versiones llenas de carga subjetiva y emotiva, pronto se les hará saber que en el recinto hay que observar decoro, cortesía, tolerancia y no pueden hablar todos a la vez; es una *regla de elemental cortesía escuchar cuando otros hablan.*

Se les debe ir persuadiendo sobre la necesidad de superar el conflicto, en esta etapa es fundamental el respeto que muestre el mismo conciliador hacia las personas que asisten: frases desobligantes, calificaciones salidas de tono o ignorar las fórmulas que las partes elaboran son obstáculos para lograr el objetivo del avenimiento; es más importante señalar lo positivo de cada ofrecimiento.

El conciliador debe ser un guía que estimula, que escucha y acerca a las partes, debe ser persistente, pues es de común ocurrencia que las partes o una sola manifiesten su intención de no conciliar desde el principio y sin embargo terminen realizando el acuerdo.

El conciliador irá recogiendo sobre la marcha la información conceptual que considera relevante y debe reconocer lo que es im-

portante y lo que no lo es: dónde comienza y dónde termina el problema.

También en esta etapa colaborará con las partes en la clarificación de sus intereses y tratará de que afloren las posibilidades humanas de solidaridad.

Como muchas veces la impotencia del débil se canaliza a través de acciones legales donde la meta es: "...yo le tengo que ganar", el conciliador debe identificar qué hay detrás del conflicto que se expresa.

La conciliación se desarrolla en una sesión conjunta pero si se complica se puede decretar un receso para realizar una sesión individual donde se podrán hacer entrevistas, no interrogatorios, pues éstos están destinados a establecer de manera lineal y descriptiva circunstancias de tiempo, modo y lugar del conflicto.

La entrevista por el contrario permite manejar información colateral, opiniones de carácter reflexivo: el que la persona califique desde su punto de vista si tiene ánimo conciliador, preguntar lo que quiere ella para definir un posible arreglo.

c) *Las soluciones*

Es el conciliador el que debe instar a las partes a señalar las soluciones, porque por más exhaustivo que sea el interrogatorio, son las partes las que mejor conocen el problema y las posibles soluciones.

Si las partes son renuentes y no quieren participar, se pueden integrar con una dinámica constructiva preguntando a cada quien: "¿Diga qué soluciones le encuentra usted al conflicto?"; la respuesta no hay que calificarla de buena o mala, lo importante es que se integre al procedimiento.

Ante el silencio de una parte frente a la propuesta de la otra el conciliador debe instar a que se discutan los motivos por los cuales se rechazan las posibilidades de un acuerdo si él lo estima legítimo.

En algunas oportunidades es manifiesta la intención de las partes por lograr un acuerdo, pero éste no se concreta, bien porque quieren consultar con otras personas no vinculadas al proceso (como familiares, juntas directivas de empresas, etc.) o por-

que desconocían hechos alegados por la otra parte y quieren comprobarlos; en estos casos es viable y casi siempre efectivo suspender la audiencia para continuarla en pocos días.

No es conveniente señalar un plazo largo porque lo que se pretende es precisamente evitar que la conciliación se frustre y no dilatar el proceso.

d) *Formulación de propuestas por el conciliador*

"Tanto mayor será la posibilidad de que la conciliación se logre, cuanto mayor sea la autoridad de la persona que la intenta." (Giuseppe Chiovenda).

Si las fórmulas de las partes no se concretizan en un acuerdo, corresponde al conciliador proponer las suyas, siempre que encuentre la posibilidad de un acuerdo legítimo y legal.

Esta es una de las etapas más importantes y deberá manifestar como fuente de su propuesta los hechos, los medios probatorios en que se funda, no sólo en el proceso (si existe) sino también en lo manifestado por las partes en la audiencia, separando el problema que convoca al proceso, de otros problemas que existan entre las partes.

El enunciado debe ser convincente para lograr la voluntad conciliadora de las partes; y quién mejor que el conciliador —técnico del derecho, conocedor del conflicto y de las pretensiones— para lograr resolver la contienda.

Es en este momento, cuando el conciliador tiene la última oportunidad para que las partes se pregunten si vale la pena o no ponerle término al conflicto y sopesar las probabilidades de éxito o fracaso que les espera en caso de decidir continuar con el conflicto.

Si el conciliador no se muestra convincente, si no hay seguridad para manejar la conciliación, tampoco las partes están tentadas a conciliar; por eso es preciso que antes de llegar a este punto el conciliador logre que los interesados manifiesten todos los hechos que originaron el conflicto, los cuales casi nunca se mencionan en su totalidad en la demanda o su respuesta y es precisamente en esta etapa donde el juez, si la conciliación se realiza dentro del proceso, sabrá si precisa o no, practicar el interrogatorio a las partes, de que trata el Art. 101 del C. P. C.

Las fórmulas de avenimiento propuestas por el juez deben ser:

a) *Justas*: El conciliador obra como tal en el sentido estricto de la palabra, es decir como un amigable componedor que quiere lo mejor para ambas partes.

b) *Razonables y razonadas*: Deben ser entendibles, explicadas y que consulten la situación de las partes, sus condiciones sociales y económicas.

c) *Planificadas*: Deben provenir del estudio que previamente se hace del conflicto.

d) *Creativas*: Alejarse del formalismo y proponer las que acerquen a las partes aunque se alejen de las pedidas en el proceso y lanzarse sin temor al rechazo.

3. *Conclusiones*

Sea que las partes acepten la propuesta del conciliador o que la solución surja de ellos mismos en forma total o parcial, se observará si el acuerdo es viable y ajustado a la Ley.

Si así lo fuere, se procede entonces a redactar el acta correspondiente y de manera detallada lo atinente a la propuesta conciliadora que tuvo éxito; en ella y si es total el acuerdo y la conciliación es judicial, el juez la aprueba y declara terminado el proceso, lo cual tendrá efectos de cosa juzgada.

Si la conciliación es parcial el proceso continúa sobre la parte no involucrada en el acuerdo, para lo cual se excluyen las pretensiones, excepciones y pruebas pertinentes.

Si no hay acuerdo también se elabora el acta y en todos los casos la firman el conciliador y todos los que en ella participaron.

No existe un procedimiento mecánico infalible para analizar problemas y tomar decisiones. El análisis del conflicto es un proceso lógico de ir canalizando un conjunto de información específica pertinente al problema, durante la *búsqueda de una solución que conduzca a la conciliación.*

LA REFORMA AL REGIMEN PROBATORIO *

José Fernando Ramírez Gómez **

1. Introducción 2. La reforma a las disposiciones generales 3. La reglamentación probatoria de las excepciones previas 4. Aspectos probatorios en el artículo 101 5. Reforma a los medios de prueba 6. Las pruebas ilegítimas.

1. *Introducción*

De entrada debo hacer una advertencia: la reforma es buena, es defensable.

Lo anterior no quiere significar que no sea susceptible de críticas. Desde luego que se le pueden hacer porque como toda obra humana presenta errores, unos graves, otros menos, pero siempre errores. Pensemos no más en dos puntos que la hacen deficiente por lo menos bajo la óptica del purismo teórico: la taxatividad y el casuismo. Con todo, en mi opinión, es ese pragmatismo el que permite hacer la defensa, porque definitivamente la limitación de tema impuesta por la ley 30 de 1987, no permitía desarrollar algo distinto, si no se quería empezar a caminar los senderos de la inconstitucionalidad por extralimitación en la facultad.

"Simplificar el trámite de los procesos judiciales", que es el contenido fundamental del literal e) del artículo 1º de la ley 30

---

* Conferencia dictada por el autor en la Universidad Externado de Colombia, en el Seminario-Taller sobre Evaluación crítica del código de procedimiento civil. Santa Fe de Bogotá, agosto de 1991.

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

de 1987, no puede tener significado distinto a aquel que obviamente enseña su tenor literal. Significado que tiene un sabor estrictamente utilitarista, pragmático, como se dijo, tal vez ajeno a contenidos principalistas, que ya habían sido plasmados por los decretos de 1970 (1400 y 2019), que a decir verdad son el soporte dogmático del Código de Procedimiento Civil Colombiano.

Si acogemos la doctrina de Clemente A. Díaz y montamos la estructura del derecho procesal sobre cuatro columnas en escala descendente: los principios constitucionales, los principios generales del derecho procesal, los tipos o sistemas procesales y las reglas técnicas procesales, veremos cómo la reforma introducida por el decreto 2282 de 1989, estuvo orientada por un único principio: la economía procesal, para a partir de él referenciar todas las reglas técnicas que como corolario propio lo implementan: la taxatividad o especificidad, la preclusión o eventualidad, la inmediación, la oralidad, la concentración, etc.

Sin duda alguna lo anterior explica por qué la reforma fue parca en el régimen probatorio, presentando su mayor influencia en lo que podríamos llamar el diligenciamiento de la prueba que es donde juegan algún papel el principio y las reglas antes identificadas. De manera que los principios rectores de la prueba judicial ajenos a la orientación de la reforma debieron permanecer incólumes. Sin embargo, porque difícilmente se puede afrontar la reforma de un sistema con abstracción de las partes que lo estructuran, el decreto 2282 de 1989, lesiona, vulnera y a ratos desconoce principios rectores de la prueba judicial vigente en el Código objeto de la reforma, tales como la oportunidad de la prueba, la publicidad, la contradicción, la eficacia, la originalidad, la libertad y la comunidad de la prueba, entre otros.

Aunque el régimen probatorio lo estatuye el título XIII del Código de Procedimiento Civil, lo cierto es que éste no se agota allí, pues a través de todo el estatuto se verifica la presencia de normas partícipes de este régimen. De ahí entonces, que por metodología y para sistematización del trabajo éste se haya dividido en las siguientes partes: reforma de las disposiciones generales de la prueba; reforma en el aspecto probatorio de las excepciones previas; la prueba en la audiencia del art. 101; reforma de los medios probatorios: testimonio, interrogatorio de parte y confesión, dictamen de peritos, indicios y documentos.

Por supuesto, que el régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil, debe examinarse en comparación con las nuevas

normas constitucionales, pues algunos de los textos de la moderna Constitución resultan incompatibles con el C. de P. C. presentándose así una inconstitucionalidad sobreviniente al tenor del art. 4º de la C. N.

2. *La reforma a las disposiciones generales*

2.1 *Las copias informales*

Distinguió el art. 115 del C. de P. C. al reglamentar lo concerniente con las copias de actuaciones judiciales dos tipos de copias: copias que llamaríamos formales solicitadas por memorial, ordenadas por el juez mediante auto, autenticadas por la firma del secretario y con eficacia probatoria, y las copias que hemos denominado "informales", expedidas por el secretario "a petición verbal de cualquier persona", no autenticadas y carentes de valor probatorio (número 5 y 7 del art. 115).

Pues bien, este segundo tipo de copias no obstante la advertencia sobre su ineficacia probatoria, además de la peligrosidad que encierran, vulneran el principio de la publicidad del proceso, de raigambre constitucional, razón por la cual la norma deviene en inconstitucional en cuanto legitima a "cualquier persona" para impetrarlas, sin necesidad de alegar interés alguno.

El principio de la publicidad del proceso con asidero en los arts. 29 y 228 de la actual Constitución, garante por lo demás del debido proceso, significa que no pueden adelantarse procedimientos ocultos, clandestinos o secretos para las partes o para el procesado. De manera que este principio no significa que el proceso tenga que ser necesariamente público, de modo que a él tengan acceso otras personas distintas a quienes están legitimadas para intervenir. La publicidad del proceso se reduce a presentar pruebas, a controvertir las que se alleguen en contra, a la motivación de la sentencia, a su impugnación y a la intervención de las partes y los apoderados, según lo establecido por la nueva Constitución en los arts. 28, 29 y 228.

Porque el principio se viola tanto por restricción como por exceso cuando éste supone límites como los señalados, la norma que autoriza las copias informales a petición de cualquier persona,

excede el marco constitucional dándole una inopinada publicidad al proceso, violatoria de contera de otros derechos, como la privacidad o la intimidad, afortunadamente tutelados por las modernas legislaciones. (Art. 15 de la nueva Constitución).

La posibilidad de petición de copias informales, abre las puertas del proceso a toda persona y expande a todas ellas el conocimiento de la verdad investigada, haciendo inanes artículos como el 127 del C. de P. Civil, que determina restrictivamente las personas que pueden examinar el expediente. Desde luego, que la violación del principio de la publicidad del proceso no ha sido extraña a la práctica judicial, pues no otra cosa es la que promueven los juzgados cuando ilegal y viciosamente hacen la notificación por estados presentando un resumen del contenido de la providencia, cuando eso no lo establece el art. 321 ibídem.

Así las cosas, la facultad para solicitar copias informales, necesariamente tiene que entenderse concedida a favor de las personas legitimadas para intervenir en el respectivo proceso, excluyéndose, por consiguiente, los terceros absolutos.

2.2 *Pruebas de oficio*

Como bien se sabe, en principio de acuerdo al poder de institución, existen dos sistemas procesales: el inquisitivo y el dispositivo o acusatorio. Pero también es conocido que combinando elementos de uno y otro sistema, modernamente se ha estructurado un tercer sistema que se identifica como mixto.

Traducido esto al campo probatorio nos encontramos en el sistema inquisitivo con que el poder de instrucción o investigación es propio del juez, en tanto que en el sistema dispositivo la facultad de pedir las pruebas y la carga de demostrar los hechos que sustentan la pretensión es de las partes. En cambio, el sistema mixto, como es el que rige en Colombia en el campo procesal civil, combina los elementos anteriores, facultando a las partes para pedir pruebas, pero reconociendo el poder oficioso del juez, quien sin petición de parte puede decretar, con algunas pequeñas restricciones, las pruebas que considere pertinentes, conducentes y eficaces para el hallazgo de la llamada verdad real.

Este poder oficioso, sano sin duda alguna, porque por encima de cualquier circunstancia individual o personal, debe primar la idea de la aplicación del derecho objetivo al caso concreto, pues

no otra puede ser la finalidad del proceso en su debida abstracción, fue desconocido o por lo menos limitado en extremo por el art. 182 del C. de P. C., al restringir la oportunidad para el decreto y práctica de pruebas de oficio, sentando como mojón preclusivo un único período adicional. Por supuesto que esta norma contradice lo previsto por los arts. 179 y 180, dejando entre otras cosas sin validez la teoría del deber que acerca de las pruebas de oficio había planteado la jurisprudencia de la Corte y la doctrina particular.

Ciertamente la práctica judicial se había tornado viciosa. En no pocos casos el referido poder se utilizaba como mecanismo de dilación. Empero, el remedio, en mi opinión, resulta extremadamente radical y claramente retardatorio, porque eso de las pruebas oficiosas inoficiosas tampoco era la generalidad. Tal vez debió acudirse a otro disuasivo con el fin de evitar la proliferación de pruebas decretadas de oficio pero sin ninguna función instructiva. Piénsese en la misma prevención disciplinaria que consagra el artículo comentado, para el evento en que la prueba tuviera ese cariz de dilación.

Me preocupa altamente la restricción analizada, porque la experiencia me indica, que muchas veces una prueba origina otra, como en una secuencia de causa a efecto, y la limitación impuesta, agotaría la investigación en la causa sin poder indagar la secuela, que a la postre puede ser definitiva. Sin embargo, creo que la dificultad hoy día puede superarse si nos atenemos a la prevalencia que al derecho sustancial dio el art. 228 de la C. N. pues se entiende que las pruebas tienen como objetivo el hallazgo de la verdad real, sin perjuicio de que si ellas apenas se orientan por la dilación se incurra en la falta disciplinaria.

2.3 *Prueba trasladada*

El art. 185 del C. de P. C., no fue reformado por el decreto 2282 de 1989, cuando en mi opinión ameritaba una adición a fin de dar cabida a la eficacia probatoria de prueba trasladada sin reunir los requisitos de forma, pero perjudicial para la parte que impetra el traslado.

Explicó la tesis que aun sin la previsión expresa de la norma es viable sostener por vía de interpretación: Al apreciar la prueba trasladada el juez debe cumplir una doble función crítica,

puesto que debe examinar la prueba bajo los parámetros del medio original (dictamen, testimonio, etc.), para luego proceder a su análisis en torno a las pautas del régimen de la prueba documental, fundamentalmente lo concerniente con la autenticidad de las copias. Por supuesto que el art. 185 se vuelve más exigente, ya que consagra alternativamente otras dos condiciones de eficacia de la prueba; condiciones que velan por la salvaguardia de los principios probatorios de la publicidad y la contradicción relacionados ambos con el derecho de defensa de la parte contra la cual se procura hacer valer la prueba. De ahí que la apreciación de la prueba trasladada penda también, de que en el proceso primitivo se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.

De no cumplirse con alguna de las anteriores circunstancias, no empece a la validez original y a su aducción en copia auténtica, la prueba resulta inapreciable y por ende ineficaz o carente de valor. Sin embargo, la preceptiva legal, según se anticipó, admite ser interpretada morigerando el rigor de las últimas exigencias, ya que eventualmente se podría impetrar el traslado de una prueba para hacerla valer en otro proceso sin que se reúnan esas condiciones, siempre que resulte perjudicial para quien elevó la petición, porque ello implicaría una renuncia a esos principios tutelantes del derecho de defensa, que no choca al orden público e imperatividad de las normas procesales, por la viabilidad de la confesión en nuestro sistema probatorio. Por lo demás, si se atiende al tenor de la norma en comentario, se ve cómo la interpretación tiene asidero en él mismo, porque las condiciones de publicidad y contradicción que el precepto exige, están referidas a la contraparte, o persona contra la cual se va a hacer valer la prueba, pero no para quien hace la petición probatoria.

2.4 *La condena en concreto*

Estatuyó perentoriamente el art. 307 la condena en concreto, quedando proscrita por principio la sentencia en abstracto. A tono con esta declaración, la norma establece como deber del juez, so pena de falta disciplinaria por el incumplimiento, decretar las pruebas que estime pertinentes para concretar el valor de los frutos, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante que sea objeto de conocimiento.

Hasta ahí el contenido pacífico del art. 307 que llevaría a las

siguientes conclusiones: si la mejora, perjuicio, frutos, etc., no están probados, lo procedente es la sentencia absolutoria por tales conceptos, porque las pruebas adicionales tienen como finalidad la liquidación o concreción de los valores, mas no la prueba de la mejora, fruto, perjuicio o cosa similar. Si éstos están probados, pero se desconoce su monto, cobra vigencia, como ya se dijo, las pruebas adicionales con el objetivo de hacer la condena concreta. Con todo, si con las pruebas adicionales no se logra la concreción, la sentencia debe ser absolutoria, sin perjuicio de la insistencia probatoria por parte del juez de segunda instancia, quien también tiene ese deber sin considerar si el juez de primera instancia hizo uso o no de las facultades oficiosas, por cuanto el artículo lo único que exige es que en primera instancia se haya omitido total o parcialmente la condena en concreto.

Esta reglamentación del art. 307 resulta desconocida por el inciso 2º del art. 339, porque según este texto, si el valor de las mejoras no se regula en la sentencia, procede su liquidación mediante incidente, el cual deberá promoverse dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Valiendo, entonces, el siguiente planteamiento a modo de interrogante: ¿Será, que tratándose de mejoras, es procedente la sentencia que condene a su pago en abstracto, para luego definir el monto en el trámite incidental que autoriza el art. 339, que por ser norma posterior es de aplicación preferencial? La respuesta debe ser afirmativa, pero advirtiéndose que de todos modos y por razones de economía procesal tanto el juez de primera como de segunda instancia deben hacer uso de la facultad del art. 307 y en su defecto acudir a la sentencia in genere, para luego aplicar el art. 339.

3. *La reglamentación probatoria de las excepciones previas*

Desde la expedición del decreto 2282 de 1989 se ha venido sosteniendo por parte de algunos comentaristas, que la regulación probatoria de las excepciones previas significó un retroceso, un volver atrás, porque el art. 98 al limitar el número y la clase de los medios probatorios utilizables, consagró el segundo sistema de la tarifa legal.

En nuestra opinión el criterio expuesto no tiene validez, porque el sistema de valoración probatoria identificado como de la

prueba legal o tarifa legal, no significa eso. En otras palabras, la limitación del número y clase de medios, que es lo que hace el art. 98, no necesariamente implica la consagración del citado sistema. Este no es otra cosa que la valoración legal y anticipada de la prueba, la cual se le impone al juez para dirigir su juicio. Calificar la inasistencia a la audiencia como indicio grave, como lo establece el art. 101, es sistema de prueba legal, pero no lo preceptuado por el art. 98.

Claro está que con lo anterior no se quiere significar que el art. 98 sea un ejemplo de normatividad. Desde luego que son múltiples las críticas que se pueden plantear en relación con esta norma, que en definitiva constituye el régimen probatorio de las excepciones previas. Veámoslas:

a) El art. 98 en la forma como quedó concebido desvirtúa la regla de la oficiosidad probatoria, valiendo al respecto las críticas del num. 2.2.

b) Así como quedó elaborado el art. 98 en armonía con el art. 99 ord. 3º, parece acertado afirmar que la restricción o limitación en la clase y número de medios probatorios que plasma la primera norma, quedó establecida para el excepcionante-demandado, pero no para el demandante, lo cual a todas luces rompe con el principio de la igualdad de las partes en el proceso.

c) El art. 98 enlista las excepciones previas que admiten prueba distinta a la documental, como en ésta no aparece la excepción del ord. 12 del art. 97, estaríamos con respecto a ésta ante un imposible probatorio, pues no se ve cómo la persona erróneamente notificada pueda demostrar esta circunstancia si no es acudiendo a prueba de testigos o a un interrogatorio de parte. Desde luego que esta última es la solución que se impone con el fin de llenar la laguna que se nota en la norma comentada, aplicando analógicamente lo que la misma norma dispone para las excepciones que admiten prueba distinta a la documental (art. 5º C. P. C.).

d) Otra glosa tiene que ver con la prueba de la caducidad alegada como excepción previa, y aun con la misma transacción. ¿Cómo se prueban? ¿Será que apenas se puede acudir a dos testigos si no se pueden probar con documentos? ¿O será que en los casos en que no se tenga prueba documental de los hechos que las configuran, no se pueden formular como excepción previa? Piénsese en los motivos de separación de cuerpos o divorcio.

¿Se podrá acudir a otros medios distintos a los documentos, como los testigos o al interrogatorio, no obstante la veda impuesta por la norma? En nuestra opinión, si no se tiene prueba por documentos de estos medios mixtos de defensa, su proposición debe plantearse como excepción de mérito. Solución que está a tono con los postulados de la reforma, que al limitar el número y clase de medios probatorios utilizables en el incidente de excepciones previas, lo que quiso fue agilizar el trámite del proceso.

4. *Aspectos probatorios en el artículo* 101 *

Con respecto al tema probatorio el artículo indicado trae las siguientes regulaciones:

a) Es deber del juez examinar antes de la audiencia, además de los otros puntos reseñados por la norma, *"las pruebas presentadas y solicitadas"*.

b) La exigencia de presentación antes de la hora señalada para la audiencia, de prueba siquiera sumaria de una justa causa para la no comparecencia de las partes.

c) Relevo de la asistencia de las partes o parte a la segunda oportunidad para la audiencia, cuando se presenta prueba de la existencia de fuerza mayor o de domicilio en el exterior.

d) Excepto en los casos del literal precedente, la no concurrencia a la audiencia de alguno de los demandantes o demandados, se considerará como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito, según fuere el caso.

e) El juez, si lo considera necesario podrá interrogar bajo juramento a las partes, sobre los hechos relacionados con las excepciones previas que estén pendientes de resolución o con el litigio objeto del proceso.

f) Dentro de la etapa de fijación de hechos, pretensiones y excepciones de mérito, el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que estén de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales declarará probados mediante auto en que, además, señalará

---

* Algunas de las críticas hechas al art. 101 fueron sometidas a nueva reglamentación en el decreto 2651 de 1989, corrigiendo en parte los defectos anotados.

las pruebas pedidas que desecha por versar sobre los mismos hechos.

El parágrafo 2º ord. 1º del art. 101, que corresponde a lo señalado bajo la letra b) de este trabajo, resulta antitécnico e ilógico al exigir que la justificación de la inasistencia se presente *antes* de la audiencia, variándose así el criterio señalado en otras normas como el art. 209, que autoriza que con posterioridad a la audiencia en un término de tres días, o si se quiere en otro menor que pudo establecerse para el caso del art. 101, se presenta la prueba justificativa de la inasistencia. Por supuesto que en estos casos la lógica se orienta por la justificación ulterior y no por la anterior, pues el hecho impeditivo puede haber sido contemporáneo con la hora de la audiencia.

El numeral 2 del parágrafo 2º del artículo en cita, al establecer que el juez debe considerar como indicio grave la no concurrencia a la audiencia por alguno de los demandantes o demandados, además de contrariar el principio de la libre apreciación de la prueba consagrado por el art. 187 del C. P. C., dando paso ahí sí a un sistema tarifario, resulta inocuo al no establecer la influencia decisoria de ese tipo de prueba, especialmente cuando se trata del único medio obrante en el proceso, pues en este caso como tal indicio nunca podría llegar a tener la virtud de una plena prueba, el calificativo anticipado del legislador se torna inútil e intrascendente.

Respecto a la facultad otorgada al juez de interrogar a las partes en el transcurso de la audiencia del art. 101, y en la oportunidad allí señalada, se nota la falta de autorización similar para las partes, por lo menos como actitud subsiguiente a la del juez, instituyéndose así un mecanismo de economía procesal, que posiblemente relevara de un interrogatorio posterior, amén de ser un instrumento más de verificación anticipada de hecho, pues el conocimiento que hasta ese momento tiene el juez puede no ser el más amplio, porque las partes sin tratarse de hechos fundamentales para las pretensiones o excepciones, pueden tener conocimiento de otros de todas maneras influyentes. Con todo, no obstante el silencio de la norma, no se ve óbice que impida el interrogatorio por las partes.

Por último, ya no con sentido crítico, pero sí como labor interpretativa que deja en claro puntos que han originado alguna otra concepción doctrinal, rígida y errada en nuestra opinión, debemos hacer notar que en la audiencia del art. 101 pueden pro-

ferirse dos autos susceptibles de ser apelados, así: uno, el auto por el cual se aprueba la conciliación total y se declara terminado el proceso apelable al tenor del art. 351 ord. 7. El segundo es el auto que no decreta pruebas por versar sobre los hechos en que estén de acuerdo las partes y fueren susceptibles de confesión (art. 351 ord. 3).

5. *Reforma a los medios de prueba*

5.1. *El testimonio*

Acerca de la prueba testimonial vale la pena hacer tres acotaciones críticas: dos por deficiencia en la regulación, o mejor por omitirla y quedarse así sin superar dificultades prácticas, y la tercera porque lo establecido viola principios rectores de la prueba:

a) El art. 227 inciso final del C. de P. Civil, autoriza lo que se ha dado en llamar los testimonios técnicos, entendiendo por tales las declaraciones de "persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia" investigada, caso en el cual proceden las preguntas tendientes a provocar conceptos del declarante, que por lo general y tratándose de testigos comunes están vedadas.

Pues bien, en nuestro concepto lo atinente al testimonio técnico ameritaba una reglamentación más concreta y específica, precisamente por la particularidad del testimonio. Reglamentación que debía haberse empezado a reflejar desde la propia petición de la prueba hasta llegar a su diligenciamiento, donde lo lógico era empezar por exigir la demostración de la aptitud o idoneidad en la materia, sin que bastara la afirmación o la prueba de una determinada profesión, porque la ley no está pensando en esto, sino en "persona especialmente calificada". Es que el testimonio técnico en algo se asimila al perito y la mayoría de las veces se vuelve definitivo, radicando ahí la importancia que exigía una reglamentación más específica. Afortunadamente el juez acucioso puede ejercer el control sin necesidad de norma que lo exprese, aunque esto hubiese sido lo más apropiado.

b) Desde la propia expedición del Código de Procedimiento Civil, como práctica lesiva del derecho de defensa, se vie-

ne estilando por parte de algunos jueces, por fortuna no la mayoría, limitar la intervención de los apoderados en el interrogatorio de los testigos, aplicando analógicamente una de dos normas: el inc. 4º del art. 109 que limita las intervenciones de los apoderados en las audiencias o diligencias a quince minutos, o el art. 207 inc. 3º que para el interrogatorio de parte estatuye un límite de veinte preguntas. Por supuesto que ninguna de las interpretaciones tiene sentido o lógica, pues en estos casos la limitación no puede ser otra que la ofrecida por la conducencia, pertinencia y oportunidad de la pregunta, que son pautas de control que el juez debe ejercer. Empero, a propósito de la reforma debió dejarse por sentado un criterio contundente y expreso que no diera cabida a interpretaciones como las denunciadas, se repite, violatorias del derecho de defensa.

c) Al reglamentar la práctica del interrogatorio al testigo, el ordinal 7 del artículo 228 señala lo siguiente:

"Si el testigo solicitare plazo para consultar documentos y el juez lo considera justificado, aplazará la correspondiente respuesta y el interrogatorio continuará sobre las demás preguntas que deban formulársele. Concluídas éstas, el juez deberá señalar allí mismo y antes de retirarse el testigo fecha y hora para audiencia en que hayan de responderse las preguntas aplazadas. Si el testigo no concurre a dicha audiencia y las preguntas sin responder las hubiere formulado el juez o la parte contraria a la que solicitó el testimonio, éste carecerá de mérito probatorio, si aquél considera que las respuestas pendientes son indispensables. Sin embargo, si el testigo o el apoderado que pidió la prueba justifica, dentro de los tres días siguientes, la no comparecencia, se señalará nueva fecha para la audiencia, sin que pueda aplazarse otra vez".

Sobre este texto legal el profesor Hernán Fabio López Blanco hace el siguiente comentario crítico:

"Se consagra en el numeral 7 la perentoria obligación de señalar nueva fecha para continuar la diligencia en el acto mismo y con el fin de que el testigo cuya declaración se aplaza quede allí mismo notificado. No obstante, se adiciona un aspecto que vemos discutible y que podrá presentar problemas de interpretación y es que cuando se aplaza un interrogatorio para que el testigo pueda consultar documentos "y las preguntas sin responder las hubiere formulado el juez o la *parte contraria* a la que solicitó el testimonio, éste carecerá de mérito probatorio, si aquél con-

sidera que las respuestas pendientes son indispensables" lo que se puede prestar a maniobras.

"Obsérvese que aun cuando se pensó en establecer una sanción para la parte que pidió la citación del testigo, bien puede suceder que el testimonio le sea desfavorable a ella y se juegue la carta de tratar de que no cumpla con la nueva citación en orden a restar eficacia al testimonio, aun cuando debe resaltarse que es el juez quien debe definir acerca de este valor probatorio para lo cual tampoco se dio oportunidad de especial pronunciamiento, lo que lleva a concluir que será cuando haga el análisis respectivo en la sentencia o auto donde deba considerarlo, que podrá restar eficacia al testimonio pero siempre sobre la base de estimar que las respuestas pendientes son necesarias por cuanto de lo contrario, apreciará la prueba en lo que ella establezca".

Además del reproche de López Blanco, el precepto en comentario rompe con la regla de control e inmediación que debe regir en la recepción del testimonio, pues el intervalo creado por la norma con el fin de que el testigo consulte documentos, es una verdadera solución de continuidad que necesariamente produce un demérito en la fuerza de convicción, precisamente por la pérdida de la susodicha inmediación. Demérito que acepta el mismo texto cuando desconoce el valor probatorio de la parte inicial del testimonio, para el caso de la no concurrencia a la etapa siguiente de la audiencia luego de la consulta de los documentos.

Aunque en lo esencial la norma viene de antes, no sobra advertirse que en cierta forma con ella se contradice la regla de la originalidad de la prueba, porque antes que la consulta de los documentos para luego testimonialmente vertirse en el proceso lo que éstos declaran o representan, lo que debió establecerse fue una exhibición de los mismos, pues es este mecanismo el verdadero garante de que en el proceso se conozca original y fielmente su contenido.

5.2. *El interrogatorio de parte*

Según lo declara el art. 194 del C. de P. Civil, el interrogatorio de parte, formulado por la otra parte o por el juez, es el instrumento procedimental idóneo para obtener la confesión judicial provocada. De manera que es necesario diferenciar la confesión como medio probatorio, que además puede ser extrajudicial y espontánea, y el interrogatorio de parte como trámite para

provocar la declaración de parte que eventualmente puede importar una confesión.

En armonía con lo inicialmente anotado, es decir, que en relación con el régimen probatorio el decreto reformativo 2282 de 1989, se ocupó más que todo del diligenciamiento de la prueba, encontramos que en el punto objeto de examen las referencias modificatorias se hicieron en torno al interrogatorio y no con respecto al medio de la confesión, que apenas sufrió dos ligeras modificaciones: la adición del art. 197 presumiendo al apoderado judicial autorizado para confesar en la audiencia de que trata el art. 101, y el cambio de los valores de las multas del art. 199.

Respecto al diligenciamiento de la declaración de parte hacemos las siguientes acotaciones a lo dispuesto por la reforma:

a) Al tenor del inc. 3º del art. 207 del C. de P. Civil, el juez está facultado para objetar y excluir las preguntas que no se relacionen con la materia del litigio o inconducentes, las capciosas y superfluas entre otras.

Dicha facultad la ejerce el juez al momento de la diligencia cuando el interrogatorio se formula oralmente, o con anticipación a ella en el caso de formulación en pliego escrito.

Como cualquiera de los controles supone un conocimiento claro y preciso de la materia del litigio, en mi opinión el interrogatorio a petición de parte que deba llevarse a cabo ante juez comisionado tiene que hacerse necesariamente por pliego escrito que debe calificar el funcionario que dispone la comisión, que es el conocedor del asunto para poder cumplir debidamente la labor calificatoria. Por tal razón, la reforma debió prever la posibilidad de la formulación oral del interrogatorio ante el comisionado, pero exigiendo como requisito que a costa del interesado se remitiera al comisionado copia de todas las piezas pertinentes con el fin de darle los elementos de conocimiento que le permitieran cumplir adecuadamente con el rol de calificador. Por supuesto, que no obstante la omisión reformativa, el juez que dispone la comisión oficiosamente puede llenar la deficiencia ordenando compulsar las copias pertinentes y así abrir la posibilidad del interrogatorio verbal ante comisionado, lo cual inclusive resulta recomendable aun cuando el interrogatorio en principio se haya presentado en pliego escrito, por la posibilidad de su cambio total o parcial por oral.

De otro lado, el poder de excluir preguntas que el art. 207 inc. 3º da al juez, es bastante discutible en cuanto a su pertinencia, tratándose de preguntas no relacionadas con la materia del litigio, o aparentemente superfluas, porque a priori a veces es difícil, si no imposible, determinar el objetivo de la preguna, pues muchas veces preguntas que en principio aparecieran como extrañas al factor investigado, pudieran no serlo, por ser una especie de iter en el procedimiento investigativo, como cuando se hace una pregunta para de la respuesta inferir otra y así sucesivamente.

Por lo anterior dudo del acierto de la disposición, que desde luego no ofrece discusión en lo referente a la exclusión de las preguntas "que no sean claras y precisas, las que hayan sido contestadas en la misma diligencia o en interrogatorio anterior cuya copia obre en el expediente", pero tratándose de las anteriormente analizadas debieron borrarse del listado y permitir sin objeción el agotamiento del interrogatorio porque dichas preguntas en verdad no resultan lesivas de los derechos del interrogado.

b) Igualmente resulta criticable la limitación a diez preguntas en el interrogatorio del proceso verbal (art. 430), no sólo porque ese límite arbitrario, que por supuesto puede disponer el legislador, carece de cientificidad, sino porque ello en cierta forma contraría el derecho de defensa restringiendo la investigación, y de paso menospreciando las aparentes pequeñas causas, que en realidad no lo son.

c) El inciso 3º del art. 210, lo mismo que el art. 101, aplican un sistema de tarifa probatoria calificando de indicio grave la no concurrencia a la audiencia de conciliación, o a la audiencia donde debía absolverse el interrogatorio de parte, cuando no es posible deducir de esta inasistencia una confesión ficta o presunta por el hecho de no admitir la prueba de confesión. Pues bien, esta consecuencia probatoriamente se torna intrascendente, porque si el hecho debatido no admite la prueba de confesión, o mejor la confesión no prueba el hecho, menos lo va a probar un indicio, pues lo que generalmente no admite prueba de confesión requiere de prueba específica escrita, o está completamente vedado el medio, lo cual implica necesariamente la improcedencia probatoria de un medio de menor jerarquía, con menor grado de convicción, como lo es el indicio, a pesar del calificativo de grave que a la conducta le da apriorísticamente la ley.

5.4. *Los documentos*

El medio probatorio de los documentos fue objeto de ligeras modificaciones, la mayoría acertadas, como son la extensión de la autenticidad de las reproducciones mecánicas de la voz y la imagen de la parte contra quien se aducen, cuando ésta o sus sucesores no promueven la tacha de falsedad o hacen la manifestación del art. 289 del C. de P. Civil, según lo consagra el ordinal 3 del artículo 252; la ampliación de la relación taxativa de los documentos privados que se presumen auténticos, o las variaciones notificatorias que en el trámite de la exhibición de documentos se establecieron. Con todo, algunos aspectos de lo consagrado dejan dudas e inquietudes, y dan lugar a cuestionamientos críticos, como en otros es dable hacer notar cierto vacío regulador. Observemos:

a) Desafortunadamente se perdió la oportunidad de establecer un verdadero régimen para la prueba informática. De manera que con respecto a ella, siguen valiendo, con todas las deficiencias que se les pueden enrostrar, las diferentes concepciones doctrinales, esto es, la prueba informática tomada como presunción o indicio, según la presenta Parra Quijano; o como un complemento de prueba escrita, para cuyo conocimiento es necesario acudir a otros medios probatorios, o como comienzo de una prueba escrita.

b) No obstante que la reforma tenía como objetivo la agilización de los trámites judiciales, partiéndose de la idea que la oralidad simplifica, no se ve el motivo por el cual se le sigue teniendo temor a las grabaciones de las audiencias, exigiéndose como regla general su ulterior transcripción a una acta escrita, según lo señala el art. 109 del C. de P. C., pues no otra cosa se colige cuando esta norma declara que una vez firmada el acta se "podrá prescindir de la grabación". Afortunadamente esta regla fue excepcionada para los procesos verbales, según lo dispuesto por los arts. 432 par. 7º y 439 par. 6º.

c) Así como existe en otros países (México, Italia), debió consagrarse un procedimiento para la reproducción de la imagen o de la voz, obviamente con citación de la parte contra la cual se hace valer la prueba.

d) En mi opinión, el punto que mayor atención amerita en el campo de la prueba por documentos está en la competencia autenticadora que en apariencia la reforma confirió a los

secretarios de oficina judicial, y en la contradicción que en principio se nota en lo previsto por los ords. 1 del art. 254 y 2 del art. 268, en comparación con el numeral 3 de la última norma citada.

El art. 115 del C. de P. C. al regular la expedición de copias de actuaciones judiciales, considera como copias auténticas aquellas que solicitadas por escrito, van firmadas por el secretario quien así actúa por orden que por auto le da el juez (ord. 7).

Por su parte, el numeral 1 del art. 254, prevé que las copias de los documentos tienen idéntico valor al original, cuando son autorizadas por el secretario de la oficina judicial donde se encuentra el original o una copia autenticada, previa orden del juez.

De otro lado, el art. 268 del C. de P. C., refiriéndose a los documentos privados releva a la parte de aportar el original del documento al proceso judicial, otorgándole de contera valor probatorio a la copia del mismo, cuando aquel forme parte de otro proceso del que no puede ser desglosado, "siempre que la copia se expida por orden del juez".

Comentando el ordinal 1º del art. 254, dice el doctor López Blanco que esta norma se modificó autorizando a los secretarios judiciales para autenticar las copias de los documentos.

A decir verdad, en manera alguna podemos compartir esta opinión por una de dos alternativas: porque de ser esa la consagración de la reforma estamos frente a una norma manifiestamente inconstitucional, o porque en realidad ese no es el sentido de la previsión, ya que el funcionario con poder autenticador sigue siendo el juez.

Lo primero, por cuanto el poder autenticador es una expresión de la denominada fe pública como capacidad o competencia de otorgar certeza y valor probatorio a ciertos actos o documentos, en los casos y con los requisitos que la ley establece, conforme lo declara el art. 1º de la ley 29 de 1973 con respecto a los notarios, y se les reconoce a los jueces por distintas normas sustantivas y de procedimiento como manifestación de la función jurisdiccional.

Desde luego que está dentro del rol de la ley definir qué funcionario o autoridad tiene la capacidad de dar fe. En este sentido el decreto 2282 no ofrecería reparo alguno. Sin embargo, su deficiencia e inconstitucionalidad se haría notoria si atisbamos las facultades de la ley 30 de 1987, porque si su contenido estaba de-

finido por la simplificación de los trámites de los procesos judiciales, ésta, que es una limitación, resulta exorbitada por el otorgamiento de este poder a los secretarios de los despachos judiciales. Empero, en mi opinión, la ley nunca confirió a los secretarios esta facultad como algo autónomo.

Ciertamente lo único que noto en el decreto 2282 de 1989, y éste sí está a tono con la ley de facultades, es una delegación funcional en el secretario realizada por el juez, pero sin éste perder el poder autenticador ni hacer para el secretario, que siempre debe actuar por orden del juez dada mediante auto. De manera que en mi sentir sigue siendo el juez el funcionario autenticador, pues es él quien para dar la orden al secretario debe hacer el cotejo entre el original y la copia auténtica que obra en el proceso judicial a su cargo, y la copia que se expide. La función del secretario se circunscribe a la firma de la copia, siendo ésta la mecánica delegada, sin que exista óbice para que el juez eventualmente la asuma.

Por lo demás, lo anterior tiene asidero, como las mismas normas lo indican, con respecto a copias tomadas del original o una copia auténtica que haga parte de un expediente a cargo del despacho judicial, porque el poder autenticador de copia auténtica que se presente para tal efecto, lo reserva para los notarios el ord. 2 del art. 254; norma ésta que de alguna manera saca a flote la aparente contradicción que se presenta con el ordinal 3 del art. 268, que en principio parece reconocerle a los secretarios de oficina judicial una competencia autónoma para certificar la autenticidad de las copias de los documentos privados; empero, esto no puede entenderse así porque esta última norma apenas se ocupa de determinar los casos en los que las partes están relevadas de aducir el original de los documentos privados, pero sin definir el procedimiento para la autenticación, que como ya se explicó, está preceptuado por disposiciones generales, como lo es el art. 254 en asocio del 115 del C. de P. C. En conclusión y para terminar podemos advertir lo siguiente:

a) Los notarios están facultados para certificar la autenticidad de copias de documentos públicos o privados, tomadas del original o de copia auténtica que se halle en su poder o se le presente para el respectivo cotejo.

b) Los jueces delegando la firma autenticadora en el secretario sólo pueden certificar la autenticidad de documen-

tos públicos o privados, siempre que el original o copia auténtica haga parte de un expediente en trámite o archivarlo en la correspondiente oficina judicial.

6. *Las pruebas ilegítimas*

Consagró el inciso 2º del art. 29 de la nueva Constitución Nacional, la nulidad, de pleno derecho, de la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Nos lleva esta norma al tema de las pruebas ilegítimas, con un contenido profundo e interesante, porque es en esa frontera donde está el muro que detiene y arredra ante el uso de determinadas técnicas probatorias que, sin más pueden conducir a la violación de inalienables derechos de la persona humana, relativos a la integridad física o moral, o a la privacidad o intimidad.

El examen de las llamadas pruebas ilegítimas, "illegally obtained", conforme a la terminología de los ingleses y norteamericanos, que por razones sociológicas son los que más se han ocupado del fenómeno, impone distinguir en el procedimiento probatorio dos etapas: la producción de la prueba y la admisión en el proceso, porque como lo dice Cappelletti, en verdad, el problema de las pruebas en sí y por sí admisibles y eficaces, pero creadas u obtenidas con un acto ilícito, plantea la cuestión de si la ilícita obtención o la ilícita constitución reacciona o no sobre el posterior momento de la admisión en juicio, haciendo ilegítimo también este segundo momento.

La jurisprudencia externa (Italia, USA, Inglaterra), no ha dado soluciones uniformes. A veces se ha defendido la eficacia de prueba así obtenida, pero en otras no, en unos y otros casos acudiendo a fundamentos puramente éticos. Allorio sienta una regla de ineficacia, salvo la aquiescencia de la parte contra la cual se hace valer. Cappelletti en la *Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, comparte la regla de la proposición de Allorio, pero controvierte la excepción habida consideración del carácter de orden público que tienen las normas procesales que gobiernan los límites subjetivos y objetivos de la admisibilidad de las pruebas.

Entre nosotros el profesor Devis Echandía al señalar los requisitos para la validez del documento como medio de prueba, sienta toda una teoría de invaluable servicio práctico: a) que se

haya elaborado consciente y libremente (sin fuerza, sin dolo, que no se esté en estado de inconsciencia, provocado o natural, agregamos); b) que se lleve al proceso de un modo legítimo (que no se haya violado el derecho de propiedad de las partes o terceros, ni se use la violencia o el dolo); c) que se hayan cumplido las formalidades legales para su formación, como cuando se trata de instrumentos públicos; d) que si se trata de copias se cumplan los requisitos legales para su expedición y e) que se lleven al proceso en la oportunidad y forma legal.

Definitivamente la eficacia probatoria de los medios, entre ellas la que dimana del medio documental, en el proceso está determinada por el llamado principio de legalidad de la prueba que vela porque éstas sean legalmente producidas y aducidas al proceso, o sea que hayan sido decretadas por auto proferido por juez competente y allegadas y aseguradas con apoyo en las disposiciones legales que reglamentan el procedimiento de recolección, práctica y aseguramiento de la prueba (arts. 174 del C. de P. Civil y 246 y 252 del C. de P. Penal).

La ilegitimidad en la obtención de la prueba afecta su valor probatorio. Si de entrada el juez verifica la anomalía, procede su rechazo in limine, como prueba legalmente prohibida. Si la prueba obra en el proceso y es en el decurso de éste donde se comprueba su ilegitimidad, estamos frente a una prueba inapreciable, ineficaz o carente de valor. Las garantías del debido proceso y del derecho de defensa, así como los principios del reconocimiento de la dignidad humana, de la libertad personal, de la lealtad y buena fe, de la autorresponsabilidad, de la publicidad y contradicción, entre otros, permiten sacar adelante la tesis de que las pruebas ilegalmente obtenidas no son admisibles y mucho menos eficaces.

Siempre que para su recolección se hubiese tenido que acudir a un acto ilícito, la prueba deviene en ilegítima. El ejemplo más claro lo da la ley cuando admite que por probarse la falsedad del documento éste se torne ineficaz probatoriamente. Igual raciocinio cabe para el evento en que el documento se obtenga a través del dolo, de la fuerza, del artificio o el engaño, porque todos ellos vician la voluntad del autor, aun tratándose de hechos ciertos, pues además de estarse en cierta forma frente a una prueba autocreada, y por regla general no está permitido crearse sus propias pruebas, nos encontramos ni más ni menos que frente a un ejercicio arbitrario de propias razones (art. 183 del C. Penal).

Además, aunque el documento y la confesión son medios probatorios perfectamente diferenciales, para lo que es objeto de examen vale la integración del régimen de la segunda al primero, y es ahí donde debemos tener en cuenta que el autor de uno y otra debe comportarse consciente y libremente, como lo exige el ord. 4 del art. 195 del C. de P. Civil, en asocio con el ord. 4 del art. 296 del C. de P. P. De otra parte, la confesión provocada debe ocurrir como acto de un trámite procesal, preliminar, anticipado o dentro del proceso, y estimulada por funcionario competente, o autorizado para la recolección de pruebas.

Asimismo, se debe calificar como ilegítima la prueba que se obtiene violando la reserva legal no levantada por quien ella ampara, ni por la misma ley como caso excepcional. Similarmente se puede llegar a igual conclusión cuando arbitrariamente se obtienen pruebas amparadas por el secreto profesional, o en fin de cuentas violando con engaños el derecho a la intimidad, a la privacidad.

Como dice Denti: "Las pruebas que se definen como 'ilícitas' son tales, en realidad, no porque violen normas procesales, o porque choquen con las exigencias de la declaración de certeza de los hechos en el proceso, sino porque fueron obtenidas en violación de los derechos protegidos por normas diversas y en primer lugar por normas constitucionales".

EFICACIA DE LA CONCILIACION

Orión Alvarez A. *

1. Objeto 2. Universo y método 3. Justificación 4. Conciliación en el proceso 5. Concepto sobre la conciliación 6. Observación 7. Encuesta a los jueces 8. Conclusiones.

Este artículo es una síntesis de la investigación realizada en 1991, en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Medellín [1].

1. *Objeto*

El objeto de esta investigación fue el de observar en los procesos ordinarios, abreviados y verbales, la eficacia de la audiencia de conciliación prevista en el artículo 101 del código de procedimiento civil; y consultar la opinión de los jueces sobre este particular.

Por eficacia se entiende en este trabajo, el número de conciliaciones totales en relación con el número de audiencias de conciliación celebradas en un año. Se excluyen, por tanto, aquellas conciliaciones o arreglos parciales que no dieron lugar a la terminación del respectivo proceso; y las conciliaciones totales logradas después de dicha audiencia.

---

* Docente investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas mencionado y miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

1. Ver información complementaria al final del artículo.

2. *Universo y método*

El universo observado se compone de las audiencias de conciliación en los procesos ordinarios, abreviados y verbales, realizados por los juzgados civiles municipales, civiles de circuito, de familia y especializados de comercio en la ciudad de Medellín, que son en su orden: 21, 12, 9 y 5. De los primeros se tomó una muestra de 11 y en cuanto a los restantes todos se incluyeron. El lapso durante el cual se hicieron las observaciones fue el comprendido entre el 1º de junio de 1990, cuatro meses después de que entrara en vigencia esta innovación procesal y el 30 de junio de 1991.

También se obtuvo la opinión de los jueces que dirigen los despachos antes señalados, para lo cual se elaboró el cuestionario correspondiente, se discutió en el grupo de trabajo, se probó y luego de las correcciones se hicieron las entrevistas.

3. *Justificación*

No obstante que la Oficina de la Carrera Judicial de Medellín realizó el año pasado una investigación sobre la misma audiencia que versa este artículo, se adelantó este trabajo, porque en aquella:

a) No se desagregó la información relativa al Valle del Aburrá, por municipios, luego la referente a Medellín que es el ámbito de este trabajo, se desconoce;

b) Se determinaron las conciliaciones, pero no la relación entre éstas y las audiencias celebradas, luego no se podía medir la eficacia;

c) No fue consultada la opinión de los jueces acerca de la conciliación y su eficacia; y

d) Los datos obtenidos en los despachos judiciales difieren de los que encontramos, aunque las fuentes fueron las mismas.

En conclusión, esta investigación no duplica la realizada por la Oficina de la Carrera Judicial de Medellín y se justifica por la conveniencia de evaluar en términos de resultados, la práctica de

esta innovación procesal, lo que genera un nuevo conocimiento útil para perfeccionarla y aumentar la eficacia de los despachos judiciales.

Antes de describir los hechos y consignar las opiniones de los jueces sobre la audiencia de conciliación en el proceso, conviene exponer sobre la misma algunos aspectos explicativos.

4. *Conciliación en el proceso*

El decreto 2282 de 1989 que modifica el código de procedimiento civil, en su artículo 101 introdujo para los procesos ordinarios y abreviados la audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio; y los artículos 432 y 439 de dicho código en sus parágrafos primeros, la establecen para los procesos verbales.

La innovación anterior se incluyó con base en la ley 30 de 1987, que facultó al Presidente de la República para hacer la segunda parte de la reforma judicial, que tuvo como fines: ampliar los recursos y el personal de la Rama Judicial; descongestionar los despachos judiciales; y modernizar y simplificar los procedimientos para hacerlos más ágiles. La primera parte de la reforma a la justicia se hizo, en uso de las facultades conferidas en virtud de la ley 52 de 1984.

Doctrinariamente la audiencia de conciliación se inscribe en el sistema de la oralidad procesal, predominante en el mundo contemporáneo avanzado, sistema que satisface la necesidad de acceder a una justicia más pronta, eficaz y barata, especialmente para quienes no pueden sufragar los costos y soportar los formalismos y las demoras del proceso escrito.

Entre nosotros, donde es más necesario el proceso oral, debido a la pobreza generalizada y al atraso, sin embargo hasta hace pocos años predominaba el sistema escrito. El actual participa de ambos, del oral y el escrito, y se le conoce como mixto.

La audiencia que nos ocupa, está ubicada dentro del proceso en un momento adecuado, después de contestada la demanda y la de reconvención si la hubiere, cuando el juez está enterado de las pretensiones, de la resistencia a éstas, de las excepciones, y de las pruebas aportadas y pedidas, lo que le permite un conoci-

miento bastante aproximado del litigio. Si a esto se agrega su posición de director del proceso, cuyas funciones son indelegables, y alguna capacidad de persuasión, está en condiciones favorables para proponer fórmulas de arreglo que conduzcan a una conciliación parcial o total.

5. *Concepto sobre la conciliación*

Conciliar proviene del latín *conciliare* y según el diccionario de la lengua española, es componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí.

Marcos Afonso Borges [1] dice al respecto que: "la conciliación es el medio a través del cual, en el proceso, las partes terminan la litis, mediante provocación del juez".

La conciliación, expresa Rosa María Escobar Camargo [2] "es el procedimiento por el cual las personas (ya sean naturales o jurídicas) en conflicto acuden a un tercero imparcial, bien sea en forma voluntaria o por mandato de la ley, con el objetivo de resolver un problema".

No existe acuerdo doctrinario en cuanto a la naturaleza de conciliación, pues mientras algunos la consideran como un mero acto procesal, otros entienden que es una institución del derecho sustancial.

Las posiciones intermedias le reconocen a la conciliación aspectos procesales y sustanciales al mismo tiempo. Marcos Borges en el artículo antes citado (página 88) transcribe de Stefano, quien adopta una posición ecléctica, lo siguiente:

> "El contenido del negocio sustancial es variable. Comúnmente se presenta como una transacción, pero también es posible la conciliación por renuncia del demandante a la pretensión, o el reconocimiento de ésta por parte del demandado. Los efectos procesales se revelan constantes: o la determinación de continuar el proceso, si la tentativa de conciliа-

1. Marcos Afonso Borges: *La conciliación en el derecho procesal civil brasileño.* Incluido en esta revista, página 81.

2. Rosa María Escobar Camargo: *Búsqueda de una solución para la conciliación.* Incluído en esta revista, página 37.

ción no tiene éxito; o la cesación de la litispendencia (salvo si el acuerdo sustancial es parcial) y el efecto de cosa juzgada del acuerdo, cuando existe la gestión del juez".

6. *Observación*

En cada uno de los despachos judiciales indicados en 2., se obtuvo la información acerca del número de audiencias de conciliación realizadas y del número de conciliaciones totales. Los datos se extrajeron de los libros de audiencias que facilitaron los jueces y del radicador que está a disposición del público.

a) *Eficacia general*

En el siguiente cuadro se puede apreciar la relación entre las audiencias celebradas y las conciliaciones totales.

Juzgados / *Audiencias*	*Civiles municipales*	*Civiles de Circuito*	*De Familia*	*De comercio*
Audiencias	213	440	936	97
Conciliación	85	127	409	28
Eficacia	40,37%	28,86%	43,69%	28,86%

La eficacia de cada grupo de juzgados y el promedio que es del 35,44%, durante el lapso comprendido entre el 1º de junio de 1990 y el 30 de junio de 1991, en la ciudad de Medellín, donde el conflicto social ha crecido en el mismo período y que ostenta además uno de los índices de violencia más altos del mundo, es realmente muy alentadora. Ninguna otra innovación ha tenido consecuencias tan favorables como ésta, en términos de pronta y satisfactoria solución de los litigios.

Lo anterior es tanto más significativo, cuanto que las facultades de derecho en nuestro medio educan para el litigio y no para el arreglo; y que los jueces no han recibido una capacitación tan intensa y adecuada, que elimine o disminuya los efectos negativos de la orientación anotada.

Tal vez, la explicación haya que buscarla en un cambio de actitudes de los jueces, inducido por una disminución del trabajo

correlativo al aumento del número de conciliaciones, y a la idiosincrasia del antioqueño, inclinado como el que más al negocio y al cambalache.

b) *Eficacia por grupos de juzgados*

A continuación se muestra para cada grupo de juzgados, a saber: civiles municipales, civiles de circuito, de familia y especializados de comercio; y por clases de procesos: ordinarios, abreviados y verbales, la eficacia de cada uno de éstos.

Juzgados civiles municipales

Tipo de Proceso	*Audiencias de conciliación*	*Conciliaciones* Nº	%
Ordinario	66	24	36,36
Abreviado	13	6	46,15
Verbal	134	56	41,04
Total	213	86	

La eficacia promedio de estos juzgados fue del 40,37%. El juzgado que más audiencias realizó fue el 1º con 33 y el de menor número sólo celebró 8; el de mayor eficacia fue el 12 con el 76% y el más ineficaz apenas llegó al 10,52%.

Juzgados civiles de circuito

Tipo de Proceso	*Audiencias de conciliación*	*Conciliaciones* Nº	%
Ordinario	414	119	28,74
Abreviado	12	3	36
Verbal	14	5	35,71
Total	440	127	

La eficacia promedio en estos juzgados fue del 28,86%, menor en un 11,51% a la de los anteriores e igual a la de los juzgados especializados de comercio. El juzgado que más audiencias celebró fue el 5º con 63 y el que menos realizó sólo alcanzó a 11. El más eficaz fue el 9º con el 55,55% y el más ineficaz llegó apenas al 6,25%.

Juzgados de familia

Tipo de Proceso	*Audiencias de conciliación*	*Conciliaciones* Nº	%
Ordinario	25	3	12
Verbal	911	406	44,56
Total	936	407	

La eficacia promedio en estos juzgados fue la más alta de todos, con un 43,60%, superior en un 14,81% a los civiles de circuito y a los de comercio y apenas en un 3,32% a los civiles municipales.

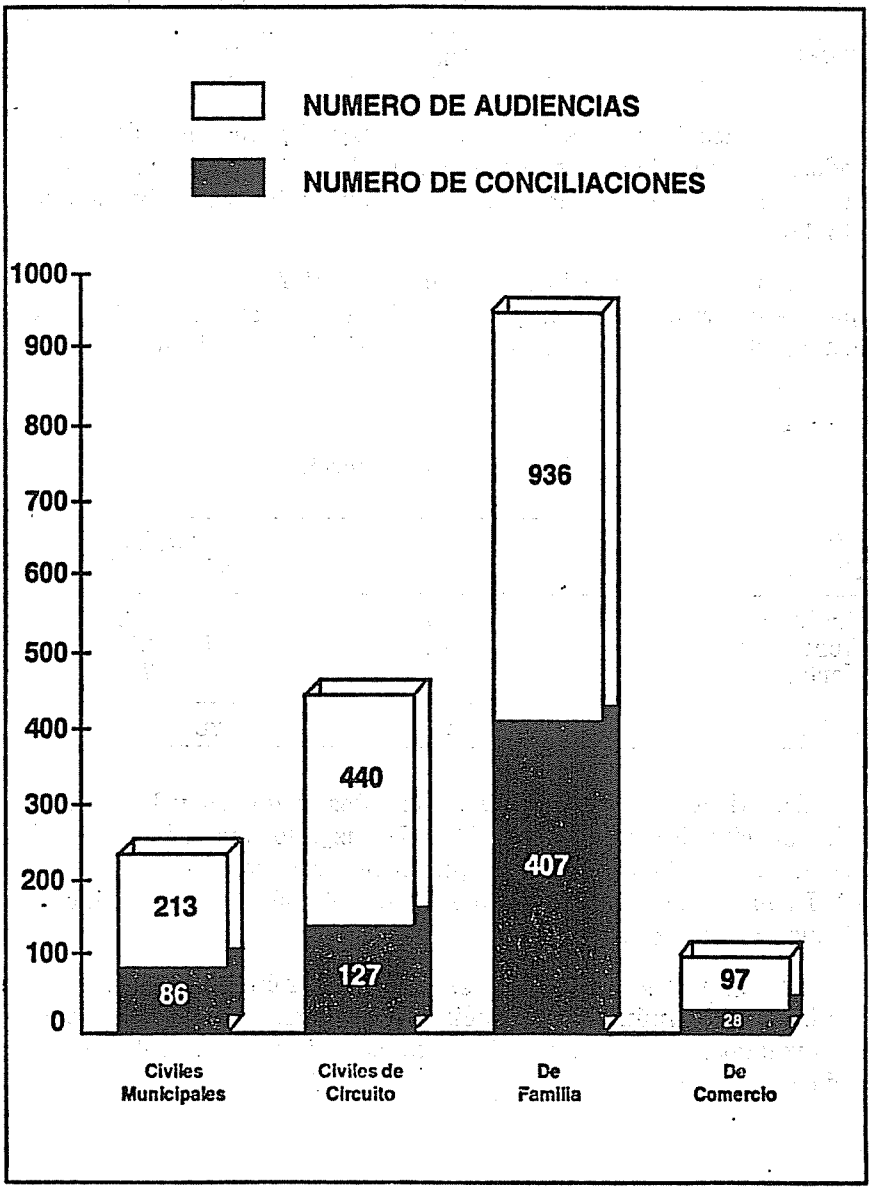
El juzgado que más audiencias celebró fue el 5º con 303 y el que menos realizó sólo llegó a 20. El más eficaz fue el 3º que ascendió al máximo con el 100% y el más ineficaz llegó únicamente al 18,51%.

Juzgados de comercio

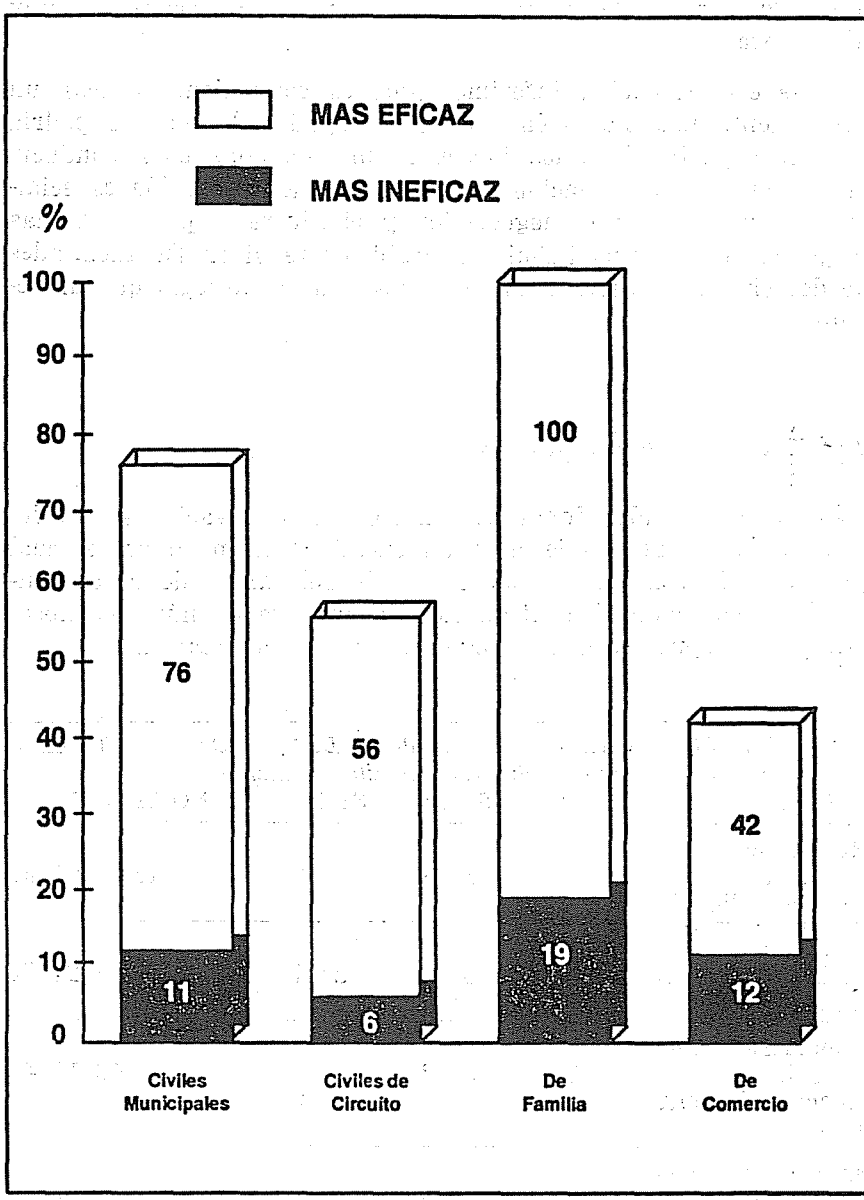
Tipo de Proceso	*Audiencias de conciliación*	*Conciliaciones* Nº	%
Ordinario	76	18	23,68
Abreviado	14	5	35,71
Verbal	7	5	71,42
Total	97	28	

La eficacia más baja fue la de estos juzgados y la de los civiles de circuito, con un 28,86%. El juzgado que más audiencias celebró fue el 5º con 27 y el que menos realizó apenas alcanzó a 12. El más eficaz fue el 2º que llegó a 41,66% y el más ineficaz alcanzó apenas el 12,5%.

El siguiente gráfico nos muestra el número de audiencias realizadas y el número de conciliaciones logradas, por cada grupo de juzgados, o sea, el rendimiento cuantitativo en relación con cada una de ellas.


NUMERO DE AUDIENCIAS
NUMERO DE CONCILIACIONES
1000
900
800
700
600
500
400
300
200
100
0
213
86
440
127
936
407
97
28
Civiles Municipales
Civiles de Circuito
De Familia
De Comercio

Este gráfico nos indica, de cada grupo de juzgados, el juzgado más eficaz y el más ineficaz en términos porcentuales, o sea, el rendimiento relativo de los extremos.



En las gráficas y los cuadros anteriores se aprecian enormes diferencias de un juzgado a otro, en cuanto al número de audiencias celebradas y las conciliaciones logradas, lo que hace muy dispar el rendimiento cuantitativo de los despachos judiciales estudiados en Medellín. Pero al mismo tiempo como lo anotamos antes, la eficacia de los juzgados en general, es realmente muy alentadora.

De esta situación inferimos, que es conveniente buscar un rendimiento más homogéneo en los juzgados, lo que se podría obtener capacitando a los jueces en metodologías para conducir la audiencia de conciliación y en técnicas de persuasión especialmente orientadas a la negociación y el ajuste empírico. A más largo plazo se podría influir favorablemente si en las facultades de derecho se indujera a los alumnos, más al arreglo que al debate.

7. *Encuesta a los jueces*

En los juzgados donde se hicieron las observaciones anteriores, los jueces respondieron a un cuestionario, mediante el cual se pretendía conocer los aspectos más relevantes de la audiencia de conciliación. A continuación se muestra en números absolutos, las respuestas a las preguntas que se plantearon.

JUECES / *RESPUESTAS*	*Civiles municipales*		*Civiles de circuito*		*De familia*		*De comercio*		*TOTALES*			
	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	%	NO	%
Recibió cursos de metodología para la audiencia	6	5	3	8	6	3	1	4	16	44	20	56
Considera necesaria la intervención de técnicos	4	7	3	8	2	7	0	5	9	25	27	75
Considera necesaria la participación de los abogados	4	7	9	2	6	3	2	3	21	58	15	42
Aplica algún método en la audiencia	8	3	6	5	6	3	5	0	25	69	11	31

El desconocimiento de los beneficios de la conciliación es un obstáculo	9	2		7	4		8	1		3	2	27	75	9 25
Las partes se sienten coaccionadas por su investidura	2	9		0	11		2	7		1	4	5	14	21 86

NOTA: los porcentajes se aproximaron al entero.

El cuadro anterior nos muestra algunos datos que conviene destacar en relación con el objeto de la investigación.

El 44% de los jueces recibieron cursos de metodología para realizar la audiencia de conciliación, y los de familia más que el resto, con un 66,67%. Corresponde a estos juzgados el mayor porcentaje de conciliaciones con un 43,69%, lo que permite afirmar que existe una correlación positiva entre capacitación y eficacia.

Los juzgados de menor eficacia relativa son los de comercio y los civiles de circuito, ambos con un 28,86% y son en su orden, los que recibieron la menor capacitación, lo que corrobora por el aspecto negativo la inferencia anterior, o sea, a menor capacitación, menos eficacia.

El 25% de los jueces considera necesaria en la audiencia la conciliación, la presencia de técnicos en el asunto que se debate; el 58,3% son partidarios de que en dicha audiencia participen las apoderadas de las partes, pues no habría razón, según ellos, para excluir a los técnicos en el derecho.

No aplican ningún método para dirigir la audiencia de conciliación el 31% de los jueces, lo que equivale a decir que impera en ellas la improvisación, la que generalmente está asociada con la ineficacia.

Considera el 75% de los jueces, que el desconocimiento de los beneficios de la conciliación, es un obstáculo para que las partes lleguen a un acuerdo. Se puede argumentar, que corresponde al juez, al empezar la audiencia instruir a las partes acerca de las ventajas de una conciliación.

Finalmente el 14% de los jueces fueron de opinión, que por su investidura y actuación, las partes se sintieron coaccionadas.

También se les preguntó a los 36 jueces, si la conciliación obedecía básicamente a: la adecuada preparación que tenían en las téc-

nicas de conciliación; al ánimo conciliatorio de las partes; o si eran otros los factores más determinantes. En el siguiente cuadro se muestran las respuestas.

RESPUESTAS \ JUECES	Civiles municipales	Civiles de circuito	De familia	De comercio	TOTALES Nº	%
A la adecuada preparación en las técnicas de conciliación.	5	3	6	4	18	50
Al ánimo conciliatorio de las partes	5	7	3	1	16	44
A otros factores	1	1	0	0	2	6

Es importante destacar que el 94% de los jueces, estiman que el arreglo obedece básicamente a una adecuada preparación en las técnicas de conciliación y al ánimo conciliatorio de las partes. Predisponer este ánimo, depende en buena parte de la capacidad persuasora del juez, que puede incluirse como una de las más importantes técnicas de conciliación.

8. *Conclusiones*

a) La eficacia promedio lograda en las audiencias de conciliación realizadas en los juzgados de Medellín, en el período comprendido entre el 1º de junio de 1990 y el 30 de junio de 1991, que fue del 35,44% se considera satisfactoria, teniendo en cuenta la inexperiencia de los jueces; su escasa capacitación; la educación de nuestras facultades que orientan al alumno hacia el litigio y no para el arreglo; y el desconocimiento por las partes, de los beneficios que conlleva la conciliación.

Lo anterior es tanto más significativo, cuanto que en el lapso antes indicado, el conflicto social y la criminalidad aumentaron en Medellín.

b) Los jueces que recibieron más capacitación en metodología o técnicas para conducir la audiencia de conciliación, fueron los más eficaces; y los que la recibieron en menor medida o no la tuvieron, fueron los más ineficaces.

c) La eficacia relativa de los jueces fue muy dispareja, pues varió entre el 100% y el 6,25%. También en cuanto al número de audiencias es enorme la diferencia, pues mientras un grupo de juzgados realizó 936 otro apenas llegó a 97.

d) El desconocimiento que las partes tienen, de los beneficios que les reportaría la conciliación, es un obstáculo para el arreglo.

Información complementaria

El autor de este artículo, en su calidad de docente investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Medellín, fue el director de este trabajo, en el que participaron como alumnos investigadores: Claudia Patricia Adarve Palacio, Gustavo Eduardo Arango Arredondo, María Jael Arango Barreneche, Flavia Victoria Arboleda Lopera, Jaime Alberto Aristizábal Gómez, Jesús Olimpo Castaño Quintero, Margarita María Congote Restrepo, Paula Sofía Freidell Montoya, María Elsy Guzmán Escudero, Bertha Inés Lopera, Beatriz de Jesús Martínez Palacio, María Elena Palacio Restrepo, Liliana Pérez Barrientos, Adriana Cecilia Pérez Yepes, Patricia Salazar Correa y Luz Marina Taborda Rojas.

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

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

LA CONCILIACION EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO **

Marcos Afonso Borges *

1. Concepto 2. Origen 3. La conciliación en el Brasil 4. En qué momento y en qué hipótesis debe ser intentada 5. Naturaleza jurídica.

1. *Concepto*

La conciliación es el medio a través del cual, en el proceso, las partes terminan la litis, mediante provocación del juez.

2. *Origen*

Como suele acontecer, entre los versados en la materia no existe unanimidad respecto del origen de la conciliación. La mayoría de los especialistas la encuentra en el juicio de pacificación de Holanda, Prusia, Inglaterra, Dinamarca y Francia.

En opinión de Mortara, dentro de esos países, los primeros que la adoptaron fueron Holanda y Prusia. Asevera este insigne jurista: "Vi sono varie tracce di tentativi in questo senso, effettuati soto l'impulso di sentimenti religiosi e puramente morali; od ache di semplice convenienza politica. Pare che in Olanda in

---

* Profesor titular de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Goiás. Miembro de la Academia de Letras Jurídicas. Abogado.

** Versión del portugés por Orión Alvarez A.

Prussia abbiano avuto vigore, prima della rivoluzione francese, instituti e disposizioni, che obbligavano i cittadini a tentare di conciliarsi, con la mediazione ufficiale di autoritá all'uopo constitute e a non intraprendere litigi senza avere esaurito ogni mezzo di pacificazione" (commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile, vol. III, pág. 3).

Emilio A. Agredo, sin negar la utilización del instituto en Holanda, Prusia, Noruega y Dinamarca, entiende que los acontecimientos más concretos, modernamente, son los decretos de la Asamblea Constituyente de Francia del 14 y 24 de agosto de 1790, al decir que: "Ha querido encontrarse el origen del instituto de la conciliación, en los jueces de pacificación de Holanda; en las leyes que Guillermo Penn dictó para su colonia; en antecedentes de Prusia, de Dinamarca y Noruega; pero lo cierto es que el antecedente más concreto y directo y la fuente de la institución moderna se encuentra en los decretos de la Asamblea Constituyente de Francia del 16 y 24 de agosto de 1970" (La conciliación en los procesos por delitos de acción privada, in Revista de Derecho Procesal, año VII, número 4, cuarto trimestre de 1949, pág. 341, Argentina).

Por otro lado, nuestro Sebastián de Souza, discordando de aquellos que ven el surgimiento de la conciliación en los países ya referidos, entiende que antes de las legislaciones de aquellos, el instituto ya estaba vigente en el derecho portugués, anteriormente a las *Ordenanzas,* que expresamente disponía sobre la materia: "En el derecho anterior a las codificaciones emanadas del reino, en las normas de los foros, ya se encontraba la figura interesante de los mediadores, que ejercían una función semejante a la de los jueces de paz". Y contestando las asertivas de Mortara, concluye el maestro: "Naturalmente el ilustre escritor italiano desconocía las tradiciones del derecho portugués, que es la raíz del nuestro" (De la conciliación, in en la Revista Forense, vol. 131, pág. 597).

Finalmente, Luigo Mattirolo enseña que la conciliación tuvo vigencia en la antigüedad entre los romanos y los griegos: "L'idea di tentare lo sperimento della conciliazione, prima di ricorrer al giudizio, no é nova. Nell antichita, i Greci e i Romani conobbero le amichevoli composizioni dei privati litigi, e delle discordie sorte de pubbliche. In Roma, la concordia aveva, al dire di Svetonio, il suo tempio non discosto del fôro, e piul bel monumento, che s'innalso alla memoria di Cesare, fu quella colonna, ai piedi della

queale il popolo si recava a terminare amichevolmente le litigi in nome del padre della patria" (Tratado di Diritto Giudiziario Civile Italiano, vol. I, pág. 137).

De lo expuesto se desprende que, al principio, los motivos que determinaron la tentativa de solución amigable de los conflictos de intereses, eran eminentemente religiosos y políticos.

Como institución basada en norma expresa, todo indica que la conciliación surgió primeramente en el derecho portugués, por vuelta de 1193, en los foros o cartas del foro, "que consistían en cartas del rey, o de otros señores, por las cuales se regulaba cada uno de los distritos o consejos del reino" (Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas de Direito Civil, vol. I, pág. 46).

3. *La conciliación en el Brasil*

La conciliación en el Brasil surgió con el descubrimiento, por la imposición de los descubridores, los portugueses, de su legislación, o sea el Código Alfonsino, que exigía la conciliación previa y obligatoria, al comienzo de la demanda.

Cuando la independencia, el 7 de septiembre de 1882, regían en nuestro país, las Ordenanzas Filipinas de 1603, que en el Libro III, Título XX, Nº 1, disponían: "Al principio de la demanda dirá el juez a ambas partes, que antes de que hagan los gastos y sigan entre ellos los odios y diferencias, se deben conciliar, y no gastar sus haciendas por seguir sus voluntades, porque el vencimiento en la causa es siempre dudoso. Y esto que decimos de reducir las partes a la concordia, no es de necesidad, sino apenas de honestidad en los casos en que el bien se pudiere hacer. Sin embargo, no tendrá lugar en los hechos criminales, cuando los casos fueren tales, que según las Ordenanzas haya lugar a la justicia".

Por ley aprobada en la Asamblea Constituyente y promulgada el 20 de octubre de 1823, las disposiciones de las Ordenanzas Filipinas, así como otras leyes, reglamentos, decretos y resoluciones promulgados por los reyes de Portugal, y por las cuales el Brasil se gobernaba, fueron mantenidas en vigencia en la parte en que no hubiesen sido derogadas, permaneciendo, pues, la tentativa de conciliación como norma obligatoria.

La Constitución del Imperio, del 25 de marzo de 1824, la erigió en precepto constitucional.

Posteriormente, la ley del 29 de noviembre de 1832 (Código de Processo Criminal del Imperio de primera Instancia con disposición provisoria acerca da Administraçao da Justiça Civil), en su Título Unico, hace referencia a ella en varios artículos, y dispone en el 1º, que: "Puede intentar la conciliación ante cualquier juez de paz donde el demandado fuere encontrado, aunque no sea la parroquia de su domicilio". Y en el artículo 6º, que: "En las causas en que las partes no puedan transigir, como procuradores públicos, tutores, albaceas testamentarios, en las causas arbitrales, inventarios y ejecuciones, en las de simple oficio de juez y en las de responsabilidad, no habrá conciliación".

Por el Reglamento 737 de 1850, promulgado para disciplinar el código de comercio (Ley 556 del 25 de junio de 1850) la tentativa de conciliación es también exigida, con algunas excepciones (Nº 1º a 4 del artículo 23) antes de proponer la causa comercial en juicio contencioso. (Ver Loacir Lobo de Costa, Breve Noticia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura, pág. 1 y siguientes).

Después de la proclamación de la República (15 de noviembre de 1889) por medio del Decreto Nº 763 del 19 de septiembre de 1890, el Gobierno Provisorio mandó observar el Reglamento 737 de 1850, también para las causas civiles.

Con la Constitución Republicana del 24 de febrero de 1891, fue establecido el régimen federativo, y así, a los Estados les fue dada competencia para legislar sobre el proceso.

Algunos Estados mantuvieron el Reglamento 737, y por tanto, la conciliación como tentativa para componer y solucionar conflictos; otros elaboraron sus códigos de processo y a ella no se refirieron.

Tal situación permaneció hasta 1939, cuando entró en vigencia el Código de Processo Civil unitario (Decreto ley Nº 1608, del 18 de septiembre de 1939), que no incorporó ese instituto.

En 1943, por el Decreto ley Nº 5.452, del 1º de mayo, que aprobó la consolidación de las leyes del trabajo, la conciliación es nuevamente incluída en el proceso brasileño, o sea, en aquellos oriundos de las relaciones entre patronos y empleados (arts. 847 a 862).

Seis años después, en 1949, la ley Nº 968 del 10 de diciembre, torna también obligatoria la tentativa de conciliación en las acciones de separación de cuerpos litigiosas (art. 1º, ley Nº 5.478 del 27 de octubre de 1968) y en las acciones de alimentos (art. 9º).

4. *En qué momento y en qué hipótesis debe ser intentada*

El actual Código de Processo Civil (ley Nº 5.869 del 11 de enero de 1973), en sus artículos 447, parágrafo único, 448 y 449 dispone: "Art. 447. Cuando el litigio verse sobre derechos patrimoniales de carácter privado, el juez, de oficio, determinará el comparecimiento de las partes al principio de la audiencia de instrucción y juzgamiento".

Parágrafo único. En causas relativas a la familia, tendrá lugar igualmente la conciliación, en los casos y para los fines en que la ley consiente la transacción".

"Art. 448. Antes de iniciar la instrucción, el juez intentará conciliar a las partes, llegando a acuerdo el juez mandará darlo por terminado". "Art. 449. El acto de conciliación, firmado por las partes y homologado por el juez, tendrá el valor de sentencia".

Según todo indica, la incorporación de la tentativa de conciliación, por la nueva norma procesal civil brasileña, fue determinada por los resultados positivos verificados en las acciones laborales, de separación de cuerpos y de alimentos, así como por estar en vigor, desde hace mucho, en las principales legislaciones europeas.

Frente a lo preceptuado en el artículo 447, caput, es indagar, primeramente, si estaría excluída la tentativa de conciliación en las causas en que figure como demandante o demandado el Estado, o una de sus autarquías, causas esas relativas a bienes patrimoniales.

Antes que todo, debe ser evidenciado que para el principio expuesto en el Código de Processo Civil, poco importa la condición de las personas, teniéndose en cuenta solamente la relación patrimonial de carácter privado, de la cual, evidentemente, puede participar el Estado.

Así, como bien lo escribe Pontes de Miranda "en los artículos 447 y 449 se dice que, cuando el litigio verse sobre derechos patrimoniales de carácter privado, se tiene que intentar la conciliación. Se entiende por bienes patrimoniales aquellos que no están subordinados a reglas jurídicas concernientes a bienes de entidades estatales. Si la entidad estatal apenas lo adquirió para arrendamiento, para cambio, compra o venta, la conciliación es necesaria. Idem, si lo adquirió de particulares para destinación pública (administrativa o común al pueblo), pero la cuestión es sólo entre el enajenante y el adquirente, o el tercero que dice ser el dueño y no el enajenante. Da lo mismo si el litigio es entre la entidad estatal y el particular que adquirió de ella, o del tercero que dice haber sido el dueño" (Comentarios al Código de Processo Civil, tomo V. pág. 20).

En segundo lugar, la intimación para que las partes comparezcan al principio de la audiencia debe ser hecha personalmente, a no ser que de la procuración otorgada, agregada a los autos, consten poderes especiales para representar a las partes en la tentativa de conciliación.

Por otro lado, el comparecimiento personal de las partes no es necesario, siendo perfectamente admisible que se hagan representar por procuradores con poderes expresos para tal fin. En este sentido también: José Carlos Barbosa Moreira, O Novo Processo Civil Brasileiro; Luíz Antônio de Andrade, Aspectos e Inivações do Código de Processo Civil, pág. 181; y Athos Gusmão Carneiro. A Conciliação no novo Código de Processo Civil, in Revista de Processo, Nº 2, págs. 95 y siguientes.

Críticas exacerbadas han sido hechas al Código, en cuanto al momento por él fijado, para la tentativa de conciliación (art. 448).

Entienden los estudiosos, dentro de los cuales se encuentran Sergio Shione Fadel, Egas Dirceu Moniz de Aragão y Luis Antônio de Andrade, que mejor sería haberla colocado al principio de la demanda o como propuso Celso Agrícola Barbi, después de la respuesta, en una audiencia especialmente designada para ello (respectivamente: Código de Processo Civil Comentado, tomo II, pág. 9; Estudios sobre la Reforma Processual, págs. 58 a 60; Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil, pág. 118; y Processo de Conhecimento de Primeiro Grau, in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, año VII, pág. 54).

Esto es así, porque colocada al principio de la audiencia de instrucción y juzgamiento, "o sea", al fin del procedimiento de primera instancia, cuando las partes ya debatieron, contrataron abogados, gastaron en honorarios, costas y diligencias, allegaron pruebas, alistaron testigos, y cuando los ánimos ya están exacerbados, son mínimas las posibilidades de un arreglo" (Luíz Antônio de Andrade, obra citada, pág. 118).

Proceden las críticas de los ilustres maestros antes invocadas. Aunque el Código de Processo Civil haya fijado como momento adecuado el inicio de la audiencia, no prohibió la tentativa en otras ocasiones. Y, así, podrá y deberá el juzgador, a nuestro entender, intentar en los momentos juzgados oportunos, conciliar las partes, tanto más cuanto que, la propia norma dinámica faculta al juez para determinar el comparecimiento para interrogarlas, en cualquier estado del proceso (art. 342). En este sentido también: Wellington Moreira Pimentel, Comentarios al Código de Processo Civil, vol. III, pág. 438 y Pestana de Aguiar, A Conciliação no actual Código de Processo Civil, in Revista Forense, Nº 25, pág. 116.

Merece destacarse, finalmente, que la tentativa de conciliación es obligatoria en los procedimientos ordinario y sumarísimo así como en los especiales, en que haya de realizarse la audiencia.

5. *Naturaleza jurídica*

Como muy claramente enseña el profesor Athos Gusmão Carneiro "la doctrina tradicional y mayoritaria encara la conciliación como un negocio, confiado a la autonomía privada; los autores más modernos se inclinan a considerarla como forma de actuación de la jurisdicción contenciosa, por la analogía funcional entre conciliación y sentencia: Il componimento chiude il processo e sostituisce la sentenza (Liebman, rev. citada págs. 272 y siguientes). Según el nuevo C. P. C. Art. 449, "el acto de conciliación firmado por las partes y homologado por el juez, tendrá valor de sentencia".

"La conciliación, es cierto, tiene en común con la jurisdicción tanto el punto de partida como el de llegada: la existencia de una litis, y de partes en conflicto (en la jurisdicción voluntaria, por definición no existe el contradictorio entre las partes, Federico

Marques, Jurisdição Voluntaria, Nº 19, item 2º); y, como resultado común, buscan la composición del litigio, que es el mismo fin, ni más ni menos, perseguido por la sentencia de mérito (Carlos Nicoletti, La Conciliazione en el Processo Civile, pág. 134). Conciliación y sentencia presentan, así, este dato fundamental común, de que actúan simultánea e inmediatamente "sulla lite e sul processo" (Nicoletti, ob. cit., pág. 157)".

"Señalan algunos, como punto distintivo fundamental, que en la conciliación el contenido del acto que resuelve la litis, no proviene, en último análisis, de la voluntad del Estado sino de la voluntad de las partes; sería, de esta manera, la conciliación una "zona extrema, o di confine, della giurisdiziones contenziosas" (Mortara, Comentario, III, Lilán, Nos. 11 y 12) en suma, un equivalente jurisdiccional en la clasificación carnelutiana. (Sistema, I, Nº 59).

"Bajo otro ángulo, una primera corriente considera la conciliación un mero acto procesal, del todo sometido a las normas del derecho procesal".

"Entienden otros la conciliación como instituto de derecho sustancial, en nada diverso, del negocio material concluído fuera del proceso".

"Posiciones intermedias reconocen a la conciliación aspectos sustanciales y procesales al mismo tiempo: para algunos, tales aspectos se presentan disociados, e inclusive, el aspecto sustancial puede faltar del todo (hipótesis de la conciliación inexistente); otros aceptan un concepto unitario del fenómeno, tesis dominante en Alemania. En su monografía ya citada, Stefano adopta la primera posición intermedia, con prevalencia del negocio sustancial, y ésta parece la posición más conforme con el actual derecho brasileño".

"El contenido del negocio sustancial es variado. Comúnmente se presenta como una transacción, pero también es posible la conciliación por medio de renuncia del demandante a la pretensión, o por el reconocimiento de ésta por parte del demandado. Los efectos procesales se revelan constantes o la determinación de proseguimiento del proceso, si no tiene éxito la tentativa de conciliación; o la cesación de la litispendencia (salvo si es parcial el acuerdo sustancial) y la autoridad de cosa juzgada al acuerdo (CPC, art. 584, Nº II) cuando es exitosa la gestión del juez. (Salvo la conciliación, o mejor, la reconciliación en las causas de derecho de familia, que presenta características peculiares). Tales

efectos procesales derivan, en el derecho brasileño, no inmediatamente del negocio material entre las partes, sino de la homologación por el juez, bajo la forma de sentencia (CPC, art. 269, Nos. II, III y IV)".

"La conciliación diverge de la transacción por su carácter de acto practicado en el curso del proceso, mediante la iniciativa y con la intervención del magistrado; por su contenido sustancial, no siempre implica concesiones recíprocas; y por las consecuencias de orden procesal. Estas últimas, entre tanto, pueden ser comunes a la transacción adelantada directamente por las partes fuera del proceso, y comunicada al juez, o como causa de cesación del objeto del litigio, o para obtener la homologación y la ejecutoriedad del acuerdo que establece prestaciones que deben cumplirse" (Artículo y revistas citados, págs. 96 y 97).

Según Pontes de Miranda, la conciliación conlleva otros institutos, como desistimiento, transacción, renuncia, reconocimiento del derecho y confesión (Comentarios al Código de Processo Civil, tomo V. págs. 17 y siguientes).

A nuestro entender, la conciliación no se confunde con los equivalentes jurisdiccionales, ni con la transacción.

Los primeros (autocomposición, autodefensa y juicio arbitral) son formas de solución de conflictos de intereses realizados exclusivamente por los contendores fuera y antes del proceso (autocomposición y autodefensa) o como el juicio arbitral, medio de solución a través del cual las personas capaces eligen árbitros, a fin de que éstos, por medio de laudos, resuelvan la pendencia entre ellos (art. 1.072 y siguientes del C. P. C.) Esta actividad de los árbitros tiene como principal característica la de no ser jurisdiccional.

No se identifica con la transacción, por los motivos muy bien expuestos por Athos Gusmão Carneiro, y transcritos por nosotros en líneas anteriores. Así, la conciliación es un *"actus trium personarum"* del que participan el juez y las partes, demandante y demandado, con el fin de componer y solucionar la lid (en este sentido, Moacyr Amaral Santos, Comentarios al Código de Processo Civil, págs. 402 y siguientes).

Esto es así, porque al dar el artículo 448 al acto de conciliación homologado por el juez, el valor de sentencia, le confirió a éste la naturaleza de acto jurisdiccional, cuyo cumplimiento es exigible mediante proceso de ejecución.

DEL JURAMENTO

Alfonso García S. *

Antecedentes. Como manifestación palmaria de su creencia en la Divinidad, desde tiempos inmemoriales el hombre ha colocado a Dios por testigo de la sinceridad que rodea lo que afirma o niega, ya se trate de verdaderas gestas, como la prometida por Bolívar en el Aventino, o, por curiosa paradoja, de simples acciones abyectas y punibles, como la de asesinar a un semejante por dinero.

El juramento en la historia. Antes de tratar el juramento como medio probatorio, veamos lo que se entiende por el mismo como ritualidad previa para el cumplimiento de ciertos actos, judiciales o no.

En nuestra Constitución se le conserva para dar posesión a los funcionarios públicos, tales como el Presidente de la República, gobernadores de departamento, alcaldes municipales, magistrados y jueces.

En efecto, el artículo 122 de la Carta vigente, establece al respecto:

"Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le competan".

También se le utiliza para asegurar el cumplimiento de los deberes que el ejercicio de las profesiones liberales conlleva, juramento que lamentablemente a menudo se convierte en vano.

---

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

Lo que se deja anotado consiste en el formulismo legal. Pero, sea de ello lo que fuere, lo importante consiste en los resultados, es decir, que una vez asumido el cargo, o ingresado en el ejercicio profesional, se obre con sujeción a la verdad y se cumpla con lo prometido observando la más estricta buena fe.

Del juramento en el derecho. Su aparición como medio de prueba. El ingreso del juramento al campo del derecho pertenece sin lugar a dudas a una época caballeresca del mismo, y se hacía tanto por el demandante como por el demandado, con la finalidad de asegurar que a ninguno de los dos le asistía ánimo de calumnia o vejatorio de su adversario, sino porque, a su vez, ambos se creían asistidos por la razón en sus afirmaciones o negaciones. Este es el denominado juramento de calumnia.

Pero como la experiencia derivada del análisis de las conductas humanas, seguramente consideró que la razón jurídica no se puede otorgar, pura y simplemente, a quien prestase un juramento de nudo hecho, se concluyó que el camino más seguro para determinar a quién asistía la razón en un caso dado, consistía en introducir el juramento, no como requisito anexo a la presentación de la demanda, o de su respuesta, sino reconociéndole valor como medio de prueba, y a falta de otras que no se conocían, naturalmente.

El juramento legal. El juramento, como requisito previo para el cumplimiento de ciertos actos procesales, aparece previsto en las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que a continuación se enuncian a título de ejemplo:

El artículo 208, en su inciso 3º, lo contempla para dar comienzo a la diligencia de interrogatorio de parte, sea como prueba anticipada, o dentro de un proceso; el artículo 227, en su inciso 2º, lo trae para la diligencia de declaración de los testigos; el artículo 236, en su inciso 3º, para la diligencia de posesión de los peritos.

El juramento como medio de prueba. En la doctrina jurídica se distinguen tres clases de juramento como medio de prueba, a saber:

a) El decisorio;
b) El estimatorio; y
c) El supletorio.

Respecto de ellos, digamos lo siguiente:

a) El decisorio es aquél en que la parte que solicita la confesión de su adversario, se compromete de antemano a tener como cierto lo que en dicha confesión admita la parte contraria. Y este juramento se puede acoger por respeto o simple cortesía hacia el opositor.

En otras palabras, este juramento tiene lugar cuando una de las partes renuncia a su pretensión si la otra presta juramento de ser ciertos los hechos en que apoya su resistencia a la pretensión.

Equivale a decir: "Jura que me pagaste y pierdo el litigio". A lo que el otro responde: "Jura tú que no te he pagado y te pagaré".

Se colige fácilmente que este juramento en derecho sólo puede concebirse en un estudio dentro del cual la idea de la "prueba" como se la conoce ahora, no había pasado aún por la mente de quienes mostraban algún apego por el estudio de las disciplinas jurídicas.

Lo dicho se patentiza en el subjetivismo que lo caracteriza, y lo deleznable de su estructura jurídica, pues no apunta al aspecto externo del derecho (alteridad) sino que el reconocimiento de lo que se debe se deja a la "conciencia" del obligado.

b) El juramento estimatorio se presenta cuando la ley confiere a las partes autorización para que estimen en dinero la cuantía de lo que se demanda, bien sea por concepto de perjuicios, o por otra causa cualquiera.

Como puede apreciarse, esta clase de juramento como medio probatorio entraña tanta inseguridad, que por este motivo se han ideado correctivos tales como el peritazgo para morigerarlo, pues sabemos, de acuerdo con el adagio, que "de riqueza y santidad, la mitad de la mitad".

c) El juramento supletorio surge, como su etimología lo pregona, para suplir la falta o ausencia total de prueba de aquello por lo que se demanda. En este caso no es ya una de las partes quien lo defiere a la otra, sino el juez a aquellas, por mandato legal.

El juramento en el Código Judicial derogado. Las tres clases de juramento como medio de prueba, a que nos hemos referido

en forma sucinta, aparecían en el Código Judicial derogado, o sea la ley 105 de 1931, que rigió hasta el año de 1970 en nuestro país, en los artículos 625 (estimatorio), 626 (supletorio) y 627 (decisorio).

El juramento como medio probatorio en el estatuto procedimental civil vigente. Nuestro Código de Procedimiento Civil expedido en el año de 1970, sólo acogió el juramento estimatorio y el juramento deferido por la ley como medio de prueba de esta clase, pues nuestro reformador procesal civil consideró seguramente que el juramento supletorio no conserva razón de ser, en el estado actual de desarrollo de la ciencia jurídica, y el decisorio es anacrónico y repugna a la facultad oficiosa que en materia probatoria se le ha otorgado por la ley al sentenciador.

En lo atinente a las dos clases de juramento como medio de prueba, veamos lo siguiente:

El juramento estimatorio. El artículo 211 del Código de Procedimiento Civil preceptúa al respecto:

"El juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admita o en el especial que la ley señale; el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche de fraude o colusión.

Si la cantidad estimada excediera del doble de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte, a título de multa, una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia".

Sobre esta clase de juramento, nos permitimos seguidamente destacar los dos eventos que a nuestro modo de ver recogen más doctrinas sobre el particular:

En primer lugar, nos referiremos al artículo 418, sobre la rendición provocada de cuentas.

En este proceso, si dentro del término del traslado de la demanda, el demandado no se opone a rendir las cuentas que se le solicitan, ni objeta la cuantía presentada por el actor bajo juramento (juramento estimatorio), ni tampoco presenta incidente

de excepciones previas, el juez dicta auto que no es susceptible de apelación, mediante el cual le imparte su aprobación a dicha estimación, el cual prestará mérito ejecutivo en contra del obligado.

Ahora bien, si el demandado opta por objetar la estimación presentada por el actor, entonces el juez, por medio de auto que también es inapelable, ordena al demandado rendir las cuentas que se le solicitan, dentro de un término razonable que fijará en el mismo proveído.

Si el demandado alega que no se halla obligado a rendir tales cuentas, el trámite a seguir lo contemplan los numerales 3, 4 y 5 del artículo 418.

Es aquí donde entra en juego el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, anteriormente transcrito, pues según su inciso primero, el demandado podrá dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo (artículo 509) objetar la cuantía de la obligación establecida mediante el juramento estimatorio.

La razón de ser de ello estriba en que la imaginación exalta lo propio y aumenta lo personal, lo que muchas veces conduce a que se cometan abusos.

Es de anotar, además, que el juez también tiene expresa facultad oficiosa para ordenar la regulación de los perjuicios si abriga alguna duda razonable de que "la estimación es notoriamente injusta o sospecha de fraude o colusión".

Ya se trate de objeción al estimativo presentado por el acreedor, o que el juez de oficio ordene la regulación, consideramos que la prueba idónea consistirá en un dictamen pericial que habrá de practicarse con uno o con dos peritos, según se trate de asunto de mayor o de menor cuantía.

Y si el estimativo pericial determina como monto de la obligación una suma inferior al doble de lo establecido por el actor, éste será condenado a pagar al deudor un diez por ciento de la diferencia resultante entre uno y otro.

Aunque la norma no es precisa, consideramos que tanto en el evento de objeción por parte del deudor, como de regulación ordenada por el juez, el porcentaje en pro del deudor a título de multa, cuando a ella hay lugar, debe tener siempre operancia.

En segundo término, nos ocuparemos de la ejecución por perjuicios que contempla el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil:

Cuando el proceso de ejecución no tenga por objeto el cobro compulsivo de una suma de dinero, sino que la obligación exigida coactivamente verse sobre perjuicios que se hayan originado en la falta de entrega de bienes de género (distintos al dinero), o se trate de perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación de hacer o no hacer (abstención), la norma prevé que si tales perjuicios no aparecen determinados en el correspondiente título ejecutivo, el actor podrá verificar un estimativo de su cuantía, especificando una suma de dinero por concepto de capital (la norma habla de "principal") y otra por concepto de intereses, con el fin de que se continúe el proceso por una cantidad líquida de dinero.

De igual manera, si se trata de la exigibilidad de perjuicios compensatorios, expresa el inciso segundo del artículo en comento, que en caso de incumplimiento por parte del deudor, el acreedor debe determinar dichos perjuicios en la forma ya señalada (bajo juramento estimatorio) y pedir al juez que en subsidio libre mandamiento de pago con base en la liquidación que le presente.

Finalmente, el inciso tercero agrega que si no se formula la petición subsidiaria, en la forma anotada, y la obligación principal no se cumple por el deudor, el juez declarará finalizado el proceso mediante auto que no admite recurso de apelación.

El juramento deferido por la ley. El artículo 212 preceptúa sobre este medio de prueba lo siguiente:

"Cuando la ley autoriza al juez para pedir el juramento a una de las partes, ésta deberá prestarlo dentro de la oportunidad para practicar pruebas, en la fecha y hora que se señale. El juramento deferido tendrá el valor probatorio que la misma ley le señale".

A lo largo de nuestro estatuto procesal civil encontramos diferentes disposiciones que consagran la figura del juramento deferido (cedido, atribuído) por la ley, con el fin de que se tenga por cierta la afirmación que se hace, para lo cual basta con la presentación del escrito respectivo, seguramente en aplicación del postulado según el cual "quien afirma y luego firma, jura".

Ejemplos de tal clase de juramento los encontramos en el artículo 75, numeral 2, y en el artículo 318, inciso primero, de nuestro Código de Procedimiento Civil, referido aquél a la manifestación hecha por el actor de desconocer la residencia del demandado, y éste al hecho de ignorar la habitación y el lugar de trabajo de la persona que debe ser notificada personalmente, para lo cual basta presentar el respectivo memorial en el que se exprese, bajo juramento, una cualquiera de dichas circunstancias.

Empero, cuando se compruebe que uno cualquiera de dichos juramentos se ha prestado en falso, las sanciones pertinentes las contemplan los artículos 80 y 319, respectivamente, del mismo estatuto.

También defiere la ley procesal el juramento a las partes, en el trámite para la reconstrucción de algún expediente, caso en el cual basta afirmar bajo juramento, que se entiende prestado por la presentación del escrito, el estado en que se hallaba el expediente extraviado, de cuya reconstrucción total o parcial se trata (art. 133, numeral 1).

Así mismo, quien aspire a que se le conceda el llamado "amparo de pobreza", podrá afirmar bajo juramento, que se entiende prestado con la presentación del escrito, que no se encuentra en condiciones de sufragar las expensas del proceso respectivo, "sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia", juramento que defiere la ley tanto al actor como al demandado (artículos 160 y 161), en los términos y bajo las condiciones que las prementadas normas establecen.

Lo que no entendemos es el apartado del artículo 212 que ordena prestar dicho juramento en la oportunidad para practicar pruebas, y en día y hora señalados para tal efecto por el juez del conocimiento.

Como corolario de todo lo dicho en torno al juramento como medio de prueba, significamos que nuestro estatuto ritual civil vigente a partir de 1970 conservó como tales el juramento estimatorio y el juramento deferido por la ley a las partes, en los casos por ésta expresamente contemplados.

Así mismo, se abolió el juramento deferido por una de las partes a la otra, o sea el llamado "decisorio"; y, además, se suprimió el juramento "supletorio", o sea el que se pide por el juez a falta de otras probanzas para decidir. Aquél, para prevenir la colusión y el fraude procesal; y éste, porque siendo la facultad

oficiosa del juez en materia probatoria supletiva de la carga que corresponde a las partes de demostrar los presupuestos fácticos de la acción o de la excepción propuestas, el sentenciador se encuentra ante el imperativo de decidir en contra de quien tenía el deber correlativo y lo incumplió.

RESEÑA BIBLIOGRAFICA

François Gorphe, *Las resoluciones judiciales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Colección la Ciencia del Proceso, 1953, 176 páginas.

JAIME SOTO GOMEZ *

Introducción

En dos partes, una de tres capítulos y otra de cuatro, y una conclusión, el autor desarrolla un tema más complejo que el enunciado por el simple título; pues se refiere a la complejidad de las resoluciones judiciales de fondo, por el aspecto subjetivo, como acto humano, y por el objetivo, como realización del derecho; de suerte que analiza toda la carga cultural que contiene la resolución judicial, con énfasis sobre la personalidad del juez, por el aspecto moral, jurídico, temperamental, etc., en general, aspectos frecuentemente olvidados, en cuanto cierta visión estereotipada del proceso desconoce todo lo que él encierra de vida y de humano, como que no contiene una simple aplicación de reglas, sino una armonización de esto, las cuales buscan un equilibrio (en su sentido exacto: *"equs"*, igual, y *"librio"*, libra, peso, en latín).

Previene insistentemente sobre el peligro de los jurados de conciencia, en quienes reconoce, sí, que en ellos no se deja sentir influencia de ideas preconcebidas (págs. 3, 81, 82, 86, 88 y 106).

La obra del profesor Gorphe hace pensar.

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

Contenido

En una introducción, se refiere a la labor compleja del juez, que implica la aplicación de reglas de la experiencia, sin dar este nombre a los conocimientos que necesita de su propia realidad cultural. Siguiendo a Claparéde, acepta la denominación de "crinología" para el estudio de las personas que intervienen en el proceso: los deponentes (testigos, acusado, etc.) y el juez, con los efectos que tiene en el proceso la sicología de cada uno, con constante invitación a la innovación y al avance, de lo cual pone un ejemplo relativo a los arts. 1.382 y 1.384 del C .C. francés, a los cuales se hará nueva referencia (págs. 5, 41, 76, 86 y 129).

Constantemente insiste en ingredientes morales que entran en la labor del juez, como el sentimiento, el buen sentido (sentimiento de justicia, la equidad, la justicia, la intuición, etc.), como que su acto es eminentemente humano, en el sentido máximo de este término, con distinción entre verosimilitud o probabilidad, certidumbre y convicción, complejidad que no tiene el juicio del jurado, especialmente en el campo a que fue reducido en el derecho europeo, según se verá.

Reconoce a Claparéde el mérito de haber presentado el estudio sicognóstico que permita descubrir los signos de quienes poseen aptitud desarrollada para juzgar correctamente, y el estudio sicotécnico, que indica "cuáles son las mejores condiciones realizadas para elaborar un fallo correcto" (pág. 12).

Inicia una primera parte (El proceso general del fallo judicial) con un capítulo sobre elementos sicológicos del acto de juzgar, y afirma que en la actitud que "implica el juicio formulado interviene una decisión que implica un acto de voluntad", en cuanto ésta dirige el pensamiento (pág. 23).

Admitiendo la influencia del temperamento del juez en el fallo, según la clasificación de Jung (sensitivo, intuitivo, sentimental e intelectual) (pág. 23), analiza su proceso mental, con juicios preparatorios de un juicio definitivo, lo cual encuentra también en el proceso judicial (pág. 25). Agregará que este encierra un conjunto de juicios, sobre derecho, pruebas, hechos y circunstancias de éstos, etc.

Aunque reconoce la sentencia como desarrollo de un silogismo, niega que el juicio completo se reduzca a una deducción lógica, sino que comprende apreciaciones diversas y una decisión final, en cuanto lleva en sí una decisión personal del juez (págs.

27 y 28). Aunque admite que en las sentencias se omiten razonamientos expresos, reconoce el peligro de omitir su expresión a los litigantes, como garantía de su defensa, y arremete contra los fallos que admiten exponer la fundamentación con posterioridad al pronunciamiento de la parte resolutiva (pág. 29), aunque acoge la idea que "concede gran importancia a la concentración mental del juez sobre los elementos esenciales del litigio", la cual "culmina en la expresión concisa de la redacción, de manera que exista correspondencia entre la concentración del pensamiento y de la forma" (concisión a que es dado, en general, el derecho europeo, valga anotar) (pág. 30).

Analizando el juicio jurídico, admite la sentencia de C. Rodrigues de que "juzgar es pensar para obrar" (pág. 31). Insiste en afirmar que el juez se separa de la simple lógica para hacer tasaciones y condenas, lo cual diferencia el saber del querer.

Según el autor, en los fallos civiles la función "de la voluntad difiere según la naturaleza de la resolución. Resulta más notable en los fallos llamados *atributivos* o *constitutivos* de derecho, creadores de una situación jurídica nueva, que en los fallos simplemente *declarativos*, limitados a reconocer los derechos preexistentes, que los juristas alemanes llaman "reconocimientos" (Erkenntnissen)" (pág. 32). Especialmente en esta parte de voluntad entra en juego el carácter del juez, resuelto o vacilante, enérgico o blando (pág. 33).

Se reconoce el peligro de que jueces puramente prácticos incurran en excesos en este campo, con frecuentes decisiones opuestas a las antecedentes, por un oscilar meramente voluble del fallador, carente de una base cultural sólida (pág. 34).

En este punto (pág. 34) hace una referencia a uno de los muchos conceptos de equidad (para volver sobre ella posteriormente, pág. 82), en el sentido de contraponer al fallo estricto de derecho ("fiat justicia, pareat mundus", hágase justicia, perezca el mundo), para contraponer "la solución más justa en concreto y procurar justificarla por la elección de una noción que se adapte a ella. Como límite, es la justicia del "buen juez", realizada por el célebre presidente Magnan, que absolvía a los delincuentes desgraciados a quienes la necesidad acuciaba. Una equidad razonable desempeña un papel sobresaliente, sin oponerse al derecho justo: el de templar el rigor de las reglas cuya estricta aplicación conduciría al "summum jus, summa injuria"; de lo cual es ejemplo el no poderse demandar la demolición de la

construcción levantada en terreno ajeno por error excusable del constructor (págs. 34 y 35). La colegiación y la segunda instancia morigeran impulsos excesivos de algún juez (págs. 36, 37 y 56). Tales lucubraciones no son necesarias en el derecho inglés, por ser fruto de la jurisprudencia, fácilmente adaptable a cada hecho nuevo.

Termina el capítulo haciendo una invocación al buen sentido por encima del rigor lógico.

Un segundo capítulo, sobre el arte de juzgar, lo inicia relatando, extensamente, cómo llegó la jurisprudencia francesa a deducir la responsabilidad por el hecho de las cosas, de un texto del art. 1.384 del C. C. francés que la deduce del daño causado "por razón de las cosas que se tienen en guarda" (págs. 41 y ss.), tema sobre el cual insiste (págs. 46, 76, 86 y 129 citadas).

Describiendo las operaciones del pensamiento que conducen al fallo de los jueces (cap. III), reconoce a la justicia su carácter *racional*, que es protegido por la aplicación de los principios jurídicos y por la motivación de las resoluciones; y, aunque admite que se falla con toda el alma, "no resulta suficiente "juzgar sin odio ni temor", como se recomienda a los jurados", sino que "hay que saber elevarse por encima de los sentimientos propios, lo cual exige cierta disciplina profesional". Y aquí vuelve a encontrar ventajas al fallo colegiado, como medio de obtener objetividad (pág. 56 cit.).

Apoya en ello la confianza social en la cosa juzgada, como una especie de certeza social.

Acude de nuevo a la intuición, como un sustrato subconsciente de razonamientos conscientes, y dice que sobre cuestiones de hecho capta "el conjunto y el nudo de un asunto enredado, cuando el razonamiento no sabe qué cabo seguir", que sirve "para aplicar a la causa el principio justo, cuando se duda entre los propuestos"; y, por último, "para apreciar los intereses en conjunto, cuando se carece de criterio y de elementos de medida" (pág. 58). Dice que "requiere un sentido de los asuntos jurídicos, que se desarrolla con el ejercicio y con un sentido del derecho justo, afinado por el estudio y por las aplicaciones" (pág. 58).

Cita a Gény (pie de página), en el sentido de corregir el intelectualismo con una visión sobre la vida, y a Ihering, según el cual "el hombre debe ante todo sentir las reglas del derecho an-

tes de que su razón se impregne de ellas" (pág. 59), clara alusión al hombre socialmente integrado y a cierto medio cultural alto. (Adelante dirá la situación del delincuente, ajeno a ese espíritu).

Avanza en el sentido de que el concepto del juez debe ser un concepto acorde con el espíritu jurídico imperante en el medio.

Distingue entre lo jurídico y lo justo, entendiendo por jurídico lo práctico, el derecho aplicado a la vida, y entiende lo justo asentado en una base moral, derivado del amor a la justicia, con menos contenido cognoscitivo que tonalidad afectiva; "es una cualidad esencial para los jueces, agregada a la precedente" (pág. 61).

Cita de Weber, en cuanto ha intentado aplicaciones de sicotécnica al mundo de los juristas, y ha estudiado, a propósito de las aptitudes jurídicas, el sentimiento del derecho, en el cual distingue tres aspectos: ante todo, uno ideal, de base moral, que llama la aspiración afectiva hacia lo considerado como lo que debe ser el derecho, y que constituiría el lado moral de la voluntad profesional del juez, algo aproximado al sentimiento de lo justo; un aspecto activo, que denomina el deseo de ver realizarse y aplicado el derecho existente, cuya frustración causa indignación; y un aspecto intelectual, que designa la justa percepción y la aplicación del derecho, o la capacidad de comprender exactamente una situación de derecho y la de resolverla. Ve en ello la inteligencia jurídica específica; que parece ser el sentimiento del derecho "strictu sensu" (pág. 62). Según él, Weber armoniza el sentimiento con la idea de justicia, como una incorporación de ésta en aquel.

El autor parte de la base de un aspecto subjetivo del derecho, en cuanto el juez vierte su mundo moral, especialmente si no hay texto expreso, como sobre lo bueno y lo justo, cual ocurre con las nociones de buena fe y de buenas costumbres.

En este punto, aunque el autor se muestra razonablemente receloso de la jurisprudencia, reconoce un elemento de seguridad social en atenerse a ella en ciertos puntos (pág. 63).

Siguiendo ideas de Nesser, comentadas por Boulord, encuentra en el proceso de fallar un proceso de ideas confusas y una dirección de pensamiento, que llevan al concepto general de que el fallo equilibra una tesis y una antítesis, pero ello integrado por tesis y antítesis parciales (pág. 66). "El juez considera la

pretensión del demandante, la contestación del demandado, pasa de una a otra varias veces al sopesarlas, hasta que su convicción se forma, ya sea por una de las alternativas, ya sea por una tercera hipótesis" (pág. 66).

Cita a Florens, en el sentido de que "todo el arte de la experiencia consiste en descubrir hechos simples", y agrega que "el juez busca los puntos ciertos y luminosos, que constituyen los eslabones en la cadena fragmentaria de la verdad"; desarrolla esta idea, y expone el peligro del juez excesivamente analizador, a quien, según Altavilla (Sicología Judicial), la preocupación por las bagatelas lo aleja de la síntesis comprensiva de los elementos importantes. Para el autor, no se puede confundir la comprensión "con la capacidad de juzgar: cabe comprender una cuestión sin ser capaz de resolverla, cabe comprender todas las opiniones sin tener ninguna". Advierte él que los intérpretes carentes de criterio son propensos a llenar su vacío por un interés puramente económico, como hacen algunos hombres de negocios, y que cuando deben integrar un tribunal luchan con dificultades para juzgar, por falta del interés que los determinaría en otro caso (pág. 67).

Llama la atención sobre el peligro del juez demasiado sintético, que pierde de vista el conjunto del problema, para imponer una idea propia, y agrega que en lo judicial, donde el mecanismo moderno apenas tiene derecho de ciudadanía, la rapidez sólo se aumenta "a costa de la seguridad y con riesgo de error" (pág. 68).

Termina el capítulo diciendo las operaciones intelectuales que se cumplen en el proceso y en el fallo (pág. 68).

Una segunda parte del libro, titulada *Las operaciones sucesivas de los diversos juicios*, se inicia con una introducción sobre la "complejidad inexpresada del proceso interno del pensamiento", a la cual sigue un primer capítulo titulado *El planteamiento del litigio*.

Haciendo a un lado cuestiones de menos volumen, como algunas comerciales, administrativas y otras, el autor se concreta a dos grandes grupos de procesos: el civil, como de derecho privado, y el penal, como de derecho público; y afirma que el trabajo preliminar del juicio "consiste en plantear con tino las cuestiones", para poder resolverlas con claridad. "Aquí, como en otras materias, de la pregunta que se haga depende la respuesta que se dé" (pág. 75).

El dice que el juicio empieza con un inventario de elementos que se tienen y algo que no se tiene: una solución. "La cuestión busca lo ausente", según Höffding. Ello conduce a los límites del fallo, que no puede exceder al contenido de lo propuesto. En algunos casos el principio de la carga de la prueba, especie de solución subsidiaria, viene a zanjar el litigio (pág. 76).

"Plantear claramente una cuestión es casi tanto, en ocasiones, como resolverla. En todo caso, es fijar el objeto preciso del litigio, la causa que ha de juzgarse" (pág. 77). En este punto reclama él en el juez toda la luz que niega algunas partes, para iluminar el proceso.

En derecho penal, por ser derecho estricto (no extensivo) en los regímenes liberales, esa claridad reclama formas que aseguran el derecho de defensa (en oposición a lo que ocurre en los regímenes no liberales, donde el poder central no entiende que está sujeto por textos y quiere conservar su libertad de persecución: se aplica entonces al principio de la interpretación extensiva por analogía, que permite extender las disposiciones penales a casos no previstos; y eso abre la puerta a todos los abusos).

Aunque relata el cambio radical que sufrió el sistema del jurado en Francia, consistente en juzgar con el tribunal, sobre la culpabilidad y la pena (págs. 3, 81, 82, 86, 88 y 106), destaca la importancia de formularle claramente las preguntas, por quedar éste constreñido al interrogatorio del juez, en contraste con el derecho inglés, en que el jurado redacta por sí mismo su declaración (pág. 80).

Dice que "existen cuestiones intermedias, de derecho y de hecho, a la vez, o que participan de las características de uno y otro. Son especialmente las cuestiones de hecho generales y las cuestiones de derecho concretas donde la apreciación jurídica se mezcla con la de la situación positiva: el estado de hecho se aprecia entonces desde un punto de vista jurídico particular, más o menos determinado, y pone ejemplos que el derecho comercial colombiano tiene resueltos en la regulación de la propiedad industrial: de no permitir registrar como marca la referencia a un lugar de origen; en general, se refiere a exigir rigor en la buena fe, como en el concepto de "si un automovilista ha sido 'dueño de su velocidad', en caso de accidente (pág. 84), o en asuntos relacionados con la ciencia, en que el juez exige sujeción a una convicción universal sobre lo que indica ella en un momento dado,

aunque esté sometida a revisión o avance, en cualquier sentido" [1].

Exige precisión en el planteamiento de cuestiones jurídicas, para permitir el control de la casación.

Observa que en algunas cuestiones concurren conceptos subjetivos, como la intención de las partes al redactar una cláusula; conceptos generales, como la adaptación de ella a la materia de la estipulación; su adaptación a la regulación legal por las partes; y la intervención de principios o usos implica una cuestión de derecho general o "típica" (pág. 85).

Destaca la armonía que debe haber en la apreciación de las cuestiones de hecho y las de derecho, armonía a la cual se opone el sistema tradicional de jurados, y que propició una reforma de 1941, en el campo penal, mediante la cual "el tribunal y el jurado se reúnen para deliberar en común sobre el conjunto del caso (culpabilidad y pena)" (págs. 88 y 89).

Es partidario de la especialización, sin excesos (pág. 89). La especialización no debe conducir a descuidar los conocimientos generales, jurídicos y otros, de los cuales tienen siempre necesidad los jueces; y sobre todo hacerles perder la elevación y amplitud de miras que deben inspirar siempre una buena justicia" (pág. 90).

El autor recela de las jurisdicciones que se crean para resolver crisis (como disturbios políticos), mayormente si en ellas intervienen jueces legos, porque a fallas puramente personales agregan un criterio de rigor misional, que los priva de la serenidad necesaria para discernir.

Y expone una dura experiencia, premonitoria en Colombia: "Realizamos también la deplorable experiencia de los tribunales paritarios, especialmente en cuanto a los arrendamientos rústicos, donde los asesores actúan como jueces, en representación de los opuestos intereses de clase, bajo el arbitraje del juez de paz, que hace de presidente. Y es que no basta con subir al estrado de un tribunal para convertirse en juez; ni revestirse con sus atributos para adquirir su espíritu" (pág. 91).

---

1. Entre nosotros se dio el caso de un laboratorio aceptar a un cliente no elevar la temperatura por encima de cierto límite, porque eso indicaba su técnica, cosa que el laboratorio incumplió, so pretexto de estar equivocado el técnico.

A los árbitros comerciales (en el sistema francés, excesivamente informal) les falta "técnicas y la formación profesional", difíciles de suplir: "sus fallos se resienten siempre por algunas lagunas, por ... falta de rigor, por un punto de vista restringido, alguna vez por opinión preconcebida, y los litigantes no siempre tienen confianza en su imparcialidad" (pág. 91). En tal sistema la primera instancia es fallada por comerciantes legos en derecho y la segunda por juristas especialistas, en lo cual él advierte desequilibrio; de suerte que "sería más racional que ambos elementos no estuvieran completamente separados, sino reunidos en uno y otro caso. Así, se ha propuesto, como se practica en ciertos países, que el tribunal sea presidido por un magistrado, y cabe también concebir que la corte cuente con asesores comerciantes" (pág. 91).

Aunque reconoce la diferencia entre la labor del perito y la del juez, reclama una profunda interrelación, que encuentra en el campo penal; no admite un sistema propuesto de peritos asesores permanentes del juez en algunas materias, como patentes de invención, marcas de fábrica y otras cuestiones industriales; materias cuyo conocimiento compete al juez; sino que propone que éste se instruya cada vez más en la técnica, para entenderse fácilmente con el perito (págs. 92 y 93).

Inicia un segundo capítulo de esta parte, titulado *La comprobación y la apreciación de los hechos de la causa*, destacando la importancia de "fijar los hechos de la causa objetivamente y apreciarlos con imparcialidad" (pág. 95).

Cita a Bossuet en el sentido de que "es parte del buen juzgar dudar cuando es preciso", lo cual destaca en materia penal, y vuelve sobre el peligro del juez que se guía por preconceptos o por la manía de sistematizar ideas subjetivas, lo cual fustiga Locard diciendo que "el espíritu sistemático constituye en esta profesión un vicio redhibitorio" (págs. 95 y 96).

Destaca que el juez debe limitarse a los hechos pertinentes; vuelve sobre los vicios extremos de sintetizar en exceso y de analizar innecesariamente; y remite a la carga de la prueba para resolver las dudas irreductibles (págs. 95 y 96); pero la critica en cuanto se convierte en comodín para no actuar.

Reconoce que la postura activa del juez frente al proceso lo conduce a oscilaciones intelectuales; pero sólo considera legítima la admisión de cada hipótesis como provisional, como un avance hacia una actitud definitiva, final. Reconoce la intervención de

la imaginación del juez, pero sólo movida por un proceso evaluativo racional; lo cual es normal en los jueces profesionales (en contraste con los jurados, jueces profanos o legos).

Critica los interrogatorios basados en ideas preconcebidas; porque "cuando se ha formado la convicción, no se busca ya más, por creer que se tiene la verdad. Pues bien, no hay mayor peligro de error que una convicción prematura. Hace ya mucho tiempo, dice, "que San Agustín enunció este pensamiento... exacto: "Para discernir con conocimiento lo falso de lo verdadero hay que apartar del pensamiento que se tiene la verdad" (pág. 102).

Se detiene a prevenir contra el despeñadero de aparentes indicios fatales o contundentes, como un caso de alguien que fue condenado con base en que en el lugar del crimen apareció un cuchillo del presunto criminal, siendo así que él sólo había sido víctima anteriormente de la sustracción de un cuchillo semejante; o el de un cochero que, por puro desafío y burla, sin pensar en la gravedad de la imputación, fingió admitir la comisión de un delito, hecho al cual se agregaron otras circunstancias aparentemente concurrentes (pág. 103).

Vuelve sobre el punto de la pertinencia de los hechos debatidos, para admitir toda prueba conducente que se pida oportunamente.

Destaca la superioridad del juez profesional sobre el jurado para armonizar los hechos, la prueba y el derecho, con colaboración de argumentos de las partes y la jurisprudencia. Pero, a pesar de profesar respeto a ésta, insiste en el peligro de seguirla ciegamente (pág. 105), al cual hace referencia frecuentemente (págs. 85, 86, 105 y 162). Refuerza su argumento con prevención de Hallwig, para quien la aplicación mecánica de una jurisprudencia sólo aparentemente aplicable, como hace el juez rutinario, "es la más enojosa falta que un juez puede cometer".

Cree a los jurados menos propensos a dejarse llevar por ideas preconcebidas y a actuar más por la novedad de lo que oyen (pág. 106); aunque reconoce su dificultad "para seguir durante varias horas declaraciones más o menos deshilvanadas o divergentes y discusiones más o menos claras sobre órdenes de hechos que les son extraños, a los cuales no se encuentran habituados" (pág. 106).

Cita a Görres en relación con el problema de la extensión y la intensidad de la atención, el cual dice que "el dominio de todos

los elementos probatorios, lo mismo que el de las conclusiones de la administración de las pruebas, especialmente cuando ha transcurrido mucho tiempo o cuando los documentos son muy numerosos, constituye generalmente para los juristas una de las operaciones más difíciles que les incumben, y para el profano no ejercitado resulta incluso imposible"; aspectos relacionados con el fenómeno o ley de "estrechez del campo de conciencia, acorde con la preparación intelectual del oyente, ley con la cual se relaciona "la de las variaciones continuas de la atención, según la cual la atención tensa sobre un objeto no permanece igual, sino que se fatiga muy pronto, se relaja o se desvía, ...tanto más cuanto que el esfuerzo sea mayor y más brusco" (pág. 107).

"Los jueces experimentados deben superar esas dificultades dirigiendo su atención sobre los hechos importantes, llamados pertinentes, mientras que los jueces improvisados no saben discernir éstos de los otros y dispensan su atención al azar de las impresiones" (por lo cual el jurado puede no reconocer importancia al fenómeno de la premeditación, por ejemplo). "Eso es lo que permite a los jueces de carrera seguir, e incluso dirigir, sin excesiva fatiga, audiencias en ocasiones por demás largas y pesadas" (pág. 107).

Denotando intensa experiencia en relación con los jurados, explica el peligro en que se encuentran de irse por el despeñadero de los efectos y las impresiones de momento, por falta de suficiente preparación crítica para discernir conscientemente,

Así, son propensos al rigor con los delitos que podrían afectarlos a ellos y benignos con delitos a cuya comisión se sienten propensos, como los pasionales.

Aunque reconoce que el juez profesional también puede ser influído por sentimientos personales, éstos influyen más en la medida de la pena que en el reconocimiento de la culpabilidad misma.

Cita a Görres sobre la forma como se explota la sensibilidad del jurado, en desmedro de su inteligencia y su discernimiento [2].

Se cita Gorphe entre los autores que consideran fin de la prueba convencer al juez, de lo cual se toman como muestra sus afirmaciones de que "las pruebas son los procedimientos emplea-

2. De vicio análogo habla J. Molierac, en *Iniciación a la abogacía*, Edit. Porrúa, S. A., Av. República Argentina, 15, México, 1974, pág. 206.

dos para convencer al juez", y "el fin de la prueba debe ser obtener una certeza, aunque a menudo se detiene a mitad de camino, es decir, en una simple probabilidad o verosimilitud" [3], y en Las resoluciones... empieza un tercer capítulo diciendo que "las pruebas no son sino procedimientos admitidos para convencer a los jueces de la verdad de los hechos alegados, de los cuales dependen las consecuencias jurídicas" (pág. 112), y admite que las pruebas, "con gran frecuencia, a falta de la certeza absoluta, proporcionan una gran probabilidad, suficiente en la práctica para crear una convicción" (pág. 113).

Sumamente receloso del jurado, dice que "su voto no expresa por lo general sino una opinión más o menos indecisa o una creencia más o menos subjetiva" (pág. 114); y previene contra las apreciaciones apresuradas de las mentes empíricas, con un paralelo entre la fase sentimental de la convicción íntima y la fase científica de la prueba (pág. 116). Compara la técnica probatoria anglosajona y la alemana (pág. 117), con mira en el análisis científico de la prueba. Pero se muestra laxo en este punto en relación con faltas menores, para no facilitar la absolución de los malhechores (quizá suponiendo que tienen probados, por lo menos, sus malos antecedentes, como indicio en contra, como hipótesis benigna en favor del autor).

Destaca que en el derecho inglés es más severa la exigencia de prueba para deducir responsabilidad penal que para condenar en materia civil lo cual previene contra prejuicios sociales, como los que generan ciertas endemias sociales, como la brujería. Pero, admitiendo que no se puede exigir certeza absoluta, sino relativa, humana, descarta la mera verosimilitud, como mera apariencia superficial.

Cita sentencia de Renouvier de que "las meras probabilidades comienzan donde las pruebas terminan" (pág. 125).

Vuelve al punto de la carga de la prueba para resolver ciertos puntos y acude a las presunciones legales para hechos favorecidos con ellas.

En un cuarto capítulo, titulado *La aplicación del derecho y la resolución* (pág. 127), hace notar la trascendencia de la decisión del juez, mayor en el campo civil que en el penal, dice; lo cual

3. *La apreciación judicial de las pruebas*, La Ley, Sociedad Anónima Editores e Impresores, Buenos Aires, 1967, págs. 42 y 493.

se deduce del hecho que en el campo civil el juez debe crear más que en el penal, por la limitación que la ley le impone.

Reconoce categoría de normas, que a veces parecen entrar en conflictos; pero reconoce un orden jerárquico, en el cual la norma especial se impone a la general, y todas se entienden inspiradas por un gran principio de justicia, expresado por Cousin con la frase de que "la ley de leyes es la justicia natural" (pág. 135). Sigue a Unger, para quien el juez debe buscar el sustrato de justicia que inspira al legislador, de suerte que "más vale en todo caso un fallo justo con motivos insuficientes de decisión, que un fallo falso con motivación muy sagaz", a lo cual agrega que "cuando no se siente nada, nada se percibe". Y se apoya en el mismo Unger diciendo: "El sentimiento que concurre con la razón para formar un fallo justo lo califica de "un sentimiento jurídico disciplinado por la lógica, impresiones jurídicas formadas en los marcos de la ciencia, un instinto jurídico racionalizado" (lo que en el mundo del derecho se llama criterio jurídico).

En esto se destaca el contraste entre la restricción en materia penal y la amplitud un derecho civil, frente al hecho no regulado expresamente por la ley. "Entonces, como el aceite en los engranajes, interviene la equidad para suplir la irracionalidad de la relación entre el derecho y el hecho" (pág. 138).

Esto se aplica especialmente en la tasación de indemnización por daño moral, en que la jurisprudencia acaba señalando una tarifa equitativa.

Pero en la tasación de la pena, aunque implica consideraciones sobre aspectos puramente jurídicos, como circunstancias atenuantes y agravantes, etc., se impone el acervo moral y cultural del juez, según que el delito le parezca más o menos grave o repulsivo, o humanamente explicable, etc.; de suerte que el fallo puede ser un reflejo de la misma conducta social del juez.

Así, además de citar ejemplos dados por Altavilla, dice que, según Pierre Audiat, "para alcanzar la justicia absoluta, haría falta no solamente analizar es sus menores elementos el fenómeno criminal, sino también "analizar al juez de la misma manera que se quiere analizar al criminal"; porque el contenido de la sentencia penal depende de la personalidad de uno y otro" (pág. 141).

Distingue entre personalidad del juez de derecho, académica, reflexiva y analizadora, por su formación académica, y la de jurados (sobre los cuales ha manifestado sus reservas) (e ilustra

con anécdota de Carrara, que procuró que fueran casados los jurados que juzgarían a un homicida víctima de adulterio), con el riesgo de que la sola fisonomía y presentación personal los impresione (pág. 144), así como que sean víctimas del fenómeno síquico de la proyección (pág. 145) (juzgar a los demás por uno mismo). Citando a Altavilla (pág. 146), hace notar la importancia y, a la vez, el peligro de la introspección, consistente en situarse el juez en el lugar del enjuiciado, y admite, con reservas, el concepto de Alfred Adler, de que, para el conocimiento del hombre, el juez requiere, "además de la experiencia, guardar contacto con sus semejantes y con la vida, y mantenerse optimista, o al menos, pesimista militante, no resignado; condición favorable digna de retener para la actitud humana del juez" (págs. 146 y 147). Exige penas moderadas (pág. 148), más benignas frente al acto pasional que al motivado por interés, y no considerar sólo el motivo, sino también el medio y la forma (pág. 149). Se extiende en consideraciones sobre medidas penales necesarias y convenientes, y la utilidad y la inutilidad de algunas medidas (pág. 151); descarta la terapéutica de represión (pág. 154); y, con criterio positivista, considera la potencialidad delictiva futura del reo, como "estado de criminalidad", que implica más inferioridad moral que social (pág. 155).

Aunque admite que en último término el juez es la medida del derecho, insiste en que aquel debe guiarse por ideas generales, por una conciencia general aun cuando aplica el arbitrio judicial, de suerte que armonice el derecho de las partes con los intereses sociales, a lo cual contribuye la jurisprudencia sana (pág. 157).

Admite la apreciación libre del juez, pero en el sentido de obrar sin más presiones que las del derecho en la propia conciencia, lo cual lo hace "servidor y rey"; criterio y discreción que "es precisamente lo que... falta a los jurados"; lo cual no impide que la jurisprudencia varíe y evolucione, según lo exijan nuevos casos; "pues la jurisprudencia tiene sus razones para progresar con prudencia: ¡cuántas veces hay que detenerse en el camino para rectificar el itinerario o trazar límites!" (pág. 159), en síntesis, uniformidad y diferencia relativas.

"La obra del juez, cuando no es una aplicación mecánica de la ley, sino una adaptación justa del derecho al caso particular, no se comprende plenamente sino como una obra colectiva de varios jueces, con frecuencia de varias jurisdicciones sucesivas; y como

una pieza que ocupa su lugar en un conjunto de jurisprudencia más o menos coherente y más o menos continua" (pág. 159).

Convencido de la obra conjunta en el derecho, el autor cree en el aporte de los integrantes activos de sala, como depositarios de un acervo cultural coherente, con matices propios; y dice: "Se ha dicho que "la historia, como las matemáticas, debe admitir que las singularidades se contrarrestan en mayor o menor medida entre sí, de modo que al final subsiste algo constante" (Henry Adams), fenómeno que se da en el trabajo de los tribunales, dice, lo cual da el resultado de una síntesis armónica (pág. 160). Pero esto sólo se da en la deliberación culta, no en la de jurados, "en el sistema (ya abandonado en Francia) en que deliberan a solas" y "constituyen entonces una pequeña multitud heterogénea no anónima", como lo califica el doctor Le Bon" (pág. 160).

Para el autor cada decisión judicial ajustada al derecho social vigente constituye una piedra en un vasto edificio jurisprudencial; pero previene sobre la jurisprudencia estática (cadáver bien embalsamado). "La continuidad de la jurisprudencia no debe asegurarse a costa de la verdad y la justicia, que constituyen los objetivos finales de los fallos. Continuidad no significa inmovilidad, sino evolución: la jurisprudencia no puede escapar a la ley del progreso" (pág. 164).

"La prudencia metódica es madre de la sabiduría en la busca de la justicia humana", dice (pág. 165).

Un último capítulo, titulado *Conclusión*, se inicia refiriéndose a la complejidad de la labor de fallar, como un reto para el buen juez, que busca el derecho; porque "atenerse a una impresión de conjunto, más o menos vaga y superficial, como suelen hacer los jurados, es contentarse con una base incierta para el fallo" (pág. 167).

Para él una buena sentencia exige requisitos subjetivos y objetivos: subjetivos, ante todo, preparación e imparcialidad, objetividad en el juez, preparación, sentido del derecho, voluntad, etc., de suerte que, según Kumpe, "ser juez consiste en servir con orden la vida del derecho lo más serena, positiva e imparcialmente posible"; aunque la imparcialidad no impide la aplicación del acervo cultural propio del juez; imparcialidad que falta en el jurado (pág. 172); previene contra el exceso de magnanimidad del juez; y cita a La Bruyere, en el sentido de que "hay jueces a quienes una excesiva afectación de pasar por incorruptibles expone a ser injustos" (págs. 168 a 170).

En aras de la preparación del juez, le exige conocerse a sí mismo para poder conocer a los demás (pág. 170), e insiste en la ciencia sicotécnica del juez (pág. 175), para escoger a éste.

En palabras finales, pide al juez acendrar su propia personalidad en la justicia, para poder exigirla e imponerla a los sujetos pasivos de sus fallos.

El vasto mundo en que él se mueve le exige cultura y experiencia.

Editorial
EALON
Calle 56 (Zea) Nº 52-72
Teléfono Nº 511 31 58
Medellín-Colombia
Abril de 1992