

TEMAS PROCESALES

8

mayo
1989

El juez como representante del poder del Estado
Tulio Elí Chinchilla Herrera

¿Es relevante la actuación del Ministerio Público?
Orión Álvarez A.

El perjudicado ante el nuevo Código Procesal Penal
Gilberto Martínez Rave

El valor de la "causa" en el proceso cautelar
Marcos Afonso Borges

Noción de la tutela jurídica como remedio jurisdiccional
Jaime Soto Gómez

El juez tropos
Beatriz H. Quintero de Prieto

La sentencia condenatoria de primera instancia
en juicio ordinario sin intervención de jurado
Alfonso Ortiz Rodríguez

De los indicios
Alfonso García S.

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 8 mayo 1989

Revista del Centro de
Estudios de Derecho Procesal

Director

Orión Álvarez A.

Consejo de redacción

Jaime Soto Gómez

José Fernando Ramírez G.

Gilberto Martínez Rave

Arturo Gómez Duque

Enrique Gaviria Gutiérrez

Correspondencia

Eugenio Prieto Mesa

Apartado Aéreo 50088

Medellín, Colombia

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

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

Jaime Soto Gómez

Orión Álvarez Atehortúa

Rodrigo Velilla Gómez

Eugenio Prieto Mesa

Beatriz Quintero de Prieto

Alejandro Ochoa Botero

José Fernando Ramírez Gómez

Arturo Gómez Duque

Gilberto Martínez Rave

Enrique Gaviria Gutiérrez

Alberto Ceballos Velásquez

Jairo Duque Pérez

Fernando Ossa Arbeláez

Alvaro Vargas

Javier Tamayo Jaramillo

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

-- nº 8 (mayo 1989) -- Medellín, El Centro, 1989
anual hasta 1986, semestral a partir de 1987

ISSN 0120-8519

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

SUMARIO:

El juez como representante
del poder del Estado
Tulio Elí Chinchilla Herrera 5

¿Es relevante la actuación del
Ministerio público?
Orión Alvarez A. 27

El perjudicado ante el nuevo
código procesal penal
Gilberto Martínez Rave 45

El valor de la "causa" en el
proceso cautelar
Marcos Afonso Borges 57

Noción de la tutela jurídica
como remedio jurisdiccional
Jaime Soto Gómez 71

El juez tropos
Beatriz H. Quintero de Prieto 81

La sentencia condenatoria de
primera instancia en juicio or-
dinario sin intervención de ju-
rado
Alfonso Ortiz Rodríguez 87

De los indicios
Alfonso García S. 109

EL JUEZ COMO REPRESENTANTE DEL PODER DEL ESTADO *

Tulio Elí Chinchilla Herrera **

1. Planteamientos iniciales. 2. Enfoque jurídico. 3. El funcionario judicial como mecanismo del poder político: la legitimidad. 4. El juez y el orden social: la sociedad civil. 5. Consideraciones finales.

1. *Planteamientos iniciales*

Los problemas que aquí se plantean son básicamente los siguientes:

¿Tiene poder el juez?

¿Cuál es la naturaleza de sus atribuciones?

¿Es, acaso, un simple agente del legislador?

¿Tiene poder real el juez o sólo detenta una autoridad formal?

¿En dónde reside su autoridad?

¿Qué relación se teje entre el juez y el Estado?

¿Qué rol puede cumplir la judicatura respecto al sistema político?

* Ponencia presentada en el "Curso de nivelación para funcionarios jurisdiccionales del distrito judicial de Medellín". Junio 25 de 1987.

** Profesor de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Antioquia.

¿Qué papel real puede realizar el juez dentro de una sociedad surcada por el conflicto?

¿Se puede detener judicialmente el desmoronamiento del orden social?

¿Qué consuelo puede dársele a un juez atribulado porque los espacios para el orden civil y juridicidad se reducen cada día más?

En fin, ¿qué papel puede cumplir el juez de Beirut?

Al respecto, se pretende aportar elementos de análisis, hipótesis provisionales de reflexión, intentos de aproximación a una verdad harto compleja no reductible a una fórmula ni a un esquema.

El objetivo de este ensayo no es suscitar emociones ni motivar conductas enérgicas o heroicas, sino la descripción del papel jurídico y político que cumple el agente de la justicia, de las posibilidades reales —y no simplemente formales— de que dispone. Se trata de ubicar las perspectivas de quien, a veces, no es sino un empleado público más, cargado de delicadas funciones, ocupación a la cual ha tenido que acceder como único modo de realización profesional en un mercado saturado y discriminatorio, como un medio de ganarse riesgosamente la subsistencia.

Debemos ubicarnos en una sociedad industrial, masificada, marcada por el subdesarrollo tecnológico que impone distorsiones profundas a los modelos jurídicos-políticos.

Lejos ha quedado la venerable figura del juez de procedencia aristocrática, portador de un saber exclusivo. Ubiquémonos en el contexto social que impone una tendencia proletarizante a las profesiones liberales, que cada vez son menos un factor de movilidad social.

Con realismo —y sin ser profetas de ningún milenio— ubiquemos a nuestro juez en una sociedad estremecida por lo que parece ser un conjunto de cambios en la estructura de poder ya caduca.

El tema de este ensayo es abstracto en demasía, casi desagradablemente filosófico, de esos de los que no se puede afirmar mucho sin decir nada. Preferiblemente pudiera titularse: *"La autoridad social del juez en la actual crisis..* Su formulación inicial es equívoca pues induce a pensar de entrada que el Estado es una cosa o persona y el juez lo representa, que el poder está por allá lejos y el juez por aquí es su vocero. Muy probablemente no haya tal dicoto-

mía: El juez es el Estado o parte de él, un mecanismo de poder, el poder ⁽¹⁾.

El tema se desarrolla en tres partes que corresponden al enfoque jurídico-formal, al enfoque político y al sociológico respectivamente.

2. Enfoque jurídico

El juez, órgano del poder público, responsable de una función del Estado —la jurisdiccional—, titular de un manejo de competencias determinadas. Bajo un punto de vista jurídico, el Estado se define como el conjunto de autoridades públicas que dentro del marco de un territorio asumen la actividad de creación, aplicación y definición del derecho.

El Derecho Constitucional nos presenta al Estado como un conjunto de órganos agrupados en "ramas" o complejos orgánicos encargados de cumplir ciertas funciones públicas en forma armónica.

El artículo 55 de la Constitución Política de Colombia, siguiendo la tridivisión clásica, nos habla de las ramas legislativa, ejecutiva o administrativa (el Gobierno) y jurisdiccional (Administración de Justicia) ⁽²⁾.

El artículo 58 de la Carta define orgánicamente la función jurisdiccional, con desarrollo en los títulos XV y XIII: Jueces colegiados y unipersonales, todos ellos considerados como parte integrante del aparato del poder público soberano. Todos los niveles jurisdic-

1) Muy común es la creencia de que el Estado es una entidad sacrosanta a la cual sólo se tiene acceso a través de sus voceros terrenales; que el poder (palabra que se tiende a escribir mayúscula) es algo misterioso, esotérico del cual sólo se conoce sus manifestaciones. Véase al respecto, *La anatomía del poder*, por Kenett Gilbrat, Plaza y Janés, 1984, obra en la cual este autor estadounidense trata de desmistificar el poder público, enfocándolo como conjunto de factores funcionales verificables, detrás de los cuales nada grandioso ni terrible oculta.

2) Una descripción orgánica y funcional cuidadosa nos muestra la existencia de por lo menos cinco o seis ramas; a las nombradas añadimos: la rama fiscalizadora, la electoral y el complejo empresarial autónomo estatal. En rigor hablamos de "función jurisdiccional" y de "órgano judicial".

cionales, desde la Corte Suprema hasta el Juzgado Promiscuo Municipal, son instituciones de *rango constitucional* (designación, calidades, período, inhabilidades e incompatibilidades, etc.) y no simplemente legal. Todos ellos representan a la Nación, en términos abstractos, y expresan la soberanía nacional (deben ser nacionales "por nacimiento"). En fin, donde hay un juez está presente el Estado como personificación jurídica de la Nación colombiana y su soberanía, actuando "en nombre de la República y por autoridad de la ley".

El contenido de la función

La rama jurisdiccional tiene a su cargo la misión genérica consistente en decir cuál es el derecho vigente, pronunciar el derecho válido en la comunidad, definir el derecho en los casos de perplexidad, incertidumbre, confusión o conflicto (jurisdicción).

El acto de jurisdicción implica la actividad del poder público tendiente a definir en últimas cuál es el derecho con el que se resuelve un asunto concreto objeto de polémica o un conflicto de intereses dado, mediante una decisión en principio definitiva y virtualmente incuestionable ⁽¹⁾.

Este poder jurídico se desglosa en tres tareas específicas:

a) Dirimir con carácter definitivo los conflictos de intereses entre individuos o grupos pequeños, definiendo a quién le asiste el derecho, es decir cuál es el interés tutelado según la valoración legislativa. Es el papel de árbitro o mediador entre los agentes de la sociedad civil para la administración de los conflictos (jurisdicción civil, comercial, laboral, de familia, etc.).

b) Verificar la responsabilidad penal de los individuos y dosificar la pena condigna. Corresponde al ejercicio de una parcela de la función punitiva del Estado en lo relativo a conductas que el legislador ha valorado como desestimulables mediante las más drás-

1) Esta concepción ha llevado a ciertas teorías del derecho a definir la norma jurídica por la actividad judicial: "Las predicciones acerca de lo que los jueces decidirán en los asuntos sometidos a su competencia, eso y no algo más presuntuoso es lo que yo entiendo por derecho". Tal es la frase famosa del Magistrado norteamericano Oliver Wendell Holmes en su conferencia *La senda del derecho*, 1987, con la cual inaugura la interpretación del derecho conocida como "Realismo Norteamericano" al plantear: el derecho es lo que los jueces hacen (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975).

ticas disminuciones de ciertos bienes muy estimados (jurisdicción penal).

c) El control de juridicidad sobre los actos de los gobernantes —Constituyente, legislador, administración— en guardia del orden jurídico objetivo y de la garantía subjetiva. (Jurisdicción constitucional y contencioso-administrativa).

La naturaleza del acto

¿Es la actuación judicial una mera aplicación del derecho en el caso particular? ¿Es el juez un instrumento dócil de la voluntad legislativa?

El mito tradicional legalista así lo ha proclamado, y los jueces así lo reconocen tal vez por ingenuidad o más bien por comodidad o por conveniencia ⁽¹⁾.

Pero esta concepción del juez robot, aplicador mecánico de fórmulas lingüísticas normativas ha entrado en decadencia por absurda, contraevidente y socialmente inconveniente aún dentro de un contexto de respeto a la supremacía legislativa y de seguridad jurídica.

Hoy se considera que la sentencia es el producto de un verdadero acto de creación del derecho, es el derecho dinámico y vivo en la fase de su plena realización (dejando el reino de la letra muerta y abstracta). La sentencia es la norma individualizada. El acto judicial no es la repetición por vía particular de la ley; hay en él un conjunto rico de elementos nuevos que el juez aporta como contribución propia a la tarea del legislador para terminarla y perfeccionarla en función de un orden y unos fines sociales ⁽²⁾.

Así, un estudioso del derecho civil chileno lo dice patéticamente: "La creatividad del juez en la sentencia no es sólo cuestión de escuela, o de normas positivas ausentes o presentes, o de técnicas,

1) El mito del juez autómatas fue útil por ejemplo para los revolucionarios franceses quienes temían que los jueces reaccionarios heredados del Antiguo Régimen sabotearan el proceso social de cambios. Actualmente puede ser una especie de necesario engaño funcional, muy útil para el modus operandi de los sistemas liberales basados en la separación de poderes y la democracia representativa.

2) Kelsen, Hans: *Teoría pura del Derecho*. Eudeba, Buenos Aires, 1984, páginas 151 y 154.

o de épocas, o de criterios. Es cuestión de realidad práctica, es un *factum*" (1). Y para sustentar su afirmación, Fueyo Laneri cita a su compatriota el Magistrado De La Oliva, quien expresa: "La sentencia es producto jurídico atribuible al juez y sustancialmente distinto de la norma positiva aplicada" (2).

Es que la norma general —Constitución, ley, reglamento, etc.— sólo determinan parcialmente el acto de su aplicación al caso concreto, dejando un amplio campo para ser llenado por la elaboración judicial a través de la interpretación y la integración, y con elementos no contenidos en el texto legal. En la práctica cotidiana podemos verificar esa callada pero significativa labor creativa del derecho en muchas situaciones, de las cuales vale la pena mencionar las siguientes:

— Al tener que fijar el juez, por su cuenta y riesgo, el sentido del tenor literal de la ley, aún frente a textos aparentemente claros (3).

— Al precisar el valor y alcance de las palabras de la ley para darles un sentido amplio o restrictivo según el caso; precisar cuando la ley dice "cónyuge" ¿se podrá extender a "concubina"?

— Cuando tiene que rectificar la letra para hacerla concordar con el espíritu a fin de que la norma legal diga algo inteligible o lógico.

— Cuando deja de aplicar la ley, conforme a su fin, frente a situaciones nuevas (por ejemplo, el artículo 47 de la Constitución no se aplica a los partidos políticos, pues la situación histórica es distinta)

— Cuando, al establecer la ley sólo un concepto indeterminado, desplaza la completación de la norma hacia el juez. Es el caso de los estándares jurídicos como "el orden público y las buenas costumbres", "el buen padre de familia", "la buena fe", "requerir tratamiento penitenciario".

— Cuando el legislador expresamente delega la creación de la

1) Fueyo Laneri, Fernando: *Interpretación y juez*. Ed. U. de Chile, Santiago, 1976, página 162.

2) *Ibidem*, página 113.

3) Dice Alf Ross: "El significado de toda palabra es vago, su posible campo de referencia es indefinido". Véase *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1977, página 108.

norma ofreciendo sólo una pauta de inspiración: conforme a la equidad", o "los principios generales del derecho".

— En la formación procesal de los hechos relevantes al decretar, recepcionar y valorar la prueba. Aquí se dan situaciones patéticas: cuando la ley le confía totalmente la valoración de la prueba sin tarifa ni pauta general ninguna (por ejemplo, "según las reglas de la sana crítica" o "verdad sabida y buena fe guardada"). Adviértase que esta lista de situaciones no parece ser exhaustiva.

El juez está forzado a crear derecho aún en los casos en que cree ser más fiel a la ley porque toda norma jurídica contiene un marco abierto a varias interpretaciones todas ellas posibles y jurídicamente correctas. La escogencia de una posibilidad interpretativa es un acto de valoración con base en la ideología del juzgador (moral, actitud política, prejuicios etc.). Y esta afirmación es sustentable aún dentro del más rígido sistema de derecho legislado, es decir, sin acoger la concepción "Realista Norteamericana" —muy ligada al Common Law— según la cual "el derecho es lo que los jueces hacen" ⁽¹⁾.

Idea que expresa el citado teórico danés con la siguiente aseveración: "Aun cuando la obediencia al derecho esté profundamente arraigada en el espíritu del juez como actividad moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil de la decisión judicial es una ficción" ⁽²⁾.

Quizás, la afirmación de que el funcionario judicial tiene un poder casi omnímodo de creación jurídica —y el despacho sea una especie de Estado soberano—, es una exageración poco objetiva, tan poco objetiva como su antípoda de que la decisión judicial es algo puramente mecánico y en nada creativo, algo realizable por una computadora de quinta generación.

Probablemente el poder jurídico del juzgador sea el de crear una norma particular sobre la base de unos parámetros más o menos

1) Para tal postura "realista" la norma no es el único factor motivante de la sentencia sino un factor más entre muchos, no el más importante y, a veces, sólo un disfraz para ocultar los verdaderos motivos. La norma jurídica estaría cumpliendo solamente un papel de técnica ideológica, en el sentido marxista de ideología, es decir, apariencia engañosa para escamotear la realidad.

2) Ross, obra citada, página 135.

amplios, muchas veces vagos y múltiples contenidos en las reglas generales vigentes: preceptos constitucionales, leyes, reglamentos, precedentes jurisprudenciales, adagios jurídicos de gran difusión, principios jurídico-políticos difusos, opiniones subjetivas de doctri-nantes, reglas de la moral convencional, tradiciones sociales. concepciones políticas aceptadas, etc. ⁽¹⁾.

El juez necesita un soporte normativo para fallar; pero éste a su vez, necesita de la voluntad ético-política de aquel para entrar a moldear la realidad. Ahora bien, lo que no puede perderse de vista es la situación real que acusa un vasto sector de nuestra actual judicatura. La significativa caída del status socio-político del juez, la proletarianización del cuerpo judicial, su pauperización y envilecimiento en cuanto a las condiciones que rodean su tarea, muy posiblemente no permiten que nuestro funcionario asuma un papel más creativo: el de completar, corregir y suplir la misión del legislador de dirigir la vida social e inclusive transformarla. Probablemente nuestro subdesarrollo no da para tanta audacia. Y así, el cargo público que el Constituyente mismo ha valorado como una alta dignidad del poder cuyo ejercicio implica manifestación de la soberanía, para el cual celosamente se exigen requisitos y calidades especiales señalados en la propia Carta Fundamental, se puede estar convirtiendo hoy en un simple empleo más, de menor importancia, de menor dignidad social reconocida, y, considerablemente, con menor remuneración y prerrogativas materiales que cualquier alcaldía menor, secretaría o sub-secretaría municipal, jefatura de división de las empresas comerciales e industriales del Estado, asesoría jurídica, etc., que ni siquiera aparecen nombradas en la ley o en el decreto reglamentario.

Los efectos del fallo judicial

Cosa juzgada. En el Estado contemporáneo el ejercicio racionalizado del poder da a la sentencia (o su equivalente) en firme el atributo de la cosa juzgada como principio básico de seguridad jurídica, haciendo que la decisión judicial ejecutoriada sea básica-

1) Y, además, añade Ross (obra citada, página 135): "Detrás de la decisión que el juez adopta se encuentra toda su personalidad". Es decir, sus prejuicios, sus intereses, su situación socio-económica, sus angustias y temores terrenales allí reflejados en sus fallos y en sus autos.

mente inmodificable por parte de los órganos legislativo y ejecutivo. Se torna entonces, en la "verdad legal" incuestionable y definitiva, en contraste con el carácter esencialmente modificable de la ley y del acto administrativo. Estos, además, pueden ser objeto de controversia judicial en razón del control contencioso-administrativo y del control jurisdiccional de constitucionalidad cuyo punto final es siempre un acto de juez.

El juez ha de pronunciar siempre la última palabra; decir el derecho. Es el órgano límite de las cadenas de instancias jurídicas.

Fuerza ejecutoria. La sentencia y el acto judicial decisorio en general tienen fuerza ejecutoria, es decir, equivalen a una orden imperativa y perentoria para el poder ejecutivo y la administración (lo que incluye a los cuerpos armados estatales). Esta nota da al acto jurisdiccional una gran fuerza coercitiva indirecta, es decir derivada de la gran *autoridad* que alcanzan los jueces en los estados civilizados de hoy, lo cual configura todo un valioso recurso político de *legitimación del Estado*, pues contribuye a presentarlo ante los ojos del ciudadano como régimen de derecho cuyo poder coercitivo se inclina ante la respetable autoridad de la judicatura ⁽¹⁾. Esto es lo esencial —como veremos adelante— al moderno Estado de Derecho: el juez no dispone él mismo de *poder* coercitivo propio (ni es tan fuerte ni nombra ni manda a los policías), como tampoco de recursos financieros para ejercer *influencia* sobre los demás órganos, pero sí goza de la autoridad suficiente por la fuerza jurídico-política de sus decisiones ⁽²⁾.

La autoridad judicial se ha visto considerablemente robustecida en los últimos tiempos por la importancia y operancia que ha tomado el control judicial de juricidad, el poder de nulificar con una palabra suya los actos del legislador, del administrador y aún del mismo constituyente secundario.

La sentencia tiene en este campo un efecto "erga omnes" y constituye un mecanismo de control interorgánico, un freno, un lí-

1) En los países subdesarrollados esta importante nota aparece muy débil. Se observa en cambio cierta resistencia de los gobernantes, jefes militares y mandos policivos a supeditar el poder a la autoridad del juez; una cierta pereza para materializar coercitivamente las sentencias, órdenes de captura, órdenes de libertad, etc.

2) Se habla con cierto orgullo de "el gobierno de los jueces" para describir los sistemas occidentales.

mite al gobernante de turno a favor de la garantía ciudadana y de la racionalidad interna del orden normativo del Estado (control interno de calidad del derecho).

Por sus efectos generales, la decisión judicial en esta materia, se puede equiparar a un acto de legislación o reglamentación negativos, lo cual permitió al Magistrado Gaona Cruz atribuir a la Corte Suprema un poder constituyente de convalidación y anulación y un poder legislativo en los mismos términos.

3. *El funcionario judicial como mecanismo del poder político: la legitimidad*

Con realismo podemos definir el Estado como la organización del poder social más perfeccionada y acabada que opera en una comunidad. Y por ello obtiene el reconocimiento de soberano (interna y externamente).

Toda esa tremenda capacidad de control social es desplegada desde el Estado mediante dos técnicas que la sociología política ha distinguido: el poder y la autoridad ("potestas" y "autoritas").

Como formas de control social, se distinguen los mecanismos que funcionan con base en la capacidad intimidatoria y compensatoria (sanciones y premios), de los mecanismos que operan con base en la obediencia espontánea y la adhesión en razón de las creencias, esto es, de la ideología. La intimidación y el consenso son los dos recursos del gobernante.

El Poder Público se basa necesariamente en una estrecha combinación de ambos recursos, sólo aislables en la teoría pero muy ligados en la práctica ⁽¹⁾.

Por su parte el jurista español Manuel García Pelayo propone distinguir tres fenómenos: el poder, la autoridad y la influencia,

1) Gaona Cruz, Manuel: Aclaración de Voto a la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de octubre 2 de 1981. (Revista "Jurisprudencia y Doctrina", 1981, página 17). Esta área de la práctica judicial ha permitido que los politólogos hablen hoy del "juez estadista", detentador de un verdadero poder político en el interior del Estado, que lo puede hacer valer hasta derrumbar, si es el caso, toda una "obra de gobierno". Duverger, Maurice: *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*", Ariel, Barcelona, 1980, página 28.

como formas de operar sobre la conducta de los demás, y que se hallan presentes en el Estado. Sigamos su exposición:

En el poder se da una capacidad para imponer a otros la propia voluntad aún contra la resistencia de éstos, ya sea mediante amenazas, premios, etc. El poder del policía es un claro ejemplo de esta situación.

La autoridad es la capacidad de orientar la conducta y obtener obediencia por la creencia y el reconocimiento de las cualidades intrínsecas en quién da la directriz al cual se le atribuye, en general, una legitimidad para imponerse y dirigir, un justo título para liderar al grupo. Ejemplo, el líder religioso Gandhi en la India.

La influencia es capacidad de manipular la conducta ajena a través de ascendientes afectivos, sociales o de conveniencia no públicamente reconocibles y más bien censurables. Ejemplo, la cortesana de Palacio, un grupo militar fuerte, el "lobby" de los gremios que sin forzar decisiones sí pueden inducir las discretamente ⁽¹⁾.

En el Estado, al juez le corresponde un grado eminente de autoridad, un poder efectivo un poco menor pero importante y casi ninguna capacidad de influencia. Desde luego, es necesario distinguir entre niveles judiciales. La maquinaria jurisdiccional concentra indudable poder coercitivo o intimidatorio así sea indirectamente. Pero ante todo es un portentoso aparato ideológico encargado de condensar y dispensar legitimidad a todo el restante engranaje del poder estatal, de producir e irradiar energía legitimadora a la maquinaria pública. Su poder funciona a condición de ser una gran autoridad. En el lenguaje de los romanos, el juez posee más *autoritas* y menor *imperium*. Pero está "diseñado" para ejercer ambos.

Las características del poder estatal

En algunas de las siguientes características distintivas del poder del Estado, el juez cumple un rol significativo que podemos describir de la siguiente manera:

1) García Pelayo, Manuel: *La Idea de la Política y Otros Ensayos*. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1984.

El poder del Estado es un poder que aspira con relativo éxito al monopolio de la violencia legítima en la comunidad ⁽¹⁾.

El Estado organiza y monopoliza el ejercicio de la fuerza a favor de sus órganos. Como principio general, todo acto de violencia no llevado a cabo por sus órganos es *ilegítimo* (salvo la legítima defensa, la captura en estado de flagrancia por cualquier particular, etc.). Al respecto, una importante esfera de los actos coercitivos, no todos ni tampoco la mayor parte, está supeditada y preparada en la instancia judicial; así, la intervención previa o concomitante del juez en el ejercicio coercitivo del poder es indispensable en:

- Las medidas punitivas originadas en delitos (penas).
- Las medidas de aseguramiento o precautelativas.
- La declaración de derechos subjetivos y el arbitraje de conflictos de intereses intersubjetivos que implican la toma de medidas coercitivas sobre bienes patrimoniales o prerrogativas familiares (ejecución forzosa, custodia de menores, etc.).

En este sentido, la imagen de la toga, el martillo y el despacho judicial inspiran el prudente temor para el ciudadano común. En este sentido, la organización judicial cumple la función social de "aparato represivo" (represivo en sentido descriptivo), tan necesaria al orden social.

Pero, al mismo tiempo, el hecho de que en los estados civilizados el despliegue de la potencia coercitiva pública esté ligado a procedimientos judiciales cuando se trata de la libertad personal y de la propiedad privada, asegura la garantía individual que se traduce en la general tranquilidad; y, como efecto, la credibilidad colectiva a favor del sistema de autoridades públicas establecido.

Sin embargo, hay amplísimas esferas del ejercicio de la coacción estatal no condicionado a la instancia judicial previa y, en muchos asuntos, ni siquiera posterior; por ejemplo:

- La actividad militar de defensa estratégica y táctica.
- El control inmediato del orden público, es decir, el "poder de policía" del Estado confiado al órgano administrativo y los cuerpos de policía (el cierre de un establecimiento, la retención

1) Dall, Robert: *Análisis Político Moderno*. Ed. Lumen, 1977. Aunque el planteamiento original de entender el Estado como monopolio del ejercicio legítimo de la fuerza proviene de Max Weber. *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977, páginas 43 y 44.

de un vehículo automotor conducido ilegalmente, las requisas y retención de sospechosos, la disolución del mitin, etc.).

— La actividad de policía judicial en cuanto a diligencias preliminares que no generan proceso judicial.

Tanto en la operación militar como en la diligencia preliminar, sólo excepcionalmente hay control posterior: ello ocurre cuando el acto coercitivo es cuestionado ante la justicia administrativa, o su autor es sindicado de delito. En tales casos el juez opera como un control posterior de legitimidad del ejercicio oficial de la fuerza, toda vez que ella requiere siempre de la "bendición" de legitimidad.

En la función de policía una buena parte de las medidas administrativas (de policía) están sustraídas del control de legalidad por organismos jurisdiccionales (artículo 82, inciso 3 C.C.A.). La anterior descripción nos permite descubrir la función política del juez; nos permite ver en él al gran condensador que dispensa bendición de validez o censura al despliegue de fuerza en manos del Estado; unas veces anterior y otras a posteriori. La fuerza puesta, entonces, bajo el control del aparato judicial puede disminuir en eficacia operativa inmediata pero gana siempre en legitimidad, en aceptación y reconocimientos públicos.

El poder estatal como otra característica distintiva se ejerce fundamentalmente a través del derecho. Uno de los rasgos característicos del proceso histórico de formación del Estado-nación es la monopolización que éste logra sobre la creación, aplicación y definición del orden jurídico de las representaciones jurídicas comunitarias acerca de la conducta debida. Siendo, como es, el poder judicial la instancia re-creadora del derecho en el nivel de lo conflictivo, lo problemático, lo verificativo, lo litigioso, es decir, a nivel de la vida, resulta ser el juez una expresión del poder del Estado, del Soberano ⁽¹⁾.

Pero no obstante ser el derecho una manifestación del poder estatal, influye sobre éste de la siguiente manera, bastante dialéctica por cierto:

1) Esta calidad del juez de ser órgano del poder *estatal* es apenas un dato histórico, un rasgo del Estado moderno que, al monopolizar el derecho, "incorporó" la autoridad social del juzgador a su maquinaria. Entonces, pasó a ser "el Juez de su Majestad", y más tarde "el Juez de la República". Es interesante observar que la soberanía del poder del Estado haya sido definida como "La exclusividad de la creación, aplicación y definición del derecho en un territorio dado".

— El derecho contribuye a legitimar el poder: el poder político, como sistema de control social, no funciona exclusivamente por su fuerza coercitiva, ni siquiera de manera fundamental. Ningún poder público operaría siquiera mínimamente si sólo contara con "el poder de las bayonetas".. Lo básico como recurso de control social es el sistema de mecanismos ideológicos que inducen a la obediencia voluntaria, a la obediencia civil como actitud espontánea ⁽¹⁾.

Todo aparato estatal tiende a revestirse de una aureola de legitimidad que le permite mostrarse ante sus súbditos como la *autoridad legítimamente constituida*, como el gobernante que tiene justo título para mandar y es digno del mando. Si ello se logra por lo menos en ciertas capas significativas de la población —amplio consenso favorable—, se tendrán mejores probabilidades de obediencia y de estabilidad política. Menor será entonces, la necesidad de emplear el expediente coercitivo, ya que al quedar éste reducido a situaciones excepcionales, dado el bajo coeficiente de ilegalidad y de resistencia al poder establecido, lo hacen un tanto eventual. El orden jurídico, por tanto, será altamente eficaz.

De manera sencilla podemos decir que un régimen de autoridades públicas es legítimo cuando el pueblo cree en sus gobernantes, en sus legisladores, administradores, jueces, fiscales y escrutadores de urnas; cuando el aparato político que gobierna tiene poder de convocatoria en las gentes, en el ciudadano cotidiano, para integrarlos en un esquema de orden, para captarlos por el expediente del consenso, y ganar su espontánea colaboración ⁽²⁾.

Pero en este aspecto es importantísimo verificar cómo el derecho contribuye a hacer aparecer al poder como legítimo, pues a los ojos del ciudadano raso y desprevenido lo legal, conforme al derecho establecido, se confunde con lo legítimo, conforme a unos valores y creencias sobre el gobierno justo. Para el test poco exigente del hombre medio (no del analista suspicaz o el crítico) la presentación de legalidad es suficiente para presumir legitimidad en el funcionario y en el procedimiento de éste. Precisamente, una situación

1) Corresponde a la "dominación por hegemonía", que en el lenguaje del teórico italiano Antonio Gramsci se opone a la dominación por la fuerza organizada; ambas técnicas de sometimiento por parte de las clases dominantes.

2) Bobbio, Norberto: *Diccionario de Política*. Siglo XXI Editores, México, 1988, tomo II, página 982.

revolucionaria surge cuando esa ecuación ideológica se rompe en la conciencia general. Hay un jusnaturalismo vulgar que, en principio, tiende a ver en el derecho positivo la realización de lo justo, lo bueno.

Siendo, como es, el funcionario que maneja el cerrojo de lo que se define como derecho válido en la comunidad, el juez se erige en máxima autoridad legitimadora del poder estatal. Este es uno de los secretos del sistema socio-político estadounidense, por ejemplo, y de todo el modelo demo-liberal del Estado de Derecho.

Pero no toda la legitimidad de un régimen es condensada y dispensada desde el órgano jurisdiccional. La legitimidad tiene que ver con la manera como se designan los gobernantes (sistema electoral), las ejecutorias de los elegidos, etc. Aquí, vale la pena preguntarse, ¿qué puede hacer un juez, solitario en su estrado de autoridad legitimadora, cuando la credibilidad y capacidad de convocatoria de las demás instancias de decisión gubernamental han caído estruendosamente y amenazan con arrastrarlo en su desastre? La nave del Estado se sostiene sólo a condición de que sus varios dispensadores y condensadores de energía legitimadora estén funcionando adecuadamente. No uno solo.

Nuestro país vive una de las más profundas crisis de legitimidad de su historia. Muy poco puede hacer la judicatura por superarla ella sola si no se revitalizan las otras fuentes estatales, y sobre todo una serie de recursos de la sociedad civil, como veremos más adelante.

— El derecho sirve como garantía contra el poder bajo ciertas circunstancias. En tal sentido, la autoridad jurisdiccional cumple su más excelso papel, el de garante.

La administración de justicia no sólo debe ser eficaz sino, ante todo, garante del ciudadano contra el poder mismo del Estado. Esta dialéctica es interesante pues constituye una de las conquistas civilizadoras del hombre: el juez, al tiempo que órgano del poder, es barrera o cortapisa contra el poder, un arma contra el poder ⁽¹⁾.

Aquí se pone en acción la capacidad limitativa que puede tener el derecho sobre la fuerza; esencia de la genial utopía liberal bur-

1) Duverger, obra citada, página 42. El derecho al tiempo que es manifestación del poder, puede ser "un bozal" sobre el poder y, por tanto, defensa protectora frente al poder mismo.

guesa que hoy, después de muchos siglos, seguimos reivindicando como el Estado de Derecho.

Ello explica por qué la función judicial es eminentemente ritualizada, procesalizada hasta extremos a veces odiosos.

Toda forma procesal se explica y justifica por la garantía básica de la defensa plena de los intereses en debate. El principio de "debido proceso" es la fórmula de oro para la garantía individual, aún en desmedro de la eficacia y celeridad. De pronto podríase pensar que en un aparato policivo, un cuerpo de detectives bien entrenados sancionarían más eficazmente a los delincuentes; pero ¿qué habría sido de los derechos del sindicado? Por el rigor de las garantías procesales se saldrán con la suya muchos bandidos, con tanto esfuerzo capturados; pero, en compensación, saldrá airosa la garantía ciudadana, la seguridad del individuo frente a la proclividad arbitraria del poder.

De este modo, la presencia del juez es la garantía de las garantías individuales.

Pero sólo a condición de su independencia, estabilidad y dignidad del cargo. Así se explica, entonces, que las tendencias autoritarias, totalitarias, militaristas o fascistas dentro de un régimen político ven con recelo y hasta sospecha la actividad judicial y, por eso, uno de sus objetivos es la manipulación y desvalorización de la misma.

La merma de la autoridad del juez, y de su relativo poder, es directamente proporcional a la disminución de las garantías ciudadanas. Si el juez penal municipal carece de autoridad política y social reconocida, le quedará difícil proceder con éxito a desarrollar el recurso de Habeas Corpus, ante la detención arbitraria ordenada por el señor comandante de Brigada. Y, en este aspecto, poco se sentirá obligado a dejarse controlar por un simple empleadillo de tercera categoría, mal remunerado, que anda por allí en bus y trabaja en una ratonera que llama el despacho, cuyos recursos son dos viejas máquinas Remington inservibles. Pero el señor comandante probablemente estaría presto a escuchar la influencia que recibe el señor secretario municipal o hasta del sub-secretario. O sea que es necesario que la gran autoridad formal señalada en la Carta Constitucional sea reforzada por la autoridad socialmente reconocida para que el mecanismo judicial funcione y cumpla su "rol" político-jurídico.

Sólo si el juez ejerce su papel garante puede esperarse que el ciudadano crea, legitime y acate de buen agrado el proceder del gobernante, porque sabe que habrá alguien con autoridad para tutelar sus derechos, aunque al administrador público se le derrumben sus puentes y obras. Y sólo así el juez será un verdadero condensador y dispensador de energía legitimadora, para la estabilidad de un régimen político. Y esto es lo que puede aportar para salvarlo.

Pero hoy esa crisis de legitimidad pretende ser superada con aumento de los mecanismos coercitivos; que el poder supla la ausencia de autoridad socialmente legitimada. Entonces aparecen las cómodas explicaciones: la ineficacia de la justicia; que los jueces no condenan bastantes delincuentes por día; la morosidad de los juzgados.

Sin desestimar la incidencia de tales factores en el *modus operandi* judicial, ¿por qué no se piensa también en la crisis de legitimidad, en la generalizada actitud ilegalista que se apodera de la juventud de nuestros barrios, la contracultura mafiosa, que minan el orden social y que ningún superjuez puede combatir por más sentencias por día que produzca? Si la opción violenta se ha ganado el corazón de los jóvenes es lógico que se admire al héroe guerrillero, o al capo mafioso, y se desprecie al político caduco y moralmente corrupto. ¿Qué puede hacer el respetable cuerpo jurisdiccional para evitar la multiplicación de la insurgencia o el reclutamiento masivo en las filas de los "carteles"? Esta ausencia de un "ethos" civil será considerada más adelante.

4. *El juez y el orden social: la sociedad civil*

El juez de hoy es un agente del Estado, un miembro de la maquinaria burocrática del Estado. Mas este hecho, relativamente reciente en la sociedad humana, ha sido posible gracias a que en el decurso histórico que siguió al desmoronamiento del sistema feudal y formación del capitalismo, el poder del monarca europeo salió victorioso en la disputa de poderes de las ciudades medioevales; a todos los cuales les "expropió" las prerrogativas territoriales, de acuñación de moneda, de mantenimiento de una fuerza armada, de promulgación del derecho obligatorio y de poseer una organización

de tribunales de justicia ⁽¹⁾. Pero el juez ya existía en la comunidad desde aquellas épocas remotas cuando la humanidad dio el salto de la horda primitiva —grupo espontáneo de salvajes formado para fines inmediatos de supervivencia, carente de toda regla de conducta ni siquiera la prohibición del homicidio o del incesto— a la organización social estable y ordenada basada en un conjunto de reglas fijas de convivencia e interrelación (gens o tribu). Entonces se registra la aparición de una autoridad social encarnada en el Jefe, el Sacerdote, el Consejo de Ancianos o el Consejo de Tribu a quienes el grupo reconoce la prerrogativa de juzgar las responsabilidades de sus miembros y de decretar sanciones conforme a pautas de conducta difusas, consuetudinarias, no codificadas pero estrechamente ligadas a los tabúes y las creencias mágicas de la comunidad ⁽²⁾.

De lo anterior se puede inferir la siguiente tesis:

El funcionario judicial, antes y más que órgano del aparato estatal, es un *órgano de la comunidad de la sociedad*; es un *agente del control social para la realización del orden social*; es un mecanismo si ne qua non de cualquier forma de convivencia ordenada de los hombres. Esa es su esencia.

Quisiéramos desarrollar esta aserción en las premisas que la sustentan.

— Precedencia histórica del juez respecto al legislador

El juez, como fenómeno e institución social, es anterior a la aparición del legislador; anterior, inclusive, a la aparición de la organización política. La autoridad judicial es el primer germen de autoridad pública. Su aparición se produce cuando dentro del grupo humano brota espontáneamente una regla social de conducta como esquema moldeador, ordenador de las relaciones intersubjetivas; como sustituto del empleo de la violencia en la solución de los conflictos de intereses y en el reparto de valores (frutas recolectadas, jabalíes cazados, mujeres, etc.) ⁽³⁾.

1) García Pelayo, Manuel: *La Idea de la Política y otros Escritos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, página 133.

2) Sánchez Viamonte, Carlos: *Historia de las Instituciones Políticas*. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica, Argentina, 1958, página 677.

3) Dice Alf Ross (obra citada, página 89): "Es evidente que el poder judicial precede siempre al del legislador". Las representaciones jurí-

... El juez tiene, por tanto, el carácter de *órgano del derecho de la comunidad*. Y sólo por razones del proceso o del azar histórico ha devenido en burócrata, reclutado y subvencionado por el Estado, parte integrante de una maquinaria centralizada de poder coercitivo, y supeditado al mandato de un parlamento. Allí donde hay sociedad hay derecho; y donde haya derecho habrá un juez.

— El orden social y el control social

La existencia humana y la consecución de los fines del hombre no son posibles por fuera de la sociedad. Pero decir sociedad es decir un orden social, cualquiera sea el concepto que de orden social se tenga, justo o injusto.

Y el análisis debe tener como punto de partida la inevitable presencia del conflicto de intereses no siempre concordantes: "El conflicto está en la base de todo orden social" (1).

Se trata, entonces, no de suprimir el conflicto, sino de administrarlo; de trasladar el choque interindividual a un espacio jurídico. La existencia del orden social no significa la desaparición del desorden y la violencia intersubjetiva sino de su relativo control, de su reducción a proporciones tolerables para la permanencia y desarrollo sociales. Ello se logra mediante un conjunto de órdenes normativos —moral, religión, derecho, usos sociales— que conforman el *control social* (2). Este tiene sus mecanismos reguladores formales e informales, y uno de tales mecanismos es la autoridad arbitradora de conflictos, verificadora de responsabilidades; es decir, una judicatura, institucional o no institucional, pagada por el Estado o por particulares, que falla en derecho positivo o en equidad, etc. El control social ha existido, puede existir —y de hecho existe— sin legislador y, aún, a pesar del legislador, pero, eso sí, jamás sin jueces o tribunales.

dicas originarias de la comunidad son las ideas sobre lo debido e indebido, elaboradas con base en las orientaciones trazadas por los actos de la autoridad judicial. Reglas consuetudinarias y jurisprudenciales conforman los primeros órdenes jurídicos, son la primigenia expresión del derecho.

- 1) Ver Losada, Alfredo: *Sociología del Derecho*. Ed. Abaco Depalma, Buenos Aires, 1975, página 34.
- 2) El control social es lo que permite el equilibrio evolutivo de la sociedad. MCIVER, Robert y PAGE, Charles: *Sociología*. Tecnos, Madrid, 1969, página 143.

El juez, antes que funcionario del Estado, es un agente del orden social; de la sociedad.

Pero no puede olvidarse que el derecho como técnica de control social está íntimamente vinculado en su operancia práctica y en su eficacia estimuladora y desestimuladora de conductas a los demás órdenes normativos, a los sistemas de valores, a las creencias y standard profesados por el grupo social. Por eso el orden jurídico no opera de la misma manera en el idílico municipio de las montañas y en el convulsionado Apartadó, o en La Guajira. Y por eso mismo, la ley no puede ser para el juez una fórmula lingüística dotada de una autoridad abstracta, ya terminada y lista para ser aplicada.

Por eso, la función judicial no puede agotarse en la cómoda aplicación de la canónica legal al caso concreto, pues *la autoridad que la comunidad le ha entregado* no es para hacer aplicación simplemente *formal* de la voluntad del legislador sino para ser factor de la creación cotidiana del *orden social* como verdadero *cerrojo o ama de llaves* del edificio social. El magistrado y el juez deben saber que han sido elevados a esa categoría para servir de administradores del conflicto, para crearle un espacio jurídico al conflicto, para canalizarlo por vías menos violentas.

De allí que cada vez que la sentencia o el auto se retarden un día más; cada vez que la providencia en vez de solucionar, dar certidumbre y disminuir el caos, más bien cree o amplíe el conflicto; cada vez que no se falle de fondo por consideraciones formalistas inocuas; cada vez que la función judicial limite la actividad de un empleado subalterno, burocratizado y sin autoridad ni dignidad; cada vez que todo esto suceda se estará fomentando el conflicto y el desorden en las relaciones sociales, pues se estará empujando a los hombres a recurrir a la violencia privada, se estará atizando la guerra social de grupos y clases.

Si algo puede hacer el juez nuestro es generar sociedad civil, legitimidad para amortiguar un poco el impacto violento en la cotidianidad de las relaciones sociales; tal vez en espera de que la ola caótica descienda, y siempre consciente de que él por sí solo no construye sociedad civil, pues ésta no es un producto exclusivamente jurídico. Hay una ética de la violencia metida en el alma colectiva de cada vez más amplios núcleos de población, que se traduce en la actividad ilegalista generalizada de héroes y estereotipos delincuenciales sustitutos de la autoridad pública. Carecemos

de una ética civil que reemplace a la intimidación que hasta hace algún tiempo nos producía la imagen del fuego eterno o el juicio final.

La poca fe en la justicia se observa en la tendencia a la justicia privada, ya sea legal como el caso del arbitramento o bajo la repugnante figura del sicario.

Pero una aclaración se precisa al respecto: *Crear un espacio para administrar el conflicto por vía judicial es posible siempre y cuando el conflicto se mantenga a un cierto nivel micro-social*, cuando se da a nivel de individuos o grupos no muy poderosos. Si el enfrentamiento trasciende ese plano y la lucha es entre élites altamente influyentes o grupos poderosos, el pobre magistrado o juez tienen la autoridad que tendrían en medio de un campo de batalla. ¿Qué gran capacidad de ordenar la convivencia detendrá la honorable judicatura del Beirut de nuestros días? ¿Será, acaso, que algo por el estilo pudo haber sucedido con el papel de la Corte Suprema frente al Tratado de Extradición con los EE.UU.? Un juez no es, no puede ser, un arma para blandir en el conflicto sino un instrumento reductor y civilizador del mismo.

La autoridad del juez presupone sociedad civil. Nada tiene que hacer en un campo de batalla.

5. *Consideraciones finales*

De lo dicho se derivan algunas reflexiones:

— Crear un derecho para la dirección de la sociedad es tarea mancomunada del legislador y del juez.

— Pero el juez reducido a una condición subalterna no es más que un archivador de expedientes, o un ordenador de indemnizaciones para la generación venidera. Es imprescindible devolver la autoridad social al juez, reivindicarlo éticamente en la conciencia colectiva civil, rescatarle el reconocimiento social a su persona, restituirle su aureola de solemnidad (aunque sin toga ni martillo) para que se vea en él la encarnación de la "majestad de la República". Sin un contexto de grandeza el juez no cumple su papel social, como quiera que su función está ligada a la legitimidad. Para lograrlo es preciso un proceso social cuyos frutos se cosechan

a mediano y largo plazo. Sin recorrerlo no hay esperanza de tener una cultura de la paz, una ética ciudadana. ¿Por qué no pensar en que las ingentes sumas que los empresarios de nuestro país pagan a los árbitros privados se canalicen hacia la rama jurisdiccional?

— No es útil predicar el mito de la supereficacia judicial cuando la filosofía del ilegalismo, contracultura del "mágico", se extiende hasta nuestra clase media y sectores populares; cuando el coeficiente de ilegalidad ha subido a niveles que tornan ineficaz buena parte del ordenamiento jurídico, cuando lo que hay es una sociedad atravesada por una verdadera guerra entre múltiples bandos (traficantes de drogas, de armas, contrabandistas, asociaciones de matones, guerrillas de todas las banderas, grupos paramilitares de diferentes procedencias, etc.), cada cual dispuesto a imponerse sobre los otros. ¿Cuántos jueces de instrucción son necesarios para practicar los levantamientos después de una terrible guerra civil?

— Lo que sí podría hacer el juez es tratar de conservar los espacios de orden civil, los espacios de legitimidad y los retazos de autoridad que aún sobreviven. Tratar de ensancharlos a sabiendas de sus limitaciones; y sentirse más un reformador social que un computador de quinta generación.

¿ES RELEVANTE LA ACTUACION DEL MINISTERIO PUBLICO? *

Orión Alvarez A. **

1. Objeto. 2. Universo y metodología. 3. Referencias sobre el Ministerio Público. 4. Observación de los procesos y encuestas. 5. Análisis. 6. Interpretación gráfica. 7. Conclusiones.

1. *Objeto*

El objeto de esta investigación fue el de averiguar si la actuación del Ministerio Público, en los procesos civiles en que por ley debe intervenir, tiene relevancia en las decisiones finales de los jueces.

2. *Universo y metodología*

El universo investigado se concretó a todos los procesos civiles terminados en 1986, en los 14 juzgados civiles de circuito existentes en esa época en la ciudad de Medellín. Dichos procesos fueron 89.

Actuaron en los mencionados procesos 68 abogados contra-

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

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

tados por los interesados. Se consideró conveniente consultar las opiniones de este grupo en relación con el objeto de la investigación, pero no entrevistándolos a todos, sino a un número representativo, que se determinó mediante un procedimiento matemático que se aplica a poblaciones finitas, como la de este caso. La muestra que se obtuvo fue de 14 abogados, y la selección se hizo al azar.

También se estimó útil, entrevistar a los profesores de las cuatro facultades de derecho existentes en Medellín, que sirven las cátedras de procedimiento civil general. Todos, cuyo número era de diez, se entrevistaron.

Para observar los procesos y consultar las opiniones de los abogados y los profesores, se diseñaron sendos formularios, que fueron probados, corregidos y perfeccionados, antes de aplicarlos.

La observación objetiva de los procesos y los juicios de valor expresados por las personas entrevistadas, constituyeron las fuentes de información que nos permitieron despejar el interrogante que motivó esta investigación.

Antes de presentar los hechos y opiniones sobre el objeto investigado, los análisis y las conclusiones a que llegamos, conviene hacer unas breves referencias al Ministerio Público, desde varios ángulos.

3. *Referencias sobre el Ministerio Público*

a) *El Ministerio Público y la ley*

El Ministerio Público fue creado por primera vez en la Constitución de 1830, cuyo artículo 100 dispuso: "El Ministerio Público será ejercido por un agente del poder ejecutivo, con el título de procurador general de la nación, para defender ante los tribunales y juzgados la observancia de las leyes y promover ante cualesquiera autoridades, así civiles, militares o eclesiásticas, los intereses nacionales y cuanto concierna al orden público".

El Ministerio Público ⁽¹⁾ desapareció de las constituciones de 1832 y 1834, para ser restablecido nuevamente en la Carta de 1853.

1) Fernández Botero, Eduardo: *Las constituciones colombianas comparadas*. Tomo II. Editorial Universidad de Medellín, 1964.

La constitución de 1886 conserva la institución dándole la organización y asignándole funciones y atribuciones, que son en esencia, las mismas de que actualmente goza.

El artículo 143 de la Constitución vigente, le asigna al Ministerio Público las siguientes funciones:

- Defender los intereses de la nación
- Promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas
- Supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos
- Perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social
- Velar por los intereses de la sociedad.

En los asuntos civiles sus funciones se pueden agrupar en dos clases: las de vigilancia de los juzgados en orden a que se cumplan los procedimientos y los términos, y el dinero se maneje correctamente; y la intervención en determinados procesos, en defensa de la ley y de los intereses de los incapaces.

De las clases anteriores, la última es la que particularmente interesa en este trabajo, y es el código de procedimiento civil el que señala la mayoría de los asuntos en que debe intervenir el Ministerio Público. Según este estatuto esos asuntos son:

- Nulidad y divorcio del matrimonio civil; y separación de cuerpos en matrimonios civiles y católicos. (arts. 410 y 423)
- Privación de la patria potestad, renovación del guardador e interdicción por disipación, demencia y sordomudez. (art. 651)
- En los procesos de jurisdicción voluntaria, promovidos por los representantes de los incapaces. (art. 651)
- En el trámite de declaración de yacencia, cuando ya se han rematado los bienes y cuando ha cesado la administración del curador. (art. 582)
- En la homologación de sentencias extranjeras. (art. 695).

También otras normas disponen la intervención del Ministerio Público. Entre ellas citamos las siguientes:

- La ley 58 de 1968, en los procesos en que es parte el INCORA, relativos a los conflictos entre propietarios y aparceros; y
- El decreto 508 de 1974, en los procesos de declaración de perte-

nencia de predios rurales, si lo estima conveniente la Procuraduría.

b) *El Ministerio Público y el Gobierno*

El Ministerio Público ni legisla, ni administra justicia. Está bajo la suprema dirección del Gobierno (art. 142 C.N.), luego pertenece a la rama ejecutiva.

Sobre este particular son muy ilustrativas las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia contenidas en las sentencias del 12 de agosto y el 16 de septiembre de 1971, que a continuación se transcriben en lo pertinente.

De conformidad ⁽¹⁾ con el artículo 142 de la Carta, "El Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por un procurador general de la nación, por los fiscales de los tribunales superiores de distrito y por los demás fiscales que designe la ley". Esta suprema dirección implica una rectoría política o de orientación, en cuanto atribuye al gobierno el señalamiento de directrices generales sobre el funcionamiento del Ministerio Público, pero no una dirección funcional en cuanto lo erija en cabeza administrativa del mismo. Estos dos conceptos aparecen claros del contexto del artículo 142 que, luego de fijar el derecho de orientación del gobierno, indica concretamente a través de qué funcionarios debe cumplirse la función específica comenzando por el procurador general. Y guarda concordancia con el ordinal 4, del artículo 145, que al señalar las atribuciones del procurador precisa indubitablemente la de "Nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia".

El Ministerio Público ⁽²⁾ es ejercido en la república por el procurador general de la nación, bajo la suprema dirección del Gobierno, según mandato expreso de la constitución política, pero esta suprema dirección del gobierno es meramente política o de orientación ya que las facultades jerárquicas, funcional y disciplinaria

1) Corte Suprema de Justicia: Fallo de 12 de agosto de 1971. Magistrado ponente Dr. Guillermo González Charry. G.J. Tomo CXXXVIII, números 2340, 241, 2342, página 345.

2) Corte Suprema de Justicia: Fallo de septiembre 14 de 1971. Magistrado ponente Dr. Luis Sarmiento B. G.J. Tomo CXXXVIII, números 2340, 231, 2342, página 345.

competen de modo exclusivo como atribución especial, al procurador general en los términos del artículo 145-3 de la Carta que le asigna la obligación de cuidar de que todos los funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su cargo y promover que se les exija la responsabilidad por las faltas que cometan, obligación complementada con la facultad también constitucional de nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia.

c) *El Ministerio Público en la doctrina*

Se transcriben las opiniones de dos tratadistas, acerca de la naturaleza y misión que tiene el Ministerio Público en los procesos. Estos enfoques mirados el uno como complementario del otro, nos dan una visión bastante clara de la institución que nos ocupa.

Desde el punto de vista ⁽¹⁾ de lo que hace, el Ministerio Público se aproxima a la parte y se contrapone al juez, se acerca, por el contrario, al juez y se contrapone a la parte, bajo el aspecto *del por qué actúa* puesto que, al igual que el juez, el Ministerio Público no tiene en el proceso un derecho que ejercitar, sino un deber que cumplir. ...La función del Ministerio Público se puede, por tanto, condensar en una fórmula que se presta al equívoco, pero que, a pesar de ello, sirve para gravar las dificultades del oficio: el Ministerio Público es una parte imparcial.

El Ministerio Público ⁽²⁾ es un órgano del proceso que constituye una especie de intermediario entre la autoridad judicial y el poder ejecutivo, que coopera de varias maneras en la administración de justicia, y personifica el interés público en el ejercicio de la jurisdicción, según el criterio de Chiovenda. En materia civil fuera de los asuntos en que representa a las personas de derecho público, el Ministerio interviene en los procesos civiles entre particulares, en que además del interés privado de éstos, se haya comprometido el de la sociedad, así como en aquellos en que debe comparecer como defensor de los incapaces. (art. 43 C.P.C.).

1) Carnelutti, Francisco: *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, página 52. Editorial UTHEA Argentina, Buenos Aires, 1944.

2) Morales Molina, Hernando: *Curso de derecho procesal civil*. Parte general, 6ª edición. ABC, Bogotá, páginas 77, 78 y 269.

Según las anteriores referencias sobre el Ministerio Público, podemos concluir, que es una institución de origen constitucional, que pertenece a la rama ejecutiva, le sirve de apoyo a la rama jurisdiccional, y su jefe, que es el procurador general de la nación, lo elige el Congreso de terna enviada por el Presidente de la República. Las funciones primordiales de esta institución, son las de velar por los intereses de la sociedad y de los incapaces.

En seguida se presentan las observaciones sobre la actuación del Ministerio Público y las opiniones de abogados y profesores sobre su comportamiento.

4. *Observación de los procesos y encuestas*

El cuadro siguiente, muestra en términos porcentuales, el comportamiento del Ministerio Público en los principales episodios de los 89 procesos que terminaron en 1986, en los 14 juzgados civiles de circuito con que contaba Medellín, que aún son los mismos.

PREGUNTAS	ACTUACION	
	SI %	NO %
1. ¿Formuló demanda en los procesos de interdicción y remoción del guardador de una persona mayor?	—	100
2. ¿Pidió medidas cautelares?	—	100
3. ¿Se pronunció al darle traslado de la demanda?	79	21
4. ¿Pidió pruebas?	34	66
5. ¿Interpuso recurso cuando se le negó alguna prueba?	—	100
6. Estuvo presente en las audiencias de pruebas?	18	82
7. ¿Controvirtió alguna prueba?	—	100
8. ¿Alegó de conclusión?	—	100
9. ¿Tuvo en cuenta el juez la actuación del Ministerio Público?	2	98

PREGUNTAS	ACTUACION	
	SI %	NO %
10. ¿Pidió pruebas en la segunda instancia?	2	98
11. Se pronunció en la segunda instancia para que la sentencia:		
Se confirme	6	
Se modifique	1	
No se pronunció		93
12. ¿Se decidió el recurso en el sentido propuesto?	7	93

Si se comparan los resultados del cuadro anterior, con las misiones que al Ministerio Público le asignan Francisco Carnelutti: "al igual que el juez, no tiene un derecho que ejercitar, sino un deber que cumplir"; y Hernando Morales: "es un órgano del proceso que coopera de varias maneras en la administración de justicia", podemos concluir que ese deber no fue cumplido, ni esa cooperación prestada.

Más adelante se hará un análisis de estos resultados y de los que muestra el cuadro siguiente, referente a las encuestas contestadas por 14 abogados escogidos al azar de los 68 que actuaron contratados por los interesados en los 89 procesos observados en este trabajo; y por los 10 profesores que en las cuatro facultades de derecho de la ciudad de Medellín, sirven las cátedras de procedimiento civil general.

PREGUNTAS	RESPUESTAS			
	Abogados		Profesores	
	SI %	NO %	SI %	NO %
1. ¿El Ministerio Público impetra las medidas necesarias en protección de la legalidad y en defensa de la sociedad?	64	36	20	80
2. ¿Considera necesario que el Ministerio Público se pronuncie acerca de la demanda en los procesos en que por ley le corresponde?	79	21	100	0

PREGUNTAS	RESPUESTAS			
	Abogados		Profesores	
	SI %	NO %	SI %	NO %
3. ¿Estima necesaria la intervención del Ministerio Público en los procesos determinados por la ley?	86	14	90	10
4. ¿Sería útil la intervención del Ministerio Público en otros procesos distintos a los indicados en la ley?	38	62	40	60
5. ¿Sería innecesaria la intervención del Ministerio Público en algunos de los procesos en que lo hace actualmente?	15	85	50	50
6. ¿Es diligente el Ministerio Público en los procesos en que interviene?	50	50	20	80
7. ¿Se violaría el derecho de defensa si se prescindiera del Ministerio Público?	57	43	60	40
8. ¿Es conveniente que el juez en la sentencia se refiera a la actuación del Ministerio Público?	71	29	20	80

5. *Análisis*

Para mayor claridad se divide esta parte en acápites, en los que se agrupan las observaciones y las respuestas homogéneamente, hasta donde es posible.

a) *Actuación general*

Al recibir el traslado de la demanda, el Ministerio Público guardó silencio en un 21% y emitió conceptos, que en general nada significativo agregaron al proceso, en un 79%.

Su actuación posterior fue disminuyendo a medida que avanzaba el proceso. En los casos en que hizo uso del traslado de la demanda, se observó el siguiente comportamiento:

No realizó ninguna actuación posterior, en un 35,9%.

Pidió pruebas y asistió a las audiencias en que se practicaron, en un 16,8%.

Solicitó pruebas, pero no intervino después, en un 13,5%.

No pidió pruebas pero asistió a las audiencias en que se practicaron, en un 2,2%.

Sólo intervino para objetar una prueba en un 1,1%.

Unicamente pidió que se confirmara la sentencia, en un 1,1%.

b) Protección de la legalidad y defensa de la sociedad

De la observación de los procesos se concluye sin dificultad, que la actuación del Ministerio Público tiene apenas el sentido de llenar una formalidad. Debe decirse de este organismo fiscalizador que no impetra en las causas civiles, las medidas necesarias en protección de la legalidad y en defensa de la sociedad. Basta considerar, que al pronunciarse después de recibir traslado de la demanda, se limitó a decir que no tenía objeciones a las peticiones presentadas, sin hacer ningún análisis de los hechos, ni de las pruebas.

Después de la actuación anotada, en el 37% de los casos, no realizó ninguna otra intervención. De esta realidad están más cerca los profesores que los abogados, pues mientras aquéllos en un 80% estimaron que el Ministerio Público no impetra las medidas necesarias en interés de la legalidad y en defensa de la sociedad, éstos opinaron que sólo deja de hacerlo en un 36%.

c) Medidas cautelares

El Ministerio Público puede solicitar medidas cautelares en los procesos de interdicción del demente o sordomudo (interdicción provisoria), remoción del guardador (nombramiento del guardador interino), declaración de ausencia (nombramiento de curador ad-litem), divorcio (medidas respecto de menores), y declaración de muerte por desaparecimiento (nombramiento de curador ad-litem). En ninguno de los procesos anteriores, observados en esta investigación, el Ministerio Público pidió medidas cautelares, a pesar de

la importancia que tienen para precaver o corregir situaciones anormales dentro del juicio.

d) *Las pruebas*

Fue mayor el porcentaje en que los fiscales de circuito no pidieron pruebas (66%), que aquel en que lo hicieron (34%); y cuando se les negó alguna, guardaron silencio, lo que permite pensar que no tenían trascendencia las pruebas solicitadas o que no se interesaron en sus propias actuaciones. Es más plausible el último supuesto, porque al momento de practicarlas, considerados todos los procesos, el Ministerio Público sólo se hizo presente en un 18%, y además no controvertió ninguna prueba.

De las pruebas solicitadas (34%), el 60% fue testimonial, el 17% interrogatorio de parte, el 16% peritazgos, y el 7% documental. Debe aclararse que en estas peticiones el Ministerio Público no cumplió con los requisitos de los artículos 219 y 283 del código de procedimiento civil en cuanto a los testimonios y la exhibición, en su orden.

En la segunda instancia la solicitud de pruebas se redujo al 2,2%, lo que está dentro de lo normal, pues son excepcionales al tenor de lo dispuesto en el artículo 361 del código citado, en esta instancia.

e) *Opiniones sobre la diligencia del Ministerio Público*

Todo lo anterior muestra que el Ministerio Público es negligente en el cumplimiento de sus deberes procesales, y de esta realidad también están más cerca los profesores que los abogados. Los primeros consideran en un 80% que es negligente, mientras que los segundos se dividen en un 50% que lo estiman diligente y un 50% que opina lo contrario.

Se indagó por las razones que tuvieron los encuestados para dar las anteriores opiniones y en términos porcentuales se muestran en el siguiente cuadro.

RAZONES	Abogados	Profesores
Razones de los que contestaron afirmativamente	50%	20%
• Según la experiencia del respondiente, ha sido diligente	36%	100%
• Su intervención es confiable y respetable	7%	—
• Interviene en favor de la justicia	7%	—
Razones de los que contestaron negativamente	50%	80%
• No participa activamente, se limita a meras formalidades	36%	50%
• No hay quien vigile su conducta	7%	10%
• Tienen exceso de trabajo	7%	—
• No son capacitados en procesos civiles	—	20%

Hay bastante diferencia entre los resultados de la observación directa y metódica de la realidad y el parecer de los abogados (50%) y el de los profesores (20%), para quienes, según su experiencia, el Ministerio Público es diligente. Esa discrepancia se explica porque los datos que suministra el pensamiento común, derivado de la práctica utilitaria de cada día, no pueden ser los mismos que los obtenidos por métodos científicos.

f) Necesidad de pronunciarse acerca de la demanda

En el 79% de los procesos analizados, el Ministerio Público se pronunció acerca de la demanda, mientras que su actuación en otros episodios fue apreciablemente menor. No siendo obligatoria la actuación comentada, el que se haga en tan alto porcentaje demuestra un especial interés del organismo fiscalizador, que coincide con la opinión del 100% de los profesores y el 79% de los abogados, que lo consideran necesario.

g) *Presentación de la demanda*

Puede el Ministerio Público presentar demanda en los casos de interdicción y en los de remoción del guardador de una persona mayor, en ejercicio de su función de protección a los incapaces. "Ante la especial naturaleza de determinadas relaciones la ley lo faculta taxativamente para poner en movimiento la jurisdicción, en concurrencia con otros legitimados para actuar, y para impulsar el proceso en sus diferentes etapas, con el fin principal de que se cumplan estrictamente las normas positivas y como consecuencia se protejan debidamente los intereses de los incapaces, pues como es obvio, con el imperio de la legalidad se hacen efectivos los derechos subjetivos" (1).

No obstante la importancia de esta facultad, su ejercicio supone que los fiscales estén enterados de los casos. Si esto sucede es porque alguien los puso en conocimiento de dicha situación, o porque de un modo ocasional se dieron cuenta de ella, ya que ellos no tienen los medios para hacer tales averiguaciones, ni es su deber hacerlas.

Haya sucedido o no que los representantes del Ministerio Público estuvieran informados de situaciones en que se requería de un juicio de interdicción o de remoción del guardador, lo cierto es que entre los procesos observados, de los cuales quince eran de interdicción y uno de remoción del guardador, el Ministerio Público no presentó demanda en ninguno. Este organismo no actúa por propia iniciativa, sino a instancia de los traslados que ordena el juez y lo hace con singular desgano.

h) *La actuación del Ministerio Público y la sentencia*

Dispone el artículo 304 del código de procedimiento civil, que la sentencia debe contener un resumen de las cuestiones planteadas. Si únicamente en el 2,2% de las sentencias los jueces aludieron a la actuación del Ministerio Público, se puede concluir que carecía de importancia, o que los jueces no cumplieron con la norma citada.

El 64% de los abogados y el 60% de los profesores estimaron que la intervención del Ministerio Público, sólo en un escaso nú-

1) Cardona G., Pedro Pablo: *Nociones generales de derecho procesal civil*. Parte general. Copia mimeografiada. Medellín, 1978, página 65.

mero de procesos determina el cómo de la sentencia, y agregaron que está desprovista totalmente de influencia en un 21% y 20% respectivamente. Estas opiniones y el comportamiento de los fiscales observado en los procesos, nos inclina a pensar que la omisión de los jueces es debida a la irrelevancia de la actuación de aquéllos. Sin embargo, la afirmación de que los jueces cumplen con el artículo mencionado, haciendo un resumen de las cuestiones planteadas, no se puede hacer sino después de las averiguaciones pertinentes.

i) *Conveniencia de la actuación del Ministerio Público*

El 84,6% de los abogados y el 90% de los profesores consideraron conveniente la intervención del Ministerio Público en los procesos en que por ley le corresponde, pero no agregaron razones distintas a las expresadas en la ley y en la doctrina.

Fundamentaron sus opiniones así:

RAZONES DE LA CONVENIENCIA	Abogados	Profesores
• Defensa de la legalidad	45,5%	22,2%
• Defensa de los incapaces	9,1%	22,2%
• Defensa de los incapaces e intereses del Estado	—	22,2%
• Defensa de los incapaces y de la legalidad	9,1%	11,1%
• Defensa de la legalidad y el Estado	—	11,2%
• Responsabilidad dentro del ámbito señalado	18,1%	11,1%
• Ayuda al juez en la toma de decisiones	9,1%	—
• No contestaron	9,1%	—
	<u>100%</u>	<u>100%</u>

De nuevo encontramos que las opiniones de los respondientes están muy alejadas de la realidad, ya que no se puede considerar conveniente una actuación ineficaz.

Consultados acerca de si debería extenderse la actuación del Ministerio Público a procesos distintos a los señalados en la ley,

fueron de opinión adversa los abogados en un 61,5% y los profesores en un 60%. Esta respuesta se compagina con los resultados de la observación, si suponemos con fundamento que su comportamiento sería similar en los nuevos procesos.

j) *Necesidad de la actuación del Ministerio Público*

El 85,7% de los abogados y el 90% de los profesores estimaron necesaria la intervención del Ministerio Público en los procesos actualmente señalados por la ley. Sus argumentos para sustentar esta opinión son los mismos que les sirvieron para fundar la relativa a la conveniencia, y el peso relativo de ellos no ofrece variaciones significativas, por lo que se omite la transcripción de porcentajes.

Preguntados acerca de si era innecesaria la actuación del Ministerio Público en algunos de los procesos señalados por la ley, contestaron afirmativamente el 15,4% de los abogados y el 50% de los profesores. La mitad de los primeros no indicó ningún proceso en particular; y la otra mitad mencionó los relacionados con actos de sociedades civiles y comerciales (art. 649, numeral 11 CPC). Los segundos se refirieron a los procesos en que no hay incapaces (20%); y a los de separación de cuerpos, divorcio e interdicción del demente, siempre que no haya menores (20%). El 60% no aludió a ningún tipo de proceso.

Consideraron necesaria la intervención del Ministerio Público en algunos procesos, el 84,6% de los abogados y el 50% de los profesores. De los primeros, el 9% se refirió a la venta de bienes de menores y el 91% no quiso señalar ningún tipo de proceso. De los segundos, el 40% también se abstuvo de contestar; el 20% aludió a los procesos de jurisdicción voluntaria, igual porcentaje a los mismos procesos donde haya intereses de menores; y el restante 20% señaló aquéllos en que se debaten conflictos colectivos.

Considerar necesaria la intervención del Ministerio Público en algunos procesos e innecesaria en otros, y abstenerse de indicar los unos y los otros, es una conducta que dejamos a juicio del lector.

k) *El derecho de defensa y el Ministerio Público*

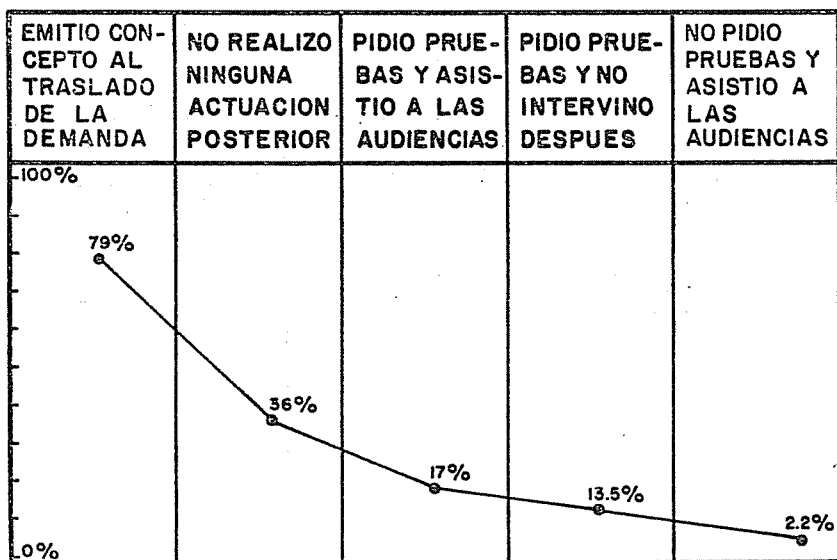
Se le preguntó a los encuestados, si se violaría el derecho de defensa al prescindir de la intervención del Ministerio Público en

los procesos tantas veces mencionados, y respondieron afirmativamente el 57,1% de los abogados y el 60% de los profesores. No participamos de esta opinión, porque los representantes de las partes o de los interesados pueden usar todos los medios defensivos que la ley les brinda para protegerlos. Acoger dicha opinión es poner en duda la validez de muchos procesos y otorgar al Ministerio Público una importancia reñida con los resultados de la investigación.

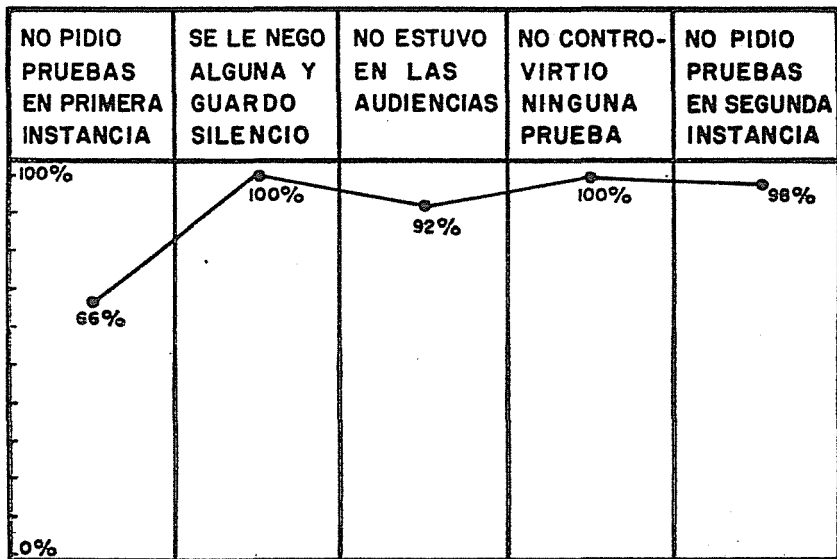
6. Interpretación gráfica

A manera de resumen visual se presenta una interpretación gráfica de los principales actos procesales en que interviene el Ministerio Público.

I. ACTUACION GENERAL

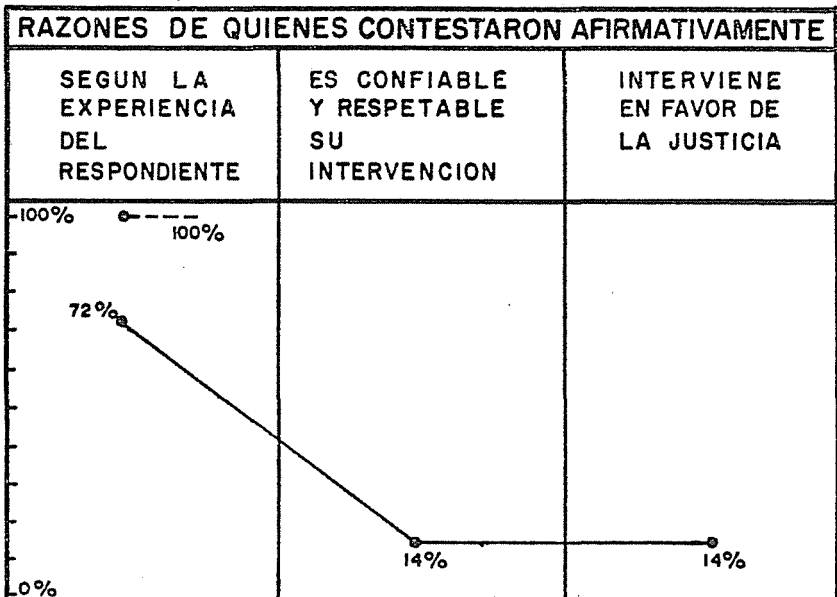


II. PRUEBAS



III. DILIGENCIA

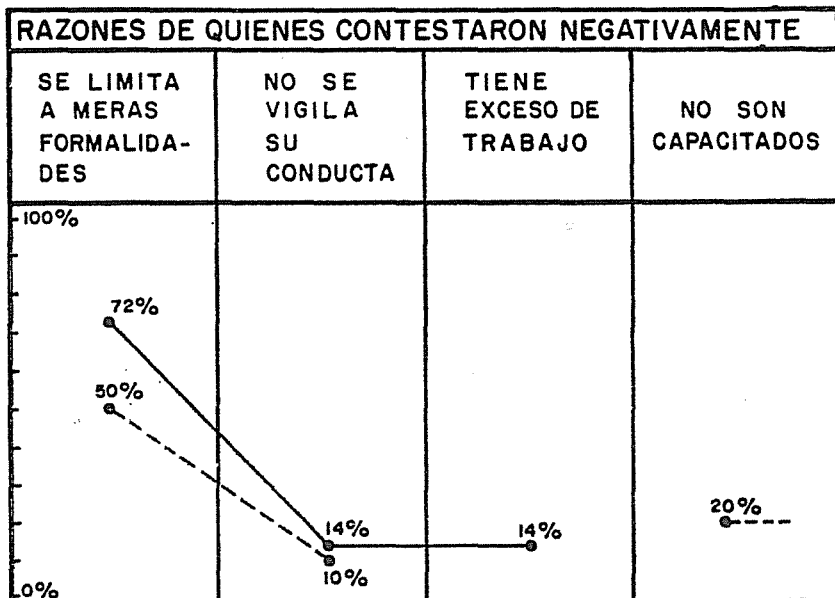
(1)



ABOGADOS _____ PROFESORES - - - - -

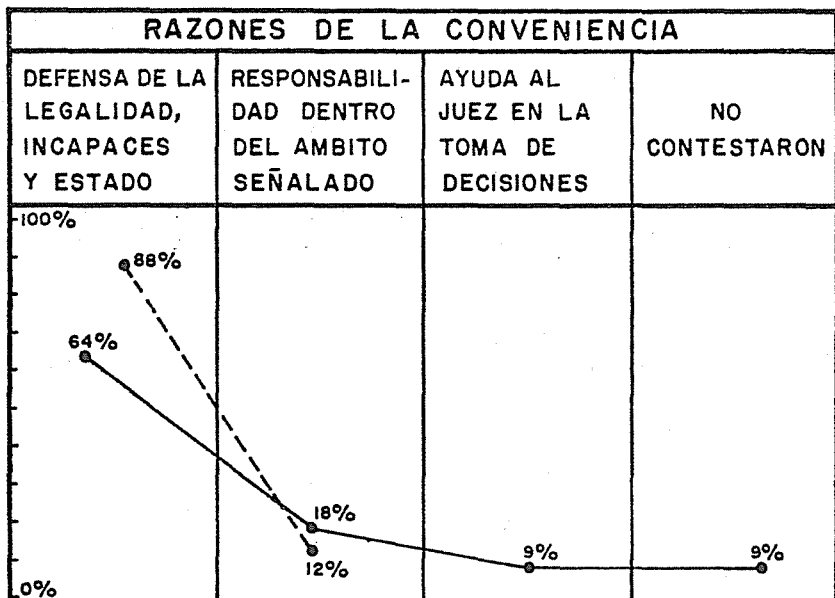
III. DILIGENCIA

(2)



ABOGADOS _____ PROFESORES -----

IV. CONVENIENCIA



ABOGADOS _____ PROFESORES -----

7. Conclusiones

El Ministerio Público interviene en muy pocos episodios procesales, cuando debiera hacerlo en casi todos, y no introduce elementos de convicción distintos a los presentados por las partes. Sin embargo, regularmente deja constancia de que así queda cumplida su actuación como agente fiscal. Su intervención no influye en la decisión del juez y es por tanto irrelevante en cuanto a los fines del proceso.

No es diligente en el cumplimiento de sus funciones. Su actuación responde a estímulos o requerimientos del juez y no a su propia iniciativa. Si el Ministerio Público no actuara los procesos serían resueltos más pronto y de igual manera.

Los abogados que ejercen y los que enseñan, en un alto porcentaje opinaron que es necesaria la intervención del Ministerio Público en los procesos que la ley ha señalado, pero la investigación mostró que ambos están alejados de la realidad, aunque más los abogados que los profesores.

Información complementaria

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

El autor del artículo, en su calidad de docente investigador del Centro mencionado, fue el director del trabajo de investigación, en el que participaron como alumnos investigadores: Carmen Elena Castaño B., Lucía García, Lucía Gómez B., Claudia González G., Jesús Alberto Galeano M., José Luis Guerra B., Luis Guillermo Martínez V., Santiago Ospina, Carlos Mario Pérez C., Fanny Amparo Restrepo V., Olga Rodríguez, Estela Suárez T. y Luis Miguel Uribe O.

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

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

EL PERJUDICADO ANTE EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

Gilberto Martínez Rave *

1. *Obligación impuesta al juez para condenar en concreto.*
2. *Mecanismos para evaluar el monto de la indemnización.*
3. *El perjudicado puede escoger la vía para su indemnización.*
4. *Estímulos al procesado para que pague la indemnización.*
5. *Prohibición al sindicado de enajenar bienes sometidos a registro.*
6. *Embargo y secuestro preventivos de los bienes del procesado.*
7. *Embargo especial de bienes sometidos a registro.*
8. *Cancelación de registros espúreos.*
9. *Comiso.*
10. *Remate de los bienes por el juez civil.*
11. *El valor de la sentencia penal en el campo civil.*
12. *Acción restitutoria del objeto material.*
13. *Restablecimiento del derecho.*
14. *Facultades procesales.*

La legislación anterior daba un tratamiento inequitativo al perjudicado con el delito. Por eso se escucharon voces de protesta, pues mientras el sindicado gozaba de todos los derechos y privilegios que la constitución y las leyes consagran, los perjudicados y víctimas aparecían con pocas oportunidades dentro del proceso penal para ser resarcidos realmente y no sólo debían sufrir las consecuencias del delito sino atender con su propio patrimonio los gastos ocasionados para su recuperación.

El decreto 50 de 1987 o nuevo código de Procedimiento Penal recogió parte de estas protestas y estableció normas que colocan

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

en mejor posición dentro del proceso penal a los perjudicados o víctimas de los delitos, para hacer valer sus derechos y ser realmente indemnizados de los perjuicios recibidos.

Podemos resumir las normas que le facilitan al perjudicado el pago de la indemnización, así:

1. *Obligación impuesta al juez para condenar en concreto*

En la legislación anterior existía la posibilidad de sentencias condenatorias penales sin que se impusiera la obligación de indemnizar, lo que ocurría con demasiada frecuencia pues no se indicaba o señalaba nada al respecto. Otras veces cuando se imponía la obligación de indemnizar se aplicaba la norma que autorizaba la condenación in-genere o en abstracto, como también se le llamaba. De acuerdo con esa posición el juez penal imponía en la sentencia la obligación de indemnizar pero no fijaba el quantum o monto. Era necesario que el perjudicado acudiera a un incidente, posterior a la sentencia, para regularlo. Debía valerse del incidente del art. 308 del C.P. Civil para concretar el quantum, en un plazo de dos meses. Si no lo hacía en ese término ya no lo podía hacer ante el juez penal sino que debía intentarlo ante el juez civil. Inclusive si existían bienes embargados y secuestrados y al cabo de dos meses no había iniciado el incidente de regulación, se levantaban las medidas cautelares. Esto originaba que fueran muy pocas las indemnizaciones que se pagaban con fundamento en las sentencias penales, en número inferior al dos por ciento de las condenas.

En la actualidad el vigente código de Procedimiento Penal, en el numeral 7º del art. 186, que se refiere a la redacción de las sentencias, y en el art. 187, expresamente le impone al juez la obligación de condenar en concreto al pago de la indemnización, es decir que en toda sentencia condenatoria penal se debe imponer la obligación de pagar una suma concreta y específica como indemnización, de los daños y perjuicios causados con el delito.

En el art. 50 del mismo estatuto se especifica que la sentencia condenatoria en la que se fijó el monto de la indemnización presta mérito ejecutivo por la vía civil y no puede cuestionarse ni la obligación de indemnizar ni el monto fijado. Este carácter de cosa juz-

gada, opera no sólo para el condenado penalmente sino también para el perjudicado que se ha constituido parte civil dentro del proceso penal.

2. *Mecanismos para evaluar el monto de la indemnización*

En el procedimiento pasado se fijaba un momento procesal único para efectuar, por medio de peritos, el avalúo de los daños y perjuicios ocasionados. Era en la etapa de la causa y después de la ejecutoria del auto de proceder. Hoy la situación es distinta, pues al imponer al juez la obligación de condenar en concreto le fija también mecanismos y procedimientos que puede utilizar para fijar su monto.

Quando se trata de *delitos contra el patrimonio económico*, como el hurto, la extorsión, la estafa, el fraude mediante cheque, el abuso de confianza, las defraudaciones, la usurpación y el daño, según el art. 364 del C.P.P., el valor de la indemnización será el que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento, a menos que alguno de los sujetos procesales objete el monto, caso en el cual el juez designará peritos para establecerlo.

Por lo tanto, es el perjudicado el que bajo la gravedad del juramento fija el monto indemnizatorio. Pero obviamente el juez no está obligado a aceptar esa cuantía sin un análisis o estudio de las circunstancias que el perjudicado tuvo para establecer ese monto. Por eso hemos sostenido que el juez debe citar al perjudicado para que, en diligencia aparte de la denuncia o querella, si fuere necesario y bajo la gravedad del juramento, informe de todos los datos que el juez requiera para conocer el fundamento del valor fijado. Debe interrogarlo sobre las características del bien u objeto, el precio de compra, el tiempo en que fue adquirido, el lugar donde lo compró, función o actividad a la cual lo destinaba, rendimiento o servicio que le prestaba, estado de conservación en que se encontraba, valor actual de un objeto similar, etc. El juez debe confrontar esta información oficiando a las personas o entidades que puedan tener conocimiento de ella. Si esta información que recibe confirma la dada por el perjudicado bien puede aceptar el monto por éste fijado, pero en caso contrario puede desestimar o no tenerlo en cuenta. Para nosotros no hay duda que se trata de *un*

juramento estimatorio, que aparece regulado por el art. 211 del C.P. Civil, que en su última parte aclara: "El juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión". El juramento estimatorio, que aparece regulado en el C.P. Civil como medio probatorio, pero que no se incluye expresamente en el art. 258 del C.P.P., que señala los medios probatorios en el proceso penal, estimamos que puede aplicarse con fundamento en el art. 12 del C.P.P. que autoriza la aplicación de normas del procedimiento civil cuando no se opongan a la naturaleza del proceso penal, como sería en este caso, ya que se convierte en un complemento o adecuación del art. 364, y no se opone a él.

Por lo tanto, si no existe objeción al monto fijado por el perjudicado, el juez puede aceptar o no la tasación. Si no la encuentra justa y equitativa puede él regular su monto, y desconocer el fijado por el perjudicado.

Cuando se trata de otra clase de delitos, es decir, distintos a los que atentan contra el patrimonio económico, el art. 50 del nuevo estatuto establece los siguientes mecanismos:

a) El juez procederá a liquidarlos directamente cuando existan en el expediente elementos de juicio suficientes, y que debe de haber recogido en atención a lo dispuesto por el numeral 6º del art. 360, cuando se refiere al objeto de la investigación. El juez oficiosamente, o a solicitud del ministerio público (numeral 1º art. 122 C.P.P.) o de la parte civil (art. 46 C.P.P.) debe ordenar la práctica de todas las pruebas encaminadas a establecer el monto de los daños y perjuicios y su correspondiente indemnización, como sería oficiar a clínicas u hospitales en relación con drogas, tratamientos y costos de toda índole, a los lugares a donde se prestó algún servicio o donde tengan información sobre la productividad de la víctima, etc.

b) Si se trata de un asunto muy complejo, complicado o difícil, debe designar perito o peritos (268 C.P.P.) para que evalúen el monto de la indemnización, en cualquier momento del trámite procesal, pero preferencialmente en la etapa de la instrucción.

c) Pero si no existen elementos probatorios en el expediente o el dictamen rendido por los peritos no es aceptado por el juez por no encontrarlo convincente, al tenor de lo dispuesto por el art. 253 del C.P.P. sobre la apreciación de la prueba, el juez puede utilizar los mecanismos establecidos por los arts. 106 y 107 del có-

digo penal, para fijar en gramos de oro el equivalente en pesos colombianos el monto de la indemnización. Si se trata de perjuicios materiales el monto podrá llegar hasta un equivalente a 4.000 gramos de oro y si de los morales hasta un equivalente de 1.000 gramos de oro, por cada perjudicado. El juez tendrá en cuenta los limitantes y los parámetros evaluativos que las mismas normas contemplan, para fijar sumas equitativas.

El juez fijará el monto de indemnización con base en uno de estos tres sistemas, pero no podrá abstenerse de fijarlo y le es prohibido hacerlo in-genere o en abstracto.

3. *El perjudicado puede escoger la vía para intentar la indemnización*

Antes de la vigencia del decreto 50 de 1987 se discutía si el perjudicado debía constituirse obligatoriamente parte civil dentro del proceso penal para ser indemnizado. Hoy, de acuerdo con el art. 37 del estatuto citado, el perjudicado puede escoger la vía judicial que quiera utilizar. Si se decide por la vía penal debe constituirse parte civil dentro del proceso penal, atendiendo a los requisitos impuestos por los arts. 37 y siguientes del C.P.P., que le dan derechos y obligaciones dentro del proceso. En este caso el perjudicado no puede desconocer el monto indemnizatorio que fije el juez penal ya que como parte civil pudo controvertir el monto fijado. Pero si decide actuar ante la jurisdicción civil puede hacerlo mediante un juicio ordinario indemnizatorio, por responsabilidad civil extracontractual. En este caso puede vincular también al tercero civilmente responsable, cosa que no puede hacer dentro del proceso penal por cuanto la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable los artículos 58 a 66 del código de procedimiento penal que autorizaban la vinculación del tercero civilmente responsable al proceso penal. En caso de que el perjudicado no se haya constituido parte civil en el proceso penal puede o no aceptar el monto indemnizatorio fijado por el juez penal. Si lo acepta puede iniciar el juicio ejecutivo correspondiente para su pago, pero si no lo acepta puede iniciar un juicio ordinario ante el juez civil para que fije el monto.

4. *Estímulos al procesado para que pague la indemnización*

Buscando que el procesado atienda al pago de la indemnización y haga menos dañina patrimonialmente su conducta, se han establecido unas normas que estimulan el pago antes de la sentencia condenatoria. Entre ellas aparecen:

a) Para disfrutar de los subrogados penales, como la condena de ejecución condicional (art. 68 C.P., 623 y siguientes C.P.P.) y de la libertad condicional (72 C.P. y 627 C.P.P.) es necesario que el procesado haya pagado el monto de la indemnización fijada o que haya acordado plazos o facilidades para su pago (art. 633 C.P.P.). Sólo cuando demuestre imposibilidad absoluta de poder hacerlo se le puede exonerar de esa obligación (art. 634).

b) Rehabilitación. Para disfrutar de este beneficio el numeral 5º del art. 637 del C.P.P. exige el haber pagado el monto de la indemnización fijada. En caso de no hacerlo no se podrá obtener este beneficio a no ser que se acredite que fue exonerado expresamente de esta obligación por estar en las circunstancias contempladas en el art. 634.

c) Rebaja de pena. El art. 374 del código penal autoriza una rebaja de la mitad a las tres cuartas partes de la pena impuesta, cuando en el delito contra el patrimonio económico se restituye el objeto o se indemnizan los perjuicios ocasionados al perjudicado.

d) En los mismos delitos contra el patrimonio, el art. 439 del C.P.P. en su numeral séptimo, autoriza la *libertad provisional o excarcelación*, mediante caución, si antes de la sentencia de primera instancia se restituye el objeto o se indemniza al perjudicado de todos los perjuicios que se le han causado.

e) Igual sucede en los delitos de peculado, que admiten la libertad provisional o excarcelación cuando según el numeral 8º del art. 439 del C.P.P., se suspende el mal uso o se reintegra lo indebidamente apropiado. También existe rebaja de la pena de acuerdo con el art. 139 del C.P.

5. *Prohibición al sindicado de enajenar bienes sometidos a registro*

El art. 51 prohíbe al sindicado o partícipe del delito enajenar los bienes que exigen registro. Durante los tres meses siguientes a la comisión del delito los bienes del procesado que exigen registro quedan fuera del comercio y por lo tanto todas las enajenaciones que se hagan tienen objeto ilícito. Inclusive, el adquirente de buena fe, que no conoce la comisión del delito por parte del procesado, sólo tendrá derecho a iniciar las acciones judiciales contra el procesado que le enajenó el bien fuera de comercio. Pero de acuerdo con la disposición que estamos comentando el bien debe vincularse al proceso penal para garantizar la obligación indemnizatoria a favor del perjudicado. Los bienes que son materia de esta prohibición no solamente son los inmuebles sino también los bienes muebles que requieren registro, como las naves y aeronaves, los vehículos automotores, los establecimientos de comercio, las acciones nominativas, que deben registrarse en una oficina pública como la de instrumentos públicos y privados, la Cámara de Comercio o las oficinas de tránsito, según cada uno de los bienes mencionados.

6. *Embargo y secuestro preventivos de los bienes del procesado*

Los arts. 47 del C.P.P. y 513, 681 del C.P. Civil regulan las medidas cautelares relacionadas con los bienes del procesado. El actual código de procedimiento penal ratifica lo que en este sentido consagraba el estatuto anterior y permite sacar del comercio los bienes muebles o inmuebles del procesado en cuantía suficiente para garantizar el pago de la indemnización. Estas medidas cautelares tienen algunas limitantes en su cuantía y en su duración en el tiempo que regulan las disposiciones procesales ya mencionadas, evitando los excesos.

7. *Embargo especial de bienes sometidos a registro*

No se trata de los bienes del procesado sino de aquellos en cuyos títulos de propiedad se haya cometido algún delito o se hayan

obtenido a través de conductas delictuosas. El art. 366 del C.P.P. autoriza al juez, cuando encuentre fundamentos probatorios adecuados, para ordenar el embargo de aquellos bienes cuyos títulos considere falsos, o hayan sido objeto de una estafa o de una extorsión, y sacarlos del comercio.. Como se puede observar, se trata del embargo, que se materializa con un oficio dirigido a la oficina donde se lleva el registro correspondiente, y no del secuestro del bien.

8. *Cancelación de registros espúreos*

El art. 53 consagró por primera vez en la legislación colombiana la facultad del juez penal para ordenar la cancelación de los registros que se lleven en las oficinas de los bienes sometidos a registro, cuando haya llegado al convencimiento de que se trata de un registro espúreo por ser, por ejemplo, una falsificación burda y notoria, una extorsión evidente, una estafa manifiesta. Se exige sí que los elementos externos o materiales que tipifican la infracción se encuentren debidamente demostrados. Y no sólo puede ordenar la cancelación de los títulos espúreos sino el registro de los que él considera válidos. Esta determinación puede tomarla tanto el instructor como el competente, a través de un auto interlocutorio debidamente motivado y tendrán el valor de cosa juzgada en el campo civil ya que el art. 16 del C.P.P. autoriza al juez penal a resolver las cuestiones extrapenales que surjan en el proceso, de modo que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la comisión del hecho punible. Por último vale la pena aclarar que la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el adverbio "inmediatamente" que traía la norma original, pero dejó en vigencia el resto de la disposición.

9. *Comiso*

De acuerdo con el art. 365 los elementos, objetos o instrumentos con los cuales se cometa el delito o que provengan de su ejecución, se clasifican en tres grupos diferentes:

a) El que está compuesto por aquellos que la ley expresamente ordena destruir, como en el caso de los estupefacientes, que se destruirán con el cumplimiento de los requisitos legales. b) El que componen los objetos u elementos que estén fuera del comercio

como las armas, los cuales pasarán a poder del Estado a través de los funcionarios correspondientes. c) El que componen los bienes, objetos, o elementos que están en el comercio, incluyendo los vehículos automotores con los cuales se cometan delitos culposos. En este caso luego de practicar los exámenes y dictámenes que se requieran para la investigación, se entregarán provisionalmente, en calidad de depósito al propietario, poseedor o tenedor legítimos que acrediten su condición. El depósito o entrega es provisional y por lo tanto no se podrá disponer de él, sólo podrá utilizarlo o usarlo. Si al dictarse la sentencia condenatoria de primera instancia, no se ha pagado o garantizado el pago de la indemnización, el juez ordenará el comiso del bien y remitirlo, junto con la sentencia condenatoria al juez civil para que éste proceda al remate del bien o del vehículo y con su producido se pague al perjudicado el monto de la indemnización fijada y el resto se le entregue al propietario, poseedor o tenedor legítimo del bien después de haber tramitado el remate del art. 521 del C.P.C.

10. *Remate de los bienes por el juez civil*

Según el art. 50 del C.P.P. el juez penal, cuando existan bienes embargados y secuestrados o en comiso, deben remitir oficiosamente al juez civil la sentencia condenatoria y las diligencias de embargo y secuestro o comiso con los respectivos bienes, para que éste proceda a la diligencia de remate que regulan los arts. 521 y siguientes del código de procedimiento civil. Es de aclarar que en este caso el remate no requiere ni exige el secuestro previo de los bienes inmuebles como lo ordena el art. 50 del C.P.P.

11. *Valor de la sentencia penal en el campo civil*

Se precisó mejor el valor que las decisiones que ponen fin al proceso penal tienen en el campo civil. Se dispuso: a) Si la sentencia penal es *condenatoria* hace tránsito a cosa juzgada civil y presta mérito ejecutivo. Por lo tanto no se puede poner en duda por el juez civil ni la existencia de la obligación ni el monto fijado por el juez penal (art. 50 C.P.P.). b) Si es sentencia *absolutoria* o

la providencia de *cesación de procedimiento*, ya sea por aplicación de los arts. 34, 469 o 503 del C.P.P., no hacen tránsito a cosa juzgada civil y por lo tanto los perjudicados pueden iniciar o adelantar las acciones indemnizatorias correspondientes ante la jurisdicción civil. Esta situación o norma general se deduce de una interpretación adecuada del art. 109 del C.P. cuando establece que las causas de extinción de la punibilidad no comprenden las obligaciones civiles derivadas del hecho punible. Sin embargo el art. 55 del C.P.P. establece en forma explícita las excepciones a esa norma general y por lo tanto hacen tránsito a cosa juzgada civil los fallos absolutorios o la cesación del procedimiento cuando en ellas se acepta por el juez penal: a) Que el hecho físico, fáctico o material no existió. b) Que el sindicado no lo cometió. c) Que el sindicado lo cometió pero en legítima defensa, y d) Que el sindicado lo cometió pero en cumplimiento de un deber legal. Por lo tanto cuando la causal de absolución es diferente a las mencionadas en el art. 55 no hace tránsito a cosa juzgada civil. Es decir, que si el juez penal acepta una causal de inimputabilidad, de inculpabilidad, de justificación, de improcedibilidad, fuerza mayor, caso fortuito, prescripción, falta de pruebas, falta de querella, etc., para absolver, no hace tránsito a cosa juzgada y los perjudicados pueden iniciar las acciones civiles indemnizatorias, ante la jurisdicción civil.

Es importante, en este último caso conocer las incidencias procesales que se pueden presentar entre las actuaciones que se cumplen o cumplieron dentro del proceso penal en el proceso civil. Las excepciones de *pleito pendiente*, *cosa juzgada* y *prejudicialidad*, pueden darse cuando la acción civil indemnizatoria se pretende contra el sindicado o contra el tercero civilmente responsable. Sin embargo no siempre se presentan sino que es necesario un estudio específico de cada caso concreto.

12. *Acción restitutoria del objeto material*

El dueño, poseedor o tenedor legítimo que haya sido despojado del objeto material del hecho punible, está facultado para solicitar su devolución o entrega, siempre y cuando haya sido despojado de él contra su voluntad. En este caso el juez puede disponer que le sean entregados en su condición de perjudicado. El art. 52 del C.P.P. autoriza la entrega por parte del juez que tenga el proceso, es decir, ya sea el instructor o el competente.

13. *Restablecimiento del derecho*

El art. 16 del nuevo estatuto procesal, consagra para el juez penal la competencia necesaria para resolver los asuntos extrapenales que puedan surgir durante el proceso penal con el fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la comisión del delito, siempre y cuando sea posible por la naturaleza de esa decisión. Esta facultad de tomar determinaciones en campos diferentes al penal, como sería en el civil, es de vital importancia y por eso se concreta en normas posteriores como en el art. 53 que autoriza la cancelación de registros falsos y en el art. 35 que lo faculta para resolver cuestiones prejudiciales. Se pretende que el juez penal tenga la capacidad jurídica suficiente para volver las cosas al estado anterior a la comisión del delito, sin que sea necesaria la intervención de otros jueces o funcionarios, como sucedía anteriormente. Por lo tanto, el juez penal debe hacer respetar el dominio, si con el delito se pretendió desconocerlo y devolver al dueño el bien del cual fue indebidamente despojado. Igual puede decirse de la posesión en caso de que sea el poseedor el que fue despojado, como también puede hacerlo el tenedor legítimo. El juez penal no puede resolver conflictos extrapenales que se susciten antes o después del delito. Sólo puede resolver los que resulten de la comisión del hecho punible. El poseedor no podrá recibir el bien que estaba en poder del propietario en el momento de la comisión del delito. El propietario no podrá recibir el bien que estaba en poder del poseedor, ni el tenedor cuando el bien estaba en poder del propietario o del poseedor. Las controversias que están en trámite en el momento de la comisión del delito o las que se planteen después de la comisión del mismo, no las puede resolver el juez penal y ellas serán materia de pronunciamiento del juez civil.

14. *Facultades procesales*

Desde el punto de vista procesal, no deja de ser importante la innovación del art. 352 que concede al perjudicado, no sólo la facultad de interponer recursos contra el auto inhibitorio, sino también de nombrar apoderado que lo represente en las gestiones encaminadas a reponerlo o revocarlo.

Por último, no podemos dejar de mencionar normas que, de-

claradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, tenían una marcada inclinación a favorecer al perjudicado, como son:

a) El art. 31 que autorizaba el desistimiento en procesos por delitos contra el patrimonio económico y de lesiones personales cuando se restituyan los bienes o se indemnizaba al perjudicado. Se creaba así un nuevo estímulo para la persona que indemnizaba, facilitando la terminación de procesos por desistimiento, aún tratándose de delitos de investigación oficiosa.

b) Los arts. 58 a 66, que consagraban la posibilidad de vincular al tercero civilmente responsable al proceso penal, para que en el momento de la sentencia condenatoria contra el responsable penalmente, el juez penal pudiera imponerle al tercero civilmente responsable, la obligación de indemnizar al perjudicado. Aunque esta vinculación traía graves problemas procesales era de una manifiesta inclinación favorable al perjudicado, quien podía obtener la indemnización del tercero sin tener que acudir a un proceso ordinario civil indemnizatorio. Al declararse la inexequibilidad de esas normas, es necesario hoy, para obtener el pago de la indemnización por parte del tercero, acudir a un proceso civil ordinario por responsabilidad civil extracontractual.

EL VALOR DE LA "CAUSA" EN EL PROCESO CAUTELAR

Marcos Afonso Borges *

(Versión del portugués
por Orión Alvarez A.)

1. Introducción. 2. Acción. 3. Causa. 4. Autonomía de la acción cautelar y de la petición. 5. El valor de la causa y su fijación en el proceso cautelar.

1. *Introducción*

Si es verdad ineludible que el Libro III del Código Procesal Civil vigente, que reglamenta el proceso cautelar, constituye uno de los aspectos más importantes de la Ley 5.869 del 11 de enero de 1973, pues colocó la tutela cautelar en el mismo plano de los procesos de conocimiento y de ejecución ⁽¹⁾, no es menos cierto que algunos dispositivos de la materia han dado lugar a interpretaciones diversas por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Dentro de las normas que son objeto de crítica por los estudiosos, se encuentra, salvo mejor opinión, el artículo 801 que determina los requisitos que debe llenar la solicitud inicial de la acción cautelar.

* Profesor Titular de Derecho Procesal Civil, en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Goiás, Brasil.

De hecho, el mencionado artículo, siguiendo la orientación de la legislación de 1939 ⁽²⁾, omitió, en cuanto dice respecto a la petición inicial ⁽³⁾ la indicación expresa acerca del pedido y sus especificaciones, el requerimiento para la citación del demandado y el valor de la causa, al no reproducir lo expresado por el artículo 282 del estatuto procesal ⁽⁴⁾.

El entendimiento mayoritario en la procesalística brasileña, es el de que, aunque exista la falta, lo correcto es que la pieza inicial del proceso cautelar debe contener también los requisitos que constan en los incisos IV, V y VII del mencionado artículo 282 ⁽⁵⁾.

En el presente trabajo pretendemos enfocar el problema del valor de la causa, en lo referente a su necesidad y al criterio para su fijación.

2. *Acción*

Como ya tuvimos oportunidad de aseverar en escritos anteriores ⁽⁶⁾, establecido que el Estado ejerce el monopolio jurisdiccional, el medio para provocar esa actividad estatal se denomina acción en la doctrina, o sea, el derecho público, subjetivo, abstracto y constitucional de solicitar la prestación jurisdiccional, la jurisdicción.

a) *Interés*

Para iniciar el juicio, para mover la máquina judicial, ha de existir evidentemente, un hecho que determine esa actuación. El motivo determinante de ese impulso es el interés. Del actor para obtener la prestación jurisdiccional, prestación que reconoce un derecho suyo contra el demandado, sometiéndolo a su voluntad. Del sujeto pasivo con el fin de conseguir también la prestación jurisdiccional, la que consiste en el no reconocimiento del derecho pretendido por el sujeto activo, y por tanto, el no someterse a la voluntad del demandante.

b) *Pretensión procesal y material*

La intervención de las partes en el litigio es movida, consiguientemente, por dos órdenes de intereses, generadores de dos

pretensiones ⁽⁷⁾. El primero para obtener la jurisdicción (pretensión procesal), interés sobre el cual no hay antagonismos, pues tanto el actor como el demandado desean la prestación jurisdiccional; el segundo, es el de conseguir el acto jurisdiccional favorable (pretensión material), interés contrapuesto, pues el sujeto activo pretende la procedencia de su petición, y el sujeto pasivo, al contrario, la improcedencia de la misma.

La pretensión procesal que el sujeto activo ejerce por intermedio de la acción y la material por medio del pedido, determinan el surgimiento de dos relaciones, una de orden procesal y otra de orden material. Ambas, acción y pedido, se materializan en la petición inicial.

Así, con la pieza inicial, el actor propone la acción frente al Estado y presenta la petición contra el demandado.

c) *Elementos de la pretensión*

De hecho, establecida la existencia de esa duplicidad de relaciones, la determinada por la acción (pretensión procesal) y la oriunda del pedido (pretensión material) es fácil constatar que los elementos integrantes de ambas —sujetos, objeto y causa— no son los mismos ⁽⁸⁾.

Es así, porque los sujetos de la acción son el demandante y el juez, titular de la jurisdicción; y los sujetos de la petición el demandante y el demandado. El objeto de la acción es la prestación, jurisdiccional independientemente de su contenido, como simple acto procesal; y el objeto de la petición, el contenido del acto decisorio, el derecho material reconocido al sujeto activo. La causa de la acción es la necesidad que tiene el actor de obtener la certeza jurídica; la causa del pedido o "causa petendi", el hecho o el derecho del cual cree el sujeto activo que nace su derecho y que determina la sumisión del demandado a su voluntad ⁽⁹⁾.

3. *Causa*

La ley procesal en vigor, en el artículo 258, establece el principio general de que a toda causa le será atribuido un valor cierto, aunque no tenga contenido económico inmediato, y en las dispo-

siciones siguientes (arts. 259 a 260) establece cuáles son los criterios que deben utilizarse para la fijación del referido valor ⁽¹⁰⁾.

De la lectura de las normas mencionadas se constata, sin ninguna dificultad, que la causa allí incluida es la del pedido (causa petendi) ya que solamente ella es la que puede tener contenido económico ⁽¹¹⁾.

4. *Autonomía de la acción cautelar y de la petición*

Establecidos los parámetros antes anotados, se hace menester, dada la relevancia de la materia, efectuar el análisis de la autonomía o no de la acción y de la petición cautelar, teniendo presente que según la ley (art. 796 del C.P.C.) el procedimiento cautelar puede instaurarse antes o durante el curso del proceso principal, del que es siempre dependiente.

Así, cuando él antecede, recibe el nombre de preparatorio y cuando es instaurado en el curso de la acción principal, se denomina incidente.

En cualquiera de esas hipótesis, sin embargo, es siempre dependiente del proceso principal. En la primera, su vigencia está condicionada a la proposición de la acción principal (art. 806 C.P.C.) ⁽¹²⁾. En la segunda, depende del referido proceso (art. 807 C.P.C.) ⁽¹³⁾.

Es de anotar además, que algunas providencias, tales como la producción anticipada de pruebas (arts. 846 y siguientes del C.P.C.), la justificación (arts. 861 y siguientes del C.P.C.), protestos, notificaciones e interpelaciones (arts. 867 y siguientes) calificados de cautelares, no tienen condicionados sus efectos al proceso principal, son las denominadas providencias conservativas ⁽¹⁴⁾, que en verdad no son cautelares.

Se debe evidenciar, además, que la dependencia a que alude el artículo 796 se refiere a la provisoriedad del efecto de la medida y no a la existencia o al ejercicio de la cautela, pues la individualidad de la acción y del proceso cautelar es hoy pregonada por la doctrina y aceptada por el Código ⁽¹⁵⁾.

Lo anterior es así, porque "data venia", es incuestionable que la providencia jurisdiccional solicitada por la vía de la acción cautelar no se confunde con la determinada por las acciones de cono-

cimiento y de ejecución, no solamente porque ella busca garantizar la eficacia del acto decisorio en aquellas proferido, sin confundirse con ellas, sino también por su provisoriedad y vigencia limitada por el peligro de la demora ⁽¹⁶⁾.

5. *El valor de la causa y su fijación en el proceso cautelar*

Si lo dicho antes es cierto, resta verificar la naturaleza del contenido de la decisión cautelar, de la petición, para poder así, concluir acerca de la existencia o no del tercer elemento de la petición (causa petendi) que es la base del valor, requisito de la demanda cautelar ⁽¹⁷⁾.

Nos parece "permissa venia" que en la petición cautelar la mencionada causa es manifiesta, porque al iniciar el juicio lo que el demandante pretende es la eficacia, no solamente el acto decisorio, como acto procesal simplemente —por la acción— sino también su contenido de naturaleza material a ser proferido en el proceso principal (de conocimiento o de ejecución) precaviéndose de esta manera, de posibles daños.

El demandado al oponerse al pedido cautelar, mediante la contestación, busca rechazar los efectos, aunque provisionales, del derecho material invocado o que se invocará en otro proceso. Esa resistencia, pues, no es la misma que se verifica en la relación procesal de conocimiento y de ejecución, y tanto es así que el artículo 810 del Código Procesal Civil dispone que el desatender la medida cautelar, no obsta para que se admita la acción principal, ni influye en su juzgamiento ⁽¹⁸⁾.

Siendo así, "data venia", es necesario e imprescindible que se de un valor a la "causa petendi" en la demanda cautelar, a pesar de las opiniones y decisiones en contrario ⁽¹⁹⁾, dada la autonomía de la acción ⁽²⁰⁾.

Por otro lado, en la fijación del "quantum" no se debe tener en cuenta el valor de la petición principal ⁽²¹⁾ ni el criterio establecido por los artículos 259 y 260 del Código Procesal Civil ⁽²²⁾, porque la "causa petendi" en la cautela, también es independiente, y su cuantificación debe estar basada en el perjuicio del derecho material que el demandante pretende evitar, con su utilización ⁽²³⁾.

Así por ejemplo, no se puede concebir que el valor de la cautela innominada que persigue únicamente, interrumpir el protesto del título extrajudicial tenga que ser igual a la cantidad incluida en el mencionado documento, toda vez que su fin no es rechazar el pago, sino evitar los daños del derecho material que el protesto pueda ocasionar.

De todo lo expuesto se concluye "concessa venia", que queda a criterio del peticionario (actor) la fijación del valor de la causa en la demanda cautelar, fijación que obviamente, está sujeta a la corrección del juzgador ⁽²⁴⁾.

NOTAS

1) "Uno de los aspectos que caracteriza el código actual, en comparación con los vigentes en otros países de mayor tradición jurídica, consiste precisamente en la importancia otorgada al proceso cautelar, colocado en el mismo plano de los procesos de conocimiento y de ejecución. Idéntico tratamiento no se encuentra en las codificaciones anotadas como fuente de inspiración de nuestros últimos códigos procesales civiles, como la alemana, la austríaca, la portuguesa y la italiana". (Galeno Lacerda, *Comentarios al Código Procesal Civil*, volumen VIII, tomo I, página 2, Forense, 1ª edición).

"Si damos una mirada al derecho comparado, podemos verificar que ninguna de las normas procesales en vigor da al proceso cautelar, la relevancia que asume en el texto brasileño de 1973. En Alemania la materia está contenida en el libro dedicado a la ejecución. El código italiano consagra los procesos cautelares en una parte del libro IV, que se intitula "De los procedimientos especiales". El código portugués incluye la materia en el título I (De las disposiciones generales) del libro III, consagrado al proceso. Y el reciente Código Federal Argentino reglamenta las providencias cautelares en el libro I, que tiene la rúbrica de "Disposiciones generales".

No encuentra, por tanto, paradigma en el derecho comparado el realce que le da al proceso cautelar, el código brasileño de 1973, que le consagra todo un libro, el libro III. (José Carlos Barbosa Moreira, *Estudios sobre el Nuevo Código Procesal Civil*, páginas 229 a 230. Editora Liber Juris, Río de Janeiro, 1974). En el mismo sentido, Ovidio A. Baptista da Silva, *Comentarios al Código Procesal Civil*, volumen XI, página 3, Letras Jurídicas Editora, 1985; Hamilton de Moraes e Barros, "Breves observaciones

sobre el proceso cautelar y su reglamentación en el Código Procesal Civil de 1973", incluido en la *Revista Forense*, volumen 246, página 203; y Carlos Antonio Varela Barca, "Medidas cautelares", incluido en la *Revista Proceso*, N° 20, página 200.

2) *Art. 684.* Cuando la medida fuere preparatoria, será propuesta por medio de petición escrita que indicará: I. La autoridad judicial a que fuere dirigida; II. El nombre, profesión y residencia de quien pide y del demandado; III. Los motivos de la medida solicitada; IV. El objeto del pleito principal y las razones que lo determinan; V. Las pruebas presentadas y las que serán producidas.

3) *Art. 801.* El demandante solicitará la medida cautelar en escrito que indicará: I. La autoridad judicial a que fuere dirigida; II. El nombre, el estado civil, la profesión y la residencia del demandante y del demandado; III. El pleito y su fundamento; IV. La exposición sumaria del derecho amenazado y el temor de la lesión; V. Las pruebas que serán producidas.

4) *Art. 282.* La petición inicial indicará: I. El juez o tribunal a que es dirigida; II. Los nombres, apellidos, estado civil, profesión, domicilio y residencia del actor y del demandado; III. El hecho y los fundamentos jurídicos de la petición; IV. La petición con sus especificaciones; V. El valor de la causa; VI. Las pruebas con que el actor pretende demostrar la verdad de los hechos alegados; VII. El requerimiento para la citación del demandado.

5) Acerca de este asunto se manifiesta así Olympto de Castro Filho: "Otro defecto del capítulo referente a las medidas cautelares es el relativo a los requisitos que el código estableció para las acciones cautelares. En el artículo 801 dice: El demandante solicitará la medida cautelar en escrito que indicará: I. La autoridad judicial a que fuere dirigida; II. El nombre, el estado civil, la profesión y la residencia del demandante y el demandado; III. El pleito y su fundamento; IV. La exposición sumaria del derecho amenazado y el temor de la lesión; V. Las pruebas que serán producidas. Pero se olvidó de dos requisitos que el insigne Lopes da Costa ya había notado y que faltaron también en el código de 1939. Es que toda medida cautelar, necesariamente además de lo expresado, tiene que tener la petición de "citación" de la parte contraria, porque así lo dice el Código en el art. 802, y tiene que tener también, inevitablemente, infaltablemente, la declaración de valor de la causa, como además, lo exige el mismo código nuevo en su artículo 259. No es posible el reparto de ninguna acción —y el procedimiento cautelar es una acción— sin que se declare el valor de la causa, porque hay necesidad de satisfacer la carga fiscal, la tasa judicial, y hay necesidad principalmente de la fijación de la alzada. En la organización judicial brasileña, en que la alzada está fijada por el valor de la causa, este requisito aparentemente secundario, tiene muchas veces un alcance que no se percibe bien en el momento en que se deja de satisfacerlo: fijar el valor de la causa, para saber si el recurso conveniente en el futuro puede ser para el tribunal de alzada o para el

tribunal de justicia" (José Olympo de Castro Filho, "Aspectos principales de las medidas cautelares y de los procedimientos específicos", incluido en la *Revista Forense*, volumen 246, páginas 215 y 216).

En el mismo sentido el entendimiento de Hamilton de Moraes e Barros: "No teniendo el código procesal civil una parte general, lo que nos parece una falla en su estructura, es más grave la omisión en el artículo 801, entre las indicaciones de la demanda inicial, la del valor de la causa y la de la citación del demandado: ambas necesarias y por eso mismo deben exigirse, en el caso que no lo haga el actor". (Estudio y revista citados, página 263).

Otra no es la lección de José Frederico Marques, *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen IV, página 383, Saraiva, 1976; José Carlos Barbosa Moreira, "El Nuevo Proceso Civil Brasileño", página 425, *Forense*, 1984; Sydney Sanches, "Poder Cautelar General del Juez en el Proceso Civil Brasileño", página 66, *Revista de los Tribunales*, 1978; Sergio Shaione Fadel, *Código Procesal Civil comentado*, tomo IV, página 215, Konfino, 1ª edición; Humberto Theodoro Júnior, "Comentarios al Código Procesal Civil", volumen V, página 108, *Forense*, 1978; José de Moura Rocha, *Exégesis del Código Procesal Civil*, volumen VIII, páginas 118 y 119, Aide Editora, 1981; y Ovidio A. Baptista da Silva, *obra citada*, páginas 179, 187 y 188.

En sentido diverso, salvo mejor juicio o alguna omisión, las siguientes opiniones:

"En rigor, el código en el artículo 801 debería referirse a los requisitos comunes de la demanda prescritos en el artículo 282. Del cotejo entre los dos dispositivos, se verifica que el artículo 801 omitió mencionar explícitamente la petición, con sus especificaciones, el valor de la causa y el requerimiento para la citación del demandado (art. 282, IV, V y VII). La omisión en cuanto al pedido está suplida por la referencia implícita que hace el artículo al decir: "El demandante solicitará la medida cautelar en escrito". De la citación cuida el artículo 802, que se comenta en seguida. En cuanto al valor de la causa, se comprende, en parte, la omisión del código, porque el artículo procura abarcar tanto las cautelas jurisdiccionales como las voluntarias, y éstas no constituyen causas propiamente dichas, no porque les falta, en regla, litigiosidad, sino porque no poseen, en rigor, valor patrimonial. Esto no significa, que al menos en las cautelas jurisdiccionales (son aquellas en las que hay acción, litigio, sentencia, etc.) no deba el actor indicar el valor, para efectos fiscales y para fines de alzada, en aquellas organizaciones judiciales que la mantuvieren en primer grado. En cuanto a las voluntarias (en las cuales existe petición sin litigio o fuera del litigio, homologación, medidas conservativas) tales motivos en regla no ocurren. Cuando hay ausencia de valor declarado, las leyes fiscales acostumbran suplir la omisión" (Galeno Lacerda, *obra citada*, páginas 313 y 314).

"El valor de la causa sería exigible. Perdió, sin embargo, cualquier significación. Normalmente la tasa judicial es fija y desprecia el estimativo de valor. Por otro lado, si no existe condenación, los honorarios son fijados con base en los criterios del numeral 4º del artículo 20 del Código Procesal Civil y en lo tocante a los recursos, el valor de la cautela es

irrelevante, principalmente en lo que dice respecto al recurso extraordinario, inadmitido hoy en las decisiones proferidas en las medidas cautelares, salvo ofensa a la Constitución, manifiesta divergencia con la Súmula del STF o relevancia de la cuestión federal (art. 325, V del RI-STF)" (J.J. Calmon de Passos, "Comentarios al Código Procesal Civil, volumen X, tomo I, páginas 136 y 137; *Revista de los Tribunales*, 1ª edición).

6) Véase nuestro *Proceso Judicial de Acción Discriminatoria*, páginas 35 y 36, CJUP, 1986; y *Justicia Social, Justicia Agraria*, páginas 23 y 24, Hoja Carioca, Editora, 1982.

7) Pretensión, del latín "praetensio", praetensionem, del verbo "praetendere" que quiere decir deseo.

8) Gran parte de los doctrinantes, que no invocan la existencia de las dos relaciones jurídicas, solamente analizan los elementos de la acción, y de forma más o menos idéntica enseñan que los elementos de ella son los sujetos, el objeto y la causa. Los primeros son las partes (demandante y demandado). El segundo es la petición del actor, que puede ser inmediata (la providencia jurisdiccional solicitada) y mediata (el bien material pretendido). El tercero, las razones, los fundamentos de hecho y de derecho que llevaron al actor a suscitar la providencia (Moacyr Amaral Santos, *Primeras Líneas de Derecho Procesal Civil*, volumen I, páginas 139 y siguientes, Saraiva, 1977; Arruda Alvim, "Manual de Derecho Procesal Civil", volumen I, páginas 251 y siguientes, *Revista de los Tribunales*, 1977; Vicente Greco Filho, *Derecho Procesal Civil Brasileño*, volumen I, páginas 80 y siguientes, Saraiva, 1981; José Frederico Marques, *obra citada*, volumen I, página 152 y siguientes.

9) Escribe Hernando Devis Echandía: "Puede decirse que hay acuerdo acerca de que los elementos de la acción son los sujetos, su objeto y su causa, pero al determinar qué se entiende por cada uno de éstos, surgen diferentes opiniones. Los sujetos del derecho de acción son el actor y el juez; aquél como sujeto activo y éste como sujeto pasivo. En cambio, los sujetos de la pretensión son el demandante y el demandado, contra quien se dirige. El objeto de la acción es la sentencia mediante el proceso, no la consecución de las pretensiones contenidas en la demanda. Objeto de la acción es desatar el conflicto o resolver la pretensión que del petitum aparece, pero no en la forma en que él lo indica, porque el resultado de la sentencia puede serle totalmente adverso. El petitum se relaciona con el contenido de la sentencia (y del mandamiento de pago en los juicios ejecutivos), que varía en cada caso. En cambio, objeto de la pretensión es obtener la sentencia favorable que otorgue lo que en el petitum de la demanda se reclama. La causa de la acción es ese interés en solucionar el conflicto que el actor cree tener con el demandado, o en conseguir la certeza jurídica eliminando la incertidumbre de un derecho que se pretende, o en llenar el requisito legal para la validez de cierto acto. La causa de la pretensión, o causa petendi, es el hecho o acto jurídico de donde el actor cree que su derecho nace o en virtud del cual su obligación se extinguió o no pudo nacer o se ha modificado" (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, páginas 382 a 388, Temis, 1962).

Acerca del asunto el entendimiento de Galeno Lacerda es en los siguientes términos: "Los procesalistas, a partir de la revolución doctrinaria alemana a mediados del siglo pasado, se afanaron, con razón, en demostrar la autonomía de la relación jurídica procesal-jurisdiccional frente a la material, no siempre existente en el interior del proceso (acción improcedente por no existir el hecho constitutivo, acción declaratoria negativa, etc.). Como es sabido, toda relación jurídica posee tres elementos esenciales. Sujetos, objeto y causa, representada ésta siempre por el hecho jurídico lato sensu. Consiguieron los maestros diferenciar nítidamente los sujetos y el objeto de ambas relaciones; la procesal-jurisdiccional y la material. Pero se olvidaron del tercer elemento, la causa".

"Ahora, si la relación jurídica procesal-jurisdiccional se distingue, como de hecho así es, de la relación material, su causa deberá ser necesariamente diversa. En el derecho material, la causa de donde brota el derecho subjetivo, y por tanto, la relación jurídica, es el hecho o el acto jurídico material: el contrato, el acto ilícito, el nacimiento, la muerte, el testimonio, etc. Como no se pueden confundir las dos relaciones jurídicas, pues a eso, además de otros argumentos se opone el fenómeno de la acción infundada, en la cual se verifica que el demandante, legítimamente en juicio, no posee a su favor contra el demandado, ningún hecho generador válido del derecho subjetivo material, se impone reconocer que la causa de la relación procesal-jurisdiccional no se confunde con el hecho jurídico material. Esa causa que obliga al juez a proveer, a usar la jurisdicción en el proceso, sólo puede ser el hecho jurídico de la litis, del conflicto actual o virtual existente entre las partes" (*Obra citada*, páginas 20 y 21).

10) *Art. 259.* El valor de la causa constará siempre en la petición inicial y será: I. En la acción de cobranza de la deuda, la suma de la principal, de la pena y de los intereses vencidos hasta cuando se propone la acción; II. Habiendo acumulación de peticiones, la cuantía corresponde a la suma de los valores de todos ellos; III. Siendo alternativas las peticiones, la de mayor valor; IV. Si hubiere también petición subsidiaria, el valor de la petición principal; V. Cuando el litigio tuviere por objeto la existencia, validez, cumplimiento, modificación o rescisión del negocio jurídico, el valor del contrato; VI. En la acción de alimentos, la suma de doce prestaciones mensuales, pedidas por el actor; VII. En la acción divisoria, de demarcación y reivindicatoria, la estimativa oficial para el cobro del impuesto.

Art. 260. Cuando se pidieren prestaciones vencidas y por vencerse, se tomará en consideración el valor de las unas y de las otras. El valor de las prestaciones por vencerse será igual a una prestación anual, si la obligación fuere por tiempo indeterminado, o por un tiempo superior a un año; si por tiempo inferior, será igual a la suma de las prestaciones.

11) *Art. 258.* A toda causa le será atribuido un valor cierto, aunque no tenga contenido económico inmediato.

12) *Art. 806.* Cabe a la parte proponer la acción en el plazo de treinta días, contados de la fecha en que se hizo efectiva la medida cautelar, cuando ésta fuere concedida en proceso preparatorio.

13) *Art. 807.* Las medidas cautelares conservan su eficacia durante el plazo del artículo anterior y mientras dure el proceso principal, pero pueden en cualquier tiempo, ser revocadas o modificadas. Parágrafo único. Salvo decisión judicial en contrario, la medida cautelar conservará la eficacia durante el período de suspensión del proceso.

14) Galeno Lacerda se refiere a las providencias de medidas cautelares administrativas voluntarias, así: "Las medidas cautelares administrativas o son voluntarias, esto es, requeridas por las partes, o decretadas directamente por el juez. Las voluntarias no presuponen necesariamente la existencia de litigio, o si existe, no reclaman del juez un acto jurisdiccional, porque se presentan separadas de la cuestión. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la producción anticipada de pruebas, en la justificación, en los protestos, notificaciones e interpelaciones, en la homologación de la garantía legal, en la posesión en nombre del que está por nacer, etc. No se puede hablar aquí, en acción cautelar, ni mucho menos en sentencia jurisdiccional. Como consta en el esquema anotado, habrá una petición, presentándose sin litigio o fuera de él, de la que se originará un proceso judicial administrativo (no-jurisdiccional) que terminará en una homologación inconfundible con la sentencia o juicio decisorio de la cuestión o del litigio" (Obra y volumen citados, páginas 27 y 28).

15) Véanse entre otros: Galeno Lacerda, obra y volumen citados, página 1 y siguientes; Ovidio A. Baptista da Silva, obra citada, página 103 y siguientes; Humberto Theodoro Júnior, *Proceso Cautelar*, página 56 y siguientes, LEUD, 1976; Willand de Castro Villar, "Medidas Cautelares", página 49 y siguientes, *Revista de los Tribunales*, 1971; Lopes da Costa, *Medidas Preventivas*, página 24 y siguientes, Sugestiones Literarias, 1966; Francesco Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, volumen I, página 205 y siguientes, Cedam, 1936; Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, volumen I, página 272 y siguientes, Saraiva, 1945; Ugo Rocco, *Trattato di Diritto Processuale Civile*, volumen V, página 21 y siguientes, Unione Tipografico Editrice Editore, 1973; Enrico Tullio Liebman, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, volumen I, página 631, Giuffré Editore, 1973; Carlos Calvosa, *La Tutela Cautelare*, página 285 y siguientes, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1963; Pietro Castro Ferandiz, *Derecho Procesal Civil*, volumen I, página 220 y volumen II, página 652, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968; Eduardo Pallares, *Derecho Procesal Civil*, páginas 228 y 239, Porrúa, 1968; Hugo Alsina, *Derecho Procesal*, volumen V, página 451, Ediar, 1962; Ramiro Podetti, *Tratado de las Medidas Cautelares*, página 17 y siguientes, Ediar, 1969.

16) Como función provocada que es, la jurisdicción se identifica por medio de tres formas: decisión, que caracteriza la tutela jurisdiccional de conocimiento; ejecución, que se consolida en la tutela jurisdiccional de ejecución; y la cautelar, consumada en la tutela jurisdiccional cautelar.

Ella adquiere la forma: de decisión, cuando la parte pide la solución de un conflicto por medio de sentencia o tiene por fin la pretensión material referente al interés particular, no en conflicto, pero que por su

importancia está sujeto a sanción judicial; de ejecución, cuando se busca la práctica de actos coercitivos, si fuere necesario, para dar cumplimiento a la sentencia (título judicial) o a la obligación asumida en documento al que la ley da fuerza ejecutiva (título extra-judicial); y cautelar, cuando lo que se busca es una decisión (sentencia) y el cumplimiento de ésta (ejecución) rápida y provisionalmente con el fin de garantizar la eficacia de un proceso principal.

17) Los demás elementos, sujeto y objeto, tanto de la acción como de la petición, están por demás claros. (Ver 2 c).

18) Basado en Carnelutti asevera Galeno Lacerda: "Si el conflicto material de intereses exige que se resguarden, a priori, algunos de ellos o ambos, y si en ese resguardo se proyecta la litigiosidad de las partes, no hay cómo negar la existencia de una litis derivada, parcial" (Obra citada, página 26).

Ovidio A. Baptista da Silva, enseña, a nuestro parecer acertadamente, que "la prueba definitiva de que la litis cautelar es una entidad propia, perfectamente separada de la llamada litis principal, está en que el juzgamiento de la primera, cualquiera que sea su tenor, no tiene la menor influencia sobre el juzgamiento subsecuente de la litis. Dice el artículo 810 que desatender la medida cautelar no obsta para que la parte intente después la acción principal. Se deben incluir en este vocablo todas las sentencias de rechazo de la medida cautelar, con o sin juzgamiento de mérito, desde la simple no acogida de la petición inicial, hasta la sentencia de improcedencia de la medida cautelar. El resultado de la sentencia que desatiende, para usar el vocablo empleado por el código, apenas niega la protección de seguridad al derecho afirmado por el demandante. De ahí por qué la improcedencia de la demanda cautelar dejará siempre intocado el mérito de la demanda donde se discute sobre el derecho o la pretensión a la que antes se negara la protección cautelar (Obra citada, página 233).

19) Véase nota 5 "in fine". El Tribunal de Justicia de São Paulo en acuerdo fechado el 28/12/76 unánimemente decidió: "Valor de la causa. En medida cautelar, su valor no es requisito esencial (*Revista de los Tribunales*, volumen 517, página 129).

En el mismo sentido el 1º Tribunal de Alzada Civil de São Paulo: "Valor de la causa. Acción cautelar. Suspensión del protesto. Valor estimado por la parte. Corrección por el juicio del valor correspondiente al beneficio visado. Inadmisibilidad. Aplicabilidad del artículo 801 del C.P.C. a las medidas cautelares. Innecesario dar valor a la causa. En las acciones cautelares, por fuerza de lo dispuesto en el art. 801 del C.P.C. se debe concluir que no hay siquiera necesidad de dar valor a la causa. Para el reconocimiento de las costas ésta deberá ser considerada como de valor inestimable" (Ac. de 22/12/81, incluido en la *Revista de los Tribunales*, volumen 571, página 138).

20) Ver las notas 5 y 24 "in fine". Decidió el 1º Tribunal de Alzada Civil de São Paulo, en el acuerdo del 21/06/79: "No se debe suponer que los procesos cautelares no necesitan de que se indique su valor, sólo

porque el art. 801 del C.P.C. no lo menciona. Sin duda el art. 259 del mismo código incide también en los procesos cautelares, aunque no presente contenido económico inmediato, los cuales no están inmunes a la regla y principios generales del proceso que no sean incompatibles con sus propias normas y principios específicos. No distingue la petición inicial del proceso de conocimiento de la petición inicial de otra naturaleza". (En Alexandre de Paula, *El Proceso Civil a la luz de la Jurisprudencia*, volumen VII, página 263, N° 14.283, Forense, 1ª edición).

21) Sustenta Lopes da Costa que el valor debe corresponder "tanto cuanto posible al valor de la causa principal" (obra citada, página 33). Aceptando las enseñanzas del maestro Humberto Theodoro Júnior agrega que "cuando, además, la cautela se refiere apenas a una parte del interés en juego en la acción principal, como en la acción de garantía de los frutos del inmueble litigioso, el valor de la acción cautelar deberá ser calculado naturalmente, en función del montante del riesgo que se quiere prevenir y no de todo el valor del interés patrimonial en litigio" (Obra citada, página 108).

22) Ver el acuerdo en la nota 23. El profesor José Moura Rocha entiende que para la fijación se deben tener en cuenta los criterios generales utilizados para todas las acciones, derivándose de ello, salvo mejor opinión, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 259 de la ley procesal civil (Obra y volumen citados, página 119).

23) En este mismo sentido la lección de Galeno Lacerda a quien lo acompaña Ovidio A. Baptista da Silva: "Cuando el valor de la petición cautelar, discrepamos de Lopes da Costa ... El valor de la seguridad no se puede identificar con la del objeto asegurado. Evidentemente será menor, debiendo el juez corregir, hasta de oficio, eventuales distorsiones al respecto" (Obra citada, página 336).

24) Estamos pues con Ovidio A. Baptista da Silva cuando asevera: "A falta de otro criterio, entendemos que el valor de la acción cautelar debe ser establecido por medio de estimativa hecha por el actor, sujeta naturalmente a la corrección del juez" (Obra citada, página 188).

En este sentido decidió el Tribunal de Justicia de Pernambuco en acuerdo del 7/8/80 cuyo resumen es el siguiente: "El valor de la causa, en el procedimiento cautelar, no es el mismo que se atribuiría a la acción principal. En ésta, se observa lo que preceptúan los artículos 259 y 260 del C.P.C. En aquél, el valor es el estimado por el demandante, o es, determinado por el juez, en caso de impugnación (En Alexandre de Paula, obra y volumen citados, página 261, N° 14.271-A).

NOCION DE LA TUTELA JURIDICA COMO REMEDIO JURISDICCIONAL

Jaime Soto Gómez *

1. Conceptos de tutela jurídica. 2. Tutela de condena o de prestación. 3. Tutela constitutiva. 4. Tutela declarativa. 5. Tutela determinativa, especificativa o dispositiva. 6. Tutela cautelar. 7. Tutela ejecutiva.

1. *Conceptos de tutela jurídica*

Hay un aspecto de tutela jurídica sustancial: el conjunto de normas jurídicas que definen los derechos objetivos y sus alcances; vgr., tutela de declaración de filiación extramatrimonial, del dominio por reivindicación, de la posesión por interdictos, etc. El C.C. llama eso acción.

Con la demanda completa en su contenido (no ya en la mera forma) y la prueba de los hechos que la exijan, es uno de los tres presupuestos aplicables a la excepción, como forma de la acción del demandado y que algún autor llama, anacrónicamente, elementos de la acción, (en sentido ya superado). La tutela jurídica sustancial caduca en algunos casos, el derecho concreto prescribe para su titular, cuando la ley lo dispone.

Se habla también de tutela jurídica en sentido jurisdiccional: las normas por las cuales el Estado regula el ejercicio de la juris-

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

dicción, para aplicar las normas sustanciales, objetivas, a casos particulares, subjetivos ⁽¹⁾.

Y existe una forma de tutela jurídica consistente en el modo como la jurisdicción aplica la tutela jurídica sustancial a los casos particulares para definir o realizar el derecho, o sea la forma en que ésta opera en tales casos por virtud de la tutela jurisdiccional.

En este sentido, Gian Antonio Micheli habla insistentemente del remedio jurisdiccional.

En la pretensión, la parte pide al juez la declaración de certeza de un derecho suyo o su ejecución, como remedio, porque no logra hacerlo valer por sí misma.

Según Micheli, "el ejercicio de la función jurisdiccional en el proceso se concreta en la concesión, por parte del juez, de un tipo de tutela, realizable a través del proceso mismo" ⁽²⁾.

Aunque algunos autores hablan de un proceso para definir una prueba, entre nosotros no existe él como tal, porque tal efecto se obtiene mediante diligencias probatorias anticipadas.

Por razón de la tutela jurisdiccional que se aplica en cada proceso Enrique Vézcovi habla de procesos de conocimiento, ejecutivo y cautelar o precautorio, lo cual explica él por las "acciones", en el sentido de pretensiones, que se hagan valer y las formas de ejercer la jurisdicción que se pretenda ⁽³⁾.

Con igual criterio se clasifican sentencias, y se agrega una especie llamada determinativa o especificativa.

Con discusión sobre si el proceso de jurisdicción voluntaria es jurisdiccional o administrativo, aunque realizado por la jurisdicción, la doctrina reconoce la estructura de procesos de cognición, ejecutivo, cautelar y voluntario o de jurisdicción voluntaria; si bien frecuentemente llama declarativo el de cognición o de conocimiento, como lo hace nuestro C.P.C., por apego a la tradición, debido a

1) Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, póstuma, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1973, páginas 479 y siguientes.

2) *Derecho Procesal Civil*, volumen 1, Parte General, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1970, página 47.

3) *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1984, páginas 85, 112 y 120.

que en el proceso romano había tres acciones declarativas y dos ejecutivas, según su terminología ⁽¹⁾.

Actualmente, por nuestro proceso de cognición (con el equívoco nombre de declarativo) discurren varias formas de remedio jurisdiccional: de condena, de constitución de mera declaración y aun otras, según se verá.

Ugo Rocco no reconoce características propias a la tutela jurisdiccional constitutiva, pues a la contenciosa que se toma como tal él la incluye en la meramente declarativa, y la aplicada en el proceso de jurisdicción voluntaria, admitida por otros doctrinantes como Micheli, en la especie de constitutiva, para él es puramente administrativa ⁽²⁾.

Un aspecto por el cual interesa definir la naturaleza de la tutela jurisdiccional que se pretende en procesos de conocimiento es el de la posibilidad de que el proceso sólo admita o no la intervención adhesiva o coadyuvancia y la litisconsorcio voluntaria; que admita o no denuncia del pleito o llamamiento en garantía, según el caso; y que admita o no oposición de terceros a su cumplimiento (empleando el concepto de "cumplimiento" en sentido más amplio que el de "ejecución").

Por otra parte, cada una corresponde a un interés jurídico propio, cosa no advertida frecuentemente.

2. *Tutela de condena o de prestación*

Primitivamente el único fin de la sentencia era la condena; por lo cual inicialmente sólo se conoció la sentencia de tal naturaleza, con ese contenido.

Fue un avance de la ley el admitir título ejecutivo distinto.

Aunque por sí misma da certeza sobre el derecho, su fin propio

1) María Teresa Buenaventura de Vélez: *Derecho Romano*. Procedimiento, Reseña de Clases, Universidad Externado de Colombia, 1982, páginas 18 y siguientes (en mimeógrafo).

2) *Tratado de Derecho Procesal Civil*, volumen I, Parte General. Temis - DePalma, Bogotá - Buenos Aires, 1976, páginas 302 y siguientes, y volumen II, Parte General, página 257.

es servir de medio para exigir una prestación, según imponga pagar con un género, restituir una especie, ejecutar una obra o no hacer algo, etc., prestaciones que muchas veces surgen combinadas en la pretensión y en la sentencia, bien como autónomas, bien con subordinación de una a otra.

Solamente la pretensión que pide esta tutela permite obtener la citación de un presunto obligado por un título vinculado a una cosa, o sea obligado por un vínculo formal o real, para someterlo a la condena a restituir el precio, en el caso de prosperar la pretensión de evicción contra el comprador vencido, o a un presunto obligado por un título puramente personal, con respecto al demandado, en el caso de éste resultar vencido. Son los casos, respectivamente, de denuncia del pleito y de llamamiento en garantía, generadores de discusión ajena a este tema sobre si el uno comprende el otro, como especie en género.

3. *Tutela constitutiva*

Esta surgió con posterioridad a la de condena. Con el rechazo visto de Ugo Rocco, ella tiene por objeto constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, o sea crear un efecto jurídico nuevo, no ejecutable, porque no impone cumplir una prestación.

En sentencia del 29 de agosto de 1936, la H. Corte reconoció su existencia, sometida a la concurrencia de estos presupuestos: a) la existencia de una relación jurídica concreta; b) hechos aducidos adecuados para producir la modificación del estado jurídico existente; y c) necesidad de tutela jurídica, "esto es, que la constitución jurídica que se pretende no pueda obtenerse sino por medio de una sentencia" (1).

Tiene cabida en casos en que la ley no admite la composición de las partes o en que una parte se niega a ello, frecuentemente en asuntos de orden público, como el estado civil, según se vio ya, en relación con la jurisdicción voluntaria. Son casos el de divorcio, el de declaración de filiación extramatrimonial (aunque se emplee

1) Casación, XLIV, 429, según Código de Procedimiento Civil de 1931 editado por Jorge Ortega Torres en 1951, Editorial Temis, Bogotá, página 114.

el verbo "declarar"), el de declaración de nulidad del matrimonio o de un contrato, etc. Un ejemplo del segundo caso es el del padre extramatrimonial que se niega a reconocer al hijo.

Admite la intervención adhesiva o coadyuvancia en algunos casos, como en el de pretenderse la declaración de nulidad de un contrato, que pueda mejorar o mermar la solvencia económica de una de las partes; en relación con un acreedor, tercero relativo con respecto al proceso, que, por razón de su vínculo indirecto podría intervenir en él en la calidad dicha.

Pero no se conciben terceros titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extienden los efectos jurídicos de la sentencia, por virtud de los cuales estuvieran legitimados para demandar o ser demandados en el proceso, para intervenir en el proceso como litisconsortes voluntarios.

4. *Tutela declarativa*

Es procedente ella para expresar un derecho cierto y determinado pero carente de título que lo enuncie, y para expresar la extinción de un derecho carente de título que la declare: vgr., si se adquirió un bien por prescripción, pero no se tiene título que lo exprese, o si se extinguió un derecho por prescripción y esto no consta fehacientemente. Ella no crea una relación jurídica ni la extingue, sino que expresa su existencia o su extinción, de suerte que da certeza de ella ante la parte contraria y ante terceros. Otros ejemplos de ella son la declaración de servidumbre legal y su extinción; igualmente, la declaración de disolución de sociedad: se genera por virtud de la mera ley; pero puede ser desconocida de hecho, hasta cuando el juez la declara. Cosa análoga es la declaración de simulación: la sentencia se limita a expresar una realidad negada por una parte.

Lo expuesto implica que su existencia exige la concurrencia de dos elementos: a) incertidumbre aparente de la situación jurídica del actor, que pueda causarle perjuicio, y, b) que sólo se pueda eliminar la incertidumbre y el peligro potencial por medio de la declaración judicial.

Por tanto, es tutela subsidiaria.

En sentencia del 2 de abril de 1936, la H. Corte reconoció su naturaleza en forma acorde con lo dicho, pero enunciando tres elementos, mediante la duplicación del segundo, en estos términos: "La acción declarativa, para que sea procedente, requiere ante todo que el demandante tenga un interés jurídico actual en la pronta constatación judicial de su derecho, lo cual se realiza generalmente mediante la presencia simultánea de tres condiciones, a saber: a) que la incertidumbre respecto de la situación jurídica del actor sea de tal naturaleza que suscite temores reales acerca de la seguridad de aquella. Por ejemplo, el peligro de pérdidas u oscurecimiento de la obligación. Por consiguiente, ante la sola circunstancia de que el interés económico o moral del demandante se halle simplemente amenazado no se da tal condición; b) que la sentencia de declaración sea la única adecuada y necesaria para evitar el peligro de incertidumbre en el derecho del actor. Por ejemplo, puede pedirse el reconocimiento, frente al responsable, de la existencia de un derecho a indemnización de perjuicios con motivo de que un niño sufrió, a causa del atropello de un vehículo, la lesión de uno de sus órganos, dejando el ejercicio de la correspondiente acción de condena para cuando, por el desarrollo de la víctima, sea posible saber exactamente cuál fue su incapacidad para el trabajo; y, c) que no sea factible entablar acciones distintas que se opongan a ello. De ahí que la acción de declaración sea considerada en el derecho procesal, por lo regular, como un recurso subsidiario" (1).

Si bien el ejemplo no resulta práctico y la forma puede dar motivo a reservas, el contenido del pasaje es válido, aunque desconocido y no aplicado en la práctica.

Así, es común que una pretensión procedente de condena se haga preceder de una previa declaración del derecho reclamado, aunque la condena satisface el interés jurídico de la parte demandante, como verdadero remedio de su necesidad de tutela jurisdiccional; por lo cual Schönke dice que no existe interés jurídico para ello, en lenguaje de la doctrina italiana, o necesidad de tutela jurídica, en lenguaje de la alemana, a menos que la declaración se pida en subsidio de la condena, si la ley le reconoce algún efecto.

Tal hipótesis se puede dar en la práctica si, por ejemplo, se pide condenar al cumplimiento de un contrato determinado y, en subsidio, que, si no se condena a ello, por lo menos se declare la

1) XLIII, 759, según la obra citada de Jorge Ortega Torres, página 113.

existencia del contrato, para luego pretender obtener la condena respectiva, mediante prueba de otros hechos.

Su naturaleza, compleja y formal, la hace de difícil comprensión en la práctica.

Vézcovi dice que tal tutela (bajo el nombre de "acciones mere declarativas") fue la que "más tardó el derecho en admitir, y aun cuando se citan rastros en Roma, en realidad surgen luego de la Ordenanza alemana en 1877, producto de la moderna doctrina. Los códigos modernos del área la incluyen expresamente" ⁽¹⁾.

Micheli le reconoce restricciones históricas y aplicación restrictiva en el derecho italiano ⁽²⁾.

Como se dijo, a propósito de la tutela constitutiva, no es el empleo del verbo "declarar" lo que caracteriza tal tutela, pues frecuentemente se emplea él, correctamente en algunos casos, en la aplicación de la tutela constitutiva; y, así, una sentencia no deja de ser de condena porque, en lugar de emplearse el verbo "condenar" o uno equivalente (imponer, etc.), se emplee "declarar", vgr., diciendo "declarar deudor" a fulano, etc., con perjuicio sólo de la claridad y del idioma y su gramática.

La pretensión que solicita tutela declarativa (llamada, por extensión, pretensión declarativa) da entrada a terceros, como intervinientes adhesivos o coadyuvantes, y terceros pueden estar legitimados para ejercerla, como en el caso de acreedores interesados en que se declare, o no, una prescripción o una simulación.

La sentencia declarativa impugnada en casación es susceptible de cumplimiento provisional, aunque no de ejecución propiamente, en su sentido estricto, vgr., mediante registro de ella, en relación con inmuebles.

5. *Tutela determinativa, especificativa o dispositiva*

La doctrina reconoce una tutela jurisdiccional tendiente a concretar prestaciones reconocidas en abstracto o a actualizar un valor.

1) Obra citada, página 86.

2) Obra citada, páginas 51 y siguientes.

cuando circunstancias materiales nuevas exigen variarlo. No siempre se obtiene ella por sentencia.

Ejemplo típico de ello es la que varía el monto de alimentos, porque las circunstancias objetivas lo exigen o porque cambiaron las circunstancias subjetivas del alimentista o del alimentario. En la misma especie se incluye la variación de la renta de local comercial. (Con la reforma que se proyecta a nuestro C.P.C. desaparece una fuente de tal tutela contenida en el art. 308, cuyo texto será sustituido).

6. *Tutela cautelar*

La doctrina reconoce existencia propia a una forma de tutela regulada por la ley en forma típica, caracterizada, aunque subordinada a una tutela de condena o de ejecución, de suerte que no tiene vida propia, pues sólo tiende a asegurar el cumplimiento de aquella y desaparece con ella, sin definir ningún derecho. Por naturaleza, no se define en una sentencia, aunque es frecuente que su extinción se decrete en una sentencia, como mero efecto del contenido principal de ésta.

Por naturaleza, admite intervención de terceros, pero sólo en la medida en que puedan intervenir en el proceso principal, o automáticamente como opositores, en la calidad de terceros poseedores materiales o de meros tenedores a nombre de terceros, o sea en ejercicio de un interés opuesto al de una de las partes del proceso principal.

En nuestro derecho está regulada en forma deficiente, en cuanto no asegura el efecto de meros créditos, en el caso de pretenderse una condena por tal concepto y en el de pretenderse la declaración de filiación extramatrimonial con efectos patrimoniales en la sucesión, sin pretensión de petición de herencia, como pretensión real; por no haberse adjudicado aún los bienes sucesorales; de suerte que sólo en el caso de ejercerse la pretensión constitutiva con acumulación de la consiguiente de condena a restitución de bienes hereditarios prospera la tutela cautelar, o sea en un caso que viene a ser extremo, con riesgos consiguientes.

7. *Tutela ejecutiva*

La sola existencia de un título judicial o extrajudicial que dé certeza de una prestación debida puede no ser suficiente para que la parte obligada la cumpla; de suerte que sea necesaria la intervención judicial para obtener su cumplimiento.

Este se obtiene mediante la tutela ejecutiva, con una forma específica, distinta de formas genéricas mencionadas atrás.

Sea que el título se haya producido en proceso de condena o en forma autónoma, él desata una actuación sumaria, constituida por una providencia o decisión judicial que la doctrina toma como verdadera sentencia, por su contenido, aunque sometida a un régimen distinto, por razón de los medios de defensa que admite al ejecutado.

Así, cuando éste no se opone a la mera forma del título, sino que discute su autenticidad o hechos extrínsecos que lo enervan, se abre un proceso de conocimiento para surtir la discusión planteada así.

La legislación colombiana restringe la discusión si el título es sentencia, limitándola a determinadas excepciones, y literalmente lo hace cuando él es título valor, en forma genérica, pero tan amplia que pocos hechos exceptivos quedan por fuera, sin contar uno que agrega a la carta de porte; de suerte que la verdadera limitación depende de que el tenedor ejecutante no haya sido parte en la relación fundamental, generadora del título.

En general, en otros países están más estrictamente limitadas las excepciones relativas a los títulos valores.

La naturaleza de la tutela ejecutiva no genera por sí misma intervención de terceros y, en principio, no la admite sino contra medidas cautelares o ejecutivas, en la condición de opositores, en la forma dicha con respecto a la tutela cautelar; pues la ley no prevé específicamente la posibilidad de que el proceso obedezca a fraude o colusión en perjuicio de terceros, para admitir a éstos a eliminarlo, en beneficio suyo. Mientras una reforma legal no lo permita, la jurisprudencia debe buscar el medio de hacerlo, recurriendo a principios generales del proceso.

EL JUEZ TROPOS

Beatriz H. Quintero de Prieto *

El carácter científico del derecho procesal y la homogeneidad de su contenido llevan a entender que existen los denominados principios fundamentales de la materia como orientadores en cada época y en cada legislación de la que se podría denominar una *política procesal*; algunos de estos principios, los que corresponden a los temas que deben contenerse en una carta fundamental se insertan en las constituciones como verdaderas fuentes formales de derecho procesal, siendo en esencia los que en la materia corresponden a la organización del sistema político, a la forma de gobierno y a la idea democrática o autoritaria del Estado. De esta manera las constituciones, determinan o planifican normativamente cuanto se refiere al ejercicio de la función jurisdiccional, como administración de justicia y como garantías de los justiciables.

Acorde con ese plan normativo supremo se desarrolla legislativamente, bien mediante leyes expresas, bien como normas que responden al principio *insito*, la sistemática que determina la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera; cuando el constituyente concreta en norma fundamental un principio procesal, opta por una fórmula que obedece a los imperativos de una especial filosofía política y predetermina el singular desarrollo legislativo, en el sentido positivo o negativo, que signifique el principio constitucional.

En este orden de ideas se entiende que ninguna legislación moderna puede desatender hoy la consagración del principio político o principio general de derecho procesal que Clemente A. Díaz ha

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

dado en denominar *principio de autoridad*, entendiendo que es éste el que define los límites del aspecto jerárquico-autoritario del órgano jurisdiccional como poder político del Estado: el juez y su función en el derecho procesal, el poder de conducción del proceso, el poder de investigación, plasmados aquéllos como poderes-deberes, o lo que es lo mismo, como funciones ineludibles ⁽¹⁾.

Son dos las corrientes opuestas que obedecen ideologías encontradas en lo concerniente a esta materia: el liberal-individualismo, el dejar hacer, dejar pasar, y la intervención jerárquico-autoritaria del Estado; la primera debe corresponder a la figura del *juez espectador, convidado de piedra*, que durante tanto tiempo distinguió peyorativamente al proceso civil, neutralidad del juez o proceso por *rogación*, impulso del proceso confiado exclusivamente a las partes: *ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore, ne eat iudex extra petita partium, vel ultra, iudex iudicare debet secundum alligata et probata*. Y se han condensado en estas expresiones latinas las reglas máximas que componen como corolarios el denominado sistema o tipo *dispositivo*; la fórmula descrita es así la que corresponde a una concepción que postula la no intervención del Estado.

El principio político de derecho procesal de la *autoridad del juez*, en cambio, se adecúa a la cada vez mayor intervención del Estado, estatuyendo una especial posición del juez y de las partes en el proceso y ante su resultado. Se aboga por el aumento de los poderes del juez en lo que se refiere a la dirección y conducción del proceso, a la formación del material de conocimiento y a la vigilancia de la conducta de los demás sujetos del proceso; se trata de desplazar el centro de gravedad del proceso, con el desarrollo legislativo de la idea del *juez tropos*, sin que se borre definitivamente el poder de las partes, sus facultades o cargas, pero siempre como debe corresponder a los usuarios de un servicio público en una relación de *Estado-súbdito*.

Los sistemas procesales, esos también indiscutiblemente neutros, se resienten a veces de máculas que les significan sus raíces en la historia; máculas que un estudio científico tiene que aislar del sistema mismo. En la primera mitad del siglo pasado y como evolución cronológica (involución científica) de las concepciones extremas, surgidas ellas mismas como reacción a otras, en todos los países europeos y por lo tanto en España y en Iberoamérica, los

1) Clemente A. Díaz: *Instituciones de derecho procesal*, T.I., página 234, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

ordenamientos procesales destinados a aplicar la ley civil consideraban el proceso como cosa de las partes ⁽¹⁾, significando ello no sólo respeto por el poder omnímodo de éstas con referencia al objeto litigioso, sino también su exclusivo dominio en lo concerniente al desarrollo del proceso, a la técnica procesal, la dinámica, los términos, las modalidades, todo el aspecto formal en suma; las mismas irregularidades formales debían ser excepcionadas, borrando cualquier noción de oficiosidad del juez. El juez estaba sí por encima, pero por fuera de la lid; el proceso se desarrollaba entre los apoderados de las partes y los subalternos del despacho judicial, sin la presencia del juez, cuya única tarea consistía en emitir el fallo apoyándose en los *escritos* del expediente; hasta las pruebas se realizaban en su ausencia y le eran conocidas solamente por las actas, escritos a la vez redactados por el secretario. En un movimiento que Mauro Capeletti denomina de la "*publicización*" del proceso y que condena en su significado como una atribución de poderes vastos al juez y hasta discrecionales, en *todo lo atinente al aspecto formal*, la idea del juez espectador debe quedar superada y no sólo la idea, sino principalmente la realidad que se adecúe a una normación en tal sentido, como conducta correcta y técnica del juez *tropos*. Es una distinción que se establece entre el aspecto sustancial y el formal del proceso y que exige toda la oficiosidad del juez en el aspecto formal, respetando la disposición del objeto litigioso, siempre y cuando aquél se estructure como derecho sustancial disponible, es decir, confiado a la autonomía de la voluntad de las partes, y se respeta también, por lo menos al presente, como facultad y como carga su iniciativa del proceso. Es de esta sola manera como pueden adoptarse las formas metódicas aptas para desarrollar el presupuesto político jurídico del principio de *autoridad del juez*, coexistiendo en el ordenamiento procesal positivo, cada uno de los tipos, dispositivo o acusatorio e inquisitivo; como que desde el punto de vista de los poderes-deberes del juez y de las facultades-cargas de las partes para la aportación del material del conocimiento al proceso, esos sean los tipos conocidos en doctrina.

Puede aludirse a postulados que compongan cada uno de estos tipos o sistemas, a reglas técnico-jurídicas que les sean propias como condiciones que estructuren la actividad de las personas y sujetos procesales, que regulen la dinámica. Piénsese en la regla de la *impulsión procesal* como consistiendo en el poder de los su-

1) Mauro Capeletti: *El proceso civil en el derecho comparado*, EJEA, Buenos Aires, 1968, página 63.

jetos del proceso, juez o partes: demandante-demandado, acusador-acusado, para poner en movimiento y *mantener* la actividad del proceso, distinguiéndose así un impulso inicial y uno subsiguiente y desdoblándose en el sentido de la *iniciativa* y en el del impulso subsiguiente. Descendiendo al específico postulado del poder de *iniciativa del proceso*, se le presenta como el exponente máximo hoy, en el proceso moderno de los restos de la *dispositividad* que se respete por los ordenamientos, aún los más imbuídos del principio de "*publicización*" del proceso. A la vez, sus direcciones pueden señalarse como respondiendo a tres caminos, siendo el primero la facultad de *iniciar el proceso*, de desencadenar la jurisdicción con el ejercicio de una acción que plasme en demanda de tutela jurídica, una *pretensión*, de cualquier naturaleza que ella sea, también punitiva.

El impulso inicial confiado a las partes se observa más bien como una verdadera y propia *facultad*: el particular o el órgano que tenga a su cargo la *acusación* desde luego en un sistema acusatorio, es al respecto soberano para decidir acerca de la conveniencia y oportunidad del ejercicio de su acción. La iniciativa oficial, como confiada al juez apenas se justificaría en procesos para la aplicación de un muy especial derecho sustancial.

Un segundo sentido del postulado del poder de iniciativa del proceso, también aquél en general respetado por cualquier movimiento publicista, es el que se conoce en doctrina como *el principio de la congruencia* y que la regla máxima latina expresa, como antes se dijera, así: "ne eat iudex extra petita partium, vel ultra". De acuerdo con el sentido dispositivo de la regla el *thema decidendum* lo fijan las partes y el juez en su sentencia no puede violar estos linderos; el juez tiene que fallar según lo *pedido* por las partes. Cabe aquí de la misma manera por concatenación lógica la idea que sugiere otra máxima: "iudex iudicare debet secundum alligata" de acuerdo con la cual el juez no puede cambiar el estado de cosas fundante, ese que la parte expuso como narración fáctica en la cual apoyaba su petición... el juez no puede edificar su fallo sobre hechos no alegados. La sentencia tiene que ubicarse dentro de los límites que trazan las pretensiones tanto en la *solicitud* como en las *bases narrativas* que se aducen para fundamentarla. Igualmente, derecho sustancial de índole especialísima, justificaría el cercenamiento de esta facultad, más propiamente, *carga* como que su ejercicio de manera inadecuada o incompleta conlleva sanción procesal, soportándose la decisión adversa a causa de su falencia.

La tercera dirección es tal vez la más insospechada para el vulgo y se enuncia como la que corresponde a la *dispositividad de los recursos*, de manera especial del *recurso de apelación*. La máxima latina que condensa el significado es la del *tantum devolutum quantum appellatum* ⁽¹⁾. Este corolario, principio o poder, a su vez se ofrece con un significado triple: implica ante todo que el recurso solamente pueda proponerse por la parte que recibe agravio con la providencia; significa también que la competencia del ad quem se ve predeterminada por dos mojones. Uno: el de la prohibición de la reformatio in pejus, y el otro: el de la sustentación necesaria del recurso, siendo preciso entonces que se configure, para la segunda instancia una *expresión del agravio* que a la manera de la *pretensión* demarque los confines del reclamo en ese segundo grado de conocimiento, con la consecuencia de que el límite de la sentencia de este orden no pueda exceder el marco que trazó el recurrente agraviado desplazándose en los entornos de su propio agravio.

Lo anterior es cuanto se conserva a las partes como coniado a su dispositividad en un proceso moderno, esto, y esas singulares figuras que tienen operancia para los derechos subyacentes como sustancia disponible: allanamiento, desistimiento, transacción... arbitramento...

El postulado de la *conducción* del proceso, el postulado de la *investigación*, el de la vigilancia de la conducta de los justiciables y el de la adquisición procesal, determinan en su sentido moderno un solo centro de atribución de los poderes-deberes correspondientes: *el juez tropos*.

Es propio del sistema dispositivo el denominado *proceso por rogación*: "ne procedat iudex ex officio"; el juez solamente podría impulsar por rogación de las partes. El impulso procesal propiamente dicho se manifiesta en los actos inmediatamente posteriores a la iniciación del proceso y tiene que adecuarse al trazo ya sugerido del principio de autoridad del juez como impulso oficial, como función que si no se ejerce significa inconducta. El juez tiene que impulsar el proceso con independencia de la actividad de las partes, con el agotamiento de todos los actos tendientes a la finalización del mismo, aún en el supuesto evento de que el sistema positivo correspondiente, confiara también a las partes ese poder, para las cuales significaría ya facultad, ya carga en un sistema mixto. El tipo de impulso oficial exclusivo impediría la consideración de la cadu-

1) Enrique Vescovi: *Teoría general del proceso*. Temis, 1984, página 53.

cidad de la instancia o de la perención, como sanciones procesales porque el no impulso ya no significaría descuido de una carga, sino una inconducta del juez, sancionable desde cualquier ángulo que se mire.

El postulado de la *investigación* reclama una enérgica consagración de poderes-deberes; es en este campo en donde *la autoridad del juez* tiene que posibilitarse al máximo por la ley, justificando inclusive la figura del *juez dictador*, en el mejor de los sentidos que al término pueda concederse.

Para concluir, sin pretensión de agotamiento de un tema que puede y debe extenderse como conviene a un principio-núcleo generador de las más importantes y favorables consecuencias para la adecuada administración de justicia, cabe enunciar que el material de conocimiento, a saber: aportaciones de prueba, alegaciones de hechos y la actividad procesal misma que las partes incorporan al proceso, se *adquieren* para éste, en una unidad formal y material, ajena a la consideración del provecho o perjuicio que signifique para la parte aportante, la cual de ninguna manera puede ya separarla del proceso. Es que ese material y *todo el proceso, son del juez*, como herramienta, como instrumento en el logro de su más importante tarea: *la sentencia*.

LA SENTENCIA CONDENATORIA DE PRIMERA INSTANCIA EN JUICIO ORDINARIO SIN INTERVENCION DE JURADO

Alfonso Ortiz Rodríguez

1. Advertencia previa. 2. Definición de sentencia condenatoria. 3. Conocimiento cierto del hecho imputado. 4. Conocimiento de que ese hecho es punible. 5 Individualización de la pena. 6. Determinación de la multa y penas accesorias. 7. Determinación de la cuantía de la indemnización. 8. La resolución condenatoria. 9. Condena de ejecución condicional. 10. Sentencia deficientemente motivada. 11. Sentencia errónea. 12. Sentencia inválida. 13. Sentencia injusta.

1. *Advertencia previa*

La sentencia, según el C. del P. Penal colombiano, es la providencia que decide el objeto del proceso previo agotamiento del trámite de la instancia o de la casación. Esta generalísima noción comprende tanto la sentencia condenatoria como la absolutoria que decide la situación del imputable o del inimputable, ya en única instancia o en primera o segunda instancia. Comprende la decisión que se profiere previo el trámite del procedimiento ordinario, de un procedimiento especial o del recurso extraordinario de casación. Esto significa que la esencia de la sentencia es única pero su fenomenalización es múltiple y variada.

En cuanto decisión, la sentencia es el juicio del juez sobre el objeto del proceso y la resolución de dicho objeto determinada por el juicio. Por tanto, la sentencia es operación del entendimiento del

juez consistente en comparar dos o más ideas para conocer y determinar sus relaciones. Es un conjunto de razonamientos en el que el juez, de uno o varios juicios denominados premisas, infiere un nuevo conocimiento llamado conclusión que se desprende lógicamente de las premisas. Es, por tanto, conocimiento del caso, suceso o acontecimiento y razonamiento conclusivo. En cuanto resolución, la sentencia es la solución que el juez da al caso con fundamento en el mencionado conocimiento racional.

Como se infiere de los artículos 341 y 360, el objeto que el juez decide comienza a constituirse con las primeras diligencias investigativas y prosigue su definición en el sumario. En estas dos fases procedimentales el objeto en mención carece de contornos definidos. Es en la resolución de acusación donde el objeto del proceso se concreta e individualiza, adquiriendo ya contornos muy definidos. En el procedimiento ordinario, esta definición del objeto tiene gran importancia en relación con el contenido y la validez de la sentencia. Pero en los procedimientos en que dicha resolución no se profiere, como en el regulado por el decreto 180 de 1988, el objeto del proceso permanece indefinido durante todo el procedimiento y es en el fallo donde se concreta e identifica. El objeto que se decide mediante la sentencia de casación está constituido por la validez o invalidez del juicio en que se ha proferido el fallo impugnado y por el motivo de casación aducido por el recurrente para pedir la infirmación de dicho fallo. De lo expuesto en este párrafo se infiere que, a pesar de la esencia unitaria de la noción de sentencia, el objeto que mediante el fallo se resuelve es múltiple y variado.

La diversa fenomenalización de la esencia sentencia, sustenta la conveniencia de estudiar específicamente cada clase de sentencia. Conforme a este punto de vista, el presente ensayo sólo trata de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida contra-imputable en el juicio ordinario sin intervención de jurado.

2. *Definición de sentencia condenatoria*

La sentencia condenatoria, en el juicio ordinario sin intervención de jurado, es el acto jurídico procesal por el cual el juez decide, previo agotamiento del trámite de primera instancia, que el acusado es autor o cómplice, penalmente responsable, del hecho punible afirmado en la resolución de acusación o probado en el juzgamiento;

impone las penas correspondientes y la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados en cuantía determinada. En algunos casos decide, también, sobre la suspensión condicional de la ejecución total o parcial de la sentencia. Esta noción, inferida de la observación y la experiencia, contiene los siguientes elementos:

a) El conocimiento cierto del hecho y de que ese hecho es punible conforme a la ley. La sentencia, por tanto, es el conjunto de juicios o razonamientos probatorios por el cual el juez obtiene el conocimiento cierto de la existencia real y objetiva del hecho afirmado en la acusación o caracterizado en el juzgamiento y de que el acusado lo realizó o contribuyó a realizarlo. Y conjunto de juicios o razonamientos de carácter legal por el cual obtiene el conocimiento del tipo penal específico a que pertenece el mentado hecho real y objetivo y el conocimiento de que el acusado es autor determinante, autor material o cómplice.

b) El conocimiento de los elementos necesarios para individualizar judicialmente la pena, fijar la cuantía de la indemnización por los daños materiales y morales y decidir sobre la ejecución inmediata de la sentencia o la suspensión condicional total o parcial de dicha ejecución. La sentencia, por tanto, es el conjunto de razonamientos probatorios, legales y axiológicos por el cual el juez adquiere aquel conocimiento.

c) El conocimiento racional antes mencionado determina la voluntad del juez hacia la resolución de condena. Esta decisión es consecuencia lógica de las premisas sentadas conforme a los dos numerales anteriores.

3. *Conocimiento cierto del hecho imputado*

La sentencia condenatoria, como se infiere del artículo 247 del C. de P. Penal, se funda en la prueba que conduce a la certeza de la existencia real y objetiva del hecho y de la persona que lo realizó o contribuyó a realizarlo. Esto equivale a decir que el juez debe tener un conocimiento claro y seguro del caso y de la participación de la persona en su ejecución. ¿Cómo adquiere tal conocimiento? Este conocimiento lo obtiene mediante la apreciación en conjunto de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica. Es, pues, consecuencia de un proceso intelectual. En esta operación mental debe observar un método como el siguiente:

a) El juez debe seleccionar el medio de prueba que según el artículo 252 del C. de P. Penal pueda ser apreciado. Por tanto, sólo puede apreciar pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso.

b) Seleccionado el medio de prueba debe proceder a su análisis para descubrir con exactitud el hecho físico o psíquico contenido en ese medio. Esto lo lleva a cabo mediante la lectura atenta y minuciosa del acta de inspección, del informe pericial, del acta que contiene la declaración del testigo o del acusado, y así. Pero también debe tener en cuenta las conclusiones que sobre el mismo asunto le han propuesto los sujetos procesales del juzgamiento.

c) Hecho lo anterior, el juez debe proceder a conocer el valor probatorio del medio de prueba analizado. En esta tarea se vale de las reglas de la sana crítica existentes para apreciar ese determinado medio. Tales reglas son principios generales elaborados por los pensadores partidarios del sistema de apreciación libre y racional de las pruebas o que por lo menos no comparten el sistema de pruebas legales. Tales principios han sido elaborados con base en el estado de la ciencia y de la técnica en el tiempo en que se han formulado. Por eso es necesario tener en cuenta si la ciencia y la técnica actuales siguen apoyando o no esas reglas. En el primer caso se deben seguir aplicando. En el segundo caso se deben desechar y elaborar el principio de valoración que corresponda a la época actual. ¿Cómo procede el juzgador en la operación mental anterior?

El juez sabe, por ejemplo, que según las reglas de la sana crítica testimonial, un testimonio merece total credibilidad cuando reúne las características (A, B y C). Descubre que en el testimonio de Pedro se presentan esas características. Luego, el testimonio de Pedro merece total credibilidad. La veracidad de esta conclusión depende de la veracidad de las reglas aplicadas y de la existencia cierta de esas características en el testimonio de Pedro. ¿Qué es lo que de esta manera conoce el juez? Mediante esta operación el juez conoce que lo afirmado por Pedro es cierto. Que lo dicho por este testigo ocurrió realmente. El juez sabe que, según las reglas de la sana crítica del dictamen pericial, éste merece total credibilidad cuando de él son predicables las características (X, Y y Z). Descubre por el análisis que en el dictamen analizado concurren esas características. Luego, el mencionado dictamen merece total credibilidad. Mediante este razonamiento el juez conoce que lo afirmado por el perito o peritos es cierto. La certidumbre de esta conclusión depende

de la veracidad de las reglas aplicadas y de la existencia cierta de esas características en el informe pericial analizado. En este proceso de valoración probatoria debe tener en cuenta, también, las conclusiones valorativas expuestas por los sujetos procesales del juzgamiento. Y de la misma manera prosigue con los demás medios de prueba que deba apreciar. Si cada una de las pruebas apreciadas merece total credibilidad, el juez llega a persuadirse de que está en posesión de la verdad de lo sucedido.

Pero puede suceder que en un testimonio concurren las características afirmativas (A y B) y la negativa (no C). Que en otro concurren las características afirmativas (A y C) y la negativa (no B). Que en un tercero concurren las circunstancias afirmativas (B y C) y la negativa (no A). Cada uno de ellos ofrece motivos de credibilidad pero no total credibilidad. Un conjunto probatorio de esta índole jamás conducirá a la certeza del hecho punible y de la participación del acusado. Sin embargo, muchos jueces han afirmado que sí conduce a esa certeza si al relacionar las características afirmativas de cada testimonio se logra el convencimiento sobre la existencia del hecho y de la participación. Es como si fallara la lógica de proposiciones y aún la lógica de términos.

d) Como se infiere de lo antes expuesto, la apreciación de cada medio de prueba suministra, por lo general, el conocimiento de un hecho parcial. Es muy difícil y prácticamente imposible que un solo medio probatorio suministre el conocimiento del hecho total. Por tanto, el juez debe comparar cada hecho parcial con los demás para conocer y determinar las relaciones entre ellos. Estas relaciones pueden ser de identidad y entonces el juez dice que una prueba confirma otra. Pueden ser de complementación. En este caso una prueba complementa otra y así, lógicamente ensambladas, se llega al hecho total. Pueden ser de antecedente a consecuente. En este caso, cada prueba tiene su propio valor y mediante la aplicación del principio anotado se logra una sucesión de fases o hechos menores que integran el hecho total. Pueden ser de contradicción. En este caso el juez debe poner el conjunto probatorio afirmativo en uno de los platillos de la balanza de la justicia y el conjunto probatorio negativo en el otro. Su conciencia axiológica es la que le permitirá decidir cuál de los dos pesa más. Para condenar es necesario que el primer conjunto sea más pesado.

En conclusión, el conocimiento del hecho imputado y de la participación del acusado se obtiene mediante un conjunto de razonamientos probatorios. Sin este conocimiento claro y seguro es imposible pasar al conocimiento legal del caso.

4. *Conocimiento de que ese hecho es punible*

El acusado imputable incurre en la pena por razón de que el hecho, por él realizado o a cuya realización ha contribuido, se encuentra previsto en la ley como punible. Por tanto, el juez debe analizar el hecho estimado probado para ver si en él concurren todos los elementos constitutivos del tipo penal afirmado en la resolución de acusación o de un hecho típico distinto según las pruebas practicadas en el término probatorio del juicio o en la audiencia pública. En esta nueva operación mental, el juzgador debe razonar conforme a la siguiente metodología:

a) La intuición y el criterio jurídicos del juez le permiten seleccionar las disposiciones legales referentes al caso y a partir de las cuales elaborará el juicio normativo universal o premisa mayor.

b) Conforme a los principios que rigen la interpretación de la ley penal, el juez debe descubrir los sentidos implícitos y explícitos contenidos en las disposiciones legales seleccionadas. De esta manera conoce el verdadero sentido y alcance de dichas disposiciones.

c) Conocido el sentido y alcance de las disposiciones legales seleccionadas, el juez debe proceder a elaborar y formular el juicio normativo universal o premisa mayor. Por ejemplo: si un empleado oficial de 16 años de edad o más es imputable, en el ejercicio de sus funciones falsifica un documento público que pueda servir de prueba; lesionando o poniendo en peligro, sin justa causa, la capacidad probatoria del documento y conociendo que ese hecho es punible y queriendo libremente su realización; incurrirá en prisión de tres a diez años. Este juicio normativo universal se ha elaborado con base en los artículos 218, 4º y 36 del C. Penal. Si una persona natural, de 16 años o más es imputable, con violencia sobre las personas se apodera de una cosa mueble ajena con el propósito de obtener provecho para sí o para otro; lesionando o poniendo en peligro, sin justa causa, el interés jurídico patrimonial de otro y conociendo que ese hecho es punible y queriendo libremente su realización; incurrirá en prisión de dos a ocho años. Esta premisa mayor ha sido elaborada a partir de los artículos 349, 350, 4º y 36 de la obra citada.

d) Con fundamento en el hecho estimado probado, el juez elabora el juicio particular o premisa menor. Por ejemplo: de acuerdo con lo probado en este juicio, *Pedro Antonio Bustamante Herrera*,

empleado oficial mayor de 16 años de edad e imputable, en ejercicio de sus funciones falsificó el documento público visible a fs. 10 del expediente, el cual podía servir de prueba, habiendo destruido su capacidad probatoria sin causa de justificación alguna; conociendo que ese hecho es punible y realizándolo con voluntad libre. O bien: de acuerdo con lo probado en este juicio, *Juan Alberto Jiménez Rodríguez*, de 25 años de edad e imputable, sin ejercer violencia contra persona alguna, se apoderó de una cosa mueble perteneciente a *Roberto Gómez Bolaños* con el propósito de obtener provecho para sí, lesionando de esta manera y sin justa causa, el interés jurídico patrimonial del mencionado señor, conociendo que ese hecho es punible y realizándolo con voluntad libre. En uno y otro ejemplo, la premisa menor se elabora con base en la conclusión del razonamiento probatorio.

e) Hecho lo anterior, el juzgador debe llevar a cabo la operación mental consistente en comparar la idea contenida en la premisa mayor con la idea contenida en la premisa menor. La imagen mental suministrada por las disposiciones legales la compara con la imagen mental suministrada por el razonamiento probatorio. Esta comparación le permite inferir un nuevo juicio por el cual afirma que, en el primer ejemplo, entre el juicio universal y el juicio particular existe relación de identidad y, por tanto, *Pedro Antonio Bustamante Herrera* es autor culpable del delito de "Falsedad material de empleado oficial en documento público". En cambio, al comparar la premisa mayor con la premisa menor en el segundo ejemplo, infiere que la relación entre ellas es de disparidad y por eso le es imposible afirmar que *Juan Alberto Jiménez Rodríguez* sea autor culpable del delito de "Hurto calificado". En este caso, las pruebas producidas, allegadas o aportadas en el juicio han modificado el hecho típico afirmado en la resolución de acusación. Por tal razón, conforme al artículo 501 del C. de P. Penal, el juez tiene que elaborar una nueva premisa mayor que, al compararla con la premisa menor puede inferir relación de identidad entre ellas y afirmar, entonces, que el delito cometido por el acusado es el de "Hurto" previsto en el artículo 349 del C. Penal y no el imputado en la resolución de acusación.

En conclusión, el conocimiento legal del hecho y de la clase de participación del acusado se obtiene mediante un conjunto de razonamientos lógico-jurídicos. Sin este conocimiento es imposible pasar a la determinación de las consecuencias jurídicas que habrá de sufrir el acusado por su hecho.

5. *Individualización de la pena*

Según el artículo 12 del C. Penal, la pena es retribución. La pena retribución se funda en la idea de justicia correctiva que exige proporcionalidad entre el daño injustamente causado y el daño de la pena. Por tanto, en el caso concreto, la pena debe ser proporcional al daño causado por el hecho punible. Según la disposición citada, la pena es también medio para obtener la resocialización del individuo. Por eso la pena debe ser proporcional a la necesidad de resocializar al condenado. Para lograr que la pena en el caso individual sea justa, sea proporcionada, el artículo 61 de la obra en cita prescribe al juez que, dentro de los límites señalados por la ley, imponga la pena teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación previstas en los artículos 64, 65 y 66 *ibídem* y la personalidad del acusado. El inciso segundo del artículo 61 señala otros criterios adicionales en los casos de tentativa, complicidad y concurso de hechos punibles. Estos criterios, de alguna manera, se refieren a la gravedad del hecho realizado. Luego de examinar atentamente todos esos criterios, llego a la conclusión de que la pena en cada caso debe fundarse en la gravedad del hecho, el grado de culpabilidad y la capacidad para delinquir del acusado. Los dos primeros fundamentos apoyan la pena retribución y el último la pena medio de resocializar. Conforme a este punto de vista, los juicios que es preciso elaborar para individualizar la pena son los siguientes:

- a) La pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho punible.
- b) La pena debe ser proporcionada al grado de culpabilidad.
- c) La pena debe ser proporcionada a la capacidad para delinquir.

El resultado de estos tres juicios debe ser la pena que se impone al acusado por su hecho punible.

1. *Proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena*

El legislador, al señalar el mínimo y el máximo de pena para cada hecho punible que describe, expresa su criterio sobre la gravedad de ese hecho. Por ejemplo: el artículo 349 del C. Penal señala

una pena de uno a seis años de prisión para el autor del hurto descrito en esa disposición. El artículo 350 de la misma obra prevé la pena de dos a ocho años de prisión para el autor del hurto calificado a que esa disposición se refiere. De esto se infiere que para el legislador este último hecho punible es más grave que el primero. Pero al establecer que la gravedad y modalidades del hecho es criterio para determinar la pena en el caso concreto, reconoce claramente que dicha gravedad es más o menos, que ella es graduable. Por esto es por lo que el juez en la sentencia debe determinar esa gravedad.

¿De qué depende la gravedad del hecho? Después de examinar cuidadosamente la totalidad de hechos punibles descritos en el C. Penal y las circunstancias de atenuación y agravación previstas en los artículos 64 y 65 de la obra citada, se concluye que esa gravedad depende de la magnitud del daño social y del daño individual ocasionados por la acción o la omisión. El daño social, cualquiera que sea la ideología jurídico-penal del juez, es el menoscabo o disminución de la seguridad colectiva, la tranquilidad pública y de las condiciones generales materiales y espirituales de vida. El daño individual es la pérdida o disminución de uno o más bienes jurídicos individuales. Por esto es por lo que procurar voluntariamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias; o resarcir voluntariamente el daño, aunque sea en forma parcial, son circunstancias de atenuación que denotan una menor gravedad del hecho. Por el contrario, el tiempo, el lugar, los instrumentos y el modo de ejecución del hecho, cuando dificultan la defensa del ofendido; el obrar en complicidad con otro; el ejecutar el hecho aprovechando calamidad, infortunio o peligro común; el hacer más nocivas las consecuencias del hecho punible ejecutado; el ejecutarlo empleando medio del que pueda resultar peligro común; y el cometerlo sobre objetos expuestos a la confianza pública, custodiados en dependencias oficiales, pertenecientes a éstas o destinados a la utilidad, defensa o reverencia colectivas; son circunstancias agravantes que denotan una mayor gravedad del hecho.

Esta íntima unión entre la gravedad del hecho y las circunstancias de atenuación y agravación que denotan menor o mayor gravedad del hecho, no debe confundir al juez. Tales circunstancias no deben tomarse primero para determinar la gravedad del hecho y luego como circunstancias. La gravedad y modalidades del hecho hay que determinarlas separadamente. Pero es claro que la naturaleza de tales circunstancias orienta al juez en aquella determinación.

La gravedad del hecho depende, también, de ciertas condiciones sociales más o menos transitorias. La comisión de delitos de hurto ha crecido desmesuradamente en el país. También ha crecido la comisión de lesiones personales y de homicidio. Esto significa que la pena para cada hurto, para cada delito de lesiones personales y de homicidio debe ser más grave porque ese aumento delictual genera mayor inseguridad individual y colectiva y permite inferir que su comisión viene siendo imitada por otros.

El juez debe tener presente, entonces, que los hechos punibles que ocasionan mayor daño social y mayor daño individual son más graves que los que causan menor daño social y menor daño individual. Los criterios axiológicos juegan papel preponderante en la elaboración del juicio sobre la gravedad del hecho.

II. *Proporcionalidad entre el grado de culpabilidad y la pena*

El dolo, la culpa y la preterintención son las tres formas de culpabilidad previstas en el Código. Por tanto, la expresión grado de culpabilidad significa grado del dolo, grado de la culpa y grado de la preterintención. Todas las formas de culpabilidad se apoyan en la idea de que el culpable tiene capacidad de comprender la ilicitud de su hecho y capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Pero el juez debe reconocer que esas capacidades no son iguales en todos los individuos y que en determinadas circunstancias una u otra capacidad, en el mismo individuo, puede estar disminuída. Este reconocimiento conduce a pensar que, a mayor capacidad de comprender y/o de determinarse, mayor grado de culpabilidad. A menor capacidad de comprender y/o de determinarse, menor grado de culpabilidad. La capacidad de comprensión depende de la instrucción y de la experiencia del acusado. La capacidad de autodeterminación depende de la libertad de dicho acusado. Por tanto, a mayor instrucción, experiencia y libertad, mayor grado de culpabilidad. A menor instrucción, experiencia y libertad, menor grado de culpabilidad. Por esto es por lo que obrar en estado de emoción o pasión excusables o de temor intenso; obrar bajo la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares; obrar por sugestión de una muchedumbre en tumulto; obrar por indigencia o falta de ilustración; y obrar en condiciones de inferioridad síquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas; son circunstancias de atenuación que denotan un menor grado de culpabilidad en el acusado. Por el contrario, la preparación pon-

derada del delito; el abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido; el ejecutar el hecho con insidias o artificios o valiéndose de la actividad de inimputables; y abusar de la credulidad pública o privada; son circunstancias de agravación que denotan un mayor grado de culpabilidad en el acusado.

Esta íntima unión entre el grado de culpabilidad y las circunstancias de atenuación y agravación que denotan menor o mayor grado de culpabilidad, no debe confundir al juez. El grado de culpabilidad es criterio determinante de la pena distinto de las mencionadas circunstancias. Pero éstas facilitan la elaboración del juicio sobre el grado de culpabilidad.

Siguiendo las pautas anteriores puede afirmarse que el dolo directo y determinado es forma de culpabilidad mayor que la culpabilidad por dolo eventual. Que la culpabilidad por dolo premeditado es mayor que la culpabilidad por dolo de ímpetu. Que la culpabilidad por culpa sin previsión es en general menos grave que la culpabilidad por culpa con previsión. Y que aquella y ésta tienen aún grados. Que la naturaleza de la intención del agente y la facilidad o no de prever el resultado sirven para determinar el grado de culpabilidad preterintencional.

Consecuencia de todo lo anterior es: a mayor grado de culpabilidad, mayor pena. A menor grado de culpabilidad, menor pena.

III. *Proporcionalidad entre la capacidad para delinquir y la pena*

El análisis y la valoración de la personalidad del acusado revelan su capacidad para delinquir. Esta capacidad se muestra por hechos establecidos en el proceso que permiten inferir la proclividad de la persona a cometer delitos. Con esta finalidad el artículo 360 del C. de P. Penal ordena practicar las pruebas necesarias para conocer los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal, así como las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del procesado; su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía y sus condiciones de vida. En este orden de ideas, la buena conducta anterior, el obrar por motivos nobles o altruistas y el presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido el hecho o evitar la injusta sindicación de terceros; son circunstancias que denotan una menor capacidad para delinquir y tienen el

carácter de atenuantes conforme al artículo 64 del C. Penal. Al contrario, el obrar por motivos innobles o fútiles; los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al procesado respecto del ofendido o perjudicado o de la familia de éstos; la posición distinguida que ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargos, oficio o ministerio; haber cometido el hecho para ejecutar u ocultar otro, o para obtener o asegurar para sí o para otro el producto, el provecho, el precio o la impunidad de otro hecho punible; y observar con posterioridad al hecho una conducta que indique una mayor perversidad; son circunstancias reveladoras de una mayor capacidad para delinquir y agravan la pena según el artículo 66 del C. Penal. Las circunstancias mencionadas sirven para comprender lo que el legislador entiende por capacidad para delinquir de la personalidad del acusado, pero no deben confundirse con ésta. Pero es necesario reconocer que dichas circunstancias y la personalidad, íntimamente unidas, determinan el criterio de la capacidad para delinquir.

La codicia, la concupiscencia, el odio, la venganza y la envidia, son otros tantos motivos determinantes de la comisión de un hecho punible. La pobreza económica, el desempleo, las malas compañías y la imitación, son factores que influyen en la comisión de un hecho punible. El desajuste en las relaciones con las personas del círculo social a que pertenece el acusado o con las personas de su familia, revela que el procesado necesita corregirse. Los hábitos viciosos del acusado revelan que necesita corrección. Los antecedentes judiciales y de policía revelan que el procesado ha vivido en pugna con lo dispuesto por las leyes. Datos como los anteriores muestran que el acusado es capaz de cometer hechos punibles, que vive en un medio que lo estimula a la comisión de tales hechos. En tales casos se dice que tiene mayor capacidad para delinquir y que requiere de resocialización.

Cuando del acusado no son predicables circunstancias como las anteriores sino que el hecho punible cometido aparece como algo insular en su vida, como algo excepcional, resulta evidente que ese hecho no es reflejo de su personalidad. Es consecuencia de circunstancias extraordinarias que probablemente no se volverán a presentar en la vida del procesado. En casos como este se dice que tiene mínima capacidad para delinquir. Por tanto, la necesidad de resocialización es mínima o inexistente.

Los dos párrafos anteriores muestran los dos extremos de la capacidad para delinquir. El juez debe partir de la no capacidad

para delinquir y ascender en la gradación según la concurrencia de circunstancias que la denotan. Y cuando concurren todas debe afirmar la máxima capacidad para delinquir.

En conclusión: a mayor capacidad para delinquir, mayor pena. A menor capacidad para delinquir, menor pena. Este juicio criminológico o sociológico criminal es el que en su momento servirá, también, de base para afirmar que el acusado requiere o no requiere tratamiento penitenciario.

IV. Determinación de la pena conforme a esos tres criterios

Como se infiere de lo expuesto, la pena retribución se apoya en la idea de justicia proporcional. La pena medio de resocialización se apoya en la idea resocializadora. La cantidad de la pena retribución, del castigo, se debe determinar con base en la gravedad del hecho y en el grado de culpabilidad. Injusto total, objetivo y subjetivo, es el fundamento de la medida de la pena. La cantidad de pena, medio de resocialización, se debe determinar con base en la capacidad para delinquir. En principio, los juicios sobre la cantidad de pena pueden formularse así:

Cuando el hecho punible es de máxima gravedad, máximo el grado de culpabilidad y máxima la necesidad de resocialización, el acusado merece el máximo de la pena señalada en la ley. Cuando el hecho punible es de mínima gravedad, mínimo el grado de culpabilidad y mínima la necesidad de resocialización, el acusado merece el mínimo de la pena señalada en la ley.

Pero en el caso concreto puede suceder que el hecho es de máxima gravedad, mínimo el grado de culpabilidad y mínima la necesidad de resocialización. En este caso la pena sólo puede ser ligeramente superior al mínimo señalado en la ley. Si se predica máxima gravedad del hecho y máximo grado de culpabilidad y mínima capacidad para delinquir, es claro que el acusado no debe ser condenado al máximo de la pena señalado en la ley. Y así. El juez, según su conciencia axiológica, debe determinar cuál de esos criterios es más importante. ¿Es más importante la gravedad del hecho y el grado de culpabilidad que la capacidad para delinquir? ¿Cuál de los tres factores es más importante? La respuesta a estos interrogantes facilita la determinación de la pena.

V. *Determinación de la pena tentativa*

En el caso de tentativa, el juez debe proceder de la misma manera que en caso de delito consumado. Pero debe tener en cuenta, para determinar la gravedad del hecho, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo. Para juzgar sobre esta circunstancia, el juez debe saber si el acusado hizo todo lo necesario para consumar el delito o si no lo hizo. En el primer caso hablará de tentativa acabada y en el segundo de tentativa inacabada. Si la circunstancia ajena de la voluntad del acusado se presenta cuando ya había hecho lo necesario para consumar el delito, esta tentativa tiene máximo grado de aproximación al momento consumativo y por consiguiente el hecho es de mayor gravedad. Si dicha circunstancia se presenta cuando el procesado aún no había hecho todo lo necesario, esta tentativa está más o menos lejana del momento consumativo. Esto equivale a lo que en el C. Penal anterior se denominaba tentativa (tentativa inacabada) y frustración (tentativa acabada)..

VI. *Determinación de la pena para el cómplice*

En caso de que el acusado sea cómplice, el juez debe proceder de la misma manera que en caso de autor. Pero debe tener en cuenta, para individualizarle la pena, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda. El juez debe reconocer que la participación del cómplice sólo facilita o favorece el desarrollo de la acción u omisión del autor. Por tanto, cuanto más efectivamente facilite o favorezca ese desarrollo, mayor eficacia de la contribución o ayuda. En el caso contrario la eficacia es menor. Debe reconocer que la contribución o ayuda es un estímulo complementario no necesario para el obrar del autor y que puede ser meramente psicológica, meramente material o ser psicológica y material. Que la primera es menos efectiva que la segunda y cada una de ellas, separadamente, menos eficaz que el concurso de las dos. Que la contribución puede prestarse en la llamada fase preparatoria, en la ejecutiva o en la denominada consumativa. Y que la última es generalmente más eficaz que las dos primeras. Esta mayor o menor eficacia se entronca con la mayor o menor gravedad del obrar del cómplice. Así, la contribución de máxima eficacia merece el máximo de pena. La contribución de mínima eficacia el mínimo de pena y entre los dos extremos la eficacia medianera.

VII. *Determinación de la pena en caso de concurso*

Se tiene el caso de hurto calificado en concurso con lesiones personales que han ocasionado sólo incapacidad para trabajar por treinta días. Se tiene el caso de acceso carnal violento en concurso con lesiones personales que ocasionaron mera incapacidad para trabajar de treinta días y hurto contra el patrimonio de la accedida carnalmente y que se ha calificado como hurto simple. En el primer ejemplo, conforme al artículo 26 del C. Penal, siguiendo el procedimiento ya indicado, determina la pena imponible para el hurto calificado y está facultado para aumentarla hasta en otro tanto. Pero el artículo 28 de la obra citada establece que, la pena aplicable en el concurso, no puede ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles. Y en ningún caso puede exceder de 30 años. En tales condiciones, si en este primer ejemplo el juez ha fijado la pena para el hurto en el mínimo de dos años de prisión, antes de fijar el aumento debe pensar en la cantidad de pena que sería aplicable por las lesiones personales. Si estima que también sería el mínimo, la pena de dos años ya indicada sólo podrá aumentarla en dos meses como máximo. En el segundo ejemplo el acceso carnal violento es el delito que tiene pena más grave. Si en este caso el juez fija la pena por este hecho en treinta meses, antes de decidir sobre la cantidad en que debe aumentar esa pena, debe estimar la que sería imponible por el hurto y por las lesiones. Si considera que por el hurto la pena es de un año de prisión y de dos meses de arresto por las lesiones, el aumento a la pena señalada para el acceso carnal no podrá ser superior a 14 meses. Y así en los demás casos. Tal es el sentido de los artículos 26 y 28 citados.

6. *Determinación de la multa y penas accesorias*

La multa es pena principal según el artículo 41 del C. Penal. Dentro de los límites fijados por la ley, la cuantía de la multa se determina, según el artículo 46 *ibídem*, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción; si ha habido resarcimiento total o parcial del daño causado o no; la situación económica del acusado; el estipendio diario derivado de su trabajo; las obligaciones civiles del acusado contraídas antes de cometer el delito, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar. Es evidente

que cada una de esas condiciones debe estar probada mediante prueba que conduzca a la certeza.

La duración de las penas accesorias temporales, dentro de los límites señalados por la ley, se determina siguiendo los mismos procedimientos que se observan para la individualización de la pena privativa de la libertad.

7. Determinación de la cuantía de la indemnización

El artículo 360 del C. de P. Penal ordena al funcionario de instrucción practicar las pruebas conducentes al esclarecimiento de los daños y perjuicios de orden moral y material causados por el hecho punible. Mediante la apreciación en conjunto de esas pruebas el juez obtiene el conocimiento sobre la existencia de daño moral y daño material, y si el primero y/o el segundo son o no susceptibles de valoración pecuniaria. En el caso de que ello haya sido posible, en el proceso debe aparecer el dictamen pericial correspondiente. En este evento, lo pertinente es apreciar ese informe pericial conforme a las reglas de la sana crítica y si merece credibilidad, determinar la cuantía de la indemnización con base en esa prueba. Si se trata del caso previsto en el artículo 364 del Código citado, lo indicado es apreciar, conforme a las reglas de la sana crítica, esa fijación hecha bajo juramento por el perjudicado y según su mérito se acogerá o rechazará. En el caso de que no haya dictamen ni la fijación antes dicha, el juez debe proceder en la forma prevista en los artículos 106 y 167 del C. Penal.

Aplicación del artículo 106. Previa apreciación de las pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso, el juez debe determinar la existencia de daño moral. Conocido esto, con fundamento en las modalidades del hecho y los razonamientos referentes a las condiciones de la persona ofendida y de la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido, fija la cuantía de la indemnización de este daño que puede llegar hasta el valor en moneda nacional de mil gramos oro. Si la fija en diez gramos oro debe convertir esto en pesos según el precio del gramo de oro según el Banco de la República y en la fecha de la sentencia. Si la fija en cien gramos oro hará lo mismo y así.

Aplicación del artículo 107. Previa apreciación de las pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso, el juez

debe determinar la existencia de daño material y que en el expediente no existen bases suficientes para haberlo fijado mediante perito. Establecido lo anterior, con base en la naturaleza del hecho punible, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del mencionado hecho, fija la cuantía de la indemnización por este daño que puede llegar hasta el valor en moneda nacional de cuatro mil gramos oro. Si la fija en cien gramos oro debe convertir esto en pesos según el precio del gramo de oro señalado por el Banco de la República en la fecha de la sentencia. Y así.

8. *La resolución condenatoria*

La consecuencia lógica y necesaria del conjunto de razonamientos probatorios, legales y axiológicos, es la resolución de condenar al acusado por su participación en la realización del hecho punible a la pena principal, a las penas accesorias ya determinadas y a la indemnización de los daños morales y materiales en la cuantía ya fijada. Esta resolución es ya la declaración de voluntad del juzgador hecha en nombre de la República y por autoridad de la ley. Se trata de un acto voluntario que tiene su origen en la inteligencia y en la autodeterminación del juez. El juez, según el artículo 43 del C. Penal, debe enviar copia de la sentencia a la Dirección general de prisiones para que, en caso de condena a pena privativa de la libertad, disponga lo necesario para ejecutarla. Pero según el artículo 611 del C. de P. Penal, debe enviar copia también a la Dirección Nacional de Instrucción y al fiscal respectivo de única o primera instancia para que vigilen la ejecución de esa pena. La ejecución de las penas accesorias y de la multa se lleva a cabo en la forma prevista en los artículos 614 y 615 del Código últimamente citado.

Si se presenta alguna de las circunstancias descritas en el artículo 432 del C. de P. Penal, el juez puede aplazar o suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta conforme al artículo 613 ibídem.

9. *Condena de ejecución condicional*

Una vez determinada la pena privativa de la libertad, el juez ya sabe si se reúne el requisito señalado en el ordinal primero del artículo 68 del C. Penal. Como al individualizar esa pena el juez ha valorado la personalidad del acusado y la naturaleza y modalidades del hecho, tiene ya conocimiento de los fundamentos para inferir si el condenado requiere o no tratamiento penitenciario. Sin embargo, lo decisivo aquí es la personalidad y muy particularmente la capacidad para delinquir que es lo que realmente fundamenta la necesidad de resocialización o no y, por tanto, de tratamiento penitenciario o no.

El tratamiento penitenciario en Colombia, según se infiere del decreto 1817 de 1964 llamado Código Carcelario, se compone de tres procesos mediante los cuales se procura regenerar moral y socialmente al condenado. El uno es disciplinario por el cual se trata de crear en el condenado hábitos y usos compatibles con la vida social libre. Se trata, por tanto, de disciplinar al condenado. El otro es laboral y por él se trata de habitar al condenado al trabajo y regenerarlo moral y socialmente. El otro proceso es educacional y por él se trata de conseguir también la regeneración moral y social del condenado. De esto, que es exacto en nuestra patria, resulta:

- a) Requiere tratamiento penitenciario el condenado que necesita ser disciplinado.
- b) Requiere tratamiento penitenciario el condenado que requiere ser regenerado moral y socialmente, por el trabajo.
- c) Requiere tratamiento penitenciario el condenado que necesita de regeneración moral y social por la educación.

10. *Sentencia deficientemente motivada*

La sentencia es deficientemente motivada por las causas siguientes:

- a) Por el análisis insuficiente del contenido de cada medio de prueba.
- b) Por la deficiente apreciación de cada medio de prueba.

- c) Por la defectuosa concatenación de los diferentes valores probatorios.
- d) Por la imperfección de la constitución del caso subjudice.
- e) Por la incompleta elaboración del juicio normativo universal o premisa mayor.
- f) Por la imperfección en los razonamientos que conducen a la individualización de la pena principal o de las penas accesorias.
- g) Por los defectos en los razonamientos que conducen a la determinación de la cuantía de la indemnización por los daños morales y materiales.
- h) Por la insuficiencia de los razonamientos que conducen a determinar si el condenado merece o no la condena de ejecución condicional.
- i) Todo lo anterior da lugar a que las proposiciones mediante las cuales se expresan de esos juicios o razonamientos sean incompletas, deficientes, oscuras y a veces contradictorias.

11. *Sentencia errónea*

La sentencia es errónea en los siguientes casos:

- a) Cuando el juez selecciona y aprecia un medio de prueba que no satisface las exigencias previstas en los artículos 246 y 252 del C. de P. Penal. En tal caso aprecia una prueba ilegalmente producida, allegada o aportada al proceso. En este caso el juez funda la sentencia en pruebas ilegales.
- b) Cuando el juez, habiendo seleccionado acertadamente el medio de prueba, le asigna un valor probatorio que no tiene según las reglas de la sana crítica que se refieren a la apreciación de dicho medio. O cuando lo aprecia conforme a reglas que no le son aplicables.
- c) Cuando el juez, habiendo seleccionado y apreciado acertadamente cada medio de prueba, establece entre ellos relaciones distintas a las que realmente existen. Por ejemplo: entre un medio de prueba y otro existe relación de contradicción y el juzgador afirma que la relación existente es de complementación.

d) Cuando el juez deja de apreciar un determinado medio de prueba afirmando, equivocadamente, que es ilegalmente producido, allegado o portado al proceso. Esta omisión necesariamente incide en el conocimiento exacto del caso.

e) Cuando el juez selecciona equivocadamente las disposiciones legales a partir de las cuales elabora el juicio normativo universal o premisa mayor. En este caso, generalmente, el error versa sobre la vigencia de la ley.

f) Cuando habiendo seleccionado acertadamente las disposiciones legales, por error hermenéutico les asigna un sentido y/o un alcance que no tienen. Esta errónea interpretación conduce a una equivocada aplicación de la ley.

g) Todo lo anterior conduce a que las proposiciones mediante las cuales se expresan esos juicios sean equivocadas o erróneas.

12. *Sentencia inválida*

La sentencia es inválida en los siguientes casos:

a) Cuando es proferida en juicio viciado de nulidad.

b) Cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

El juez, antes de proferir la sentencia, debe examinar la estructura del juicio para determinar que no haya vicios o errores estructurales que afecten el debido proceso. Debe examinar la forma de los actos procesales del juicio para ver que no haya vicios o errores formales que afecten el debido proceso. Debe examinar todos los factores determinantes de la competencia en el caso concreto para ver si es o no competente para dictar el fallo. Debe examinar la actuación de los sujetos que intervienen en el juicio para ver si las garantías a ellos debidas han sido o no efectivas y determinar si por este aspecto se ha violado el debido proceso. Debe recordar el juez que la condena sólo puede ser por hecho punible contenido en el título del libro segundo del C. Penal mencionado en la resolución de acusación.

13. *Sentencia injusta*

Es claro que la sentencia errónea y la sentencia inválida son ilegales y por tanto injustas desde el punto de vista de la justicia legal. Pero la sentencia es también injusta cuando la pena impuesta es desproporcionada, cuando es desproporcionada la cuantía de la indemnización en ella señalada y cuando sin razón se niega al condenado la condena de ejecución condicional.

DE LOS INDICIOS

Alfonso García S. *

1. El contraindicio. 2. La presunción y el indicio.

La esencia de esta prueba, que consiste en llegar a lo desconocido a partir de lo conocido, la hace en verdad útil para la demostración de los hechos sobre los cuales las personas no quieren dejar constancia, y, por el contrario, desean ocultar, ya con fines ilícitos como en la comisión de un delito, o simplemente para defraudar los intereses económicos de terceros, como sucede con la simulación, sea ésta absoluta o relativa.

En el actual código de procedimiento civil la regulación normativa de la prueba indiciaria está contenida en los artículos 248, 249 y 250.

Ninguna definición consagra el mencionado estatuto sobre lo que es el indicio, pero, como aproximación al sentido del vocablo, veamos lo que en forma llana dice nuestro Diccionario de la Lengua Española, al definirlo como "fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido".

De acuerdo con lo anotado, la noción de indicio va ligada indisolublemente a una operación mental de conocimiento, en primer lugar; y, avanzando un poco más, a un proceso cognoscitivo de simple inferencia o deducción.

Empero, desde una óptica de convencimiento —como lo pre-

* Abogado litigante.

gona la definición semántica citada— existe una gradación o escala entre el conocimiento y la simple inferencia, porque aquél siempre producirá convicción, mientras que en esta última el proceso intelectual culmina en mera deducción, es decir, queda pendiente la duda, como resultado que es del método investigativo que procede de lo general a lo particular.

En la prueba por indicios intervienen, necesariamente, tres elementos a saber:

- a) Un hecho, el que indica;
- b) Otro hecho, el indicado; y
- c) Una relación de causalidad, concomitancia o conexión entre aquél y éste.

Y mientras mayor sea la relación existente entre el hecho que indica y el indicado, más cerca estará el juzgador de la verdad procesal que a través de dicho medio probatorio se investiga.

Continuando con las apreciaciones doctrinales sobre los indicios, digamos que éstos se dividen en contingentes y necesarios.

Los contingentes pueden tener o no un vínculo de causalidad con el hecho indicado. De ahí que se exija la pluralidad de los mismos, que unida a otras circunstancias otorgue punto de apoyo para poderlos apreciar como prueba dentro de un proceso determinado.

En torno a la valoración de esta clase de indicios, el artículo 250 del código de procedimiento civil establece:

"El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso".

En cuanto al indicio necesario, esto es, el que guarda una relación de causa a efecto en forma tal que demostrada la existencia del hecho indicador no puede dejar de existir el hecho indicado, bastará con que sea uno solo para que el sentenciador de por demostrado el hecho respectivo.

Ejemplo de tal indicio lo constituiría la huella de un pie humano como signo de la presencia del hombre en un lugar.

De igual modo, un indicio necesario de que el hijo no es del marido, lo pregonan el hecho del embarazo de la esposa, luego de la ausencia del hogar doméstico durante más de trescientos días, por parte de aquél.

Tampoco se ocupa la ley procedimental de clasificar los indicios en contingentes y necesarios, pues debido a los avances de la técnica muchos de estos últimos han llegado a ser contingentes, por ejemplo: antes constituía indicio necesario de que una mujer había sostenido relaciones sexuales, el hecho de su embarazo. Actualmente no, pues bien pudo haber sido inseminada artificialmente, o por el medio de la fecundación "in vitro".

De manera similar, si anteriormente la presencia periódica de fuego en un bosque era signo inequívoco de que allí había hombres, hoy no es dable hacer rotundamente dicha aseveración, ante la existencia del "napalm" o materia inflamable con la que se cargan las bombas incendiarias que, arrojadas desde un avión, prenden fuego a un bosque.

Como requisito para la existencia de un indicio, el artículo 248 del código de procedimiento civil sólo exige que el hecho constitutivo del mismo esté "debidamente probado en el proceso".

No establece la norma, en forma expresa, cuál ha de ser la prueba del hecho indicador, vale decir, no exige un medio especial ni excluye ninguno para su demostración.

Ante este silencio, podría pensarse que la prueba por indicios es libre, sin que exista restricción en cuanto a los actos para cuya demostración la ley exige las formalidades probatorias adsubstantiam actus o adprobationem.

Consideramos, de acuerdo con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que debe existir conducencia de la prueba por indicios con relación al hecho investigado, porque si de acuerdo con el artículo 232 del código de procedimiento civil, "La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato", a fortiori la demostración del hecho que tal prueba requiera debe estar vedada por medio del indicio que es de suyo precario y que si se obtiene o resulta de simples declaraciones testimoniales, agrega a los peligros de este medio probatorio los inherentes a la prueba circunstancial.

Para que los indicios produzcan en la mente del juzgador el grado de certeza que éste necesita para decidir con base en ellos, se precisan los siguientes requisitos:

a) Que se encuentre demostrado suficientemente el hecho indicador;

b) Que siendo varios los indicios, como deben serlo (excepción hecha del indicio necesario), no se refieren a uno solo;

- c) Que sean graves, precisos y concordantes; y
- d) Que el hecho o acto jurídico de cuya demostración indiciaria se trate, sea susceptible de dicha clase de prueba.

A continuación nos referiremos someramente a cada uno de los elementos anteriormente mencionados:

a) El hecho indicador aparecerá suficientemente demostrado v. gr., si varios testigos coinciden en afirmar que conocían la precaria situación económica por la que atravesaba el comprador, al momento de celebrarse el contrato de compraventa de cuya simulación se trata. De allí surge un indicio: que no hubo pago del precio;

b) Cuando varios indicios se refieran a uno solo, y cuando los argumentos sobre un hecho dependen todos de un solo argumento, la suma de éstos, por numerosos que sean, no constituye prueba suficiente. Así, el hecho de que el comprador no hubiese solicitado la entrega del bien que dijo haber adquirido, y la correlativa posesión por parte del vendedor sobre el mismo, no constituyen dos indicios en forma separada, sino uno solo de simulación del contrato de compraventa;

c) Sobre el tercer requisito se puede afirmar que la gravedad se refiere al grado de certeza; la precisión, a lo inequívoco de la consecuencia; y la conexidad o concordancia, a su convergencia sobre un mismo objeto.

En torno a las calidades anotadas se puede decir que miran más a la esfera de apreciación subjetiva del juzgador, lo que hace que el indicio sea relativo y que, en consecuencia, aquél se encuentre investido de discrecionalidad para valorarlo;

d) Si para la demostración de un hecho tiene la ley establecido un medio especial, es obvio que no se podrá demostrar a través de los indicios.

Varias disposiciones consagra nuestro código de procedimiento civil, que contemplan conductas o actuaciones de las partes, a las cuales se les otorga el valor de indicios. En efecto:

Expresa el artículo 249: "La conducta de las partes como indicio. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes".

Y tales indicios podrán ser desde luego, en pro o en contra de la parte que asuma la conducta respectiva, que puede deducirse, v. gr., de la reiterada presentación de incidentes, sin otro ánimo manifiesto que el de dilatar el proceso.

El artículo 71, numeral 6, preceptúa, entre los deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados, la de "Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra suya".

Tal sería el caso de la imposibilidad para llevar a efecto la práctica de una diligencia de inspección judicial, por la inasistencia al despacho de la parte que la solicitó, sin excusa valedera para ello.

Por su parte, al referirse a la falta de contestación a la demanda, el artículo 95 impera: "La falta de contestación a la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, será apreciada por el juez como indicio en contra del demandado".

La cómoda costumbre que tienen algunos abogados en ejercicio, de dar respuesta a las demandas refiriéndose a los hechos en forma genérica, sin pronunciamiento expreso sobre todos y cada uno de los mismos, con la simple expresión de que "no me constan", debe ser sancionada con la apreciación de dicha conducta, por parte del juez en la sentencia, como indicio grave en contra de la parte que representan.

El numeral 2 del artículo 92 exige un pronunciamiento *expreso* con respecto de los hechos y pretensiones consignados en el libelo demandatorio.

El artículo 242, inserto en el capítulo de la prueba pericial, contempla como indicio en contra de la parte que así proceda, la negativa a facilitar a los peritos los informes, elementos materia de examen y acceso a los lugares requeridos para cumplir con el encargo, circunstancia que deben hacer constar expresamente los expertos en su dictamen, sin perjuicio de la sanción pecuniaria que establece el numeral 1 del artículo 39, para este evento.

Similar sanción trae aparejada la conducta renuente de cualquiera de las partes, cuando se trata de la orden judicial orientada a realizar planos, reproducciones, experimentos, grabaciones mecánicas, etc., o a la toma de exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos, etc., durante la práctica de inspecciones judiciales a lugares o a personas, como lo disponen los numerales 4 y 5 del artículo 246.

El inciso tercero del artículo 210, ubicado en el interrogatorio de las partes, establece:

"Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admite prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio en contra de la parte citada".

Pregunta asertiva es aquella que está redactada de manera que se pueda responder con un "sí" o con un "no". Por consiguiente, cuando el citado no comparece, da respuestas evasivas o se niega a responder las preguntas elaboradas en forma no asertiva, el juez apreciará dicho comportamiento como indicio en contra de aquél.

Asimismo, en el evento de que el hecho por el cual se interroga al citado tenga señalada en la ley una prueba especial para su demostración, la inasistencia, las respuestas elusivas y la negativa a responder serán tenidas por el juez como indicio en contra de la persona citada.

El artículo 202, que se refiere al interrogatorio y careos de las partes por decreto oficioso del juez, dispone en su inciso segundo:

"La citación se hará en la forma establecida en el artículo 205; la renuencia a concurrir, el negarse a responder y la respuesta evasiva, serán apreciados por el juez como indicio en contra del renuente".

Obsérvese cómo, a diferencia del artículo 210, no se establece en este caso distinción entre las preguntas asertivas que pueda formular el juez, o que el hecho por el cual éste investiga sea susceptible de demostrarse por confesión, pues, en todo caso, la renuencia a comparecer al despacho, la negativa a responder y la respuesta evasiva, sólo podrán ser apreciadas por el juez como indicio en contra del renuente.

Seguramente consideró el legislador procesal que la imparcialidad que debe guardar el juez frente a las partes en el proceso, se vería afectada si se le atribuyesen facultades para tener como ciertos los hechos respectivos, cuando las preguntas del interrogatorio practicado oficiosamente fueren asertivas, o los hechos del mismo susceptibles de probarse por el medio de la confesión.

Por último, el artículo 285 establece que la oposición y renuencia a la exhibición de documentos privados o en copia será considerada como indicio en contra del opositor, cuando se hubiere acreditado que éste se hallaba en posesión de tales documentos y los hechos cuya demostración se pretendía no se puedan demostrar mediante la confesión.

La importancia de la prueba por indicios en el campo del derecho civil se pone de presente en los procesos de simulación, sin que pueda descartarse su presencia en otro tipo de controversias. Como en aquéllos se trata de hacer valer la verdadera intención de los contratantes por encima del acto ostensible o público, dado el sigilo que rodea su celebración, sin que pueda el juzgador echar mano de documentos, testimonios o interrogatorio del demandado que resultaría inocuo las más de las veces, nada más adecuado para los fines de la recta administración de justicia que las consideraciones relativas a la circunstancia de haber dejado en posesión del vendedor la cosa vendida, el precio convenido, la falta de capacidad económica por parte del comprador, el parentesco entre los contratantes, la amistad íntima entre los mismos, y otra serie de indicios que, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia pueda tener en cuenta el juzgador, para decidir con mayor probabilidad de acierto.

Como requisitos de la prueba indiciaria, en orden al buen suceso de la pretensión simulatoria, nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil proferida el día 5 de diciembre de 1975, estableció los siguientes:

a) Conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado;

b) Que esté descartada razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigador sea aparente;

c) Que se haya descartado razonablemente la posibilidad de la falsificación del hecho indicador por obra de terceros o de las partes;

d) Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado;

e) Que se trate de una pluralidad de indicios, si son contingentes;

f) Que varios de los indicios contingentes sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes;

g) Que no existan contraindicios que no puedan descartarse razonablemente;

h) Que se hayan eliminado razonablemente las otras posibles hipótesis y los argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada, pues es frecuente que un hecho indiciario se preste a diferentes inferencias que conduzcan a diferentes resultados;

i) Que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquéllos; y

j) Que se pueda llegar a una conclusión final precisa y segura, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez.

1. *El contraindicio*

El sentido natural y recto de un indicio puede ser desvirtuado o enervado mediante diferentes modos, a saber:

a) Por significados, igualmente aceptables, del mismo hecho indicador, o de ese hecho en conexión con otros, v. gr., la venta que el marido hace de la casa de habitación adquirida durante la vigencia de la sociedad conyugal, cuando existen desavenencias con la esposa, pero que obedece a una mala situación de negocios demostrada dentro del proceso; y

b) Por conclusiones contrarias a las que se derivan del hecho indicador, resultantes de otras pruebas que militan en el proceso, sean directas o indirectas. Por ejemplo, se demuestra que la falta de capacidad económica del adquirente del bien era apenas aparente, pues con anterioridad se había ganado una gruesa suma de dinero con el acierto del premio mayor de la lotería.

2. *La presunción y el indicio*

El indicio, como puede verse, es un medio de prueba que aparece expresamente consagrado en el artículo 175 del código de procedimiento civil. La presunción, por su parte, es el conocimiento que adquiere, o la inferencia o deducción que en virtud del razonamiento extrae el juzgador del conjunto de indicios, en relación con las demás probanzas que obren dentro del proceso, y que lo llevan a concluir que el hecho desconocido es cierto.

Por la razón anotada, el legislador procesal moderno no incluyó en el artículo 175 las disposiciones relacionadas con "presunciones" como medio de prueba, que en un bodrio con los indicios aparecían consignadas en los artículos 660 a 667 de la ley 105 de 1931 o código judicial derogado.

Por tanto, podemos decir que existen dos grandes clases de presunciones, a saber: las que establece el legislador y las que señala el juez, con fundamento en los indicios, conocidas también como presunciones de hombre o "praesumptio hominis".

Las primeras aparecen consignadas en el artículo 66 del código civil, cuyo tenor es el siguiente:

"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidos.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la misma ley rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias".

Y el artículo 176 del código de procedimiento civil reitera sobre lo anterior, cuando expresa:

"Presunciones establecidas en la ley. Las presunciones establecidas en la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice".

Según el artículo 66 ya transcrito, el legislador consagra dos especies de presunciones, a saber: las legales o *juris tantum*, que admiten prueba en contrario; y las denominadas de derecho o *juris et de jure*, que no admiten dicha prueba.

A pesar de la nomenclatura establecida, dado que ambas clases de presunciones aparecen consignadas en una disposición legal, y para evitar tautologías, nos parece más adecuado hablar de presunciones legales relativas y de presunciones legales absolutas, sea que admitan o no prueba en sentido contrario.

Pero se advierte que entre algunas presunciones legales relativas y los medios de prueba, caben combinaciones que hacen posible destruir la presunción, bien mediante la prueba de un determinado hecho, ora por el empleo de ciertos medios probatorios.

Puede, entonces, afirmarse que la presunción legal relativa permanece en cuanto a sus efectos como legal absoluta, si la pretende enervar acudiendo a medios probatorios diferentes a los que la ley ha previsto taxativamente.

Dicha presunción es la llamada legal mixta, porque participa tanto de la absoluta como de la relativa.

Como ejemplo del primer evento citado, en que la presunción sólo puede destruirse mediante un hecho determinado, se puede relacionar la que condensa el artículo 214 del código civil, según el cual son legítimos los hijos habidos por mujer casada, presunción que sólo puede aniquilarse con la prueba de la imposibilidad física en que estuvo el marido de haber accedido carnalmente a su mujer, dentro de los primeros ciento veinte días, de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento del hijo.

Para ilustrar el segundo caso, según el cual la presunción sólo puede destruirse acudiendo al uso de ciertos medios probatorios, se puede tomar la presunción de buena fe que establece el artículo 2531 del código civil para el poseedor que alega en su favor la prescripción extraordinaria.

Pues bien, dicha buena fe puede destruirse acreditando la existencia de un título de mera tenencia (contrato de arrendamiento) que hace presumir la mala fe del sedicente poseedor, quien a su vez sólo podrá demostrar en contrario si se halla dentro de alguna de las dos circunstancias previstas en la regla tercera de la citada disposición legal.

En suma: los antecedentes que sirven de soporte a las presunciones establecidas en la ley, pueden ostentar diferentes calidades, según las leyes generales que sirven para su deducción, así:

a) Tales antecedentes se fundan en leyes con carácter absoluto, o, si no lo tienen, el legislador se lo otorga, siempre y cuando los antecedentes aparezcan suficientemente demostrados.

Es así como, con fundamento en una ley biológica, el legislador estableció la presunción legal absoluta a que se refiere el artículo 92 del código civil:

"De la época (debió haber dicho "del día") del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos,

contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”.

Y es lógico pensar que la prementada ley biológica ha de tener innumerables excepciones, mas, por motivos de seguridad jurídica y conveniencia social, el legislador le otorga un carácter absoluto, vale decir, que la concepción no puede preceder al parto menos de ciento ochenta días, ni la gestación del feto puede prolongarse más allá de trescientos días cabales.

b) Con apoyo en otras leyes de naturaleza contingente, (sociales, morales, del comportamiento, etc.) cuya eficacia es constante pero no absoluta, vale decir, cuya derogatoria puede darse habidos en cuenta ciertos hechos, el mismo legislador ha establecido otras presunciones de carácter relativo, porque los antecedentes o circunstancias señalados para deducir dicha presunción pueden ser aniquilados con fundamento en una prueba en sentido contrario.

En efecto, dice el inciso segundo del artículo 762 del código civil:

“El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”.

Pues bien, dicho ánimo de señorío puede enervarse, dentro de un proceso reivindicatorio por ejemplo, aportando los documentos idóneos que acrediten el dominio en cabeza de persona diferente del poseedor.

En sentencia proferida el día 16 de septiembre de 1982, la Corte Suprema de Justicia dijo sobre el particular:

“La necesidad en que se encuentra el demandante de demostrar su señorío sobre la cosa que persigue, estriba en que debe aniquilar la presunción iuris tantum que protege al poseedor, pues siendo la posesión la más vigorosa y ostensible manifestación del dominio, la ley predica que a quien se encuentre en esa particular situación de hecho se le considere dueño mientras otro no justifique serlo (artículo 762 del C.C.). Entonces, entre tanto el actor no contrarreste y desquicie el hecho presumido, el opositor demandado en reivindicación continuará gozando de la ventajosa situación en que lo coloca la ley de tenerlo en principio como dueño”.

Los artículos 79 y 80 del código civil consagran presunciones de “ánimo de permanecer” y de “no permanecer”, respectivamente, en relación con el domicilio, que admiten prueba en contrario, pues las conductas que tales normas subsumen, no siempre conllevan el ánimo respectivo.

Mediante el artículo 95 del código civil, se establece la llamada "presunción legal de conmorienencia", por lo que si dos o más personas, llamadas a suceder una a otra, según las voces del artículo 1.015 de la citada obra, perecen en un accidente aéreo, ninguna de ellas sucederá en los bienes de las otras.

Dicha presunción admite prueba en contrario, pues podría suceder que en ciertos accidentes aéreos alguno o algunos ocupantes del aparato sobrevivan al impacto inicial, muriendo al pasar algún tiempo, debido a la explosión subsiguiente, o a la falta de oportuno auxilio de los cuerpos de socorro, por lo inhóspito del lugar.

El artículo 768 del código civil, en su inciso final, expresa:

"Pero el error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario".

No podría alguien, con fundamento en un documento privado, decir que adquirió la propiedad sobre un inmueble, pues la carencia de la escritura pública respectiva hace presumir la mala fe, sin que se pueda aducir prueba en contrario, por parte de quien afirma derivar el derecho de dominio sobre un bien raíz a través de un medio no autorizado por la ley.

El artículo 1.713 del mismo código, que aparece consignado en el medio extintivo de las obligaciones conocido como remisión, establece la presunción legal relativa de condonación de la deuda, por la entrega voluntaria que el acreedor haga al deudor del título contentivo de la obligación.

Pero bien puede ocurrir que dicha entrega se haya efectuado voluntariamente debido a la amistad íntima que existía entre acreedor y deudor, o bien porque aquél consideró que el documento estaría más seguro en casa del obligado que en la suya propia.

Y el artículo 769 del estatuto en comento establece la presunción de buena fe, vale decir, "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio", al tenor del artículo 768 *ibidem*.

Como las anotadas calidades no siempre están presentes en el ánimo de quien contrata, resulta apenas obvio que la ameritada presunción admita prueba en sentido contrario.

Por su parte, el código de comercio establece varias presunciones, todas ellas legales relativas. Citemos algunas:

En el artículo 825 se consagra la llamada presunción de "soli-

daridad legal", cuando son varios los deudores; el artículo 877 previene que la posesión del título por parte del deudor hará presumir el pago de la respectiva obligación.

Y el artículo 835 es del siguiente tenor:

"Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirma que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo".

Repetimos entonces, como colofón de este estudio, que las presunciones, sean éstas legales absolutas o legales relativas, no constituyen medio de prueba, ya que su finalidad, precisamente, consiste en relevar del suministro de la misma a quien las tiene en su favor.

Y las presunciones de hombre, equivalen al grado de convicción que en la mente del juzgador produce el medio probatorio conocido universalmente como "indicios".

the first of these is the fact that the
the second is the fact that the
the third is the fact that the

the fourth is the fact that the
the fifth is the fact that the
the sixth is the fact that the

the seventh is the fact that the
the eighth is the fact that the
the ninth is the fact that the

the tenth is the fact that the
the eleventh is the fact that the
the twelfth is the fact that the

Editorial
LEALON

Calle 56 (Zea) N° 52-72
Teléfono N° 2 45 11 58
Medellín - Colombia
Mayo de 1989