ISSN 0120 - 8519

TEMAS PROCESALES

15
noviembre
1992

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

TEMAS PROCESALES

Nº 15 Noviembre 1992

Revista del Centro de
Estudios de Derecho Procesal

Director
Orión Alvarez A.

Consejo de redacción
José Fernando Ramírez R.
Gilberto Martínez Rave
Beatriz Quintero de Prieto

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

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

DISTRIBUIDORA

Biblioteca Jurídica Diké
Apartado Aéreo 51838
Medellín, Colombia

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

--nº 15 (noviembre, 1992) -- Medellín, El Centro, 1992
anual hasta 1986, semestral a partir de 1987.
ISSN 0120-8519

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

SUMARIO:

TEORIA DE LA ACCION DE TUTELA

Beatriz Quintero de Prieto *

1. *Deslinde del Instituto*

Como puede deducirse de la sola denominación que cabe al instituto, su naturaleza es procesal, sin que el aserto signifique que convenga en su entidad a un proceso jurisdiccional. Como categoría procesal entonces, debe integrar uno de los capítulos de la teoría del proceso, o lo que es lo mismo, de la concepción especulativa del derecho procesal. Es pues, primordialmente desde este ángulo como va a desenvolverse el enfoque correspondiente a este trabajo.

Las cartas fundamentales consagran los cimientos que conciernen a la idea democrática del Estado. Esta concepción busca un justo equilibrio entre el Estado-autoridad y los derechos del individuo como tal. Pero la enunciación o formulación de principios declarativos, no es suficiente para el logro del equilibrio democrá-

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal, Profesora de derecho procesal en las Universidades de Medellín y Autónoma Latinoamericana y Magistrada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

tico, finalidad a la que contribuyen de manera eficaz, las que se conocen como las *garantías democráticas del derecho procesal.* Como una de esa garantías, al lado de la del debido proceso y de la que incumbe a la preeminencia de la constitución, se cataloga la acción de tutela, también mencionada en la doctrina y derechos extranjeros, como recurso de amparo, cual procedimiento para tutelar los *derechos constitucionales fundamentales* de los habitantes del país, contra los actos arbitrarios y manifiestamente ilegales de las autoridades públicas, que atenten, bien sea contra las libertades fundamentales, bien sea contra los demás derechos, explícita o implícitamente reconocidos como tales, por la constitución.

En Colombia, y hasta la constitución de 1991, tan sólo se conocía como una especie de tal procedimiento o actividad tutelar, el nombrado como el del *habeas corpus,* cual amparo de la libertad individual, y que también se conservó en la actual constitución, como garantía específica, en los artículos 28 y 30. Paralelamente en el artículo 86 se instituyó el otro remedio específico, como acción de tutela.

Una primera ubicación dentro del género entonces, permite especificar la acción de tutela como *una de las garantías constitucionales democráticas del derecho procesal.*

Mauro Capelletti opina que la protección de los derechos fundamentales requiere de instrumentos adecuados y ágiles para una tutela procesal eficaz, que se aparte del sistema general de protección judicial por medio del proceso y de los recursos ordinarios o extraordinarios que lo complementan y así denomina a tal instrumento o conjunto de ellos y de los órganos que deben utilizarlos en su cometido, *jurisdicción constitucional de la libertad.*

En cualquier medio que propenda por la preservación de los derechos fundamentales del hombre hay una alusión a raigambres filosóficas y a principios necesarios de la personalidad humana como exigencia universal del hombre. La acción de tutela traduce un impulso social para proteger los denominados *derechos del hombre* o *derechos humanos,* contra cualquier acto del poder público que afecte o amenace su integridad, dentro de cuya esfera ocupa un lugar prominente la libertad. La tutela de las potestades naturales del hombre por medio de la constitución, su conversión en derechos del gobernado oponibles a la autoridad estatal y respetables por ella, son fenómenos que obedecen al acatamiento ineludible de las exigencias inherentes a la naturaleza del ser hu-

mano como persona o sea como ente sico-físico dotado de razón y autonomía.

Cuando la constitución consagra los *derechos fundamentales*, simplemente traduce los imperativos de la personalidad humana en normas de carácter jurídico fundamental. Cuando la constitución implanta esos derechos constitucionales fundamentales, obedece a un afán deontológico de preservar una esfera mínima para el hombre como tal y como gobernado, como miembro de una comunidad organizada, para que pueda desenvolver su propia personalidad en consecución de sus fines vitales.

Pero, concomitantemente con la consagración jurídica de las potestades naturales del hombre, tiene que instituirse un medio para lograr el respeto y el cumplimiento de esas normas. Son entonces dos aspectos complementarios: el primero, como necesidad de declaración y de reconocimiento de las potestades libertarias del hombre, en la medida en que éstas no causen daño a otro, ni provoquen perjuicio social, como ámbito mínimo de desenvolvimiento del individuo para el logro de su fin vital, garantizado al gobernado; y el segundo, como *tutela*, con la garantía procesal respectiva para la remoción de cualquier obstáculo a ese desenvolvimiento de la personalidad humana. Y por esto la garantía de la acción de tutela tiene que ser un medio jurídico eficaz para exigir y lograr por la vía coactiva esa protección, esa seguridad.

Tan sólo cuando se plasma la garantía, la protección de la personalidad humana puede considerarse verdaderamente defendida contra la invasión al derecho. Todo derecho cuando se veja tiene que encontrar un remedio. Es la tutela como garantía procesal, la que logra que las consagraciones constitucionales no sean palabras pomposas o promesas, sino compromisos que no puedan quebrantar los gobiernos arbitrarios. La vida, la libertad, la honra, son derechos que derivan de la naturaleza racional del hombre. La tutela se delinea como una protección contra el despotismo, como un medio que da armas al débil para luchar contra los abusos del fuerte.

Ingenuamente, los primeros revolucionarios creyeron que era suficiente erigir la libertad del hombre y demás derechos humanos en preceptos constitucionales para que con su existencia legal infundieran respeto a las autoridades pero pronto se desengañaron y surgió la urgencia de encontrar un medio jurídico para hacer efectivo ese respeto de los derechos consagrados en la constitución en favor de los gobernados, como hombres, ante el abuso

del poder y el atropello de la autoridad, ante los actos que estorbaran ese desenvolvimiento normal de la personalidad humana.

Cualquier orden jurídico que aspire a realizar el bienestar social debe respetar un mínimo de libertad humana y sus derivaciones específicas. *La acción de tutela es pues una garantía procesal de carácter constitucional que protege la personalidad humana en su natural desenvolvimiento.*

2. *Los derechos constitucionales fundamentales como objeto de la tutela*

Los derechos constitucionales fundamentales son entonces el objeto natural de la tutela. La constitución, directamente suministra a la acción de tutela su objeto de protección, no solamente, sino que crea también ella, estructura, con una esencia definida y cabal, el mecanismo, da vida a los principios que informan tanto el objeto como el mecanismo.

Por eso el estudio de la acción de tutela tiene que realizarse con un conocimiento pleno de los aspectos constitucionales, que abrazan como categoría el objeto de la protección, y también de los procesales, porque de ellos participa indudablemente el instituto, como mecanismo o instrumento.

Una primera dilucidación se impone entonces y es la que corresponde al cuestionamiento de lo que sea un *derecho constitucional fundamental.* En esta tarea se reconoce como fuente de inspiración, también la conferencia que el doctor Tullio Chichilla dictó al centro de estudios de derecho procesal, sobre el tópico.

Un atisbo a las consagraciones constitucionales de los derechos fundamentales, a los enunciados que se plasman en los títulos y capítulos correspondientes, y como nota que aparece, permite afirmar que refieren a situaciones todas ventajosas para la persona humana como sujeto beneficiado con ellas: se tiene derecho inviolable a la vida; se tienen inmunidades; nadie puede ser sometido a desaparición forzada o a tortura, o a pena cruel, trato cruel, inhumano o degradante; se tienen libertades: de conciencia, de cultos... se tienen posibilidades de comportamiento: circular libremente por el territorio... trabajar... Los derechos fundamentales se consignan entonces en las constituciones como situa-

ciones provechosas reconocidas por el ordenamiento jurídico a la persona humana, precisamente como derivaciones de esa personalidad, como emanaciones esenciales de la misma. Y se tienen frente a *todos, son absolutos.*

Cuando esos derechos constitucionales fundamentales se desarrollan por la ley, y su desarrollo se expresa en preceptos, como norma primaria, conformada por un supuesto normativo y una consecuencia jurídica y en esta segunda presentación, son violados, ora por el Estado, ora por los particulares, son ya objeto de la tutela jurisdiccional común, por medio de los procesos jurisdiccionales generales, desenvueltos entre partes en contienda, como corresponde a un verdadero litigio, a un conflicto intersubjetivo de intereses caracterizado por una pretensión resistida, entre partes que la misma norma sustantiva a nivel ley, enfrenta como sujetos de la relación, obligado y acreedor, y contienda que también resulta de la misma norma sustantiva, cuando concediendo dos intereses, presenta la posibilidad de un enfrentamiento de los titulares de los mismos. Cuando en cambio, la amenaza o atropello se produce por una situación de arbitrariedad de la autoridad frente a la persona humana, contra el derecho mismo en su esencia, en su núcleo, en su presentación fundamental y directa, la que hace la constitución como derecho humano, no en cualquiera de sus desarrollos ulteriores, que ya no conforman esencia inherente a la personalidad humana, en ese evento, la tutela es un procedimiento de control, que protege ese núcleo, esa esencia de la personalidad misma.

Suelen también las constituciones, aparear a la consagración de esas esencias de los derechos del hombre, el mandato de su *aplicación inmediata o directa* y expresa o tácitamente, señalar que son los derechos de aplicación inmediata los que serán objeto de la tutela. Pero, igualmente y porque ante la importancia y la magnitud que reviste el mecanismo de protección que se analiza, dejar por fuera de la tutela uno de los derechos fundamentales, en esencia tales, aún no consagrados en la constitución, pero que debiera haberlo sido, las cartas estilan ampliar la protección a todo derecho de esa naturaleza; de esa doble naturaleza: con categoría constitucional y de esencia fundamental, aun cuando expresamente la constitución no presenta así ese derecho en su articulado. Se excluyen los derechos de rango legal, aun cuando fueran consagrados expresamente en la constitución. Se incluyen los de rango constitucional, aun cuando no se hiciera la consagración expresa, o aun cuando la constitución lo reconociera con menor alcance.

Rango constitucional, fundamental, que corresponde esencialmente al derecho, aun con prescindencia de una consagración constitucional expresa de su fundamentalidad.

Cabe puntualizar, como la primera tarea del juez de la tutela, la de discriminar el bien jurídico protegido, como escrutación que corresponda a las notas que se vienen señalando, para conceder o negar la protección, porque en fin de cuentas éste, es parámetro definitivo del fallo.

Los derechos suelen explicitarse como derechos a la propia conducta o a la conducta ajena. El derecho a la vida sería un derecho a la propia conducta y también lo serían todos estos inherentes a la personalidad humana. Los derechos a la propia conducta con correlativos de un deber universal de respeto, son *derechos absolutos*. Los derechos que funda la libertad son absolutos. La constitución otorga a ciertas libertades el carácter de derechos subjetivos públicos y las protege de manera especial mediante un mecanismo de garantías.

Pero, además de ser absolutos, los derechos constitucionales fundamentales son *originarios*. Nacen con la persona y jamás tienen carácter de adquiridos, porque constituyen la esencia misma de la personalidad; *derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad, al honor, a la fuerza física y a la capacidad intelectual*. Sin ellos el hombre no sería persona. Y también son *permanentes*: acompañan al individuo hasta su muerte. Todos los hombres titulan "en igual medida", porque son inconmesurables, los derechos fundamentales. Atentar contra cualquiera de ellos es atentar contra la personalidad. El hombre como persona no está sometido a aumentos o disminuciones alternativas.

Por toda esa cualidad que se viene delineando como correspondiente a la especial y grandiosa naturaleza del derecho humano, del derecho del hombre, las constituciones les conceden también algunos privilegios, de más fijeza por ejemplo: para su reforma se exigen mayores condiciones que para la de otras normas constitucionales, es casi una supergarantía de no reforma... pero tampoco pueden ser suspendidos, verbigratia, por los denominados estados excepcionales.

Las libertades clásicas son clarísimos ejemplos de derechos constitucionales fundamentales. Es que el derecho de esta clase tiene un ámbito muy bien definido, un núcleo central que se impone al legislador como alcance mínimo del derecho, un meollo que

no necesita reglamentación de ley porque tiene un corpus diseñado por varios siglos de tradición jurídica.

Dentro de la subestructura normativa constitucional e integrando la clasificación de las normas constitucionales el derecho subjetivo constitucional se ofrece como un atributo eminente y exclusivo de los particulares. Ninguna autoridad entonces, o entidad estatal puede ser sujeto titular de estos derechos.

Existe una serie de facultades inherentes a la personalidad humana que engastan en el solo derecho con autonomía que es el derecho de la libertad, el solo que como categoría le sirve de fundamento. En el lenguaje coloquial se entiende por libertad la ausencia de trabas en relación con movimientos posibles. Libertad jurídica es la facultad de hacer o de omitir aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos. Como derecho, la libertad se refiere siempre a la ejecución o a la omisión de actos potestativos. El titular de la facultad correlativa, si es estorbado en su ejercicio puede exigir la remoción del impedimento.

El fin supremo del Estado constitucional es la protección de la libertad humana, y los derechos constitucionales de ésta, son los que deben ser amparados: la libertad constitucional en cualquiera de sus aspectos, que ha sido o está en peligro de ser conculcada, para hacer cesar inmediatamente la indebida restricción.

3. *Naturaleza del mecanismo de la tutela*

La doctrina no está de acuerdo en torno a este tópico, de la índole del mecanismo o procedimiento de tutela. Doctrinantes de alcurnia en la materia, tales cuales, Ignacio Burgoa, Héctor Fix Samundio, José Cascajo Castro y Vicente Jimeno Sendra, como también Carlos Arellano, entienden que el mecanismo de la tutela se constituye como un verdadero proceso jurisdiccional.

Algún autor, Pedro Pablo Camargo, en Colombia, por ejemplo, ha denominado al instrumento de la tutela, *recurso*: "es un recurso procesal breve y ágil, sin formalismos procedimentales, que puede ser interpuesto por el agraviado ante cualquier juez, por si o por otra persona, abogado o no..." [1].

---

1. Pedro Pablo Camargo. *La acción de tutela.* Jurídica Radar ediciones Santafé de Bogotá, Colombia, 1ª edición 1992.

De la misma manera, como recurso, denomina a este mecanismo el artículo 8 de la declaración universal de los derechos humanos de 1948: "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". La gran mayoría de las consagraciones internacionales de derechos del hombre, la denominan *recurso sumario para obtener amparo o protección.* La corriente que pregona que ese medio jurídico de la tutela es un verdadero proceso jurisdiccional, alude a la estructura de una auténtica pretensión procesal, esgrimida en contra de la autoridad, quien entonces se presenta como quien resiste a esa pretensión, implicando la resistencia, un verdadero litigio, que el proceso de tutela debe solucionar. La pretensión se esgrimiría por quien se sintiera agraviado por el acto de autoridad. Y como la lógica no perdona, el proceso tendría que desenvolverse en perfecta *bilateralidad,* tal como corresponde a un proceso jurisdiccional, en contradictorio, y por consiguiente con exigencia del perfecto derecho de defensa, también con respecto a la *autoridad,* en esta concepción, sujeto del proceso. El proceso entonces, continuando la concatenación lógica de consecuencias culminaría con una verdadera sentencia que merodeclararía, constituiría, o condenaría, y aquí también se dividen las corrientes doctrinarias, para indicar la naturaleza de la que denominan sentencia de tutela. En ese proceso, se itera, se debatiría como relación sustancial subyacente un verdadero *litigio*: un conflicto intersujetivo de intereses caracterizado por una pretensión resistida, porque no puede olvidarse a Carnelutti, cuando se alude a su terminología. El juez entonces, órgano jurisdiccional dirime una verdadera controversia jurídica, la cual consiste en discrepar acerca de si el acto de autoridad que se impugna es o no violatorio de la garantía constitucional, estimando los autores que tal controversia es un verdadero litigio entre gobernado y autoridad, en el evento concreto, contra el acto, y con eficacia reducida igualmente a ese evento juzgado.

Humberto Briseño Sierra discrepa de la apreciación que viene de expresarse en síntesis. Para él la tutela, *amparo* en Méjico, es un control constitucionalmente establecido, para que a instancia de parte agraviada, los jueces apliquen, desapliquen o inapliquen el acto reclamado. (Burgoa dice que *invalidan* el acto) [2]. Nótese la diferencia de terminología y cáptese su trascendencia.

---

2. Ignacio Burgoa O. *El juicio de amparo.* Vigésima octava edición. Editorial Porrúa S. A. Méjico 1991, p. 524.

El recurso supone siempre un procedimiento anterior, en el cual se haya dictado la resolución o proveído impugnados. Su interposición suscita una segunda o tercera instancia, seguida ante órganos superiores para que éstos revisen la resolución atacada, en atención a los agravios expresados por el recurrente. Es un medio de prolongar un proceso ya iniciado y su objeto es el de revisar la resolución o el proveído impugnado para confirmarlo, modificarlo o revocarlo. Como hipótesis procesal el recurso implica un mero control de legalidad en su doble aspecto de justicia o forma. En el recurso el órgano que conoce de él se sustituye en cuanto a funciones decisorias al inferior que pronunció el proveído recurrido. Las anteriores enunciaciones que corresponden a la característica naturaleza de un recurso, no se palpan en el mecanismo de la tutela.

Tratándose de tutela el juez no reemplaza a la autoridad responsable, sino que aprecia su acto como un estorbo al ejercicio de un derecho fundamental constitucional. En manera alguna decide acerca de las pretensiones originarias del quejoso: la deducción de la solicitud de tutela no da origen a una nueva instancia procesal, sino que suscita un procedimiento sui géneris, diverso de aquél en el cual se entabla, o independiente de cualquiera otro, con una teleología totalmente propia. En la tutela se reclama en contra de un acto de la autoridad responsable y en cambio en los recursos se enfrentan dos verdaderas partes originarias de un proceso.

Los partidarios de la teoría de la tutela como proceso jurisdiccional, exponen que se trata de un contencioso constitucional, que hace posible como litigio, la vulneración de la norma fundamental. El establecimiento de una jurisdicción constitucional, cambia de sesgo y permite reducir el derecho constitucional a un conjunto de imperativos jurídicos. Este es el supuesto básico que permite a los teóricos de la corriente ver un litigio como contenido del procedimiento de tutela.

El fin último y sustancial del principio liberal de la separación de poderes, es la garantía del individuo frente a los actos que exceden los límites que se señalan a cada poder y esa custodia se justifica para el tribunal constitucional, a pesar de la distorsión que puedan producir en la estructura orgánica del Estado democrático en relación con el congreso y el poder jurisdiccional. Es una nueva manifestación del contencioso, de la jurisdicción. Y todo ello a pesar de que los conflictos constitucionales sean siempre

conflictos políticos. Pero el carácter político del acto no excluye el conocimiento jurídico del mismo. Y así el órgano constitucional tiene una función de cognición jurídica: es órgano de las garantías constitucionales en su función de tutela de las libertades y de los derechos fundamentales.

Esta misma doctrina que sostiene que la tutela implica un proceso jurisdiccional, analiza la decisión que se produce en él, como una verdadera sentencia jurisdiccional.

Y en este orden de ideas, tal doctrina piensa que al juez constitucional de las libertades deben asignarse amplios poderes cautelares y de urgencia. La sentencia tiene un carácter esencialmente preventivo y reparador. Esa doctrina define la pretensión de tutela como una declaración de voluntad fundada en la amenaza o lesión efectiva de algún derecho constitucional fundamental, dirigida contra alguna autoridad, en contra de la cual se solicita el reconocimiento del derecho o libertad fundamental y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para restablecer o preservar su libre ejercicio.

La pretensión de tutela y su contestación constituyen el objeto del proceso, sobre el cual ha de recaer la decisión *congruente*: ni más de lo pedido ni menos de lo resistido.

Y entonces, acerca de lo que esta doctrina denomina *sentencia jurisdiccional,* expresa, que debe contener alguno de los siguientes pronunciamientos: A: declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio del derecho o la libertad protegida. B: reconocimiento del derecho o libertad pública. C: restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad. De esta manera la pretensión sería una, de naturaleza mixta: declarativa de la nulidad del acto causante de la lesión de un derecho o libertad, así como su reconocimiento, pero también sería de condena, porque el demandante habría de pedir el restablecimiento de su derecho o libertad infringida, con la adopción de las medidas apropiadas en su caso para su conservación. Muy similares evidentemente a las denominadas pretensiones de plena jurisdicción del proceso contencioso administrativo.

Otra es la posición de Humberto Briseño Sierra [3], para quien evidentemente la tutela tiene un procedimiento peculiar adecuado para sustentar la instancia de *queja constitucional.* Ese pro-

---

3. Humberto Briseño Sierra. *Teoría y técnica del amparo.* Vol. I y II. Editorial Cajicá, Puebla, Méjico 1966.

cedimiento no configura proceso y por eso no puede aludirse a él como a una vía de acción y de reacción. Más que de demanda de pretensión puede hablarse de un acto procesal introductivo de la queja contra el acto reclamado, señalando la autoridad que lo hubiera ordenado. El actor en este procedimiento es el *quejoso*, o quien se queja. En el mecanismo jamás puede hablarse de partes, en el sentido que corresponde al sujeto activo y pasivo de una pretensión procesal o de un litigio o derecho sustancial debatido. Hay un quejoso que introduce su instante. Hay una autoridad responsable, del acto que se dice obstáculo para el desenvolvimiento cabal del derecho fundamental o de la libertad constitucional.... Pero esa autoridad responsable, no es parte en sentido procesal ni en sentido sustancial. No es resistente a una pretensión ni es titular por pasiva de un derecho sustancial que se debata en el procedimiento, por eso no contesta demanda, no excepciona, simplemente *informa*: suministra datos al juez, o autoridad que deba controlar el acto, de acuerdo con la queja.

Podría argumentarse en pro de la configuración de un proceso jurisdiccional y de la existencia de verdaderas partes en el mismo, la alusión que el mecanismo hace a unos terceros, posiblemente perjudicados, que podrían intervenir en el procedimiento, pero bien llano resulta un análisis que se realice del concepto, que ellos tampoco llegan a ser parte en sentido procesal ni en sentido material. Ellos, igualmente, apenas informan, y con ese solo objeto se les oye, eventualmente, y por no llegar a ser parte, carecen de cualquier facultad que en un proceso jurisdiccional se conceda a la parte en sentido procesal o sustancial, de cualquier poder que como titular del derecho sustancial debatido o como titular de la pretensión procesal, les incumbiera; por eso no pueden recurrir, ni tienen que ser oídos, como podría exigirlo una parte en proceso desenvuelto en bilateralidad de audiencia, o en ejercicio del derecho de defensa. Porque los terceros, ni la autoridad, van a ser, ni pueden ser condenados, tienen que ser oídos. Por este mecanismo de la tutela, simplemente se controla un acto que obstaculiza arbitrariamente un derecho fundamental, que lo estorba en su ejercicio, y si así se constata como impedimento, como óbice, en este mecanismo de control, se le remueve. *Se controla, se constata, se remueve*, pero no se deciden conflictos intersubjetivos de intereses caracterizados por una pretensión resistida. Controlar, constatar, remover, son actividades de naturaleza administrativa, muy diversas en su índole de la actividad jurisdiccional que es eminentemente decisoria. El juez de la tutela controla, constata, remueve, un obstáculo que se estructura como acto arbitrario de una

autoridad, que impide el libre desenvolvimiento de un derecho inherente a la personalidad humana, concebido ese derecho en su núcleo esencial. Para lograr lo anterior, agota uno o más actos procesales. La serie de actos procesales integra un procedimiento. Pero ese procedimiento nunca es un proceso jurisdiccional porque en su seno no lleva, como relación sustancial subyacente, un litigio, un conflicto intersubjetivo de intereses, caracterizado por una pretensión resistida; ni la finalidad del mismo, es la decisión de ese litigio, por medio de una sentencia con el sigilo de la cosa juzgada. Por eso en ese mecanismo de la tutela, pese a configurarse como un procedimiento, no tiene operancia la exigencia de la bilateralidad de la audiencia, porque no hay proceso en contradictorio, *tampoco* hay derecho de defensa.

Piénsese por ejemplo en la tutela de la libertad de expresión. El mecanismo se desencadenaría con la queja de quien se sintiera coartado en el ejercicio de esa libertad, contra el acto de autoridad que se hubiera erigido en obstáculo para el libre desenvolvimiento del derecho fundamental, *acto* del decomiso de su libro, por ejemplo. La autoridad que hubiera producido el acto, simplemente *informa,* pero no es titular por pasiva del derecho sustancial que se dice violado, no tiene un interés subjetivo para enfrentar a la libertad de expresión del quejoso, no tiene un derecho sustancial propio que pueda contraponer como *resistencia,* a la plausible "pretensión", a la aspiración del quejoso de gozar de su libertad de expresión; ni siquiera como Estado, tendría ese interés jurídicamente protegido para enfrentar... su actuación no es el producto de un interés jurídicamente protegido.

Entre el quejoso y la autoridad no hay pretensiones contrapuestas. La pretensión es una posición favorable para satisfacer una necesidad propia. La autoridad no depreca tutela de su *acto* porque no exige del juez reconocimiento de derecho personal alguno ni de pretensión propia. La autoridad obra desorbitadamente y su actividad como enfrentada a estos derechos fundamentales, no es el reflejo de un título jurídico individual, ni siquiera, se itera, desde una consideración que pudiera corresponder a la idea de *derecho subjetivo del Estado,* ejercido por su órgano, la autoridad, porque si de esos derechos así concebidos, se tratara, constituirían ellos, como verdadero litigio, cuando se enfrentaran, a los del particular, objeto de los procesos contenciosos administrativos... Nótese como son de diversos los planos ónticos respectivos: allá el Estado puede esgrimir una verdadera pretensión propia, una necesidad propia a la cual vincula la exigencia de tutela que le ase-

gure una posición favorable en frente o contra, otra, que se le correlaciona, por ejemplo cuando se pretende una condena al Estado para que indemnice perjuicio ocasionado por culpa del servicio. Aquí y cuando el acto arbitrario de la autoridad constituye un óbice del desenvolvimiento del derecho fundamental, la actividad de la autoridad, no es ejercicio de título individual, personal o estatal, alguno, que pueda relacionarse con obligaciones a cargo de tercero y a su favor. El proceso jurisdiccional responde a una bilateralidad del instar en la que se ejercen pretensiones y se resisten. La autoridad, dice Briseño, no contrapretende frente al quejoso y no puede por lo mismo dotársele de reacción procesal [4].

El acto procesal del quejoso, interesado, se muestra como una *queja* y una petición de *control*: de remoción del acto que se considera óbice al desarrollo del derecho *humano*. Siempre en ese lenguaje característico de Briseño Sierra, puede entenderse que la instancia del *quejoso*, provoca el acto procesal del juez que busque conferir eficacia a la queja. *La autoridad* meramente *informa* y tan sólo en este sentido puede hablarse de una "justificación" de su acto, pero el *informe* no es *una resistencia*, ni es una *contestación de demanda*, ni es el ejercicio de un derecho de contradicción. En la mayoría de las ocasiones, ante la solicitud de *informe*, la *autoridad*, suele enviar al *acto mismo*, ese que es atacado como óbice, o el expediente completo de su producción. El informe, muchas veces es la exhibición del documento en el cual se plasma el acto, o es su descripción puntualizante. La actividad de la autoridad en este mecanismo de la tutela, en este procedimiento, es pues informativa y no de resistencia, y aún en el evento de que el procedimiento se enriquezca en actor, y de que se abra a pruebas, esas demostraciones son apenas tendientes a la comprobación de que los hechos fueron tal como se mencionan en el informe, pero no pueden presentarse medios de convicción que tiendan a justificaciones de cualquier índole.

La anterior y no otra, es la explicación acerca del porqué no rige el principio de la *bilateralidad de la audiencia* en el mecanismo o procedimiento de tutela: porque no hay partes, porque no hay proceso jurisdiccional, porque no hay contradictorio, y por ende, no puede hablarse de derecho de defensa. El juez de la tutela aprecia el *acto* como fue probado ante la autoridad, sin admitir demostraciones que ante ella no se hubieran producido, de modo

4. Humberto Briseño Sierra. Op. cit. Vol. I. p. 366.

que la prueba sólo tiene por objeto la *estructura del acto* como *óbice,* como impedimento injustificado del desarrollo del derecho fundamental, o negarle definitivamente tal estructura. *Reproducir cabalmente el acto,* sin que pueda alterarlo en el mecanismo... en este sentido el juez de la tutela *constata*... el quejoso, *pide control*: actividad policiva de desaplicación del hecho que embaraza para permitir el desarrollo del derecho constitucional fundamental. No se pide que se declare la existencia de una voluntad concreta de la ley, una tutela de condena, de merodeclaración, o de constitución, como corresponde a la consecuencia jurídica de una norma sustancial, frente o contra una persona; que se garantice un bien al demandante contra el demandado; en la tutela simplemente se afirma el derecho y se aspira a su ejercicio libre, *sin consecuencias para la autoridad responsable del acto.*

La tutela no es un proceso jurisdiccional y por ello mal pueden ser debatidas, como acumuladas, pretensiones indemnizatorias, por ejemplo,o de cualquier otra índole, que correspondan en su naturaleza a un verdadero litigio, aun cuando tal litigio se estructura como un choque de intereses entre el particular y el Estado. Por eso tampoco tiene que ser *oído,* en el sentido jurídico que al término corresponde: enterado para que pueda pedir y practicar pruebas, y presentar alegaciones, proponer excepciones o reconvenir, cualquiera de los sujetos del procedimiento, ni siquiera el mismo quejoso y menos la autoridad.

La relación que se establece en la tutela no produce efectos similares a los del proceso jurisdiccional. No puede hablarse del surgimiento con la tutela, de una verdadera relación jurídica de acción y jamás de la de contradicción. Si el derecho de acción tiene como objeto la prestación de jurisdicción y la actividad de tutela está muy lejos de ser un despliegue de jurisdicción, así tiene que admitirse. Tampoco hay un principio de igualdad procesal: el quejoso expone hechos y también la autoridad autora del acto; el juez constata esos hechos con miras al convencimiento de la existencia del obstáculo, del *acto-óbice,* frente al derecho fundamental, con atisbo al ejercicio de su función que es de naturaleza policiva-administrativa: remover el obstáculo *inaplicarlo* o *desaplicarlo* para mantener o proteger una situación que la misma constitución le ordene custodiar, resguardar, vigilar... es una policía constitucional, tan sólo que, por criterios formados a través de los siglos, se elige a un juez como policía jurídico, dada la fe que el funcionario ha inspirado a lo largo de la historia, sin que nada sin embargo obste a que se encomiende este mismo mecanismo de la tutela a otro cualquiera óptimo funcionario.

El quejoso narra los hechos configurativos del acto óbice. La autoridad informa acerca de la estructura de ese acto, de su plasmación, sin que le sea permitido traer argumentos desconocidos por el quejoso extraprocesalmente. Las pruebas tienden a evidenciar los argumentos informativos. *Nada nuevo hay en el procedimiento de tutela.* Por ello el "juez" de la tutela no ejerce función jurisdiccional, no *decide, controla,* constata, y mantiene o protege una situación constitucional... la tutela no puede transformarse en un proceso en donde se debatan cuestiones desconocidas por el quejoso antes de su queja. En vía de tutela lo que se busca es brindar la posibilidad de continuidad de desenvolvimiento del derecho fundamental porque ese proceder arbitrario abusivo, de la autoridad, lo obstaculiza... y es una perturbación del derecho constitucional. Se controla esa conducta abusiva de la autoridad *inaplicándola, desaplicándola o aplicándola,* esto último cuando la autoridad se niega o rehúsa actuar como es debido.

Un verdadero proceso jurisdiccional se estructura mediante unas etapas liminares y otras sustanciales. Las operaciones preliminares preparon la pretensión en su fijeza e inmaculan el proceso como instrumento para proferir la sentencia; las etapas sustanciales se ofrecen como la de pruebas y la de alegaciones, siempre con miras al *fallo* en sentencia que produce coso juzgada. Ya se vio como la etapa de pruebas se desdibuja en este mecanismo de la tutela. En un verdadero proceso los alegatos tienen importante función y van desde el resumen de conclusiones fundadas o alegatos de bien probado. Conforman parte importante del derecho de defensa... En el mecanismo de la tutela ni siquiera existe la etapa de alegaciones. Se ve así desdibujarse completamente la estructura procesal del mecanismo. Se admite su presentación como serie de actos procesales, lo cual llega a conformarlo hasta como un procedimiento; pero puede también prescindirse de cualquier procedimiento para conceder o negar la tutela: cuando de la sola queja y de su presentación, resulta evidente para el juez de la tutela el acto óbice. Cuál proceso jurisdiccional entonces...

Otras concepciones acerca de la naturaleza de la tutela

Alguna doctrina, también en Colombia, ha aludido a una aproximación conceptual del mecanismo de la tutela con las figuras de los interdictos y de las denominadas "acciones" posesorias, como que tales interdictos se limiten a mantener la situación de hecho o el statu quo de la posesión, a restablecer su estado anterior,

a prevenir y eliminar las amenazas que la comprometen o ponen en peligro. El argumento continúa sosteniendo que la acción de tutela al igual que los interdictos posesorios, tiene un carácter preventivo que no supone pronunciamiento de fondo [5].

Otros autores lo asimilan a una medida (*proceso*) cautelar, dado que tiene un fin instrumental: remover un obstáculo para el ejercicio de un derecho fundamental en peligro, pero no tiene por fin obtener una decisión sobre el fondo [6]. Como proceso de naturaleza constitucional, lo presenta definitivamente Enrique Véscovi en la obra que viene refiriéndose y remitiendo su idea de manera muy especial al español Jesús González Pérez. Y lo es, dice, por la pretensión que se hace valer y por el órgano que lo trata. (En España es competente el Tribunal constitucional): la pretensión que se hace valer es la defensa de derechos constitucionales consagrados. Y así continúa Véscovi desarrollando la idea y en el acápite que correspondería a las *partes* en la tutela, expresa que no existen mayores problemas en cuanto al actor "a quien se requiere una legitimación común (interés) y capacidad también común... No obstante cabe señalar que, en virtud de los derechos que protege este medio de impugnación de actos, se suele legitimar también a ciertos sujetos especiales (tales como el Ministerio Público en general, y el defensor del pueblo, en España, especie de Ombusdsman). E inclusive, en casos especiales, como sucede respecto del habeas corpus, se admite la legitimación de cualquier persona" [7]. "Cuestión más intrincada es la que se refiere al sujeto pasivo..." expresa Véscovi y con razón, como que, es cuando se busca esta determinación, cuando se desdibuja cabalmente la idea del *proceso jurisdiccional*... y entonces avanza expresando que algunos sostienen que no existe... o que se trata de un procedimiento unilateral o donde no funciona el principio del contradictorio. Y de esta manera pese a las diversas terminologías, cualquiera de estos autores se ubicaría en el mismo vértice de pensamiento que Briseño Sierra. Pero Véscovi insiste: "...quienes estudian técnicamente el amparo coinciden, como no podría ser otra manera, en que *existe una parte demandada* (mayúsculas extra texto), la cual debe ser citada al juicio..." [8].

---

5. Véscovi Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatrvos en Iberoamérica.* Depalma, Buenos Aires 1988. p. 460.

6. Enrique Véscovi. Ibídem, p. 470.

7. Enrique Véscovi. Ibídem, p. 481.

8. Ibídem, p. 482.

Cuando se ahonda en la postura de Enrique Véscovi se tropieza con el entendimiento que algunos de estos doctrinantes hacen de la tutela, como proceso sí, pero como proceso *constitucional.* De jurisdicción constitucional, se habla entonces, en un sentido orgánico o en uno material (de contenido), para entender que es proceso constitucional el que se sigue ante el juez constitucional o sobre materia constitucional. Se trata en definitiva de uno o más procedimientos (para distinguirlos del proceso jurisdiccional) que garanticen la vigencia de las normas constitucionales, tratando de que dicha vigencia se persiga aún frente al propio legislador. Pero es cuando se trata de precisar la índole de ese denominado proceso, cuando Véscovi se queda solo en su concepción: *"creemos estar ante un verdadero proceso contencioso"* (9). Sabido es, que el verdadero proceso jurisdiccional es apenas ése, desde la equiparación que Carnelutti hace del proceso jurisdiccional y el litigio como su contenido a decidir o solucionar... Esa es la sola jurisdicción: la decisión del proceso contencioso... cualquiera otra tutela en su despliegue, aún la cautelar, es jurisdicción apenas por conexión... también la denominada jurisdicción voluntaria: función administrativa de la rama jurisdiccional.

Aún Carnelutti y aún Cappelletti, aluden al proceso constitucional como a uno *voluntario. ¡Perfecto!* Postura idéntica a la de Briseño, aun cuando él la rechace sin mayores argumentos; actividad *administrativa confiada a órganos jurisdiccionales,* eso es la jurisdicción voluntaria... eso es el denominado proceso constitucional, y cuando se trata de especificar ese género, proceso constitucional, se le suele descomponer en las dos actividades de control: control de la constitucionalidad de las leyes y acción de tutela: se constata, se controla, se inaplica o desaplica...

4. *Puntualizaciones en torno al proceso jurisdiccional*

Es procesal cuanto rige la jurisdicción y el proceso jurisdiccional. Lo procedimental es la mecánica de conexión de los actos que piden, y de los que proveen a esas solicitudes. Los principios puramente procesales no pueden ser enajenados a otras catego-

9. Enrique Véscovi. Op. cit., p. 386.

rías, porque las presentarían como procesos; pero lo procedimental sí puede ser presentado en el proceso o en otras figuras o mecanismos. Lo anterior se expresa con propósito en torno a la tutela; porque si bien no existen manifestaciones procesales en su estructura, hay en ella principios procedimentales, los cuales son también materia de estudio del derecho procesal e integran ese aspecto en el mecanismo que se analiza. Así como es objeto de estudio del derecho procesal la denominada jurisdicción voluntaria o la tutela de cautela y de ejecución, aludiendo claro está a la ejecución pura, que no a la nuestra, mezcla de conocimiento y ejecución... y en donde el matiz de contención sigue conservando en ese procedimiento, las características de la jurisdicción, es también objeto del derecho procesal, la acción de tutela.

Abrir un procedimiento a instancia de parte es por ejemplo un principio procedimental que significa que esa secuencia o serie se inicia no por el órgano encargado de proveer sino por otro sujeto interesado en el proveído. Es lo contrario de la idea de la oficialidad en la cual el órgano no necesita excitación del interesado. Ese principio procedimental se aplica y juega en el mecanismo de la tutela que se desencadena a instancia de parte. Pero ello no hace de la tutela un proceso.

Aseverar que la de la tutela es una normación que corresponde a la rama procesal tampoco significa que necesariamente se siga como proceso. Es de Francesco Carnelutti el descubrimiento de la relación entre litis y proceso. Así dice [10]: "Llamo litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia de otro. Quien considere atentamente la literatura procesal moderna difícilmente encontrará la respuesta que corresponda al contenido del proceso. La distinción entre continente y contenido constituye la base de la teoría procesal. He ahí por qué la he fundado sobre la noción de litis".

El concepto *litigio* es pues un descubrimiento trascendental del derecho procesal y su utilidad se extiende hasta la definición del proceso jurisdiccional y con él a todos los conceptos que le son inseparables: acción, pretensión, sentencia, cosa juzgada... *La jurisdicción es pura decisión de litis*: existe litigio cuando uno pretende la tutela de un interés suyo en contraste con el interés de otro y es de esta manera como surge la *bilateralidad*, la esencial

10. Francesco Carnelutti. *Sistema de derecho procesal*, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Setís Melendo. UTHEA, Argentina 1944 T. I., p. 44.

bilateralidad del proceso jurisdiccional, desenvuelto entre partes en contradictorio y en perfecta igualdad de oportunidades y de cargas... Y en esa bilateralidad, el tercer sujeto supraordenado que *decide*. Cualquier resquicio que desdibuje el esquema, desfigura el proceso jurisdiccional.

Cabe aludir a otra postura doctrinaria que entiende todavía el denominado proceso constitucional como un *contencioso objetivo*... un proceso a la ley o al acto acusado... Posición que lógicamente coincide en desfigurar la idea jurisdiccional para delinearse ese cumplimiento de actividad de *control* como un procedimiento sí, pero jamás como un proceso.

El contenido de la tutela es el *acto reclamado*. Existe sí el interés del quejoso en remover el acto que obstaculiza el desarrollo de su personalidad, el desenvolvimiento de su derecho fundamental, en deprecar esa tutela, pero no es un interés calificado por una pretensión resistida. No se da el enfrentamiento de dos situaciones favorables para satisfacer una necesidad, que por no poder coexistir, se excluyan recíprocamente. En el quejoso hay una inconformidad. En la autoridad no hay un interés porque ello significaría que entrambos están vinculados jurídicamente por una relación sustancial y ello conduciría entonces no a un mecanismo de tutela sino a un proceso jurisdiccional. Y si ambas figuras fueran exactamente iguales ónticamente no se justificaría en derecho su duplicidad. Por eso el *acto impugnado* no puede consistir en prestaciones que se deban por la autoridad al particular, cumplidas mal o simplemente incumplidas.

5. *La tutela es una instancia de querella constitucional*

El control constitucional no es un proceso porque no se trata de dirimir un litigio. *Es una impugnación*. La impugnación ataca *actos* de autoridad. Impugnación no es sinónimo de recurso ni de proceso, aun cuando los recursos sean especies de impugnaciones. La impugnación no enfrenta partes. En la impugnación el objeto es dejar sin efecto el acto. En el recurso el acto es lo cuestionado pero no frente a la misma autoridad, o con independencia de ella, sino frente o contra la parte contraria. Haya o no contraparte, el acto o la actitud, puede ser objeto de control. La tutela es una impugnación en la cual la autoridad que produjo el *acto* es obligada apenas al mero *informe*. Ni siquiera se impugna contra ella.

El contenido de la tutela es una querella constitucional y su materia se forma con una impugnación, como resistencia activa contra un acto o actitud de autoridad. El procedimiento es el típico de un *control*: conocimiento de los hechos y verificación de su valoración autoritaria. Ese control termina por mantener el acto, acusado como óbice al desarrollo del derecho fundamental, o por desaplicarlo o inaplicarlo, y hasta, según las circunstancias, menos frecuentes, aplicarlo. El juez de la tutela controla, en cuanto mide la *aplicabilidad* o *inaplicabilidad* del acto, o actitud, impugnados.

El término *control* es galicismo y anglicismo a la vez: controlar es sancionar con autoridad suficiente la materialidad de los objetos, actos o negocios. Comparar los resultados efectivamente obtenidos con los previstos. Confrontar, examinar, fiscalizar, revisar, inspeccionar. El control se ejerce jurídicamente cuando dos resultados, uno conceptual y otro experimental, se confrontan.

La asignación de esta actividad de control, a los jueces, presenta un carácter de pura conveniencia y oportunidad con un apoyo histórico y sociológico porque se considera a los jueces como los más técnicamente preparados para su desarrollo. El juez de la tutela, o el juez constitucional en general, no reconoce derechos ni impone prestaciones, tampoco los constituye; simplemente ampara, controla, aplica o desaplica actos y leyes. Es una mera policía jurídica. *Una policía administrativa para mantener el orden constitucional confiada a la rama jurisdiccional... Medidas administrativas confiadas al órgano jurisdiccional para mantener el órden constitucional* y lógicamente desprovista de *cosa juzgada* por ser el resultado de un procedimiento no idóneo para justificar este último efecto... Y hasta pudiera llegar a pensarse en una función especial, ni administrativa, ni jurisdiccional, que se constituyera como una categoría autónoma.

6. *El objeto del procedimiento: el acto reclamado*

Cabe cumplir un somero análisis del objeto del procedimiento de tutela, del *acto reclamado*. En su moderno entendimiento es una *acción* u *omisión de cualquier autoridad pública o de particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de*

quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Acto u omisión que vulnere o amenace un derecho constitucional fundamental. El espectro de los derechos fundamentales, como se vio, es bastante amplio, y definido más como categoría, que delimitado por enunciaciones taxativas, pero siempre con esa característica de esencialidad a la persona humana.

La existencia del acto reclamado es requisito sine qua non. Acto es hecho voluntario, no debido al azar, no ajeno al juego volitivo. El acto va encaminado a la obtención de un fin determinado, es pues esencialmente teleológico. Caben entonces en la categoría, tanto los actos materiales como los jurídicos. En Colombia y de acuerdo con una tendencia moderna, que también inspiró el *mandato de segurança* del Brasil,* se concede la tutela aún con respecto a actos de particulares, en las circunstancias antes enunciadas. Este ejercicio se efectiviza inclusive frente a sujetos privados o corporaciones internacionales o multinacionales, que hoy podrían constituir una amenaza contra los derechos humanos. Así lo anota por ejemplo Véscovi [11]. Es decir que el acto ya no proviene hoy sólo de los órganos estatales, por eso se necesita la protección frente a otras fuerzas y se clama inclusive por lograrla frente a organismos internacionales.... Una idea sí se conserva: el acto de autoridad sólo puede darse en relaciones de *suprasubordinación* y jamás en las coordinación o las de infraordinación. No importa que el individuo sea libre en el Estado si luego es oprimido y coartado en el desarrollo de su personalidad por la sociedad. Es inocuo que el Estado sea constitucional si la sociedad que rodea al hombre es despótica. Para qué el individuo libre políticamente, si en su medio social se le esclaviza... Por eso el problema de las libertades no se agota hoy en la consideración de su protección frente al Estado sino que se extiende a los entes que ejercen un imperio de cualquier naturaleza.

Cuando el acto reclamado fuere *futuro,* entendido por tal el que no se ha realizado aún y que es entonces el que puede suspenderse, *inaplicarse,* en previsión de un agravio que pudiera sobrevenir, debe considerarse si ese acto es *futuro remoto* o *futuro inminente.* Es futuro remoto el acto que puede o no suceder... Acto incierto, con respecto al cual no se tiene certeza fundada y clara de que acontezca. Es en cambio, futuro inminente, el que está muy

---

11. Véscovi. Op. cit., p. 462.
* Ver página 93 siguiente.

próximo a realizarse, de un momento a otro en un lapso breve y reducido. Contra los efectos futuros remotos o probables no procede tutela y sí, en cambio, contra los inminentes en su ejecución. El acto impugnable además, es tan sólo el que produce una afectación concreta en la esfera de un particular, de un hombre.

La idea de acto implica la posibilidad de reclamar también contra vías de hecho, y aún omisiones. El daño inminente en su causación tiene que revestir *gravedad, irreparabilidad. La ilegitimidad manifiesta* es otro requisito del acto impugnable y tiene por fin tanto el de restringir el uso de esta vía excepcional como el de justificar ese procedimiento de control. La jurisprudencia supranacional o extranacional exige que esa ilegitimidad surja del acto mismo en forma nítida, protuberante [12].

Cabe acotar algunas exclusiones que resultan del derecho comparado. En la mayoría de los países por ejemplo, *los actos jurisdiccionales* están excluidos de tutela. En Colombia, del proyecto que presentó a la constituyente *Juan Carlos Esguerra Portocarrero* solamente se suprimieron dos apartes y el resto cristalizó como el artículo 86 de la Constitución de 1991. Estos apartes establecían la procedencia de la acción de tutela "para los derechos fundamentales sean ellos individuales o *colectivos*" y la improcedencia de la misma "con relación a situaciones consumadas e irreversibles, o sobre las cuales se haya producido una decisión con autoridad de cosa juzgada". Se excluyen los derechos colectivos, dada la voluntad del constituyente de que la acción de tutela tuviera como titular a la persona directamente afectada, de tal manera que el fallo también estuviera circunscrito a una protección concreta y personal del quejoso. La segunda razón obedeció a que los artículos 88 y 89 disponen que la ley regule las acciones populares y las demás acciones y recursos que se considere pertinentes para la defensa de estos derechos colectivos. La segunda parte de la mutilación del proyecto de Juan Carlos Esguerra, tan sólo puede tener explicación en una inspiración del *amparo-casación* mejicano, extensión de este mecanismo, desde todo punto de vista antitécnica. Es absurda, por decir lo menos, aún en el derecho comparado, la tutela contra sentencias jurisdiccionales, tal como existe en Méjico y en Colombia. Con algunas salvedades quizá, muy exigentes y tan sólo por violación flagrante del núcleo que constituye la garantía del debido proceso, podría admitirse, a la manera española.

---

12. Enrique Véscovi. Op. cit., p. 477.

Si es evidente que el daño ya se consumó tampoco procede la tutela porque entonces mal puede hablarse de *amparo*, de *protección*...

Contra leyes, en Colombia no procede la tutela. Ellas son el objeto de otro de los denominados procesos constitucionales.

7. *El fallo de la tutela*

El fallo o resolución que culmina el mecanismo o procedimiento de la tutela, no es una sentencia jurisdiccional, la tutela como se ha sostenido, es un procedimiento de control que tiene por fin la emisión de un fallo acerca de la querella constitucional planteada por el interesado y en relación con la cual la autoridad ha informado. Eventualmente se ha oído también el informe de un *tercero* a quien suele denominarse, tercero interesado, porque tendría interés en la permanencia del *acto* impugnado como obstáculo al ejercicio del derecho constitucional... Mal puede denominarse, a la aparición en el procedimiento, de este tercero, *intervención*, porque jamás llega a convertirse en parte de cualquier naturaleza, ni siquiera accesoria, dada la inexistencia de una parte principal. Se ubicaría sí en su actividad informativa, del lado de la autoridad. La actividad del quejoso, es como también se ha dicho, apenas eso: una queja. La de la autoridad o la del tercero, un acto que proporciona conocimiento al juez. Como puede fácilmente deducirse, esas actividades no logran producir un proceso jurisdiccional y por ello no pueden originar una sentencia de esa naturaleza; pero sí puede hablarse de un procedimiento y de un fallo, hasta formalmente, de una "sentencia". También los denominados procedimientos de jurisdicción voluntaria se dice que terminan con sentencia... La tutela como cualquiera de estos procedimientos termina y tiende a ese fin: el del *fallo*.

Ese fallo no merodeclara, constituye, o condena, como lo hace una sentencia jurisdiccional, porque no expide una orden de prestación a alguien a favor de alguien, ni le aplica una sanción, por eso no es condena. Tampoco es sentencia declarativa porque ésta, valoraría dos pretensiones contrapuestas, cada una aspirante a la relevancia de una situación cuestionada. Y enfatizando: no es condena porque no hace posible la ejecución forzada como procedimiento de efectivización del derecho cierto pero insatisfecho. Tam-

poco "constituye", reuniendo factores que definan una situación jurídica: No: el procedimiento de control tan sólo persigue una *aplicación o desaplicación de un acto* (son todos conceptos tomados del insigne maestro Humberto Briseño Sierra en su obra referenciada) de un acto, del acto impugnado y controlado.

Ignacio Burgoa, además del carácter merodeclarativo que asigna a la "sentencia" en el amparo, sostiene que es también de condena, porque constriñe a la autoridad responsable a restituir al quejoso en el goce del derecho fundamental violado o a cumplir la garantía [13]. Pero es que es apenas consecuente Burgoa cuando así concibe la sentencia, con esa su idea sustancial en torno a los derechos fundamentales; para él las garantías se traducen en relaciones entabladas entre el gobernado y cualquier autoridad estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta o mediata y así llega a definirlas como *una relación jurídica que existe entre el gobernado por un lado y el Estado y sus autoridades por el otro* (sujetos activos y pasivos) *en virtud de la cual surge para el primero el derecho de exigir de los segundos una obligación positiva o negativa consistente en respetar las prerrogativas fundamentales de que el hombre debe gozar para el desenvolvimiento de su personalidad* (objeto) *relación cuya fuente formal es la constitución* [14].

En cambio otro sector doctrinario, Carlos Sánchez Viamonte por ejemplo, argumenta que las declaraciones y preceptos que protegen teóricamente la libertad no son garantías, si se les juzga desde el punto de vista técnico. Y agrega en su argumentación que el solo hecho de que necesitan protección demuestra que no son garantías, porque si lo fueran no necesitarían ser garantizados.

Una consideración que se vuelve argumento contundente de lógica en contra de la idea de la producción de una sentencia de condena en el procedimiento de la tutela es la de que si así fuera sería preciso admitir que la autoridad tiene una obligación para con el quejoso a la manera de *prestación*. Pero es lo cierto que la autoridad no se halla vinculada directamente al quejoso: la sentencia dispone que la autoridad cumpla el deber que le ha impuesto la ley sin que considere que exista una relación subjetiva entre partes. El mecanismo de la tutela no condena ni puede condenar

---

13. Ignacio Burgoa. Op. cit., p. 527.

14. Ignacio Burgoa. *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*, editorial Porrúa S. A., Méjico 1989, p. 181.

a la autoridad porque si así ocurriera se confundiría el procedimiento con el proceso jurisdiccional de responsabilidad personal por delitos o faltas oficiales, aspecto que, y pese al carácter teórico de este trabajo, no tolera más el silencio en torno al artículo 25 del decreto ley que desarrolla la tutela en Colombia. Ese precepto es desde cualquier punto de vista abiertamente antitécnico e inconstitucional.

Tampoco merodeclara jurisdiccionalmente el fallo de tutela: aplica o desaplica o inaplica el acto reclamado... no *anula*... La nulidad borraría del ámbito jurídico el acto... entre la desaplicación y la anulación se dan jurídicamente diferencias que no es del caso analizar, dada la extensión que ya reviste el trabajo.

Contra el incumplimiento del fallo de tutela no cabe ejecución contra la autoridad, se itera, cabe sanción, no proceso de ejecución.

El fallo de tutela más puede compararse con la orden de un superior jerárquico que deba cumplir el inferior. Así la describe Briseño: *"Es una declaración que tiene efectos de aplicabilidad porque la autoridad responsable no puede insistir en el acto reclamado ni eludir el fallo so pena de ser separada de su cargo* [15].

8. *Conclusión*

La tutela no es proceso pero la institución pertenece por entero al derecho procesal. Por pertenecer al derecho procesal la institución de la tutela aplica constantemente principios y figuras procesales desde los que atañen a la organización hasta los que versan sobre la estructura procedimental y los que precisan la finalidad de la queja.

Un estudio exhaustivo de la tutela ha llevado a los doctrinantes a producir inmensos volúmenes y todavía está casi todo por decirlo en torno a ella. Su magnitud teórica deriva de su vinculación a la personalidad misma del hombre, a tal punto que hasta se aboga por conferirle significado supranacional. Por eso mismo es desconcertante, el análisis de la praxis, de sus resultados en la vida cotidiana, por lo menos de nuestro país, escenario que vivi-

15. Humberto Briseño Sierra. Op. cit. Vol. I. p. 149.

mos... un régimen confuso que la involucró inútilmente con el sistema jurisdiccional común, con el proceso jurisdiccional, casi como el amparo-casación de Méjico, es tal vez el culpable de su fracaso práctico... Otra idea significaría el engaño de que se vive en un país que envidiaría el autor de la *utopía* y que por lo mismo los derechos fundamentales jamás son estorbados en su desenvolvimiento... que jamás *actos* manifiestamente arbitrarios estorban esos derechos y libertades... Colombia se inicia en este camino y las sombras son el horizonte que lo cubren. La tarea es del juez de la tutela y muy especialmente de la corte Constitucional para ir despejando la penumbra y abriendo un panorama de la dimensión y grandeza que corresponden al instituto.

EL COMISO EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA

Gilberto Martínez Rave *

Ha sido preocupación de la doctrina el establecer qué debe hacerse con los objetos, bienes o cosas con las cuales se comete un delito o de los que provienen de su ejecución, pues se ha estimado que el delincuente no puede beneficiarse de ellos y si son de su propiedad deben destinarse o a indemnizar al perjudicado o deben pasar a poder del Estado, pero no deben quedar en su poder. Por ello inicialmente se utilizó el término decomiso para indicar una sanción subsidiaria, complementaria, que se imponía al procesado cuando era encontrado responsable y que consistía en la pérdida de la propiedad de todos los bienes u objetos que se hubieran utilizado en la comisión del delito o que eran fruto de la acción delictual. Ese fue el significado inicial del concepto decomiso que posteriormente los españoles llamaron comiso y que por lo tanto tienen el mismo significado o sea que para los efectos jurídicos son sinónimos los términos decomiso y comiso.

Pero de ser una sanción accesoria el comiso fue variando en su significado pues aunque fue aceptado sin resistencias que en los delitos dolosos, intencionales, los elementos utilizados en la comisión del delito o que provinieran de él se destinarán preferencialmente al pago de la indemnización de los perjuicios y si éstos no existían pasarán a poder del Estado, la situación se hacía más difícil cuando se trataba de delitos culposos, especialmente cuando eran ocasionados con vehículos automotores o en accidentes de

---

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal y Profesor de derecho penal en las Universidades de Medellín y Autónoma Latinoamericana.

tránsito pues se ponía en duda si los automotores deberían tener el mismo tratamiento que los demás elementos o instrumentos del delito, es decir destinarse a atender el pago de la indemnización o pasar a poder del Estado.

Por sus características *el comiso* es una figura completamente distinta al *embargo y secuestro preventivo* con la cual se confunde frecuentemente. Sin embargo se diferencian en su aplicación. Mientras el *embargo y secuestro preventivos* se refiere única y exclusivamente a los bienes propiedad del procesado (art. 52 del C. P. P.) para garantizar el pago de la indemnización que por los daños y perjuicios le imponga el juez en la sentencia condenatoria, el *comiso* se refiere a los bienes, elementos, instrumentos con los cuales se comete el delito o que provienen de su ejecución (art. 338 del C. P. P.) sin importar si son o no del procesado.

Desde el código penal de 1980 (decreto 180) esa figura se ha incorporado a la legislación penal, como procedimiento que debe seguirse con los bienes, objetos, o elementos con los cuales se ha cometido el delito o que provienen de su ejecución. Fue así como en su art. 110 se dispuso expresamente "El delito lleva consigo la pérdida en favor del Estado, salvo el derecho del ofendido o de tercero, de los instrumentos con que se haya cometido y de las cosas o valores que provengan de su ejecución. Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará en el caso del delito culposo con vehículo automotor, nave o aeronave o unidad montada sobre ruedas, siempre que estuvieren adecuadamente asegurados para responder por daños a terceros". Esta disposición se encontraba en el título VI, capítulo único, distinguido con el nombre de *la responsabilidad civil derivada del delito,* tomando así partido el código penal en relación con la destinación que debería dársele a esos elementos, destinándolos inicialmente al pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados con el delito, siempre y cuando se tratara de bienes que se encontraban en el comercio, incluyendo entre ellos a los vehículos automotores en los casos de delitos culposos, de los cuales hizo mención específica para evitar erróneas interpretaciones y definir de una vez por todas que ellos sí eran tenidos como elementos del delito y deberían garantizar el pago de la correspondiente indemnización. Se evitaría el comiso del vehículo cuando estuviera garantizado el pago de la indemnización a través de una póliza de seguros. Como el comiso recibió el mismo tratamiento del embargo y secuestro preventivo, es decir el apoderamiento de los bienes y vehículos se daba desde el momento mismo en que se presentaba el accidente y sólo podía evitarse si se pres-

taba una caución o garantía suficiente que asegurara el pago de la indemnización que fijara el juez en el momento de la sentencia, los transportadores empezaron a presionar para que se modificara esa medida ya que, debido a la alta accidentalidad protagonizada por los vehículos del servicio público que hacía que muchos buses y automotores fueran vinculados a los procesos penales lo que originó la reducción manifiesta del parque automotor dedicado al servicio público. Se alegaba por los transportadores que las compañías de seguros no otorgaban esas pólizas y si lo hacían era con unas primas muy costosas motivo por el cual los vehículos continuaban fuera de servicio.

Inclusive se presentaron varias demandas de inexequibilidad contra esa figura y por eso la Corte Suprema de Justicia en sentencia de julio 3 y julio 27 de 1981 la declaró exequible y lo más importante la diferenció de la confiscación con la cual se pretendió confundir.

No obstante el gobierno, ante la manifiesta presión de los transportadores, en el art. 37 de la ley 2ª de 1984 modificó su redacción para evitar que el comiso se diera desde el momento del accidente y dispuso que se diera a partir de la ejecutoria de la sentencia si en el momento de su expedición no se había pagado o garantizadc el pago. Mientras se adelantaba el trámite procesal el bien o el vehículo se entregaba provisionalmente a quien probara ser el dueño, poseedor o tenedor. Decía así la norma: "El artículo 110 del C. Penal quedara así: *comiso*. Los intrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, que no tengan libre comercio, pasarán a poder del Estado a menos que la ley disponga su destrucción. En los delitos culposos los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán en depósito a su propietario o tenedor legítimo, salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario. La entrega será definitiva cuando se paguen o garanticen en cualquier momento procesal los daños materiales y morales fijados mediante avalúo pericial o cuando se dicte sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo o cesación de procedimiento. Si no se ha pagado o garantizado el pago de los perjuicios el juez en la sentencia condenatoria ordenará el decomiso de los mencionados elementos para los efectos de la indemnización". Precisaba así la tendencia de destinar los instrumentos o elementos del delito, incluyendo los automotores, preferencialmente al pago de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta delictual.

Cuando en 1987 se expidió el decreto 050 como código de procedimiento penal, en su art. 365 se reprodujo el texto de la ley 2ª de 1984 que se incorporó así al estatuto procesal penal.

Posteriomente el decreto 800 de 1991, que reglamentó la ley 23 del mismo año y estableció el procedimiento policivo que debe aplicarse al trámite de las contravenciones (19 de ellas eran delitos antes de la expedición de esa ley) en su art. 50 insistió en esa figura que debería aplicarse también en las contravenciones para garantizar el pago de la indemnización de los daños y perjuicios que se causaran con aquellas.

El decreto 2700 de noviembre de 1991, que consagra el nuevo Código de Procedimiento Penal, que entró a regir el 1º de julio de 1992, en su art. 338 establece: "*comiso*. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido un hecho punible doloso o que provengan de su ejecución y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o la entidad que ésta designe a menos que la ley disponga su destrucción. En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán en depósito a su propietario o tenedor legítimo, salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario... La entrega será definitiva cuando se paguen o garanticen en cualquier momento procesal los daños materiales o morales, fijados mediante avalúo pericial, o cuando se dicte sentencia absolutoria, cesación de procedimiento o resolución de preclusión definitiva de la instrucción... Si no se han pagado o garantizado el pago de los perjuicios y fuere precedente la condena al pago de los mismos, el funcionario judicial ordenará el comiso de los mencionados elementos, para los efectos de la indemnización".

Mantiene así la tendencia de destinar preferencialmente los objetos, elementos o bienes con los cuales se comete el delito o que provienen de su ejecución a garantizar el pago de la indemnización de los daños y perjuicios que se ocasionen con el delito, sea doloso o culposo, incluyendo obviamente los vehículos automotores cuando con ellos se haya cometido un delito culposo.

Del recuento histórico de las diferentes normas que se han dispuesto para mantener esa institución jurídica en nuestro medio podemos concluir: a) Es necesario precisar los conceptos que califican los bienes que pueden ser motivo de esta institución: *instrumentos y efectos* con los cuales se haya cometido un hecho pu-

niblenible o que provengan de su ejecución. Se refieren las normas a todos los bienes, objetos, cosas, elementos, que se hayan utilizado para la ejecución del delito, que pueden ir desde vehículos de todo tipo, como naves, aeronaves, automotores, hasta los más elementales como armas, herramientas, equipos o demás implementos que no sólo se hayan utilizado para la comisión del delito sino que provengan de su ejecución es decir que sean el resultado de la conducta o infracción. Lo anterior significa que si los bienes son del procesado no pueden volver a su propiedad ya que quedan garantizando el pago de la indemnización y si son de terceros debe establecerse si se trata de terceros civilmente responsables o de terceros incidentales. Si son terceros incidentales se les entrega sin ninguna limitación y si son terceros civilmente responsables se les entrega en depósito provisional mientras se tramita el proceso y se decide sobre si existe o no obligación de indemnizar y por qué monto.

Los instrumentos y efectos con los cuales se ha cometido un delito se han clasificado en dos grandes grupos para saber qué debe hacerse con ellos. El primer grupo está conformado por los que están *fuera de comercio*, es decir que no pueden ser negociados entre los particulares por cuanto el Estado ha dispuesto que son intransferibles por considerarlos peligrosos para la comunidad. Y el otro grupo está conformado por los instrumentos, objetos y bienes, que están dentro del comercio, es decir que son negociables y transferibles entre particulares.

En el primer grupo, los que están fuera del comercio, el art. 338 hace una subdivisión. La primera la conforman aquellos bienes que una ley o disposición especial ordena destruir por ser altamente peligrosos para la colectividad. En estas circunstancias el funcionario judicial que los encuentra no tiene otra alternativa que destruirlos. El caso más conocido es el de los elementos calificados como drogas que producen adicción y a los cuales se refiere la ley 33 de 1936 o Estatuto de Estupefacientes, que deben ser destruidos como lo dispone el art. 54 del decreto 2271 de octubre 4 de 1991, que convirtió en legislación ordinaria algunas disposiciones de estado de sitio y que reza así: "las drogas que produzcan dependencia o las sustancias estupefacientes incautadas serán destruidas con orden del superior de la unidad investigativa...".

La otra subdivisión del primer grupo la conforman los objetos o elementos que no se deben destruir pues no hay norma que lo ordene así. Esos bienes pasarán a poder del Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación o la institución que ésta señale

para que sean utilizados en beneficio de la colectividad. Es lo que sucede generalmente con las armas y otras sustancias que no son tóxicas o dañinas pero que se utilizan para el procesamiento de las anteriores, conocidas como insumos o sustancias precursoras.

En el segundo grupo, es decir los bienes que están dentro del comercio, incluyendo los vehículos automotores en los delitos culposos, la solución es diferente, pues deben destinarse preferencialmente a garantizar el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la víctima o perjudicado con la infracción. Por eso se dispone que se entreguen inicialmente a la persona que fue desposeído de ellos, y cuando no resultare, se le entregan en calidad de depósito a la persona que pruebe ser el propietario, poseedor o tenedor legítimo diferente obviamente al sindicado o procesado. Esta entrega es provisional, es decir en depósito, mientras se tramita el proceso, pues cuando éste termine debe decidirse definitivamente qué sucede con esos bienes o vehículos que fueron entregados en depósito provisional.

Si la sentencia es absolutoria o se ha proferido en favor del procesado auto inhibitorio (por el juez competente) o resolución de preclusión de la investigación (por el fiscal instructor), ya el compromiso procesal ha terminado y por lo tanto la entrega provisional se convierte en definitiva lo que permite al propietario, poseedor o tenedor disponer libremente de ellos. También será definitiva si en el transcurso del trámite procesal se paga el valor de la indemnización o se garantiza su pago con otros bienes o mecanismos como pólizas de seguros, etc. Pero si la sentencia es condenatoria y el procesado no ha pagado el monto de la indemnización o ha garantizado en forma suficiente su pago el juez penal debe ordenar el comiso o decomiso de los bienes y remitirlos al juez civil correspondiente (municipal o del circuito según la cuantía) para que tramite su remate y disponga el pago al perjudicado de la suma fijada en concreto como indemnización y entregue el resto a quien acredite ser el propietario, poseedor o tenedor legítimo del bien. Así lo dispone el art. 58 del C. P. P. que establece una serie de ventajas al remate de los bienes cuando se ha dispuesto como consecuencia de un proceso penal. El remate de los bienes tiene un procedimiento igual cuando se trata de los embargados y secuestrados de propiedad del procesado como de los que han sido motivo de comiso. Esa norma procesal penal dispone que el juez civil puede ordenar nuevos embargos y secuestros sin necesidad de exigir cauciones. Tampoco se hace necesario proferir sentencia de ejecución y no se admitirán excepciones distintas a las de pago o extinción de la obligación.

Como se puede observar en el caso comiso no se tiene en cuenta, para nada, la titularidad del derecho, la calidad de propietario. En el comiso lo único que interesa es que con ese bien u objeto se haya cometido el delito o que provenga de su ejecución. Por eso se diferencia del embargo y secuestro preventivo que sí exigen la calidad de propietario por parte del procesado.

Es necesario interpretar adecuadamente tres normas diferentes que regulan en el procedimiento penal lo que debe hacerse con los objetos, bienes, instrumentos con los cuales se comete el delito o que provienen de su ejecución:

a). Art. 60 que reza: *de la restitución del objeto material e instrumentos del delito.* Sin perjuicio de lo previsto en el art. 339 de este código, el funcionario que esté conociendo de la actuación, de plano ordenará la devolución a quien sumariamente acredite ser dueño, poseedor o tenedor legítimo del objeto material o instrumento del delito que sean de libre comercio. Si al momento de proferirse sentencia o providencia de fondo que produzca efectos equivalentes, no son reclamados los bienes y éstos no deban destinarse a garantizar la indemnización integral, el funcionario judicial podrá declarar la extinción del dominio, habiendo notificado al interesado y observado el debido proceso y adjudicarlos a la Nación para que sean administrados por la Fiscalía General o la entidad que ésta indique". Como fácilmente se puede deducir del texto esta disposición regula la entrega de los bienes, objetos o elementos con los cuales se comete el delito o que provengan de su ejecución, cuando son reclamados por las personas que han sido despojadas de ellos y que demuestran su calidad de propietarios, poseedores o tenedores legítimos. El funcionario debe hacer entrega una vez acreditado el derecho con la simple obligación de presentarlos cuando se requieran dentro de la investigación. Si los bienes no son reclamados se destinarán preferencialmente al pago de la indemnización de los daños y perjuicios. En caso de no existir o no ser necesario el pago de la indemnización, se puede declarar la extinción del dominio en favor del Estado. Es la norma que se utiliza para hacer entrega al dueño del televisor, del vehículo, del radio, del reloj, de los dineros, de los títulos valores, etc. que han sido hurtados, o frutos de una estafa, de una extorsión, de un abuso de confianza, etc.

b). El numeral 4º del art. 64 del C. P. P. cuando textualmente establece: "Pero si se tratare de devolución de cosas, armas, instrumentos y efectos, aprehendidos durante el proceso, *y que no interesen a éste,* se determinará de plano la entrega con la obligación de

presentarlos en el momento en que el funcionario judicial lo solicite". También es fácil deducir que se trata de la entrega de bienes que no interesen al proceso y que por ello corresponde a los *terceros incidentales*, es decir, como los define el art. 150, a las personas que no tienen responsabilidad ni penal ni civil en el hecho materia de juzgamiento pero que han visto afectado un derecho patrimonial. Sería el caso de quien sufre el embargo y secuestro de sus bienes sin tener nada que ver con el delito creyendo que son del procesado. Pero debe precisarse que se trata única y exclusivamente del tercero incidental, a quien se le hará entrega de esos bienes, instrumentos u objetos una vez acredite, a través del correspondiente incidente, que no tiene ninguna vinculación ni penal ni civil con los hechos, con la simple obligación de presentarlos cuando el funcionario los requiera dentro de la investigación, y

c). E art. 338 que se refiere al comiso y que anteriormente se transcribió y que también es fácil de entender cuando se aplica pues se refiere a los objetos, instrumentos o elementos que deban entregarse a *terceros civilmente responsables*, es decir de acuerdo con la definición que da el art. 153 del C. P. P., a aquellas personas que sin tener responsabilidad penal en el hecho materia de juzgamiento sí tienen responsabilidad civil o sea obligación de indemnizar de acuerdo con el código civil. En este caso, como ya se indicó, la entrega es en depósito, provisional y sólo hasta la sentencia condenatoria pues en ese momento si el procesado no ha pagado o garantizado el pago de la indemnización, los bienes deben ser enviados al juez civil para que proceda al remate correspondiente. Debe precisarse, igualmente, que cuando el art. 338 menciona en la partes final del inciso primero" salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario" se está refiriendo a los terceros incidentales y no a los terceros civilmente responsables pues si ello fuere así sobraría esa figura del comiso del 338.

El nuevo estatuto recoge unas normas de estado de sitio que convirtió en normas de vigencia permanente el decreto 2271 de octubre 4 de 1991 y las incorporó al procedimiento penal ordinario, pero sólo para aplicarse en los delitos competencia de los jueces regionales y que se refieren a las actividades del narcotráfico, que denomina *comiso especial*, que regula en su art. 339 en la siguiente forma: "*caso especial de comiso*. Los inmuebles, aviones, avionetas, helicópteros, naves y artefactos navales, marítimos y fluviales, automóviles, maquinaria agrícola, semovientes, equipos de comunicaciones y radio y demás bienes muebles, así como los títulos valores, dineros, divisas, depósitos bancarios y en general

los derechos y beneficios económicos o efectos vinculados a los procesos por los delitos cuyo conocimiento se atribuye a los jueces regionales, o que provengan de su ejecución, quedarán fuera del comercio a partir de su aprehensión, incautación u ocupación, hasta que quede ejecutoriada la providencia sobre entrega o adjudicación definitiva...".

Pero como si lo anterior fuera poco el art. 340 establece otra figura más radical que denomina *extinción del dominio* y que describe así: "*extinción del dominio*. Por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del patrimonio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Para estos efectos los delitos contemplados en el estatuto nacional de estupefacientes se considera que causan grave deterioro de la moral social. En todo caso quedan a salvo los derechos de terceros de buena fe. Los bienes que pasen al dominio público serán de propiedad de la Fiscalía General de la Nación".

Con estas disposiciones se ha ido introduciendo en el procedimiento penal la posibilidad de desconocer el derecho de dominio cuando los bienes han sido obtenidos fraudulentamente o contra la ley. El título obtenido indebidamente no da derechos a quien así los obtuvo y los bienes pueden pasar a poder del Estado a través de la Fiscalía General.

En el decreto 2265 de 1991, que se refiere al tratamiento especial que se da a los procesados que confiesen y se sometan a la justicia, en su art. 11 se establece que en la sentencia se dispondrá por el juez el decomiso, a favor del Estado, de todos los bienes denunciados por el procesado en su confesión.

Se han presentado fuertes críticas a estas disposiciones por considerar que rompen el culto inmerecido que se le venía dando a la propiedad así ésta hubiera sido obtenida por medios ilícitos, y cuya procedencia se oculta a través de testaferros o de sociedades de papel o de maniobras aparentemente lícitas. Ahora si los bienes se obtienen ilícitamente es posible que el funcionario penal desconozca sus títulos y registros e inclusive ordene su cancelación, como lo dispone el art. 51 del nuevo C. P. P.

También como una clara defensa de los derechos de la víctima o perjudicado con el delito el nuevo estatuto procesal no sólo prohíbe al procesado disponer de sus bienes dentro del año siguiente a la comisión del delito en el art. 59 convirtiendo en objeto ilícito toda enajenación u operación que haga con los bienes que requie-

ren registro, sino que además obliga al funcionario a fijar en concreto el monto de la indemnización que debe reconocerse al perjudicado.

No han faltado quienes se opongan a la institución del comiso alegando que el juez civil no puede ordenar el remate de los bienes de propiedad de personas distintas al condenado. Pero este argumento carece de validez si se observa que en el procedimiento civil el embargo y secuestro preventivos y el remate correspondiente puede darse en bienes de otras personas diferentes al condenado, como sucede cuando se presentan demandas por responsabilidad civil contractual o extracontractual con fundamento en un accidente de tránsito, en las cuales se puede solicitar el embargo y secuestro preventivo del vehículo con el cual se ocasionó el daño o lesionamiento, sin importar la propiedad del mismo, o sea que allí también el vehículo propiedad de un tercero civilmente responsable se puede vincular. (Art. 690 numeral 6º). Es una especie de comiso que se traslada del proceso penal al proceso civil. En ambos casos los bienes de los terceros civilmente responsables se convierten en garantes del pago de la indemnización.

Tampoco han faltado quienes, desconociendo la vigencia del art. 103 del Código Penal (textualmente reza: "*reparación del daño y prevalencia de la obligación.* El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan... Esta obligación prevalece sobre cualquiera otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho y aún respecto de la multa"), sostengan que cuando el procesado vende o transfiere el dominio a un adquiriente de buena fe éste tiene un derecho preferente y por lo tanto debe respetársele, aun por encima del perjudicado con el delito. Sin embargo la claridad de las normas penales impide esta interpretación. El derecho del perjudicado con el delito es preferencial sobre cualquiera otro como lo disponen los arts. 103 del C. P. y 59 del C. P. P. por lo tanto cualquiera transacción que se haga de esos bienes tiene objeto ilícito por estar el bien fuera del comercio y deben volver al patrimonio del causante para que garanticen el pago de la indemnización. El tercer adquiriente de buena fe dispondrá de las acciones penales y civiles para hacer valer sus derechos contra quien le vendió o enajenó sin poder hacerlo.

Sobra concluir que ninguna de esas nuevas figuras puede confundirse con la *confiscación* ya que ésta es una pena o sanción mediante la cual los bienes de un condenado deben pasar total o parcialmente a poder del Estado. Esa pena no puede imponerse en

Colombia, como claramente lo dispone el art. 34 de la Constitución de 1991, cuando dispone "Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y *confiscación*". Sin embargo para evitar indebidas interpretaciones el mismo artículo establece: "No obstante, por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social".

No hay duda que el comiso no tiene ningún parecido con la confiscación por cuanto aquel simplemente establece un mecanismo para que se garantice al perjudicado el pago de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con un hecho ilícito, mientras la confiscación es una pena mediante la cual todos los bienes del procesado o parte de ellos pasan al Estado.

Y aunque la extinción del dominio del art. 140 se aproxima más a la confiscación tampoco puede confundirse con ella pues en aquella los bienes vuelven al Estado porque el título de dominio fue obtenido ilícitamente y carece de valor.

En cambio en la confiscación los bienes llegan al Estado como sanción o pena sin tener en cuenta la ilicitud del título de dominio.

Estas nuevas figuras del proceso penal han encontrado tenaz oposición en quienes han venido rindiendo un inmerecido culto a la propiedad indebidamente obtenida y en quienes no han entendido que la obligación que surge de la comisión de un delito es preferente y que sólo tiene como obligación de mayor jerarquía a las que resultan de la relación laboral, según la ley 50 de 1990. La regulación de créditos y obligaciones que establece el código civil ha sido modificada y variada, dejando por encima de ellas las obligaciones y las que provienen del delito.

REGIMEN PROBATORIO EN EL DECRETO 2651 DE 1991

José Fernando Ramírez Gómez *

1. Fuentes del derecho procesal colombiano 2. El common y el civil law 3. Pruebas de común acuerdo sin intervención del juez 4. Nuevas reglas para el aporte, práctica y evaluación de pruebas 5. Aspectos probatorios del art. 101 del código de procedimiento civil.

1. *Fuentes del derecho procesal colombiano*

Hasta ahora nuestras instituciones procesales tenían una muy definida orientación, hasta el punto de poder ubicar nuestro sistema en la familia del "civil law", puesto que la mayoría de las instituciones que conforman el derecho procesal vigente tienen su origen en el derecho romano, otras, no muchas, en el proceso germano, y otras más provienen de España, porque como lo pregona Enrique Véscovi, la historia de los países iberoamericanos coincide con la de España hasta la conquista, siendo natural que ésta estableciera en las Colonias el derecho vigente en la metrópoli, con algunas particularidades derivadas de la distancia y de ciertos requerimientos de los diversos lugares y de la influencia indígena. De ahí que España haya impuesto su propia organización judicial, con algunas variantes, y sus procedimientos civil y penal [1].

---

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

1. Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso;* Ed. Temis. 1984, págs. 25 y ss.

No era entonces, el derecho procesal colombiano tributario del sistema del "common law", es decir, la familia del derecho anglosajón de la cual son partícipes Inglaterra y los Estados Unidos, así como las excolonias inglesas y la Comunidad Británica. Esta que era una verdad real, a partir de la vigencia del decreto 2651 de 25 de noviembre de 1991, debe ser replanteada, porque el art. 21 de este estatuto al consagrar el procedimiento para la práctica de pruebas de común acuerdo sin la intervención del juez, dio cabida en nuestro régimen procesal a una típica institución del derecho anglosajón, con todas las consecuencias que ella trae aparejada, pues no debe olvidarse que las diferencias de los sistemas del civil y del common law no son gratuitas, amañadas y circunstanciales, sino que ellas tienen un contenido sociológico, como que tocan con la propia idiosincrasia de los pueblos donde rigen.

2. *El common y el civil law*

El análisis del régimen probatorio establecido por el decreto 2651, y en particular el art. 21, nos remite necesariamente a un examen comparativo entre los dos sistemas, el del common y civil law, porque como antes se indicó entre uno y otro existen grandes diferencias, que son las que les confieren una entidad propia. De manera que resulta indispensable esa caracterización, con el fin de verificar el comportamiento de la institución extraña que ha sido transplantada, y deducir, entonces, el tratamiento que en el campo de la práctica, recepción y evaluación se le ha de dar a las pruebas que de común acuerdo practican las partes sin intervención del juez.

Vemos, aunque sea someramente, porque el tipo de trabajo así lo exige, el paralelo diferencial entre los dos sistemas en comentario, tomando como puntos de referencia el proceso civil en los Estados Unidos y el proceso civil en Colombia [2]:

2. Para el examen del Proceso Civil en Estados Unidos, se tuvo como fuente informativa la obra *El proceso civil en los Estados Unidos*, de Angelo Piero Sereni, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, pág. 195.

COMMON LAW	CIVIL LAW
a) El proceso en Estados Unidos es un proceso antagónico, donde el juez togado en gran medida se limita a controlar el encuentro, el duelo de las partes.	a) El proceso en Colombia presenta al juez como un gran director, no como mero espectador.
b) En el proceso de Estados Unidos predomina el poder de iniciativa y disposición de las partes (sistema dispositivo).	b) El proceso en Colombia está orientado por un sistema mixto, donde al lado de la iniciativa de las partes está el poder del juez.
c) El proceso civil en los Estados Unidos se concibe como un instrumento para la tutela de intereses puramente privados.	c) El proceso en Colombia se concibe como un medio para hacer vigente el derecho objetivo y de contera hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley sustancial, componiendo los conflictos de intereses que atentan contra el orden público.
d) En Estados Unidos, en su mayoría las normas procesales son disponibles.	d) En Colombia las normas procesales son de orden público, imperativas.
e) En Estados Unidos ninguna prueba se puede disponer de oficio. El juez sólo ocasionalmente puede interrogar al testigo.	e) En Colombia, tanto al principio del proceso como antes de fallar puede decretar pruebas de oficio, y es él quien debe interrogar personal y directamente a los testigos.
f) En Estados Unidos la prueba testimonial tiene una mayor amplitud y se le otorga mucho más valor.	f) En Colombia rige la libertad probatoria y aun cuando no existe un orden de jerarquía, la práctica judicial le otorga valor sinigual a la prueba por documentos.
g) En Estados Unidos la investigación se desarrolla de	g) En Colombia la recepción del testimonio se ve limita-

COMMON LAW	CIVIL LAW
una manera más profunda, sin limitaciones mayores en el interrogatorio.	da por las tutelas de la privacidad o intimidad del declarante, y por otros valores ajenos al pragmatismo estadounidense.
h) Del testigo, en Estados Unidos es posible obtener la producción de papeles, documentos, etc.	h) En Colombia, hasta la expedición del decreto 2651 esa era una actividad no reglada positivamente.
i) En los Estados Unidos el jurado participa en numerosas decisiones de causas civiles, no en todas, porque las causas en equidad se resuelven generalmente sin intervención de jurado.	i) La institución del jurado es extraña al proceso civil colombiano.
j) En Estados Unidos por considerarse el proceso civil como tutela de intereses puramente privados, no existe de ordinario el instituto procesal de la intervención del Ministerio Público.	j) En Colombia el Ministerio Público interviene en variados procesos cuando la ley lo señala. También se da la intervención de los defensores de familia.

3. *Pruebas de común acuerdo sin intervención del juez*

3.1 *Generalidades*

Con la perspectiva del anterior panorama comparativo se debe abordar el estudio del art. 21 del decreto 2651, que es donde se nota definitivamente la influencia del sistema del Common law, a fin de hacer un análisis integral, esto es, teniendo en cuenta el origen del instituto y su acomodamiento a nuestra propia normatividad, porque el art. 21 no se puede mirar aislado sino como parte integrante de un gran sistema al cual ha sido transplantado. De

suerte que hay que estudiar la norma teniendo en cuenta el contorno donde debe operar.

Antes del examen de la norma en sí debe darse noticia de los dos factores que en mi sentir determinaron su aparición en el marco jurídico colombiano:

a) La decisión política del gobierno por reducir el tamaño del Estado, que no siendo ajena a la rama judicial, originalmente se ha manifestado en la expedición de normas como la comentada, donde claramente se nota la privatización de la función de componer la litis (conciliación, amigable composición, tribunales de arbitramento, jueces de paz, etc.).

b) La crisis de la regla técnica de la inmediación procesal, ocasionada unas veces por la desidia del juez, que se abstenía de cumplir el deber de practicar personalmente las pruebas, otras por el cúmulo de trabajo que impedía participar de la actividad probatoria, y otras, porque el trámite de las pruebas ante juez comisionado hacía que el principio se quedara corto, ya que la evaluación probatoria al fin de cuentas la hacía el juez de conocimiento.

3.2 *Condiciones de eficacia y validez de esta clase de pruebas*

Varios son los requisitos que el art. 21 señala para que las partes y sin intervención del juez, gocen de valor probatorio: a) que se practiquen de común acuerdo por las partes; b) que se alleguen al proceso judicial antes que se dicte la sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral y c) que se aporten al proceso en documento autenticado como se dispone para la demanda (art. 84 del C. de P. C.), conforme a las distintas variantes que según la clase de medio probatorio ofrece el art. 21 del citado decreto, que seguidamente comentaremos.

El encabezamiento del art. 21 del cual se coligen los anotados requisitos, nos lleva al planteamiento de los siguientes cuestionamientos:

a) ¿En qué clase de procesos procede la práctica de pruebas de común acuerdo sin intervención del juez? El artículo reza que "En todo proceso", tienen lugar las citadas pruebas. El profesor Hernán Fabio López Blanco, advierte que esa expresión "no es posible tomarla en sentido literal" porque quedarían incluidos los procesos penales y ello no es así, porque en su opinión esta parte del decreto sólo está destinada "a operar exclusivamente para aquellos pro-

cesos que se nutren del Código de Procedimiento Civil como lo son los comerciales, civiles, de familia, agrarios y laborales" [3], quedando por consiguiente, excluidos también los procesos contencioso administrativos.

Sin duda alguna las exclusiones que hace el profesor López Blanco deben compartirse. Sin embargo, consideramos que no en todo proceso comercial, civil, de familia, agrario o laboral, procede la práctica de pruebas que estamos analizando, pues en nuestra opinión también deben excluirse de esa posibilidad aquellos procesos donde el Ministerio Público o el defensor de menores, por disposición legal deba intervenir en condición asimilada a la parte porque se le reconocen las mismas facultades.

Nótese cómo en este campo empieza en cierta forma la vicisitud del transplante de la norma, porque mientras que en los Estados Unidos no ofrece dificultad en este punto porque de ordinario no existe el instituto procesal del Ministerio Público, aquí es necesario acondicionarla a este instituto.

b) ¿Quiénes pueden practicar las pruebas? Este interrogante supone dos respuestas: de un lado la concerniente a si las pruebas pueden practicarlas directamente las partes, entendidas ellas en sentido material, o si las deben practicar por intermedio de los apoderados judiciales. De otro lado, la relativa al concepto de parte.

En primer lugar, parece que no exista ningún óbice por el carácter privado de la actividad, para sostener, como lo predica el profesor López Blanco, que éstas pueden evacuarse directamente por las partes sin intervención de abogado, aunque la práctica aconseja la presencia de éstos porque de todas maneras son actuaciones sometidas a una determinada técnica procesal en la cual se presume experto el profesional del derecho. Por supuesto, que el tenor literal del ordinal 7 del art. 21, consagra la presencia de los apoderados cuando se trata de recibir declaraciones de parte.

En relación con el segundo aspecto del interrogante, debe tenerse en cuenta que el concepto de parte que utiliza la norma es el mismo concepto formal que se conoce y acoge nuestra legislación, es decir, que las partes son los sujetos del proceso, o sea demandante (s) y demandado (s).

Ahora, porque demandante es quien formula la demanda y

---

3. López Blanco, Hernán Fabio. *Comentarios al Decreto de Descongestión Judicial.* Ed. ABC, Bogotá, 1992, pág. 50.

demandado es la persona contra quien se dirigen las pretensiones de la demanda, consideramos que la práctica de pruebas de común acuerdo supone la existencia de un proceso, no compartiéndose la tesis de que éstas pruebas tienen viabilidad sin existencia de proceso.

Desde luego, que si las partes son plurales por la presencia de litisconsortes necesarios o facultativos, el común acuerdo los supone a todos, incluyendo terceros como los llamados o denunciados, porque ese consenso toca con el debido proceso que los involucra a todos.

Claro está que no necesariamente debe exigirse que en la respectivas audiencia o diligencias participen todos, pues eso no se infiere de la norma. La ley establece ese común acuerdo para la decisión de su práctica y para hacerlas valer en el proceso, bastando el común acuerdo en la aportación, caso en el cual obra una aquiescencia ulterior con respecto a la práctica, para el evento en que todos los sujetos no hubieran intervenido en ella, pues de no compartirse la actuación sin explicación quedaría el consentimiento para la aducción al proceso.

c) ¿Qué pruebas comprende el artículo 21? Desde el punto de vista de los medios la norma misma se encarga de indicarlos. En realidad, lo que se trata de puntualizar es si la norma comprende apenas las pruebas pedidas en las oportunidades procesales y tal vez decretadas, o las partes tienen la facultad de practicar otras distintas.

La respuesta no puede ser otra que la ofrecida por la segunda opción. La privatización de la actividad, que de contera debe conducir a una más profunda investigación de los hechos, como ocurre en los Estados Unidos, y el común acuerdo de las partes, son factores determinantes para apoyar la respuesta.

d) ¿En qué oportunidad se deben aducir las pruebas? En cualquier momento del proceso, "antes de que se dicte la sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral", dice la norma. De golpe surge una pregunta: ¿qué pasará con las actuaciones probatorias realizadas de común acuerdo, pero aducidas con posterioridad a las referidas sentencias? Clara y lógicamente el juez de primera instancia, que es con respecto a quien vale la cuestión, no tiene la oportunidad de evaluarlas; empero, no sucede lo mismo tratándose del juez de segunda instancia, quien tiene dos alternativas para apreciarlas: aplicar analógicamente lo preceptuado por el inciso final del art. 183 del C. de P. Civil, o considerarlas de oficio

al tenor del art. 180 del C. de P. Civil en armonía con el inciso final del art. 21 del decreto.

e) ¿Cuál es la forma de la aducción y recepción de las pruebas en el proceso? En cuanto a la forma de la aportación, en principio debe acotarse que ésta debe estar prohijada por memorial suscrito por los apoderados de sendas partes, autenticado como se dispone para la demanda. Esta sería la conducta a seguir cuando se aducen informes científicos, técnicos o artísticos y documentos. Empero, tratándose de la declaración de testigos, inspección judicial realizada por particular y declaraciones de parte, es necesario distinguir si las partes o sus apoderados, según el caso, participaron y firmaron la respectiva diligencia o audiencia, porque de haber así sucedido ahí está la muestra del común acuerdo, bastando, entonces, la aducción por cualquiera de ellos. En caso contrario, vuelve a cobrar vigencia el principio general inicialmente sentado.

Respecto a la forma de recepcionar las pruebas en el proceso, consideramos que por regla general basta un auto de cúmplase ordenándole al secretario la incorporación de la actuación, descartando por consiguiente autos que deban notificarse, no sólo porque el enteramiento o publicidad frente a las partes se da por descontado por el común acuerdo, sino porque además los autos de notificación desconocerían la finalidad de la norma, que es la descongestión. Con todo pensamos que tratándose de informes científicos, técnicos o artísticos, eventualmente se tendría que dictar un auto de notifíquese cuando éstos se refieren a parte de los puntos objeto del dictamen pericial, pues en ese caso es necesario dejar definido la parcialidad que subsiste para que los peritos actúen en consonancia.

3.3 *Actos probatorios que se pueden realizar*

Los actos que reglamentan los siete numerales que componen el art. 21 del decreto 2651, están referidos a la presentación de informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por persona natural o jurídica (pública o privada) que las partes de común acuerdo indiquen o acepten, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto del dictamen pericial, practicado o no, caso en el cual se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial, conforme lo soliciten las partes, que además, bien pueden desistir del dictamen pericial evacuado.

Según lo prevé el ordinal 1º del art. 21, el documento que con-

tenga el informe deberá presentarse autenticado como se dispone para la demanda, es decir, quienes lo suscriban deben autenticar las firmas, mediante comparecencia personal ante el secretario de cualquier despacho judicial, o ante notario de cualquier círculo.

Conforme al ordinal 2º del art. 21 la diligencia judicial de reconocimiento de un documento puede suplirse, presentando documento auténtico proveniente de quien debía hacer el reconocimiento, en el cual conste éste en los términos del art. 273 del C. de P. Civil, o sea que el reconocimiento judicial puede suplirse por un reconocimiento notarial donde se cumplan las formas previstas por el art. 273, empezando por la fórmula de la declaración bajo juramento que se entiende prestado por la autenticación del documento en la forma prevista para la demanda.

También pueden las partes recepcionar testimonios y luego presentar al juez la versión obtenida, previa autenticación del acta por partes y testigos en la forma como se dispone para la demanda.

La declaración de los testigos debe ser bajo juramento que se entenderá prestado por la autenticación del documento, pero dejando constancia en el acta de la advertencia. Por lo demás, no sobra anotarse que para la práctica del interrogatorio deben tenerse en cuenta las reglas establecidas por el art. 228 del C. de P. Civil, especialmente aquellas que tienen como finalidad establecer la personalidad del testigo, su imparcialidad, la exactitud y plenitud de la declaración, así como las referidas a la exposición de la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento, porque no puede olvidarse el destinatario de la prueba, esto es, el juez, que es quien en definitiva las debe apreciar y evaluar.

Igualmente, según lo dispone el ordinal 4º del art. 21, pueden las partes presentar documentos públicos y privados en los cuales consten los puntos y hechos objeto de una inspección judicial con el fin de suplir ésta. También puede suplirse la diligencia de inspección judicial encomendándosele su práctica, salvo en los procesos donde alguna de las partes esté representada por curador ad litem, a una persona particular que las partes escojan de común acuerdo o acepten. El acta contentiva de la inspección debe autenticarse en la forma que se ha venido indicando (ordinal 5º).

De otra parte, según lo consagra el ordinal 6º del art. 21, las

partes pueden anticipar la exhibición de documentos, prescindiéndose así total o parcialmente de la exhibición pedida o decretada.

Para los documentos propios de las partes no existe ninguna limitación. Se da ésta sí, cuando se trata de documentos que estén en poder de un tercero o provenientes de éste, caso en el cual, si se trata de documentos privados deberán presentarse autenticados y acompañados de un escrito donde el tercero manifieste expresamente que está de acuerdo con la aportación del documento al respectivo proceso; escrito éste que debe autenticar el tercero en la forma como se dispone para la demanda.

Por último, digamos que el numeral 7 consagra el caso de las declaraciones de parte para suplir el interrogatorio del correspondiente proceso. Esta actuación debe sujetarse en lo pertinente a los requisitos y formas señaladas por el Código de Procedimiento Civil, arts. 207 y 208, amén de lo específicamente preceptuado por el inciso 1º del ordinal 7. Además, aunque parezca necio decirlo, no sobra anotar que se trata de la recepción de la declaración de la contraparte.

3.4 *Evaluación de las pruebas*

No empece a la importancia que habrá de atribuírsele a las pruebas que de común acuerdo presentan las partes luego de su práctica sin intervención del juez, con lógica puede concluirse y eso parece darlo a entender el inciso último del art. 21, que su cometido se agota al lograrse agilizar el proceso y descongestionar la actividad judicial, sin que se les pueda asignar alguna otra especial y superior función axiológica, porque los principios y reglas que rigen la apreciación o valoración de ellas y que orientan al juez para definir la existencia o inexistencia del factum probandum, siguen incólumes, hasta el punto de poder hacer el juez uso de las facultades previstas por el art. 179 del C. de P. Civil, decretando pruebas de oficio o pedidas por las partes, cuando las presentadas de común acuerdo, luego de someterse al análisis conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no producen el convencimiento deseado. Claro está, y ello se supone, que ese tipo de pruebas debe conducir a una investigación más profunda, así como sucede en los Estados Unidos, que a la postre torne inane la facultad inquisitorial dada al juez, que dentro de un purismo técnico no tendría sentido, como no lo tiene en el país del norte.

4. *Nuevas reglas para el aporte, práctica y evaluación de la prueba*

Los artículos 22, 23, 24 y 25 del decreto 2651 de 1991, están destinados a adicionar el Código de Procedimiento Civil, introduciendo nuevos criterios en el campo del aporte, práctica y evaluación de la prueba; específicamente de los medios allí tratados, donde, como dice la norma, además de las disposiciones generales contenidas en el Código, deben aplicarse las especiales que se procede a examinar.

4.1 *Aporte individual de pruebas*

De este punto se ocupan los numerales 1º y 4º del art. 22. El numeral primero faculta a las partes independientemente consideradas, para presentar, en las oportunidades procesales para pedir pruebas, experticios producidos por instituciones o profesionales especializados.

Varios comentarios amerita la norma: de un lado, en comparación con la previsión del art. 21, es importante hacer ver como ésta es una facultad individual de las partes, en tanto que en el art. 21 se debe actuar de común acuerdo. De otro lado, esa facultad tiene que hacerse valer en las oportunidades que la ley procesal señala "para solicitar pruebas", o sea que el experticio extraproceso practicado por personas naturales o jurídicas (privadas o públicas), debe presentarse como anexo de la demanda, de la contestación, o del memorial que promueve el trámite especial o el incidente, o conteste uno u otro, o en la oportunidad del art. 399 del C. de P. Civil, o con ocasión de la práctica de una inspección judicial.

El experticio anexado, tal como lo advierte López Blanco, debe estar autenticado por quien lo emitió y debe contener los datos que permitan identificar su autor y cualificar su profesionalidad o experiencia.

Por su parte, el numeral 4º del art. 22, amplía el contenido del art. 278 del C. de P. Civil, haciendo extensiva la previsión a las demás personas naturales o jurídicas, "sometidas a vigilancia estatal". De suerte que a partir de la vigencia del decreto serán apreciables por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no sólo los informes de bancos e instituciones de crédito expedidos

en los términos del art. 278, sino los informes y certificaciones expedidas por cualquier persona natural o jurídica, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: a) que la actividad de la cual se ocupa la autora esté sometida a vigilancia estatal y b) que el informe o la certificación verse sobre cuestiones atinentes a esa actividad, de la cual existía constancia documental.

Los informes o certificaciones de las personas naturales o jurídicas sometidas a vigilancia estatal, se consideran, según lo declara el art. 278 del C. de P. Civil, que es norma concordante, expedidos bajo juramento. Por lo demás consideramos que esos documentos, así como se había entendido con respecto a los informes bancarios, llegan al proceso amparados por una presunción de autenticidad, que de cierta manera ratifica el ordinal 5º del art. 22 cuando estatuye que las constancias debidamente autenticadas como se dispone para la demanda, emanadas de personas jurídicas o naturales no sujetas a vigilancia estatal y aportadas al proceso de oficio o a petición de parte, se deben tener como prueba sumaria, lo cual, expresado en otras palabras significa, que si son informes o certificaciones expedidas por personas naturales o jurídicas controladas por el Estado, éstas se deben tener como auténticas.

4.2 *Reformas en materia de documentos*

A cuatro tipos de documentos se refiere el decreto 2651 en el art. 22 ordinales 2, 4 y 5, y en el art. 25: los documentos declarativos emanados de terceros; los informes y certificaciones de personas naturales y jurídicas sometidas a vigilancia estatal; las constancias expedidas por personas naturales o jurídicas no sujetas a vigilancia del Estado y los documentos a los cuales se refiere el art. 25. Claro que los informes y certificaciones, como las constancias a las cuales se refieren los ordinales 4 y 5 son documentos provenientes de terceros, de contenido declarativo; empero, para efecto del estudio es necesario hacer la distinción entre unos y otros porque el tratamiento probatorio que plantea el decreto difiere, como ya tuvo oportunidad de verse con relación a los informes y certificaciones expedidas por personas sometidas en su actividad a vigilancia estatal. De manera que ahora examinaremos los tres restantes.

En cuanto a los documentos privados con contenido declarativo emanados de terceros, el régimen establecido por el ordinal 2 del art. 277 del C. de P. Civil fue modificado. Bajo el Código esos

documentos no podrían ser apreciados por el juez si su contenido no había sido ratificado por el tercero mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos. Hoy, esos documentos pueden ser estimados por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contra la cual se aducen solicite su ratificación de manera expresa.

Si el documento privado proviene de un tercero, persona natural o jurídica no sometida a vigilancia estatal, y es meramente "informativo", o sea que apenas deja constancia de un hecho (constancias los llama el ordinal 5 del art. 22), como la que se expide informando el sueldo de una persona, su fecha de vinculación, la labor desempeñada, etc., su valor probatorio será el de "prueba sumaria", dándose dos condiciones: a) que lleguen al proceso debidamente autenticados como se dispone para la demanda y b) que hayan sido aportados mediante orden judicial proferida de oficio o a petición de parte.

Algunas consideraciones y glosas deben hacerse con respecto al citado texto legal: en primer lugar la calificación de prueba sumaria resulta intrascendente, porque como prueba no contradicha su valor para la decisión definitiva sería ninguno, pues si con paciencia se mira el sistema probatorio, fácilmente se nota que la prueba sumaria tiene efectos en decisiones que se deben tomar de plano, es decir, sin debate o contradicción. Sumariamente se debe probar la causa que justifique la inasistencia a la audiencia de conciliación. Sumariamente se debe probar el contrato para efectos de admitir la demanda de restitución del inmueble arrendado, pero si la sentencia se dicta reconociendo la pretensión no es con apoyo en la prueba sumaria que operó al introito, sino porque se tiene una prueba plena fruto de la contradicción. Debe también precisarse con relación a la norma que las constancias anexadas por las partes, aunque se autentiquen como se dispone para la demanda, no tienen siquiera el valor de prueba sumaria, porque carecen del requisito de aporte por orden judicial.

En cuanto al art. 25, no vemos en él más que un contenido residual a través del cual se trata de comprender cualesquiera otros documentos distintos a los detallados por las normas precedentes.

4.3 *Reformas a la declaración de testigos y partes*

Dos novedades presenta el decreto en relación con los citados medios probatorios. La primera consagrada por el numeral 3º del

art. 22, autorizando a partes y testigos para presentar documentos relacionados con los hechos materia de la declaración. Esta que era una conducta frecuentemente observada en las audiencias, no obstante la carencia de regulación legal, razón por la cual se carecía de unanimidad de criterio por parte de los jueces, que a veces aceptaban los documentos así aducidos y otras veces no, queda así plasmada legalmente y superada cualquier diferencia teórica que al respecto existiera. Desde luego que la norma resulta interesante desde un ángulo puramente pragmático, porque no obstante crearse la oportunidad legal para la aducción de los documentos, siempre queda la duda, especialmente cuando éstos provienen de la parte, de la lealtad y buena fe en el comportamiento. Por supuesto que el documento así aducido debe ordenarse como prueba por auto proferido en la misma audiencia o diligencia en que se produce, teniendo las partes la oportunidad de tacharlos de falso al día siguiente de la audiencia o diligencia, conforme lo establece el inciso 1º del art. 289 del C. de P. Civil.

La segunda novedad se halla en el art. 24, el cual autoriza a la parte o al testigo que rinde la declaración, para "hacer dibujos, gráficas o representaciones con el fin de ilustrar su testimonio". Estos grabados que bien pueden ser preelaborados por el testigo, pues nada impide que así se haga, se incorporarán al expediente y serán apreciados como parte del testimonio y no como documentos.

Si bien es cierto que por su naturaleza esos dibujos, gráficas o representaciones serían documentos, y no lo dejarían de ser por el hecho de que la norma les otorgue otro calificativo, la previsión legal que establece que su apreciación se hará como parte integrante del testimonio y no como documentos, tiene una explicación justificativa que tiene que ver con el mecanismo de la impugnación y con la finalidad del decreto que es la descongestión judicial, porque la norma así como quedó redactada permite contradecir esos documentos con la simple tacha testimonial; mecanismo más ágil que la tacha de falsedad que es forma impugnativa de los documentos.

Igualmente prevé la parte final del art. 24 que el testigo puede reconocer documentos durante la declaración; norma ésta que acoge legalmente práctica judicial y permite superar cualquier discusión que al respecto se pudiera plantear.

La norma que sí parece vana es la contenida por el art. 23, que parece dispuesta para recordar algo que está previsto en la normativa del Código de Procedimiento Civil.

5. *Aspectos probatorios del art.* 101 *del C. de P. Civil*

Además de lo dispuesto en los arts. 21 a 25 sobre pruebas, a los cuales ya nos hemos referido, debemos hacer notar y comentar las previsiones probatorias del decreto en relación con el art. 101 del C. de P. Civil, parágrafo 3, sobre interrogatorio de las partes y solicitud adicional de pruebas:

a) La deficiencia que se había advertido con respecto a los interrogatorios de parte recíprocos en la audiencia del art. 101, fue enmendada por el decreto en el art. 9º, dando posibilidad a que en dicha audiencia se practique interrogatorio a las partes tanto por iniciativa del juez como de ellas mismas. Interrogatorio éste que no sólo resultaba aconsejable por motivos de economía procesal, aprovechándose la presencia de las partes, sino por ser éste un instrumento sinigual para recoger información que en definitiva redunde en la fijación de los extremos de la litis y en las pautas probatorias del proceso.

Por lo anterior pensamos que es viable la práctica recíproca de los interrogatorios aunque éstos no se hayan pedido como pruebas en la demanda o en la contestación. Sin embargo, consideramos que la deducción de confesión preceptuada por el art. 210 del C. de P. Civil, sólo es aplicable en el caso en que el interrogatorio haya sido solicitado en la oportunidad procesal correspondiente, o sea que si fueron pedidos, dada la hipótesis del art. 210, será deducible la confesión ficta o presunta, en caso contrario no.

Evacuados los interrogatorios por las partes en la referida audiencia, ya no hay lugar a ellos en el curso del proceso, salvo el caso del interrogatorio de oficio decretado por el juez.

b) El otro punto que merece analizarse en el art. 9º, es el consagrado por el inciso 2º, como "Solicitud adicional de pruebas". Dice el artículo: "Después de terminada la audiencia y dentro de los tres días siguientes, las partes podrán modificar las solicitudes de pruebas contenidas en la demanda, en la conciliación o en cualquier otro escrito que de acuerdo con la ley pueda contenerlas".

¿Qué debe entenderse por "modificar" las solicitudes de pruebas? Hernán Fabio López Blanco dice que el término "modificar" debe interpretarse en un sentido amplio, entendiendo dentro de tal la posibilidad de "pedir nuevas pruebas". Desde luego que ese

criterio debe compartirse, si es que se le quiere dar a la norma funcionalidad, o sea que por "modificar" no solamente debe entenderse prescindir de pruebas pedidas o aclarar las solicitadas, sino como ya se indicó, adicionar la petición probatoria colocándola acorde con los resultados fácticos de la audiencia. Si la norma no se interpretara así, y apenas se le atribuyera la facultad de prescindir de medios probatorios, como lo alegan algunos, ningún sentido tendría la disposición en comentario, porque siempre las partes han podido desistir de las pruebas pedidas pero no practicadas.

Medellín, octubre de 1992.

DE LAS ACCIONES DIVISORIAS **

Marcos Afonso Borges *

1. *Las acciones divisorias*

Como es por demás sabido, la noción clásica proveniente del derecho romano considera como pertinentes a las acciones divisorias:

1ª *La actio familiae erciscundae,* o de partición de la herencia;

2ª *La actio communi dividundo,* o acción de división del predio perteneciente a dos o más comuneros, que lo poseen a título singular; y

3ª *La actio finium regundorum,* o acción de demarcación de tierras particulares.

---

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

** Versión del portugués por Orión Alvarez A.

Recientemente el legislador patrio creó una cuarta especie: *la acción discriminatoria,* "conferida a la Unión, al Estado y a los municipios para separar las tierras de su dominio de las propiedades de los particulares, bien como para delimitar las zonas imprescindibles para la defensa del país" (Marcos Afonso Borges, *De la acción discriminatoria,* página 17, 2ª edición, José Bushatany, São Paulo, 1976).

Las tres primeras están reglamentadas en el Código de Proceso Civil (Ley 5.869 del 11/01/73) en el libro IV, capítulos VIII y IX. La última es regulada por la Ley 3.081 del 22/12/56.

En esta exposición haremos un análisis crítico únicamente de las acciones de división y de demarcación.

2. *Evolución histórica de la división y de la demarcación*

Antes de apreciar los dispositivos legales que las rigen, consideramos como una buena propuesta hacer un breve recuento histórico de la evolución de la parte procedimental de esas acciones, y de algunas disposiciones del derecho anterior acerca de la división y la demarcación ahora establecidas por el actual Código de Proceso Civil.

Con ese objetivo, podemos considerar cuatro períodos:

a) El primero, que va hasta la proclamación de la República;

b) El segundo, inaugurado con la promulgación del decreto 720 del 5 de septiembre de 1890;

c) El tercero, iniciado con la entrada en vigor del Código de Proceso Civil de 1939; y

d) El cuarto, que principia el 1º de enero de 1974, con la actual norma procesal.

2.1 *Primer período*

Antes del decreto 720 de 1890, no teníamos una legislación que tratase satisfactoriamente la materia.

Los abogados se guiaban más por el uso y por las enseñan-

zas de los prácticos, que trataban también muy superficialmente las dos acciones.

Con la finalidad de llenar esta gran laguna, el juez de derecho Antonio Joaquín de Macedo Soares, publicó en el año de 1878, una excelente monografía intitulada *Tratado jurídico de la medición y demarcación de tierras, tanto particulares como públicas*". Este libro se tornó famoso y es de consulta obligada.

El autor, que demostró gran erudición y bastante conocimiento de la materia dividió su monografía en tres partes:

"La primera trata de la acción y del proceso judicial de la medición y demarcación de las tierras, tanto particulares como públicas". Es el libro primero, con 129 páginas.

"La segunda parte contiene nociones elementales de topografía, en cuanto bastan para que abogados y jueces nuevos entren en el conocimiento técnico de la diligencia a que son llamados a dirigir y juzgar. Es el proceso en el terreno". El autor trata del asunto de las páginas 131 a la 298.

La tercera parte, o el libro tercero, va de la página 299 a la 445 y contiene "la formulación del proceso en el juicio: trae las fórmulas actuales; y en seguida como estudio comparativo, copiamos (dice el autor) unos autos, que nos parecen bien ordenados, existentes en el archivo del juzgado municipal de Cabo Frío, y organizados en 1806, por el hoy extinto Juez de las Mediciones de la misma ciudad".

En aquella época, las divisiones y demarcaciones eran realizadas administrativamente, por el proceso sumarísimo.

Cuando surgía cuestión de alta indagación, decía Macedo Soares... "debe el juez mandar que las partes, preliminarmente, perfeccionen el litigio sometido a la justicia".

Los actos considerados más importantes, eran realizados en audiencias especiales con la presencia, por tanto, del juez, lo que hacía más demorado el trámite del proceso, a pesar de que él mismo era calificado de sumarísimo.

2.2 *Segundo período*

Proclamada la República, el Gobierno Provisorio entonces instituido, nos dio un gran número de leyes importantes, entre las

cuales encontramos el decreto 720 del 5 de septiembre de 1890, que mandó ejecutar el reglamento sobre división y demarcación de tierras particulares.

Ese decreto contiene 73 artículos y trató minuciosamente la materia; es obra de notable erudición y claridad, habiendo sido aprovechado en su esencia por los Códigos de Proceso de los Estados y también por los Códigos de Proceso de 1939 y 1973.

La materia fue distribuida de la siguiente manera: del llamamiento a juicio, diversas modalidades de citación (artículos 1º a 18); de la competencia (artículos 19 a 22); de los peritos agrimensores y árbitros, proposición de la acción, contestación, sentencia y disposiciones comunes a la división y demarcación (artículos 23 a 52); disposiciones atinentes a la demarcación (artículos 56 a 68); y disposiciones generales (artículos 69 a 73).

De acuerdo con la legislación entonces vigente, las citaciones eran recibidas y los plazos fijados en audiencias, siguiéndose las audiencias especiales, que se realizaban en el inmueble, para la instalación de los trabajos de división, o demarcación, para examen y cotejo de títulos, verificación del punto de partida de la medición, o demarcación, formación y adjudicación de las porciones y autenticación de los trabajos demarcatorios ejecutados por el agrimensor.

2.3 *Tercer período*

Con la promulgación del código unitario de 1939, la parte procedimental de los procesos divisorios sufrió gran simplificación: la materia relativa a la competencia fue suprimida porque estaba regulada en la parte general del Código; desaparecieron también los recibos de citación y la fijación de plazos en las audiencias, el agrimensor y los árbitros pasaron a ser de libre nombramiento del juez; las audiencias de examen del título y la determinación del punto de partida pasaron a realizarse en la sede del juicio, y finalmente el comparecimiento del juez en la sede del inmueble, solamente es autorizada cuando se torna necesaria, para terminar el proceso divisorio o autenticar los trabajos de demarcación, hipótesis previstas en el artículo 444 n. único y artículo 448 n. 1.

La materia en el Código de 1939, está ordenada de la siguiente manera: los artículos 415 a 421, del capítulo primero, del título XIX regulan las "Disposiciones preliminares", llamadas en el actual código de "Disposiciones generales".

El capítulo segundo, que abarca los artículos 422 a 440, regula los actos procesales que son comunes a los dos procesos divisorios: división y demarcación.

El capítulo tercero trata de las disposiciones peculiares a la división, artículos 441 a 446.

El capítulo cuarto contiene apenas dos artículos, 447 y 448, que regulan las disposiciones relativas a la demarcación.

Y finalmente, el capítulo quinto, contiene disposiciones generales, referentes a honorarios del agrimensor y emolumentos debidos a los peritos.

2.4 *Cuarto período*

El Código de Proceso vigente, procurando simplificar aún más, mantuvo, con redacción ora mejorada, ora empeorada, casi todas las disposiciones del Código de 1939.

De esta forma, rompiendo con la tradición, suprimió el capítulo segundo de las normas que regulaban los actos procesales comunes a los dos procesos divisorios e incluyó la materia del mismo, ora en los dispositivos peculiares a la división, ora a la demarcación.

Suprimió también, el capítulo V que contenía la materia general acerca de los honorarios del agrimensor y emolumentos debidos a los peritos.

Abolió algunas diligencias, consideradas innecesarias y restauró dos dispositivos del reglamento 720 de 1890.

3. *Análisis de los dispositivos pertinentes a la demarcación y a la división*

En cuanto a las disposiciones generales el Código de Proceso Civil de 1973 dejó de reproducir los artículos 419, 420 y 421, del anterior.

Sin embargo, veremos el artículo 419 que dispone: "La citación inicial comprenderá todos los actos del proceso, inclusive los de ejecución".

Hizo bien el nuevo Código, pues el término ejecución empleado por el artículo 419, significaba apenas la realización de los trabajos técnicos, de la efectiva realización del proceso divisorio y demarcatorio. Para empezar y proseguir esos actos, evidentemente no hay necesidad de nueva citación, ni por el actual Código, ni por el anterior.

Habrá necesidad de nuevo llamamiento en los términos del artículo 214 del Código vigente, cuando el interesado tuviere que ejecutar la sentencia homologatoria de la división, o de la demarcación.

El artículo 420 de la legislación revocada establecía: "La mujer casada intervendrá cuando se cuestionare sobre el dominio y posesión".

El dispositivo, a nuestro juicio, fue suprimido por innecesario, porque el principio ya está consignado en el artículo 10, n. único del Código de Proceso de 1973, que dispone: "Ambos cónyuges serán necesariamente citados para las acciones reales inmobiliarias".

El artículo 421 del Código de 1939 dice lo siguiente: "La acción de división o de demarcación no impedirá el recurso, por acción directa, de los interdictos posesorios".

El artículo no fue reproducido, también por innecesario.

El derecho que debe utilizarse en los interdictos posesorios por acción directa está expreso en el artículo 623 del Código Civil, que faculta: I. Al comunero para usar libremente de la cosa conforme su destino y sobre ella ejercer todos los derechos compatibles con la indivisión; II. Reivindicarla de terceros.

Merecen comentarios los artículos 947, 948 y 949 de la actual norma dinámica. Procuran ellos reproducir los artículos 416 y 417 del Código de Proceso de 1939, con una agregación sacada del artículo 55 del reglamento 720 de 1890.

El legislador, sin embargo, no fue afortunado, pues con la preocupación de la síntesis y de nueva redacción, mezcló conceptos y dio a esos artículos consecuencias de orden jurídico en flagrante antagonismo con otros artículos del Código de Proceso.

El artículo 416 de las normas de 1939 juntó dos principios o tesis, que pueden ser enunciadas así:

Primera tesis. Es lícito el concurso (o acumulación como dice el nuevo Código) de las acciones de división y demarcación. En es-

ta hipótesis serán citados los colindantes y los comuneros, debiendo procesarse primero la demarcación parcial o total, del inmueble común.

Segunda tesis. Fijados los mojones de la línea demarcatoria, los colindantes se considerarán terceros en cuanto al proceso divisorio. Esta tesis, en nuestra opinión, debería haber sido incorporada con la siguiente redacción: "Tramitada en juzgado la sentencia homologatoria de la demarcación, los colindantes se considerarán terceros en cuanto al proceso divisorio".

Los dos principios arriba examinados, reflejan una situación jurídica definida que no necesita ninguna complementación.

El nuevo Código de Proceso reprodujo la primera tesis en el artículo 947 y la segunda al principio del artículo 948, y en seguida pasa a reproducir una situación jurídica completamente diferente, que nada tiene que ver con la acumulación de acciones.

En efecto, el artículo 948 tiene dos partes: "Fijados los mojones de la línea de demarcación, los colindantes se considerarán terceros en cuanto al proceso divisorio; les queda sin embargo (quiere decir a los colindantes) a salvo el derecho de reclamar los terrenos de que se juzguen despojados por invasión de las líneas limítrofes constitutivas del perímetro o a reclamar una indemnización pecuniaria correspondiente a su valor".

El litigante vencido en acción de demarcación, acumulada con la de división, no puede reivindicar terrenos que considere le fueron usurpados, porque él fue parte en el proceso demarcatorio, y por eso él está sujeto a los efectos de la sentencia homologatoria de la demarcación, a los efectos de la ejecución de esa sentencia.

Como consecuencia de imperativo legal (artículo 584, V, parágrafo único del Código de Proceso Civil, que se aplica subsidiariamente, tanto a la sentencia de partición, como a la que termina la fase demarcatoria, son homologatorias), en virtud de su propia estructura y esencia, esta sentencia homologatoria también condena, tiene fuerza y efectos ejecutorios, y por eso, reivindicatorios.

Aunque se revista de forma homologatoria, ella es de condenación, pues no toda sentencia que homologa es simplemente homologatoria. Esto porque "la homologación puede ser simplemente porque están satisfechos los presupuestos de forma, o porque están satisfechos los presupuestos de fondo y de forma, o sobre simple autenticidad". Así, "hay homologaciones integrativas de forma, o simplemente verificativas, y homologaciones integrativas

de fondo" (Pontes de Miranda, Comentarios al Código de Proceso Civil de 1973, tomo VI, páginas 344 y 345).

Nuestro Código de Proceso Civil distingue de manera clara la sentencia meramente homologatoria (art. 486; ej: proferidas en procesos de separación de cuerpos) que constituye resolución judicial integrativa de forma, de las demás sentencias homologatorias, en que la sentencia es más que integrativa de forma. Además, en relación con esta distinción, enseña Pontes de Miranda, que "el artículo 486 no toma los casos en que la sentencia es más que integrativa de forma. Por ejemplo: la homologación de la demarcación si no hubo acuerdo pleno de las partes". (Comentarios al Código de Proceso Civil de 1973, tomo VI, página 357).

Como bien explica Atos de Aquino Magalhaes "los límites son el continente, del que es contenido la superficie del inmueble que demarcan. En este tenor, una vez fijados, todo lo que se incluye dentro de ellos entra desde luego, ipfo facto, a constituir parte integrante del predio del cual forman la extrema.... en consecuencia, trazada la línea, si se determina que uno de los dos colindantes invadió el área del predio vecino, queda él, en consecuencia de la demarcación, obligado como en el proceso reivindicatorio, a restituir lo suyo a su dueño (Fr. I, Dig. de fin. Reg, 10, I; Baudry Lac., Dei Beni, ed. Vallardi, nº 920)... en virtud y por fuerza de la sentencia homologatoria de demarcación, aquel de los colindantes que por no acudir al proceso, fuere convencido para ocupar un área de terreno del predio vecino, queda obligado a restituir la parte invadida al verdadero dueño con todos los frutos, aumentos y accesiones, verificados desde que se propuso la acción de demarcación (Cod. art. 965, Fr. 4, n. 1 y 2, D., de fin. reg., 10, I), en virtud de la sentencia homologatoria, los colindantes, recíprocamente adquieren el derecho a la restitución de las áreas, que el otro posee más allá de los justos límites determinados por la demarcación (Pegas, Forense, T. 5, cap. 83, nº 36). Es eso una consecuencia de la medición de los terrenos, y como ya lo demostramos serán restituidas las mejoras, los frutos y pagadas las indemnizaciones por el deterioro (Fr. I. D., de fin., reg., 10, I)". Teoría y práctica del derecho de demandar y de la acción de demarcación, páginas 65, 66, 86, 87 y 254.

En el mismo sentido la opinión de Faría Mota: "Entendemos también que la restitución de los terrenos es independiente del pedido expreso, por ser una consecuencia lógica y necesaria de la sentencia que homologa la demarcación, fijando los límites entre los predios, toda vez que el demandado opusiere su dominio al del

demandante sobre determinada área. Desde que la sentencia fija los límites, a ellos les atribuye y extiende la propiedad del demandante. Y si dentro de esos límites hubiere terreno invadido por el demandado, la restitución opera por fuerza de lo juzgado" (Condominio y vecindad, página 91).

La acción demarcatoria es real, inmobiliaria, de modo que la sentencia homologatoria de la demarcación es cosa juzgada material, y es exequible entre las partes.

En consecuencia, el derecho conferido a los colindantes de reivindicar los terrenos de que se juzguen *despojados por invasión* de las líneas limítrofes constitutivas del perímetro, en la realidad no existe, porque la sentencia homologatoria de la demarcación no despoja al colindante.

Ese derecho, si existiese, iría en contra de la cosa juzgada, solamente atacable por la acción rescisoria.

La verdad es que el legislador procuró trasplantar para el Código, en los artículos 948, segunda parte, y 949, el artículo 55 del reglamento de 1890, pero lo hizo en lugar impropio y con mutilación del dispositivo, que como está, se presenta ininteligible.

En lugar impropio, porque el dispositivo se refiere exclusivamente a una hipótesis que se verifica comúnmente en el levantamiento del perímetro, en las divisiones, y por eso debería figurar exclusivamente en las disposiciones relativas a la división.

Y de manera incompleta, porque como está redactado es inaplicable, porque hiere toda la sistemática de nuestro derecho procesal.

El artículo 55 del reglamento 720 de 1890, se refiere exclusivamente a la división y contiene dos principios o tesis, empleadas aquí las dos palabras como sinónimas, para mejor comprensión del tema.

La primera tesis: los colindantes del inmueble común, son extraños al proceso divisorio.

Segunda tesis: a ellos, sin embargo, les queda a salvo el derecho a la acción competente, para reclamar y obtener la restitución de los terrenos que se juzgaren usurpados por *invasión* de las líneas limítrofes, constitutivas del perímetro, o a reclamar una indemnización pecuniaria correspondiente a su valor.

Como se ve, la ley previó la hipótesis muy común en el interior del Brasil, de *invasiones* de terrenos colindantes, practicadas

por agrimensores y muchas veces estimuladas por los propios condómines, usurpación de terrenos ajenos, y que, por tanto, nunca pertenecieron al inmueble que se debe dividir.

Justamente por ser los colindantes, terceros, y por tanto extraños al proceso divisorio, es que les asiste el derecho de reivindicar terrenos que se consideren usurpados, como consecuencia de un proceso divisorio.

El nuevo Código de Proceso Civil reguló la hipótesis, consignándola además con elegancia en el artículo 974 y sus parágrafos, el cual reproduce la misma materia contenida en los artículos 948 y 949.

Hay pues, dispositivos duplicados, debiendo evidentemente prevalecer la interpretación anterior, que constituye justamente la hipótesis prevista en el reglamento 720 de 1890, en los Códigos de Proceso Estaduales y en el artículo 974 citado.

4. *Análisis de los dispositivos pertinentes a la demarcación*

El Código de 1973, como innovación, tuvo a bien reproducir el principio consignado en el parágrafo único del artículo 67 del reglamento de 1890, que dispone: "Cuando el actor accionare con queja de perturbación o despojo, podrá adicionar a la demanda la solicitud de restitución del terreno invadido, con los rendimientos percibidos, o la indemnización de los daños, desde el tiempo de la indebida ocupación, siendo este objeto decidido conforme a los principios de derecho de la buena o mala fe del poseedor".

El artículo 951 del Estatuto procesal en vigor establece el mismo principio, pero con la siguiente redacción, que es más precisa y más completa: "El actor puede requerir la demarcación con queja de despojo o perturbación, formulando también la petición de restitución del terreno invadido con los rendimientos que dio, o la indemnización de los daños por la usurpación verificada".

Procuró el Código secundar los principios ya consignados en la doctrina de que la demarcación se divide en simple y calificada. Simple, cuando se pide apenas la demarcación. Y cualificada, cuando el actor adiciona al pedido demarcatorio, la queja de perturba-

ción o despojo, o la solicitud de restitución del terreno invadido, con los rendimientos obtenidos por el poseedor injusto.

Lo que parece, es que el Código tuvo por objetivo liquidar la controversia reinante, en cuanto a la naturaleza de la acción demarcatoria y en cuanto o la posibilidad de acumulación de esta acción con las demandas posesorias, cuando ocurriere perturbación o despojo, y con la solicitud de restitución o de reivindicación del área injustamente poseída por el colindante, con devolución de frutos, productos y rendimientos.

En lo tocante a los efectos de la sentencia proferida en las demarcatorias simples, no existe uniformidad de opinión, ni en la doctrina, ni en los juzgados y tribunales.

Por ese motivo, la prudencia aconseja que en toda acción demarcatoria, deberá el requeriente pedir expresamente la restitución del terreno que fuere abarcado por la línea perimétrica, y que se hallare indebidamente en posesión del colindante o de otro, contra el cual deberá ser también intentada la acción, aunque como ya tuvimos oportunidad de manifestarlo, entendemos innecesario tal pedido, doctrinariamente hablando.

Examinemos ahora, los artículos 955 y 958 del Código vigente. El primero establece: "Habiendo contestación, se observará el procedimiento ordinario; no habiendo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 330, número II".

Y más adelante, dispone el segundo, el artículo 958: "La sentencia que juzga procedente la acción, determinará el trazado de la línea demarcatoria".

Según parece, esos dispositivos procuran reproducir el artículo 425 y parte del artículo 426 del Código de Proceso de 1939, hecha la necesaria adaptación a la sistemática del nuevo Código.

Pero, evidentemente el legislador hace confusión de principios, de citaciones jurídicas distintas, que deberían ser objeto de una reglamentación más completa, con secuencia más lógica y ordenada de las normas que regulan los procesos divisorios.

El artículo 955 sería dividido en dos, pues él prevé las dos hipótesis de la acción divisoria, cuando es o no contestada.

La primera hipótesis debería ser complementada por el artículo 958, que se encuentra completamente desfasado, produciendo en el intérprete confusiones y perplejidades.

Daríamos así, al artículo 955, con supresión del artículo 958, la siguiente redacción: "Habiendo contestación, se observará el procedimiento ordinario. Y la sentencia que juzgare procedente la petición, determinará el proseguimiento del proceso de acuerdo con lo que quedó decidido".

Conforme enseña Tito Fulgencio, citado por el magistrado Artur Ribeiro, en comentario al artículo 836 del Código de Proceso de Minas Gerais, el proceso puede tomar dos orientaciones enteramente diversas, según haya o no contestación: "O se encamina para la liquidación de puntos dudosos sobre el dominio o los límites, y entonces asume la fisonomía contenciosa, generándose así en las entrañas del proceso divisorio una nueva acción, con vida autónoma y destino propio; o sigue su curso normal (en el caso de no haber contestación) y dirigirse desde luego para el objetivo que tiene en vista el demandante (división y demarcación)".

Así, la sentencia a que se refiere el artículo 958 es la sentencia proferida en la fase contenciosa, en que el juez, apreciando la controversia, liquida los puntos dudosos sobre el dominio o los límites, como dice Tito Fulgencio y manda proseguir la acción, en el caso, evidentemente, de juzgarla procedente.

La segunda parte del artículo 955, como vimos, dispone que si no hubiera contestación, se aplica el dispositivo del artículo 330 número II, el cual trata del juzgamiento anticipado de la litis y está redactado así: "Artículo 330. El juez conocerá directamente de la petición, profiriendo sentencia: II - cuando ocurriere rebeldía".

Ahora bien, desde el reglamento 720 de 1890, en ese punto seguido por los Códigos de Proceso de los Estados, lo que se verifica en la hipótesis, es lo siguiente: No habiendo contestación, el proceso tiene su proseguimiento normal, se continuará el trámite demarcatorio o divisorio, pasando de la fase contenciosa a la ejecución de los trabajos de demarcación o de división.

Conforme observa Tito Livio Pontes en su excelente monografía "Divisiones-Demarcaciones-Cercas" en comentario al artículo 426 del Código de 1939 invocando la autoridad de Carvalho Santos: "No nos parece que el juez antes de tomar la providencia a que se refiere el artículo 426, tenga que decidir la petición mediante sentencia, o procedente la acción, como les pareció a algunos ilustres comentadores del Código. La ley no exige ese juzgamiento. Ni él tendría cabida, dada la ausencia de contestación. El Código se limita a mandar que continúe el proceso sin ninguna re-

ferencia a la sentencia". (Vide, *Revista dos Tribunais*", vol. 180, pág. 681, decisión unánime del Tribunal, de la que fue relator Juarez Bezerra. Esta la buena doctrina").

Como se ve, en esa hipótesis no existe oportunidad para aplicar el artículo 330, II del Código de Proceso. La rebeldía conlleva un juzgamiento anticipado de la litis.

El juzgamiento aquí no se puede verificar, porque la división o demarcación, está en la fase inicial "es la efectivación de la prestación jurisdiccional que depende *si et in quantum* del trazado de la línea perimétrica, sin lo cual es imposible la fijación del dominio de los litigantes" (Marcos Afonso Borges, obra citada, pág. 76).

En algunos casos de petición demarcatoria o divisoria no se puede hablar de rebeldía. Supongamos que todos los comuneros estén de acuerdo con la petición y se hagan representar en el proceso, antes de que se inicie el plazo para la contestación.

Estas consideraciones demuestran que el artículo 330, II, no tiene aplicación en la hipótesis, a no ser que se dé al mismo una interpretación distorsionada e incompatible con la realidad, y con la sistemática del propio Código.

La falta de contestación significa apenas que los condueños y colindantes no tienen interés en contestar la demanda, y que, por eso, se puede pasar a la segunda fase del proceso, referente a los trabajos demarcatorios o divisorios. Nada más.

Pasemos ahora, al examen del artículo 957 y su parágrafo único, que dice: "Concluidos los estudios, presentarán los árbitros un minucioso laudo sobre el trazado de la línea demarcatoria, teniendo en cuenta los títulos, mojones, rumbos, notoriedad en la vecindad, las informaciones de antiguos moradores del lugar y otros elementos asociados".

"Parágrafo único. Al laudo anexará el agrimensor el plano de la región y el memorial de las operaciones de campo, los cuales se agregarán a los autos, pudiendo las partes, en el plazo común de diez días, alegar lo que consideren conveniente".

El Código, en nuestra opinión, refundió en ese artículo y su parágrafo, dos situaciones completamente distintas y reguladas por los artículos 428 a 430 del Código de Proceso de 1939.

De hecho, el artículo 428 del Código derogado atribuía al agrimensor el encargo de proceder a las diligencias consideradas

necesarias para la determinación del punto de partida, de los trabajos técnicos, pudiendo con tal objetivo, recoger informaciones de testigos y examinar títulos de dominio.

En virtud de esas diligencias, que constaban en el informe y dictamen, el juez, en audiencia, determinaba el punto de partida de los trabajos de demarcación o de medición.

El punto de partida era señalado por el agrimensor, oídos los peritos. El actual Código abolió esa formalidad.

Señalado el punto de partida, el agrimensor entonces, daba principio a la medición del perímetro y después concluido el trabajo, presentaba el plano, memorial descriptivo y cartera de campo.

El Código de 1973, en el artículo 957 y su parágrafo, mezcló esas dos diligencias, y fue más allá, mucho más porque confirió a los árbitros, con exclusión del agrimensor, la atribución legal de proceder a los estudios (la ley no dice estudio) y de presentar un *minucioso laudo sobre el trazado de la línea demarcada*, tanto en cuanto a los títulos, marcas, rumbos, notoriedad en la vecindad, las informaciones de antiguos moradores del lugar y otros elementos asociados.

El artículo es ininteligible, porque:

1º Los árbitros, en general, son personas rústicas, hombres del campo o de la ciudad apenas alfabetizados, sin condiciones para desempeñar tan importante función;

2º Porque obedecer el agrimensor, que es técnico en el levantamiento de la línea perimétrica, al *laudo* presentado por los árbitros, sería la sumisión del técnico a los caprichos e imposiciones del lego; y

3º Porque sería también atribuir a los arbitradores el poder de contrariar los términos de la petición inicial (art. 950), aun con usurpación de poderes que competen exclusivamente al juez.

Los arbitradores tendrían que ser personas altamente especializadas en topografía y cuestiones de tierras.

Mejor sería que el artículo en cuestión tuviese la siguiente redacción: "Art. 957. En el plazo señalado para la conclusión de los trabajos, y que podrá ser prorrogado por motivo justo, el agrimensor presentará el plano de la línea demarcada, el memorial descriptivo y la cartera de campo, teniendo en cuenta, en la realización de los servicios técnicos, los títulos, o la sentencia, mojones,

rumbos, la notoriedad en la vecindad, las informaciones de antiguos moradores del lugar y otros elementos asociados".

"Parágrafo único. Tendrán las partes el plazo común de diez días para alegar lo que juzgaren conveniente".

5. *Análisis de los dispositivos pertinentes a la división*

Pasemos ahora, al examen de algunos dispositivos peculiares a la división.

Esta parte padece de los mismos defectos ya anotados. Varios artículos están mutilados, en otros hay interpelación, o fusión de principios autónomos, o las normas procesales no obedecen a una secuencia lógica.

Veamos el artículo 971, que está concebido así: "El juez oirá a las partes en el plazo común de diez días".

"Parágrafo único. No habiendo impugnación, el juez determinará la división geodésica del inmueble; si hubiere, proferirá en el plazo de diez días, decisión sobre las peticiones y los títulos que deban ser atendidos en la formación de la parte que corresponde a cada uno".

Pero, se pregunta, ¿el juez oirá a las partes en el plazo de diez días sobre *qué*? Sobre el plano de la división, respondemos.

El artículo arriba analizado y su parágrafo único constituyen reproducción impecfecta del artículo 444 y sus dos parágrafos, del Código de 1939, con exclusión de la parte final del parágrafo segundo. Este artículo se refiere al plano de la división.

Además, el artículo está también desfasado, porque el plano de la división es presentado después del levantamiento del inmueble, para el examen y clasificación y avalúo de tierras.

Debería, pues, para obedecer a una secuencia lógica, ver después del encabezamiento del artículo 978.

Y para la perfecta secuencia de los actos divisorios, los parágrafos primero, segundo y tercero deberían constituir artículos distintos.

Por otro lado el artículo 973 del Código de 973 constituye paradójicamente, una innovación vieja. Establece lo siguiente: "Si cualquier línea del perímetro alcanzare mejorías permanentes para los colindantes, hechas hace más de un año, eran ellas respetadas, así como los terrenos donde estuvieren, los cuales no se computarán en el área dividida".

"Parágrafo único. Considéranse mejorías para los efectos de este artículo, las edificaciones, muros, cercas, cultivos y pastos encerrados no abandonados hace más de dos años".

Decimos innovación vieja, porque el artículo es reproducción casi literal del artículo 57 del reglamento de 1890, el cual, a su vez, también fue reproducido por casi todos los códigos de proceso de los Estados.

Estuvo bien el legislador al disponer al respecto, porque ofrece al agrimensor y al juez orientación segura en la realización de los trabajos divisorios, no dejando al arbitrio de la doctrina o de la jurisprudencia, trazar normas al respecto.

Comentando el dispositivo del reglamento 720 de 1890, observa Afonso Fraga, en su excelente libro "Teoría y Práctica de la División y Demarcación de las Tierras Particulares": "En la hipótesis del artículo supra, aunque los terrenos invadidos no sean computados en el avalúo del área a dividir por los condueños, debe el agrimensor describirlos en sus trabajos técnicos, dándoles la posición topográfica, la extensión y límites, conforme es de estilo en las comarcas del interior".

"Esa práctica es una irrecusable ventaja para los condueños que quisieron proponer la acción de reivindicación para recuperarlos".

6. *Normas técnicas*

El Código de Proceso, al enumerar las reglas que deben ser observadas en los trabajos de demarcación y división, estableció en el artículo 960, ítem II, que deben ser empleados los instrumentos aconsejables por la técnica.

En trabajo publicado sobre el Registro Torrens, en el derecho brasileño, en el año de 1960, el profesor João Afonso Borges, ya

decía: "En el Estado de Goiás, grandes áreas están siendo levantadas por medio de la aerofotogrametría, que al ofrecer más precisión técnica, constituye proceso modernísimo, más simple, más rápido y mucho más económico".

"Tomadas las fotografías aéreas, se elabora entonces el plano por uno de los procesos que garanticen la precisión deseada, siendo el más conocido y usado el de la estero-restitución" (pá. 79).

En estos últimos doce años, la aerofotogrametría ha sido intensamente usada, en la división de grandes áreas, lo cual evidentemente es complementado con el apoyo terrestre, y el trabajo del agrimensor, en la determinación de las partes y la fijación de los mojones.

Ha sido también utilizado en las demarcaciones, principalmente en las hipótesis en que la línea divisoria sigue a través de las montañas y picos, que tienen contrafuertes y laderas, habiendo en consecuencia, para la fijación de límites, necesidad de un estudio de conjunto de la región.

Sabemos de algunos casos de conflicto de límites entre terrenos loteados, en Giānia, que fueron satisfactoriamente resueltos, gracias a la aerofotogrametría.

En cuanto a las escalas de los planos hizo alteración, permitiendo que se use la escala de uno en diez mil en las propiedades de más de cinco kilómetros cuadrados, cuando el actual Código permite solamente el uso de la escala de uno en cinco mil, en las áreas de gran extensión.

Las escalas establecidas, tanto por el Código de 1939 como por el Código vigente, evidentemente son impracticables, tratándose de grandes áreas.

Por eso y atendiendo a la realidad brasileña, el Egregio Tribunal de Justicia del Estado de Goiās, reunido en Salas y unánimemente, por decisión del 28 de abril de 1943, verificada la imposibilidad de cumplir con rigor lo preceptuado en el artículo 434 del Código de Proceso de 1939, dada la enorme extensión de los inmuebles en Goiās, mandó que se observase los siguientes:

En las áreas hasta de 100 kilómetros se adopta la escala prevista en el Código de Proceso Civil;

En las áreas de 100 km² hasta 250 km², la escala de uno en 10.000;

En las áreas de 250 hasta 500 km², la escala de uno en 20.000; y

En las áreas de 500 hasta 1.000 km² la escala de uno en 50.000.

Y, finalmente, en las áreas de más de 1.000 km² la escala de uno en 100.000 (João Afonso Borges, obra citada, págs. 78 y 79).

7. *Procedimiento sumarísimo*

El Código actual no reprodujo el artículo 440 del Código de 1939 que permite hacer la división por el proceso sumarísimo, mejor diríamos procedimiento sumarísimo, vale decir, proceso despojado de varias formalidades, una vez satisfechos los requisitos que enumera.

Según parece, el legislador no reguló la materia, porque con la simplificación de los procesos comunes de división y demarcación, se torna innecesario la adopción de otro procedimiento, con un ritual más sumario aún.

8. *Demarcación y división en los autos de inventario*

La facultad conferida por los artículos 515 y 516 del Código de Proceso de 1939 a cualquier heredero, de requerir en los mismos autos de inventario, la división geodésica de las tierras repartidas, o si hecha ésta, la demarcación de los lotes, fue abolida, porque estos dispositivos del Código de 1939 no fueron reproducidos por el Código de 1973.

¿Actuó bien el legislador en abolir los procedimientos divisorios consignados en los artículos 440, 515 y 516, arriba analizados?

El proceso sumarísimo (procedimiento) y la división en los autos de inventario, dieron margen en la vigencia del Código derogado a abusos y a la provocación de innumerables controversias.

Entendemos, pues, que esos dos medios procesales podrían ser de mucha utilidad, si tuviesen una reglamentación más completa y más perfeccionada.

9. *Conclusión*

Concluyendo el presente estudio podemos aseverar con seguridad:

El actual Código de Proceso al regular las acciones de división y de demarcación, adoptó en esencia el procedimiento del Código derogado, aboliendo algunas formalidades y restaurando principios que constaban en el reglamento 720 de 1980.

En ese trabajo de adaptación y simplificación, sin embargo, no fue muy afortunado, pues existen disposiciones desfasadas y mezcla de situaciones jurídicas, lo que trae dificultades en la aplicación de la ley, a los magistrados, abogados y agrimensores.

Para resolver tales dificultades, deberá el intérprete socorrerse de los dispositivos del Código de Proceso derogado, en un examen comparativo, obedeciendo a una secuencia lógica de actos y términos, y que en la realidad constituye la esencia del procedimiento, desde el viejo reglamento 720 de 1980.

JUSTIFICACION DE UNA MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

Alejandro Ochoa Botero *

Con el propósito de investigar cuál sería la aceptación que en nuestro medio tendría un posgrado procesal en el rango de la maestría, el Centro de Estudios de Derecho Procesal y la Universidad de Medellín adelantaron las encuestas respectivas entre jueces, fiscales y abogados en general. Revisadas las encuestas se obtuvo el más adelantador de los éxitos puesto que el total de ellas fue netamente positivo lo cual significa un anhelo generalizado de establecer el posgrado propuesto. Conviene destacar que las personas encuestadas no sólo fueron afirmativas en sus respuestas sino que también por su propia iniciativa hicieron la presentación de nuevos atractivos temas dignos de ser vinculados al pénsum que originalmente fue sometido a su consideración. Esta muestra entonces, que sirvió para consultar la opinión de las personas presuntamente destinatarias de la disciplina académica en mente, tiene el inequívoco significado de su importancia y necesariedad entre nosotros y además, augura con certeza el buen recibimiento que tendría su puesta en marcha.

Sin duda, el fervoroso acatamiento proveniente de los encuestados hace resaltar en mayor grado la necesidad académica de índole procesal, por cuanto esta disciplina es de marcada insuficiencia en los estudios de pregrado. En éstos, en efecto, se hace énfasis en lo tocante con los procedimientos judiciales, o —en una palabra, con la praxis o empirismo procesales; todo lo cual muestra un indiscutible estancamiento en el estudio del derecho procesal moderno y contemporáneo. Se sabe cómo, en nuestras facultades

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal y profesor de la Teoría del Proceso, en la Universidad de Antioquia.

de derecho, tan sólo ha venido incorporándose la asignatura de teoría del proceso en los últimos diez años, lo cual evidencia un retardo notorio en relación con los países de más avanzada cultura jurídica que vienen incrementando los estudios que aquí se echan de menos, desde hace más de un siglo. La cultura procesal terrígena es entonces insuficiente, acartonada y desconoce no pocos de los institutos procesales que en otras latitudes se manejan ordinariamente y con encomiable profundidad. Esto ha conducido a que se dé un mal manejo al proceso, lo cual trae consigo naturalmente una justicia lenta e ímproba, desacertada y anticuada en una palabra.

En efecto, la justicia colombiana adolece de grandes falencias estructurales. En primer lugar, desde la misma Constitución o Carta Magna, se comienza a introducir en el lenguaje jurídico una especie de escalón, rango o categoría, mediante el cual se erige a la norma sustantiva en grado de jerarquía prioritaria sobre el derecho procesal. Empero ello, la misma Constitución instituye al debido proceso como derecho fundamental. Es que no se puede parangonar, para establecer categorías entre estas dos vertientes del derecho, el estático o derecho sustantivo y el dinámico o derecho procesal, porque siempre que un hecho antijurídico aparece, toca por igual y hace necesaria la presencia de ellas dos, sin superioridad ninguna de la una sobre la otra. El derecho sustantivo crea, modifica o extingue los derechos, al paso que el derecho procesal los hace vivir en él. El uno sin el otro, es el desafuero. Este desquiciamiento conceptual condensado en la Carta parece provenir precisamente de la falta de vuelo jurídico que padecen nuestros abogados, tanto en aquellos que ejercen actividad jurisdiccional como en quienes se ocupan del ejercicio profesional, todos ellos, movidos por el inmenso error de pensar que el procesal no es el derecho que deba salir avante en toda contienda judicial pues que a la misma le sirve de estorbo o impedimento, en lugar de atinar pensando que la disciplina procesal encauza o canaliza con rigor y acierto a la norma sustantiva. Fruto de esta equivocada concepción son las providencias judiciales cargadas en general de desacierto: pululan los trámites irregulares y las sentencias inhibitorias, del mismo modo que se manejan sin acierto alguno, muchos institutos procesales que son conocidos cabalmente en la doctrina universal. Precisamente la actividad de los jueces es regida por el derecho procesal, que se convierte en su instrumento insubstituible y que resalta el grado de conocimiento tan profundo que deben ostentar en esta materia, todo lo cual convierte a la

maestría en requisito indispensable para la buena formación del juez.

Conviene reparar en que probablemente, pues sólo así se explicaría, la regla constitucional que ha sido puntualizada tendría su génesis en la encomiable idea de erradicar hasta donde fuere posible, la mácula que lleva consigo el procedimentalismo, visto desde su óptica más deplorable: la concepción del proceso como rito sin sentido, como forma no garante, con descuido de su naturaleza fundamental de custodio del máximo de los derechos humanos: el debido proceso.

No se oculta por consiguiente la importancia de la maestría para solventar las deficiencias anotadas: jueces y abogados serán dotados de un conocimiento importantísimo del cual a todas luces carecen.

Hasta hoy el acceso a los cargos de la administración de justicia se ha provisto con un criterio simplista y antitécnico cuyo fundamento descansa en los deficientes conocimientos adquiridos en el pregrado y en la experiencia entendida como un simple transcurrir del tiempo; sin calificación alguna, ha sido el factor determinante del ascenso a los niveles superiores de la administración de justicia.

Países de otras latitudes, con una justicia mejorada, precisamente exigen este tipo de disciplinas cuando de hacer nombramientos se trata y a fe que consiguen un nivel superior del conocimiento si se le compara con el nuestro, pues se itera, sólo un cabal manejo del instrumento, derecho procesal, permite otear un calificado futuro en la función jurisdiccional. Se espera pues que con la maestría se colmen las deficiencias apuntadas y con ello se mejore la justicia. Es por esto que las personas que cursen con éxito la maestría serán más calificadas y consideradas más idóneas para ocupar los puestos judiciales que deban proveerse.

Desde otro atisbo, es manifiesto que los abogados en general, con la Maestría lograrán el mejoramiento de sus conocimientos, lo cual redundará en su propio beneficio: es sin duda lo primero, el mejoramiento de su calidad de litigante; en segundo término, les servirá para intervenir en el proceso de una manera más científica lo cual propendería por el mejoramiento de la justicia. Las puertas de las universidades les serán abiertas para que ocupen cargos docentes en relación con los temas procesales y la industria privada tendrá en ellos aspirantes de primera línea en cuanto parten del supuesto innegable de la capacitación que da la maestría

para empeñarse en el ejercicio de su profesión. Finalmente el Estado, postrado en indefensión permanente por la baja calidad de quienes por él postulan en el proceso, podrá aspirar legítimamente a una eficaz defensa de sus intereses. Es igualmente útil la maestría en las demás esferas del poder público, pues bien sabido es que otros órganos, tales cuales el Congreso, cumplen funciones jurisdiccionales en las que el derecho procesal se torna esencial. Y allí también se desconoce.

No menos importante es la gestión legislativa ya que un legislador carente de técnica, indebidamente asesorado, crea normas que no consultan ni por asomo los avances logrados por la doctrina procesal. Allí entonces será vital la intervención del magister en derecho procesal, como asesor o como legislador él mismo.

Las comisiones legislativas que tienen su origen en el Congreso o en el Ejecutivo, serán el espacio adecuado, desde la arista que se examina, para poner en vigencia los conocimientos teóricos y los resultados investigativos del egresado.

El área se halla totalmente huérfana de investigación en el país. Los legisladores desconocen en absoluto la realidad social a la cual le trazan regímenes del todo foráneos e inadecuados. Es esencial al derecho como régimen el conocimiento propio del trozo de realidad que encauzan. Por su perfil preponderamente investigativo, ejercido de manera permanente, la maestría diagnosticará las reales necesidades del medio para culminar en pronósticos remediables propios que sustenten leyes adecuadas a la verdadera realidad social de nuestro país.

Acaso obrando de esta manera se supere la imperfección de nuestra legislación procesal que, producto de una acentuada deficiencia científica, se expande en proveer una infinita gama de situaciones factuales en lugar de hacer una técnica, profunda, incorporación de los institutos que orientan con rumbo cierto estas disciplinas.

PODER GENERAL DE CAUTELA **

Francisco Cláudio de Almeida Santos *

1. *Introducción*

Las transformaciones sociales de este final de siglo, más que la "revolución industrial" hace cien años, vienen causando perturbaciones profundas en el Derecho, sea en el campo de la valoración jurídica del propio ser humano, de las cosas, de los hechos y de las relaciones, sea en el área del compendio de las normas escritas, bien en el funcionamiento de los llamados poderes del Estado, especialmente en el Poder Judicial y en la administración de justicia, cuya ecuanimidad, rapidez y eficacia son reclamadas.

De hecho, las aglomeraciones urbanas hicieron con que muchos derechos individuales comunes fuesen considerados colectivamente, bajo pena de ser frustrados derechos fundamentales de la persona, la mayoría de las veces impotente para apartar la amenaza a éstos y para obtener la necesaria reparación cuando fueren lesionados. El campesino, a pesar de su aislamiento de los centros sociales más populosos, pasó a ser visto como merecedor de

---

* Ministro del Superior Tribunal de Justicia.

** Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Dourados (MS), el 5 de mayo de 1990.

Versión del portugués por Orión Alvarez A.

protección especial, con una tendencia sensible, cuando no global, por lo menos de la sociedad del tercer mundo, en cuanto a la explotación del trabajo humano.

La violencia, por otro lado, venida del Estado, de los más poderosos política y económicamente hacia los infortunados, a éstos por cierto derivada de la ausencia de instrucción, de falta de salud, decadencia de trabajo, de hambre y desesperanza, en fin, de un ambiente hostil, en el que viven en un círculo vicioso que crece como un tumor maligno, la violencia, repito, proveniente de cualquier sector o grupo de la sociedad, si no se reprime o contiene a tiempo, puede causar heridas irreparables.

Aún la tecnología, conquista de nuestros días, acaso mal empleada, puede acarrear daños imposibles de ser resarcidos concretamente.

Al principio de este año de 1990, se leía en la prensa francesa que la década del 60 fue la de la economía, el decenio del 70 fue de la administración, el del 80 el de la informática y el futuro decenio del 90 será el del derecho, exactamente para restablecer el indispensable equilibrio social afectado por el desarrollo de aquellas ciencias y técnicas. Deseo fervientemente que esta previsión se concrete.

Frente a este cuadro es fácil percibir la necesidad y la importancia del Estado en las funciones del juez, de componedor de litigios, de apaciguador de conflictos sociales, no sólo en el sentido de apreciador y juzgador de pretensiones de derecho material, instrumentadas mediante el proceso, sino una actuación orientada a proporcionar seguridad y garantizar aquéllas dentro del propio derecho formal, a fin de que no se anule la tutela jurídica.

En buena hora el Código de Proceso Civil del 11 de enero de 1973 (ley nº 5.869) atento a la moderna clasificación de las acciones, de inspiración italiana, al dividirlas en acciones de conocimiento, acciones ejecutivas y acciones cautelares hizo corresponder a cada una de ellas las modalidades del proceso previstas en los libros I, II y III del Código, que reglamentan el proceso de conocimiento, el proceso de ejecución y el proceso cautelar.

En cuanto al primer tipo de proceso, en líneas generales, se tipifica por la expectativa de la parte a una sentencia declaratoria, condenatoria o constitutiva, relativa a su pretensión; el segundo se caracteriza por la realización de un derecho ya demostrado, y el último es identificado como medio impeditivo de accio-

nes u omisiones que vengan a frustrar el derecho, ya reconocido, en su concretización.

La cautela pues, es una de las manifestaciones de la función jurisdiccional.

2. *Orígenes*

Aunque solamente ahora está sistematizada la tutela cautelar, hay quien sitúe sus orígenes en el viejo derecho romano, como lo demuestra el magistrado Julio Carlos Miranda Bezerra en artículo doctrinario sobre el tema [1].

Igualmente destaca el docto ministro Sydney Sanches [2], que Paulo, en el Digesto (16.3.6) definía el secuestro, una de nuestras actuales medidas cautelares nominadas, como el depósito en manos de un tercero, de una cosa sobre la cual había disputa, para ser entregada al vencedor. Es de notar, aún, la existencia de la acción *"de liberis exibendis"*, la decisión judicial de la *missio in possessionem* y aún del procedimiento interdictal romano.

En el viejo derecho portugués, las Ordenanzas Alfonsinas, Manuelinas y Filipinas también contenían disposiciones sobre la tutela cautelar, aplicadas en el período colonial e imperial, en el Brasil.

Entre nosotros, por igual, el conocido Reglamento 737 de 1850 trató de las medidas cautelares en el título destinado a procesos preparatorios, preventivos e incidentes, en lo que fue seguido por algunos códigos estaduales.

El Código unitario de 1939 reglamentaba la cautela en el libro V, destinado a los procesos preparatorios, pero sin colocarlo en el nivel de los procesos de conocimiento y de ejecución.

---

1. Bezerra, Julio Carlos de Miranda: *Consideraciones sobre el poder cautelar general del juez*. In. Revista del Centro de Derecho. Universidad Federal de Uberlândia, vol. 14, nº 1 enero-diciembre de 1985, página 331.

2. Sanches, Sydney: *Poder cautelar general del juez* (en el proceso civil brasileño), São Paulo, Editora Revista de los Tribunales, 1978, página 41.

El estatuto procesal civil vigente dedicó al proceso cautelar todo el libro III, como antes se dijo, con un Título único "De las medidas cautelares" dividido en dos capítulos, I, "De las disposiciones generales"; y II, "De los procedimientos cautelares específicos", siendo éstas, con procedimiento típico, denominadas así: embargo, secuestro, caución, búsqueda y aprehensión, exhibición, inventario de bienes, justificación, protesto, notificación e interpelación, homologación de prenda legal, posesión en nombre del que está por nacer, atentado, protesto y aprehensión de títulos. Además en este capítulo, la última sección está dedicada a otras medidas provisionales: obra de conservación en cosa litigiosa o judicialmente aprehendida; entrega de bienes de uso personal del cónyuge y de los hijos; cuidado provisional de los hijos en los casos de separación de cuerpos o de anulación del matrimonio; separación del menor autorizado para contraer matrimonio contra la voluntad de los padres; depósito de menores o de incapaces castigados inmoderadamente por sus padres, tutores o curadores o por ellos introducidos en la práctica de actos contrarios a la ley o a la moral; separación temporal de uno de los cónyuges de la habitación del matrimonio; guarda y educación de los hijos; interdicción o demolición de predio para resguardar la salud, la seguridad u otro interés público.

3. *Características del proceso cautelar*

Son características del proceso cautelar, según la doctrina:

1ª La accesoriedad;
2ª La finalidad;
3ª La provisoriedad; y
4ª La instrumentalidad hipotética.

Es una afirmación pacífica que el proceso cautelar no justifica su existencia, por sí mismo, aunque sea reconocidamente autónomo por su objeto. De ahí su carácter accesorio y dependiente, como afirma el Código (art. 796). En efecto, de acuerdo con la lección bastante conocida de Carnelutti, en cuanto el proceso principal sirve de tutela del derecho, el proceso cautelar se destina a la tutela del proceso.

La finalidad del proceso cautelar es nítidamente preventiva, sea ella antecedente o incidente, porque pretende evitar la ocu-

rrencia de daños, sea sobre cosas, personas o hechos o situaciones que interesen al proceso (pruebas).

Toda medida cautelar es matizada por la provisoriedad, enseña Humberto Theodoro Junior, en el sentido de que la situación preservada no es definitiva, pues se destina a durar hasta que se dicte sentencia en el proceso principal [3].

La instrumentalidad hipotética es característica del proceso cautelar porque el acautelamiento puede tener por objeto directo que no viene a ser postulado en virtud de la no proposición de la acción principal, por algún motivo, o derecho que viene a ser reconocido por la sentencia en el proceso principal [4].

4. *Condiciones de admisibilidad de la acción cautelar*

Las condiciones generales de admisibilidad de la acción cautelar son las mismas de las demás acciones: posibilidad jurídica, interés para actuar y legitimación activa y pasiva en la causa. No es sólo eso.

Son condiciones especiales de admisibilidad de la acción cautelar o requisitos para la obtención de la tutela jurisdiccional cautelar, como opinan muchos, el *periculum in mora* o el *fumus boni juris*, sin perjuicio del atendimiento de los presupuestos propios, para cada medida.

Se localizan aquellos requisitos en los campos del interés y de la posibilidad jurídica, respectivamente.

El *periculum in mora*, o riesgo de daño a consecuencia de la demora, tiene relación con el tiempo, o sea, en cuanto no llega la tutela definitiva del derecho en el proceso principal. Por eso, obviamente, debe ser demostrado, tanto más que no precinde de estimación, aunque rápida y sumaria.

El *fumus boni juris*, o la plausibilidad del derecho, no es un requisito de proveimiento anticipado de la pretensión del derecho

---

3. Theodoro Junior, Humberto: *Proceso Cautelar* 11ª edición. São Paulo, Librería y Editora Universitaria de Derecho Ltda., 1989, página 161, nº 125.

4. Sanches, Sydney: obra citada, páginas 29 y 30.

sustantivo, aunque provisional. Se piensa de una tutela en el proceso, en virtud del interés en la solución eficaz de una litis, donde el derecho de la parte requiriente de la medida indica una supuesta existencia. Este es el concepto tradicional.

5. *Poder general de cautela*

Antes de proseguir conviene dejar claro que la medida cautelar es providencia concreta tomada por el órgano jurisdiccional, en la decisión final, o liminarmente, y por tanto no se confunde con la acción cautelar, pudiendo ser expedida o no en la acción cautelar. En verdad, algunas medidas tienen la naturaleza de simples decisiones cautelares, meramente administrativas.

Expuestas esas consideraciones, es oportuno encontrar en el Código de Proceso Civil, las disposiciones que ordenan el poder general de cautela del juez. Las colocó el legislador de 1973 en las disposiciones generales sobre medidas cautelares, más precisamente en los artículos 798 y 799. Otras normas allí delineadas también son aplicables al tema, en especial el artículo 797 del cual se tratará más adelante.

Prescribe el artículo 798 del estatuto procesal en vigencia: "Además de los procedimientos cautelares específicos, que este Código regula en el capítulo II de este libro, podrá el juez determinar las medidas provisorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes del juzgamiento de la litis, cause al derecho de la otra lesión grave y de difícil reparación".

Sin esfuerzo, se percibe que ésta es la sede de las medidas cautelares innominadas o inespecíficas, que además de las específicas, nominadas en el capítulo propio y ya relacionado atrás, pueden ser determinadas por el juez.

Tales medidas son aquellas siempre provisorias, como todas las medidas cautelares, que el dirigente del proceso juzgue adecuadas o sean necesarias para evitar el daño a la parte. Como se constata, es bastante vasto el espectro de las cautelares inespecíficas, gozando el titular de la acción de gran libertad para escoger y teniendo la discrecionalidad del juez enorme relevancia.

Acentúa Galeno Lacerda: "Estamos en presencia de una auténtica norma en blanco, que confiere al magistrado, dentro del es-

tado de derecho, un poder puro, idéntico al del pretor romano, cuando en el ejercicio del *imperium* decretaba los *interdictos* [5].

Claro que discrecionalidad no significa arbitrio, sino libertad de escogencia dentro de los parámetros legales, confiada al buen sentido y a la prudencia del juez. Dice el ya citado magistrado Julio Carlos de Miranda Bezerra: "la autorización conferida legalmente al juez, no lo autoriza a tener procedimientos extralegales o a guiarse por sus preconceptos" [6].

La provocación del poder general de cautela está subordinada a las mismas condiciones generales y presupuestos de todas las acciones cautelares.

El artículo en examen condiciona su postulación, "cuando hubiere fundado temor", quiere decir, solamente cuando existiere, no un simple temor, sino frente a uno fundado. De ahí la exigencia de la demostración y fundamentación del temor, de que una parte acarree "al derecho de otra lesión grave y de difícil reparación". El artículo 801, que trata de los requisitos de la petición inicial de la acción cautelar, por otro lado reclama "derecho amenazado" o "temor de la lesión" (inciso IV). Se observa que el artículo 798 es más enfático, al exigir el "temor fundado", "la lesión grave" y el daño difícilmente reparable.

¿Habría alguna diferencia entre los requisitos de la medida específica y aquellos de la medida inespecífica? Pienso que no. Un dispositivo, a mi juicio, completa el otro. El artículo 798 apenas revela la intención de alertar al juzgador sobre el ejercicio de poderes tan extensos cuanto profundos. Merecen atención los siguientes pasajes. No sólo la parte es capaz de producir daños al derecho de la otra. Las fuerzas de la naturaleza son capaces de traer perjuicios a la parte, como en el caso de géneros deteriorables, objeto del litigio, de un edificio que amenaza ruina, etc. Tales situaciones se pueden derivar de omisiones de la otra parte, circunstancias en que la cautela es posible de otorgarse contra el acto omisivo. Además, el derecho que corre el riesgo de ser lesionado no corresponde al derecho subjetivo material, debidamente titulado, sino el derecho aparente, o como anotaba Carnelutti en su proyecto de código de proceso civil italiano, *derecho controvertido*.

---

5. Lacerda, Galeno: *Comentarios al Código de Proceso Civil*. vol., VIII, tomo I, 2ª edición, Río de Janeiro. Editora Forense, 1981, página 136.

6. Bezerra, Julio Carlos de Miranda: obra citada, página 339.

Además destaco que la ley procesal no expresa claramente el requisito del *fumus boni juris*, en ninguno de los dos dispositivos analizados, a ejemplo del que consta el artículo 7º, II, de la ley del mandato de seguridad ("cuando fuere relevante el fundamento" como requisito de la suspensión liminar del acto atacado) además, esa falta no dispensa la condición, según la unanimidad de la doctrina y la jurisprudencia.

¿Hasta cuándo puede ser determinada la medida? Naturalmente hasta el juzgamiento de la litis.

"Como en el proceso de ejecución no hay juzgamiento de la litis", dice el magistrado Sydney Sanches la siguiente cuestión: "podría parecer que sólo se admitiría medida cautelar atípica antes del juzgamiento de la acción principal de conocimiento. No así de ejecución".

Y más adelante, en su conocida monografía sobre el tema, esclarece: "Acatado el concepto de litis en el sentido de un conflicto de intereses, cualificado por una pretensión resistida o insatisfecha, ella aparece tanto en la acción de conocimiento como en la de ejecución" (7).

Problema tormentoso ocurre cuando la acción principal es decidida en el primer grado de jurisdicción ordinaria o en el paso de ésta para la jurisdicción extraordinaria, y surge en el interregno, la necesidad de manifestación jurisdiccional cautelar específica o no. ¿Ante quién postularla? Entiendo que el juez que profirió la sentencia definitiva no podrá hacerlo (art. 463 del C. P. C.). Por exclusión, la medida deberá ser planteada en el juzgado *ad quem*, sujeta, además de las condiciones ya referidas, a otras más, la interposición del recurso procedente, sea cual fuere, aunque no haya sido admitido. Esto, porque el proceso no puede quedar sin tutela, principalmente en las instancias superiores, durante algún tiempo, por corto que sea.

No es de ese parecer la Suprema Corte, que sólo conoce de la petición si el recurso de la acción principal ya estuviere bajo su jurisdicción. Al respecto, escribió en la decisión proferida, en la petición de medida cautelar nº 47-SP, publicada en el D. J. de 17.04.90, el siguiente aparte:

"A propósito del conocimiento de medida cautelar, en los tribunales superiores, durante la fase entre la publicación de la

7. Sanches, Sydney: obra citada, páginas 104 y 105.

decisión de la jurisdicción ordinaria en la acción principal y el recibo del recurso para las instancias extraordinarias o hasta que el recurso esté bajo la jurisdicción excepcional, severo aunque técnicamente defensable, es la posición de nuestras Cortes".

En efecto, en la Cuestión de Orden de la Reclamación nº 243-8-SP, con ponencia del magistrado Sydney Sanches, decidió el Tribunal Máximo, en la plenaria: "Petición considerada como de medida cautelar de efecto suspensivo para el recurso extraordinario, que aún no está bajo la jurisdicción del Supremo Tribunal de Justicia y que por eso carece de competencia para determinarla". (D. J. del 12.02.88). Pero recientemente el mismo Colegiado, en la Petición nº 381-1-SP, con ponencia del magistrado Carlos Madeira, proclamó: *"Medida cautelar innominada.* Efecto suspensivo al recurso extraordinario apenas juzgado, pero aún no sometido a la decisión de admisibilidad de la Presidencia del Tribunal de origen" (D. J. del 03. 11.89).

En este Superior Tribunal, en la Sala que integró, se adoptó la siguiente orientación, en decisión redactada por el magistrado Nilson Naves, en la Petición nº 15-SP, así enmendada: "Medida cautelar demandada en efecto suspensivo para el recurso especial. Petición no conocida por el Despacho, ni siquiera admitido en la primera instancia el recurso. (D. J. del 30.10.89).

Me preocupa frente a tales decisiones una restricción: el reconocimiento de la ausencia de medios para la protección de cautela, durante un tiempo, pues es cierto, no puede el juez a quo atender a una necesidad de tal naturaleza ante la prohibición contenida en el artículo 463 del C. P. C. ("Al publicar la sentencia de mérito, el juez cumple y termina el oficio jurisdiccional, ...).

De ahí por qué entiendo que deba el órgano jurisdiccional ad quem, en situaciones excepcionales, en el recurso especial o extraordinario (Petición nº 128-PA, con ponencia del magistrado Octavio Galloti, RTJ 112/957), aunque no haya sido admitido, conocer de la petición cautelar, y en condiciones normales, en el recurso ordinario, desde que sea interpuesto, igualmente conocer de la demanda aseguratoria. La excepcionalidad del asunto, derivaría por cierto del examen del *periculum in mora,* sin perjuicio de la exigencia del *fumus boni juris,* para la aprobación en cualquier hipótesis.

Es lo que pienso que emana de la garantía constitucional a

cualquier amenaza al derecho prevista en el art. 5º, XXXV de la Constitución de la República.

Encuentro además, en providencia del magistrado Vicente Cernicchiaro, la siguiente opinión en abono del entendimiento por mí expresado:

"Las medidas cautelares serán requeridas al juez de la causa, y cuando sean preparatorias, al juez competente para conocer de la acción principal en los términos de lo dispuesto en el art. 800 del C. P. C.

En los autos quedó comprobado, el mandato de seguridad, aunque no fue juzgado, consecuentemente no es el momento de procesar recurso especial. Si fuere interpuesto, o por lo menos publicada la decisión recurrible, ahí sí, cabría al Superior Tribunal de Justicia apreciar la decisión, para cautelarmente prevenir un daño irreparable.

De otro lado, hay recurso específico para atacar la decisión impugnada. El respectivo órgano, manifestado el recurso, atrae la competencia para apreciar la cautela". (D. J. del 01.11.89).

Según lo expuesto, me parece que tengo el deber de conocer el pedido cautelar, tanto más cuanto que fue ejercitado en procedimiento de naturaleza especialísimo, el mandato de seguridad, cuya índole precautelativa es prevista *ab initio* bajo pena de negarle a la parte la prestación jurisdiccional pretendida.

Y conociendo de la petición, concedo *ad referéndum* de la Sala la medida cautelar solicitada, porque hay evidencia de la plausibilidad del derecho invocado, por un lado, y por el otro, hay el *periculum in mora* derivado de la aprehensión y posterior enajenación de las dragas en garantía fiduciaria, bienes que normalmente, en virtud de no ser encontrados en el mercado o solamente pudiendo ser construidos en los astilleros bajo encomienda, no podrían ser sustituídos fácilmente para la continuidad de las actividades de la empresa.

En armonía con la expuesto y en razón de la urgencia concedo liminarmente la medida cautelar, en los términos de la petición".

En esta oportunidad, anoto que los reglamentos del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia olvida en relación con la garantía del *contradictorio*, en la apreciación de las medidas cautelares, que está asegurada a los litigantes en cualquier proceso, en la Constitución, art. 5º, IV, LV. Así entiendo

que excluida la hipótesis del art. 804 ("Es lícito al juez conceder liminarmente o después de justificación previa de la medida cautelar, sin oir al demandado, cuando verifique que éste, siendo citado, puede tornarla ineficaz...") el relator (v. par. único del art. 800 del C. P. C.) observará lo dispuesto en el art. 802, mandando citar o requerir para que en cinco días, responda.

Para la concesión de la medida, requiere la ley que sea la "lesión grave y de difícil reparación". Quiere decir, que además de grave, debe ser de difícil reparación. Mejor sería si la ley hubiese usado la disyuntiva o en lugar de y. La verdad es que una lesión de difícil reparación, aunque económicamente inexpresiva, difícilmente no será grave; si bien que una lesión grave, puede ser en ciertos casos, reparable sin dificultades.

El magistrado Sydney Sanches, ya tantas veces citado, es de opinión que la jurisprudencia puede encaminarse por el rumbo de una mayor liberalización en la aplicación del dispositivo en comento.

Recuerdo que, en el caso del *mandato de seguridad* * contra auto jurisdiccional, la jurisprudencia se inclinó por la referencia la daño de difícil reparación (RTJ 70/504).

La otra disposición, al establecer comandos para la actuación del poder cautelar general del juez, en complemento al anterior, reza: "Art. 799. En el caso del artículo anterior, podrá el juez para evitar el daño, autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar la guarda judicial de personas y el depósito de bienes e imponer la prestación de caución".

Algunos autores ven en ese artículo la medida exacta de lo que el juez puede autorizar o prohibir, ordenar e imponer, y considerar, por tanto, limitado el poder.

La mejor doctrina, siendo de destacar Galeno Lacerda, Sydney Sanches y José Frederico Marques, con todo, enseña que es la previsión genérica o ejemplificativa.

Antes de avanzar en el examen del artículo analizado, es oportuno realzar, que una vez más, el objetivo de *evitar el daño,* es reforzado así: *podrá el juez para evitar el daño, autorizar.* Daño que no es sólo el patrimonial, podrá ser el moral. Clásico es el ca-

---

* Nota del traductor: Lo que se protege con el mandato de seguridad es el derecho violado o amenazado y para que sea concedido es menester que el acto de la autoridad sea ilegal o practicado con el abuso del poder.

so relatado por Calamandrei, relativo a los frescos de un cabaret de París, que retrataban literatos y artistas famosos en la época, desnudos bailando. Una de las actrices, ofendidas en sus derechos de personalidad, promovió acción contra el propietario de la casa pública para retirar la reproducción de su figura del mural, obteniendo éxito en la cautela provisoria, mientras que se decidía la acción principal.

Al respecto, registra el magistrado Sydney Sanches: "siempre que alguien pueda en acción propia luchar por la defensa de un interés moral, puede también cautelarmente obtener la tutela provisoria de ese interés" [8].

Sobre las medidas ejemplificadamente descritas en este artículo, cumple distinguir la primera parte de ellas, esto es "autorizar o prohibir la práctica de determinados actos". El primer verbo no tiene la fuerza que debería emanar del comando. Mejor sería *ordenar*, si ya no figurase en la frase, en las medidas en seguida expresadas, o *determinar* como sugiere el magistrado Sanches [9], o decretar, propongo yo. Por otro lado, los actos decretados o prohibidos son cualesquiera actos y no ciertos actos, desde que sean admisibles dentro de la vastísima gama de medidas pasibles de ser tomadas por el juzgador, en el ámbito de su poder general de cautela.

En cuanto a la segunda parte ("ordenar la guarda judicial de las personas y depósito de los bienes"), constituyen ejemplos sin perjuicio de otras medidas provisionales las encontradas en el art. 888 del C. P. C. Encuadra José Frederico Marques en aquellas la guarda del enfermo mental, interdictado o no [10].

Se registra, no ser el depósito de bienes, providencia de acto pertinente al procedimiento, conforme innumerables ejemplos ofrecidos exhaustivamente por Galeno Lacerda en sus comentarios al código, en medida preparatoria de la acción de conocimiento. Es medida cautelar [11].

En su última parte, el art. 799 dispone sobre la imposición de caución. Se confirma que la norma versa sobre la caución derivada

---

8. Sanches Sydney: obra citada, página 107.

9. Sanches, Sydney: obra citada, página 112.

10. Marques, José Frederico: *Manual de Derecho Procesal Civil*. vol. IV, 7ª edición actualizada, Sâo Paulo. Editorial Saravia, 1987, página 380.

11. Lacerda, Galeno: obra citada, página 11.

de la ley o contrato, y por tanto, inconfundible con la medida específica de los artículos 826 y siguientes, o con la contracautela (art. 804), o de resto, con la caución sustituta de otra medida (art. 805).

Al terminar esta parte, traigo una cuestión práctica frecuente de cautelar pleiteada y obtenida, en general por Jueces de Primer Grado, para impedir al acreedor ejecutar al deudor. ¿Es posible el cercenamiento del derecho de acción de la parte, en alguna situación? Entiendo que no, y en la primera oportunidad que tuve de examinar el tema no vacilé en el sentido de conceder *liminar* en mandato de seguridad para suspender el acto judicial impetrado a determinar aquella extrema abstención. En ese sentido se colocan los tribunales de apelación, en su mayoría, y ciertamente en el mismo tenor, el respetable Superior Tribunal de Justicia firmará su convencimiento.

6. *Cautelares de oficio*

Por último estudio el art. 797 del C. P. C., antecedente de aquellos que disponen sobre el poder general de cautela. Dice aquella norma: "Sólo en casos excepcionales, expresamente autorizados por la ley, determinará el juez medidas cautelares sin la audiencia de las partes".

"En cuanto al art. 804 establece la tutela liminar, a pedido del actor, sin audiencia del demandado", asevera Galeno Lacerda, "el art. 797 trata del poder legal del juez para decretar medidas cautelares sin la audiencia de las partes" [12]. Nótese que el ilustre maestro habla en poder legal del magistrado, como dejando evidente que las medidas derivan exclusivamente de la ley, no del poder general de cautela en sí".

"Sólo en casos excepcionales, expresamente autorizados", aquellos casos "por ley" que dicta el ordenamiento procesal, quedando claro la indiscutible vinculación de la medida a la ley, sea procesal, u otra cualquiera".

De acuerdo con el autor gaucho, hubo equívoco en el Simposio de Curitiba al proclamar: "en el caso del art. 797 no puede el juez

12. Lacerda, Galeno: obra citada, página 110.

actuar de oficio" (conclusión nº LXV) [13]. En realidad, aquí se da exactamente lo contrario. La cautela aquí reglamentada es la que puede ser concedida de oficio. Y si así no se entendiere, además de afrentar el intérprete la ley, no tendrá sentido el art. 804, que adelante inserta igual principio.

Efectivamente, siguiendo la regla de hermenéutica de que la ley no contiene palabras inútiles, y mucho menos un artículo entero, no se puede atribuir al art. 797 el mismo efecto del art. 804.

Se destaca que la ley hace alusión a las partes, o sin audiencia de ellas, de ninguno de los litigantes, como refuerzo al entendimiento de que se establece la cautela de oficio.

En este caso, ¿cómo conciliar la cautela de oficio con el principio *ne procedat judex ex officio?* La solución es dada por Galeno. La cautela de oficio es acto de naturaleza administrativa, luego no se debe calificar el art. 797 como excepción al art. 2º del C. P. C. [14].

Son providencias ejemplares de cautela de oficio los artículos 266 y 793, que en las acciones de conocimiento y de ejecución, permiten al juez, durante la suspensión del proceso, la adopción de providencias urgentes; el art. 653 que trata del secuestro de los bienes del deudor cuando éste no fuere encontrado, aunque algunos atribuyan a la medida índole ejecutiva; el art. 679, que dispone sobre el seguro del navío o aeronave para que continúe navegando u operando; el art. 701, que tiene por objetivo la protección de intereses de incapaces, en la enajenación judicial; el art. 919, en la acción de rendición de cuentas; en el inventario, los artículos 1.000, III, par. único, 1.001, 1.016, par. 1º, 1.017, par 2º, 1.018, par único, 1.019 (el Código inclusive, denomina tales actos de medidas cautelares); el art. 733, par 1º, prevé la prisión cautelar del deudor incumplido de alimentos; en los procedimientos de jurisdicción voluntaria varios son los casos de cautelas administrativas de oficio, tales como las providencias previstas en los artículos 1.142, 1.149, 1.145, 1.146 y 1.147 (sobre herencia yacente), 1.160 (sobre bienes del ausente), 1.170 (sobre bienes desocupados) y 1.113 (enajenaciones judiciales); en la interdicción, el art. 1.197, para admitir la nominación del sustituto del tutor o curador; en los conflictos positivos de competencia, la facultad de relator para designar un juez, entre los colindantes para resolver,

13. Lacerda, Galeno: obra citada, páginas 110 y 111.

14. Lacerda, Galeno: obra citada, páginas 112 y 113.

con carácter provisorio, en las medidas urgentes. El art. 888 merece capítulo aparte, al establecer "otras medidas provisionales", ya enunciadas al principio.

En todos estos casos, enseña Galeno Lacerda, siendo patente el interés público o el del orden público, como la ley contiene la alternativa de "ordenar o autorizar", se debe entender que la medida puede decretarse de oficio, ser ordenada, o autorizada a petición [15].

Es de verse la oportunidad en que el juez decida de oficio, invadiendo la esfera privada del matrimonio o de la familia.

No se agotan las medidas ahora ejemplificadas en la ley procesal civil. Otras más se encuentran en el código civil (artículo 214, par. único, 394, 445 y 453, 472, 507, par único, 1756, 1779 y 1796, pars. 1º y 2º) en el código de menores y en otros reglamentos legales.

El tema aquí abordado tiene varios puntos que exigen estudios más profundos para su mejor comprensión. En efecto, no son pocas ni pequeñas las controversias. Por eso, está lejos como objetivo el concluir este estudio presentándolo como definitivo. El día a día, además, está enriqueciéndolo y transformándolo.

15. Lacerda, Galeno: obra citada, página 120.

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

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.