

TEMAS PROCESALES

17

Octubre
1993

Efectos de la declaratoria de
inconstitucionalidad

Luis Carlos Reyes

Nuevos aspectos civiles en el proceso penal

Gilberto Martínez Rave

Liquidación de la sentencia

Marcos Afonso Borges

De la declaración de parte

Alfonso García S.

La suspensión provisional de los actos o
decisiones de organismos societarios

Alejandro Ochoa Botero

El debido proceso penal colombiano

Alvaro Vargas

Los presupuestos procesales

Beatriz Quintero de Prieto

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

TEMAS PROCESALES

Nº 17 Octubre 1993

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
Fernando Ossa Arbeláez
Alvaro Vargas
Alfonso García S.
Darío González Vásquez
Armando Luis Calle Calderón
Juan Carlos Gaviria Gómez

DISTRIBUIDORA

Biblioteca Jurídica Díkē

Apartado aéreo 51838

Medellín, Colombia

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

--nº 17 (Octubre, 1993) -- Medellín, El Centro, 1993,
anual hasta 1986, semestral a partir de 1987.

ISSN 0120-8519.

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

SUMARIO:

In memoriam Dr. Jairo Duque Pérez Eugenio Prieto Mesa	5
Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad Luis Carlos Reyes	7
Nuevos aspectos civiles en el proceso penal Gilberto Martínez Rave	23
Liquidación de la sentencia Marcos Afonso Borges	43
De la declaración de parte Alfonso García S.	53
La suspensión provisional de los actos o decisiones de organismos societarios Alejandro Ochoa Botero	75
El debido proceso penal colombiano Alvaro Vargas	85
Los presupuestos procesales Beatriz Quintero de Prieto	93

† **In memoriam**

Dr. Jairo Duque Pérez

Como un hecho aciago para el Centro de Estudios de Derecho procesal, consideramos la muerte trágica de uno de sus miembros más eximios, el Dr. JAIRO E. DUQUE PEREZ. Fue él uno de sus fundadores, hace ya varios lustros, cuando en nuestro medio las disciplinas encaminadas a investigar y profundizar el derecho procesal eran casi del todo exóticas. Con el fervor que caracterizaba su acción en todos los campos, en éste puso todo su empeño y con su talento extraordinario y sus descomunales conocimientos nos guió con firmeza y eficacia. Desde cuando ocupaba los escaños universitarios en la escuela de derecho de la Universidad de Antioquia, dio muestras definitivas de su inteligencia clara y de su denodado esfuerzo investigativo. A poco de culminar sus estudios como abogado, se vinculó a la cátedra en la misma universidad, en la cual deslumbró por su ingenio y conocimientos. Desde entonces, hasta su muerte, se consagró a la docencia, como una de las principales aristas de su personalidad: fue profesor destacado en materias de tanta alcurnia intelectual como el tratado de las obligaciones, los contratos y el derecho administrativo. Con su mano lúcida y certera condujo las mentes de varias generaciones de abogados, entre quienes fue admirado y respetado como un excelso cultor de las ciencias jurídicas. Además, recién egresado de la Facultad, practicó las disciplinas penales y con ello cerró, por así decirlo, el mundo entero del derecho, dentro del cual sobresalió como uno de sus mejores exponentes, tanto por el campo amplísimo que abarcaba su mente como por la profundidad desconcertante con que lo hacía.

Ya en el campo de la dinámica jurídica, tuvo su oficina abierta al público y en ella dio muestras múltiples y concluyentes acerca de su buen juicio, su tino en el manejo de los

conflictos, su experiencia madurada en el trajín vital y en sus inagotables faenas de escrutamiento intelectual. Solamente, por épocas, cuando el servicio público lo llamó para que lo asistiera con su personalidad madura de jurista consagrado, dejó el campo del litigio, y fue entonces cuando se desempeñó con luz propia en la Fiscalía, en el Juzgado Civil del Circuito, en el Tribunal Contencioso Administrativo, en la Personería de Medellín, como Decano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, que fue entrañable para él, y finalmente en la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, entidad a la que fue llamado para ocupar una de las plazas que quedaron vacantes a causa de los oscuros y dolorosos sucesos que dieron al traste con la vida de varios magistrados. En la Corte trabajó con ahínco y maestría. Fue guía indiscutible en muchas de sus más destacadas y espinosas decisiones, que tuvieron repercusión nacional, y que sirven de guía a los estudiosos de las doctrinas constitucionales.

Hombre de verdad, con muchas facetas para destacar, entre las cuales descolló en forma cegadora su fraterna amistad, que no interrumpió jamás ni dejó de cultivar con amorosa dedicación, es riguroso señalar que deja entre nosotros, espinoso, el dolor de su partida y una ira inagotable por la manera absurda como dejó de ser.

Eugenio Prieto Mesa

EFFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Luis Carlos Reyes *

1. *Introducción* 2. *La sentencia* 3. *Atributos de la sentencia* 4. *Inicios de los efectos de la sentencia* 5. *Efectos de la sentencia* 6. *Conclusiones.*

1. *Introducción*

Es ampliamente conocida la acción pública de inconstitucionalidad, a disposición de toda persona, para ser ejercida ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, corporación a la cual la Constitución Política de la República ha confiado la guarda de su integridad.

Esta acción extraordinaria de inconstitucionalidad, impropia-mente también denominada recurso de inconstitucionalidad, fue creada originalmente en el país por la Constitución de 1941, en su artículo 188, y mantenida, e incluso ampliada, por las Constituciones de 1946 (Artículo 167) y la vigente de 1972, reformada en 1983, (artículo 203).

Conviene resaltar que la adopción de la importante acción, por el constituyente panameño de 1941, representó un triunfo de las corrientes progresistas que desde décadas atrás venían impulsando la idea de centralizar en la Corte Suprema de Justicia el

* Ex-Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

control de la constitucionalidad, cuyo paladín más caracterizado lo fue el Dr. Eusebio A. Morales. Efectivamente, en su importante estudio intitulado *Leyes Inconstitucionales*, el ilustre patricio señalaba:

“Dichosamente también el remedio legislativo que se impone para completar el sistema esbozado en las tres disposiciones cuyo somero análisis se ha hecho es muy sencillo y fácilmente comprensible.

Bastaría la adopción de una reforma judicial sobre estas bases: Primera: Atribuirle a la Corte Suprema de Justicia la facultad de declarar de oficio en cualquier caso cuándo una ley nacional es contraria a la Constitución y por lo mismo inaplicable por el Poder Judicial.

Segunda: Atribuirle a la Corte Suprema el conocimiento por consulta obligatoria de todo asunto en el cual se decida judicialmente que una ley es contraria a la Constitución, cualquiera que sea la categoría del Juez o tribunal que haya dictado el fallo.

Una reforma como la indicada concentraría en el más alto tribunal del país la facultad de decidir en definitiva si una ley es contraria a la Constitución y ella serviría de punto de partida para ir creando gradualmente una jurisprudencia sólida sobre el valor, la extensión y el desarrollo de los principios que la Constitución Nacional sólo presenta y consagra en forma preceptual casi simbólica”. (*Ensayos, Documentos y Discursos*. Colección Kiwanis, Panamá, 1977, pág. 161).

A la aspiración patriótica del Dr. Morales se unieron insignes panameños, como los Dres. Ricardo J. Alfaro, José Dolores Moscote, Carlos Sucre Calvo, José Isaac Fábrega y Fabián Veiarde, estimulados además porque este logro ya lo habían obtenido otras hermanas naciones americanas, v. gr. Colombia, que la adoptó mediante la reforma de 1910; México, en la Constitución de 1917; Chile, en la de 1925; Uruguay, en la de 1934 y Cuba, en la Constitución de 1940.

Consecuentemente, los esfuerzos de notables estadistas panameños alcanzaron concreción en la Constitución Política de 1941, y de esta manera prácticamente desapareció la fórmula anterior, plasmada en los artículos 12 y 35 del Código Civil, y 4 del Código Judicial derogado, que permitían el examen descentralizado

de la incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, para preferir la primera.

Así tenemos que, a partir de 1941, se centralizó en la Corte Suprema de Justicia la guarda de la constitucionalidad, mediante acción autónoma ejercida por cualquier persona o en virtud de consulta que deberá elevar ante aquella todo administrador de justicia que advierta, o que alguna de las partes le advierta, la inconstitucionalidad de la disposición legal aplicable.

Cabe anotar, como dato histórico interesante, que demandada posteriormente la inconstitucionalidad de los citados artículos 12 y 35 del Código Civil, dicha demanda fue denegada por la Corte en sentencia de 9 de mayo de 1957 (G. O. N° 12, 282), por lo cual, como tampoco han sido derogados por el Organismo Legislativo, esos artículos conservan vigencia, aunque técnica, pues han caído en desuso.

Para desarrollar el ejercicio de la acción se han expedido legislaciones coetáneas con la vigencia de cada Constitución, como Leyes 7 de 1941 y 46 de 1956, sobre instituciones de garantía.

El actual procedimiento lo señala, desde 1987, el Libro IV del Código Judicial, Título I, artículos 2548 a 2564.

Debemos señalar que, en términos generales, la Corte Suprema de Justicia ha venido cumpliendo eficazmente la importante atribución.

2. *La sentencia*

Como acto jurisdiccional conclusivo de la acción pública de inconstitucionalidad, la sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, constituye el documento que expresa el dictamen definitivo de la alta corporación como respuesta conclusiva a la demanda o advertencia de inconstitucionalidad.

Obviamente que para arribar a sentencia el proceso constitucional ha debido antes recibir toda la tramitación señalada en el procedimiento, esto es, el traslado al Procurador General de la Nación, o al Procurador de la Administración, la convocatoria a alegatos, la fijación y publicación del edicto emplazatorio para

recabar dichos alegatos de las partes y de cuantos deseen presentarlos y la recepción por Secretaría de los alegatos presentados.

Este ensayo, fiel a su título, pretende examinar lo relativo a los efectos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

3. *Atributos de la sentencia*

Debemos empezar esta sección expresando que la sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, definitiva de la acción de inconstitucionalidad, goza de los atributos especiales que le otorga el último inciso del artículo 203 de la Constitución Política, que a la letra dice:

“Las decisiones de la Corte en ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas y obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial”.

Vemos que la norma transcrita establece, categóricamente, el carácter de *final definitivo y obligatorio*, que ostenta la sentencia de la Corte Suprema en función de guardiana de la Constitución.

El ilustre ex-Magistrado, Dr. Víctor Florencio Goytía, aceptaba:

“El verdadero precursor del control de la constitucionalidad centralizado en la Corte Suprema como organismo depurador del Derecho Público, lo fue el insigne jurisconsulto panameño Eusebio A. Morales, quien en su Ensayo sobre las Leyes Inconstitucionales, demuestra los errores del sistema de la libre interpretación por los jueces de la constitucionalidad de la ley aplicable al caso, en la forma prevista en los artículos 12 y 35 del Código Civil y 4º del Judicial.

Si es cierto que Colombia nos precedió en la implantación del control centralizado, como organismo de Derecho Público, según la concepción de Morales, no es menos cierto que Panamá, ha enmendado los errores que demeritan el sistema colombiano y hacen contradictoria su doctrina.

.....

Consisten las omisiones del legislador colombiano en no declarar expresamente el carácter "final, definitivo y obligatorio" de los pronunciamientos de la Corte en ejercicio de la guarda de la integridad constitucional, y en no proveer la forma en que los tribunales deben actuar ante la Corte, cuando al dictar sentencia encontraren que la ley aplicable es incompatible con la Constitución". (*Bases y Doctrinas de Derecho Público*, Tomo I, pág. 55).

En consecuencia, traducidos a fines prácticos, podemos afirmar que los fallos de la Corte, en esta materia, tienen como primer efecto el de la intangibilidad, vale decir, que lo decidido en sentencia de inconstitucionalidad ejecutoriada, resulta punto final y obligante para todos, sobre el cual ninguna autoridad pública, ni siquiera la propia Corte, puede volver a pronunciarse.

Lo expresado no puede significar, ni a mi juicio significa, que negada la declaratoria de inconstitucionalidad por la Corte, no pueda el órgano del poder público expedidor del acto demandado derogarlo, por causa razonable, siempre que lo haga dentro del ordenamiento constitucional, porque una Ley, por ejemplo, puede no ser inconstitucional y, no obstante, tornarse inconveniente a los intereses sociales.

Contrariamente, no sería constitucionalmente posible desconocer lo dispuesto en la sentencia, o sea, volver a expedir o a reproducir el acto, de cualquier naturaleza, declarado inconstitucional por la Corte Suprema.

En nuestra historia republicana han ocurrido este tipo de situaciones, siendo quizás la más reciente la del año 1970, con la Ley 62 de 28 de diciembre de 1967.

En efecto, acusada la inconstitucionalidad de esa Ley, el Pleno de la Corte negó la declaratoria, esto es, afianzó su constitucionalidad, mediante sentencia de 13 de julio de 1970 (R. J. N° 7 de 1970, págs. 1 a 6). Y, sin embargo, días después dicha Ley 62 de 1967 fue derogada, en todas sus partes, por el Decreto de Gabinete N° 278 de 6 de agosto de 1970, (G. O. N° 16.665) expedido por el Consejo de Gabinete, organismo que a la fecha ejercía la función legislativa en virtud del estatuto del Gobierno Provisional.

4. *Inicio de los efectos de la sentencia*

Ahora bien, ¿cuándo comienzan los efectos de la sentencia?

La interrogante es válida, porque, dado que la norma constitucional dispone que la decisión sea publicada en la Gaceta Oficial, existen criterios divergentes sobre el inicio de sus efectos. Efectivamente, hay quienes sostienen el criterio que los efectos del fallo no empiezan con su ejecutoria, sino a partir de su publicación en la Gaceta Oficial.

Por nuestra parte estimamos que, si bien la sentencia de la Corte debe ser publicada en la Gaceta Oficial, en obediencia al mandato constitucional, no es indispensable la publicación, para que la sentencia ejecutoriada surta efectos, pues la Constitución no los condiciona a esa eventualidad, y, según la ley dictada en desarrollo de la norma constitucional, éstos corren desde su ejecutoria, de conformidad con el proceso respectivo.

Efectivamente, los artículos 2559, 2560 y 2561 del Código Judicial, disponen:

“ARTICULO 2559: El fallo quedará ejecutoriado tres días después de su notificación, término dentro del cual el agente del Ministerio Público o el demandante podrán pedir la aclaración de puntos oscuros de la parte resolutive o pronunciamiento sobre puntos omitidos. De esta solicitud se dará traslado por el término de dos (2) días y la Corte deberá decidir este recurso dentro de un plazo de diez (10) días”.

“ARTICULO 2560: El fallo se publicará en la Gaceta Oficial dentro de los diez (10) días siguientes al de su ejecutoria”.

“ARTICULO 2561: Cuando la Corte declare la inconstitucionalidad del acto impugnado, comunicará la decisión mediante copia auténtica de la sentencia a la autoridad, corporación o funcionario que la hubiere dictado y a los funcionarios a quienes corresponda dar cumplimiento al fallo.

Al Pleno de la Corte compete, además, vigilar el cumplimiento de la sentencia y conocer de las quejas que se presenten por desacato al cumplimiento del fallo aludido y aplicar las sanciones correspondientes, de conformidad al procedimiento establecido para el caso en este Código”.

No obstante lo anteriormente expuesto, referente a la publicación de la sentencia, hasta donde conocemos al Pleno de la Corte no se le han planteado las dudas señaladas y, por consiguiente, no ha habido un pronunciamiento del mismo sobre este particular.

Hubo, sí, un planteamiento ante la Sala Segunda —Penal— de la Corte, donde se alegaba que la declaratoria de inconstitucionalidad ejecutoriada de determinada disposición legal no surtía efectos, por no haberse publicado la sentencia respectiva en la Gaceta Oficial.

La Sala mencionada se pronunció mediante sentencia de 26 de octubre de 1970, en sentido negativo, esto es, dictaminando que la publicación sólo tenía fines de conocimiento general, y que, por lo tanto, la omisión no impedía los efectos derogatorios de la sentencia. (R. J. Nº 8-12, pág. 84).

Entendemos que ha sido la única interpretación jurisprudencial, sobre el interesante aspecto de la publicación de la sentencia, aunque lamentablemente no del Pleno de la Corte, al cual constitucionalmente compete la materia.

Con todo, reiteramos que, en virtud del procedimiento adherimos el criterio de que la sentencia empieza a surtir efectos desde su ejecutoria, independientemente de la publicación.

5. *Efectos de la sentencia*

Los efectos de la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad, pueden identificarse en tres grupos, a saber:

- a) Efectos en el tiempo,
- b) Efectos substanciales, y
- c) Efectos personales.

A. *Efectos en el tiempo*

Estos efectos dicen relación con las proyecciones de la sentencia, en cuanto a temporalidad. Para decirlo sencillamente, aluden al carácter retroactivo o irretroactivo de la decisión.

La jurisprudencia dominante de la Corte Suprema de Justicia sienta el criterio de los efectos futuros de la sentencia. Es decir, no le concede efectos retroactivos al fallo.

No obstante lo anterior, existen algunas decisiones de la Corte, en ejercicio del control constitucional, que expresamente han declarado la inconstitucionalidad demandada con efecto retroactivo, dando para ello razones especiales. Entre estos casos, de declaratorias de inconstitucionalidad con efecto retroactivo, podemos señalar los siguientes:

1. Sentencia de 5 de julio de 1950, publicada en el Registro Judicial N° 17 de 1950, páginas 69 a 77, donde la Corte, para justificar sus efectos retroactivos, expresó:

“Por regla general la inexecutableidad de un acto surte sus efectos para el futuro, y así lo ha establecido la Corte de acuerdo con las doctrinas de los tratadistas; pero en el presente caso entra en juego el factor de la *vigencia* de los artículos 146, 173, 255 y sus correlativos de la Constitución que disponen directamente y expresamente la inalterabilidad de asignaciones y emolumentos los cuales no pueden suspenderse ni ignorarse durante el interregno comprendido dentro de la promulgación del Decreto-Ley N° 11 de 1950, que omitió las partidas necesarias para el cumplimiento de los mandatos constitucionales citados. Así, en casos de inexecutableidad deben votarse los créditos respectivos en forma que cubran todo lo adeudado en el período fiscal”. (*Universidad de Panamá*, Sección de Investigación Jurídica, Jurisprudencia Constitucional, Tomo I, págs. 111-112).

2. Sentencia del 3 de agosto de 1990, promulgada en la Gaceta Oficial N° 21, 729 de 21 de febrero de 1991, en la cual la Corte explicó el efecto retroactivo del fallo, de la siguiente manera:

“La Corte ha sostenido en innumerables fallos que la declaratoria de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos. Esta posición ha sido siempre sostenida cuando lo que se declara inconstitucional es una norma legal. Igualmente, el artículo 2564 del Código Judicial establece que las decisiones de la Corte en materia de inconstitucionalidad no tienen efecto retroactivo. Tratándose de normas legales, no queda entonces la menor duda de que las decisiones de la Corte en materia

constitucional no producen efectos retroactivos. Sin embargo, la Constitución Nacional, en su artículo 204, permite que se pueda demandar la inconstitucionalidad de actos jurisdiccionales, (salvo los fallos de la Corte Suprema o de sus Salas) que normalmente se agotan con la ejecución de las mismas y no continúan rigiendo, como es el caso de las normas legales que mantienen su vigencia hasta que sean derogadas por los diferentes medios que la Constitución consagra.

Si se permite que un acto jurisdiccional pueda ser demandado como inconstitucional, es obvio que puede ser declarado inconstitucional. Sostener que la decisión de la Corte en estos casos no produce efecto retroactivo y que sólo produce efectos hacia el futuro, traería como consecuencia que la declaratoria de inconstitucionalidad sea totalmente intrascendente, inocua. Lo que realmente es que con el fallo de inconstitucionalidad de una norma legal se produce una derogatoria por mandato constitucional, ya que la Constitución establece en su artículo 311 que quedan derogadas todas las leyes y demás normas jurídicas que sean contrarias a esta Constitución y, como la Corte tiene por atribución constitucional decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes, cuando declara que una norma legal es, inconstitucional, la deroga constitucionalmente, en virtud de lo que establece el artículo 311 de la Constitución Nacional.

Si las normas legales se derogan por inconstitucionales, los actos jurisdiccionales deben declararse nulos, por inconstitucionales. Se produce entonces una Nulidad Constitucional, como consecuencia de la violación de normas constitucionales por el acto jurisdiccional”.

Con el anterior criterio concurre nuestro brillante constitucionalista, Dr. César Quintero, pues además de ser uno de los magistrados suscriptores del fallo, en éste expresamente se le cita en respaldo de la tesis de la retroactividad selectiva aplicada.

Los dos casos señalados son los más conocidos de aquellos donde la Corte Suprema expresamente concede efecto retroactivo o *ex tunc* a la sentencia.

Pero debemos reconocer que la regla jurisprudencial ha sido el efecto irretroactivo, o *ex nunc*, por el cual incluso se ha pronunciado nuestro legislador en el Artículo 2564 del Código Judicial, al disponer:

“ARTICULO 2564: Las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad, son finales, definitivas y obligatorias y no tienen efecto retroactivo. (Subrayas nuestras)”.

Cabe señalar, no obstante, que la parte final (subrayada) del Artículo 2564 del Código Judicial, fue acusada de inconstitucional por el señor Daniel Ciniglio Abadía, a través del Licenciado Hernán Bonilla Guerra, mas la propia Corte Suprema que con criterio contrario a la disposición legal impugnada otorgó efectos retroactivos a su sentencia de 3 de agosto de 1990, sorprendentemente negó la demanda de inconstitucionalidad de la frase final del Artículo 2564, en sentencia de 4 de junio de 1991, publicada en el Registro Judicial de junio de 1991, páginas 15 a 21. En consecuencia, la Corte aparentemente se ha atribuido la facultad de determinar selectivamente el efecto temporal de la sentencia, esto es, de manera distinta a lo dispuesto por el legislador.

Por consiguiente, se puede concluir que, en cuanto a efectos temporales, la irretroactividad de la sentencia es la regla —la cual además tiene respaldo en el Artículo 2564 del Código Judicial— pero que existen casos aislados, remotos y recientes, donde la Corte razonadamente ha concedido efectos retroactivos a la sentencia.

La posición asumida por la Corte es posiblemente justificable. No obstante, sobre el interesante aspecto estimamos que, en beneficio de la seguridad jurídica, es necesario que el punto se defina categóricamente, a nivel constitucional, sea señalando determinado efecto, o dejándolo a la sentencia en cada caso, como lo hace la Constitución en su Artículo 43 con respecto a las leyes, pues la incertidumbre señalada no debiera continuar.

B. *Efectos substanciales*

Los efectos substanciales o materiales de la sentencia guardan relación con la situación en que queda el acto impugnado, luego de la ejecutoria del fallo.

Debemos partir del caso más frecuente, que es el negativo, ya que si la sentencia niega la declaratoria de inconstitucionalidad demandada, el acto mantiene todo su vigor. Es más, como expresamos arriba, ya ni siquiera la Corte podría volver a examinar su constitucionalidad, en virtud del copiado párrafo final del artículo 203 de la Constitución Política.

Ahora bien, cuando la sentencia declara inconstitucional el acto, éste queda derogado, y, consecuentemente, se extingue o desaparece su fuerza normativa, de conformidad con el Artículo 311 de la propia Constitución, concebido como sigue:

“ARTICULO 311: Quedan derogadas todas las Leyes y demás normas jurídicas que sean contrarias a esta Constitución, salvo las relativas a la patria potestad y alimentos, las cuales seguirán vigentes en las partes que sean contrarias a esta Constitución por un término no mayor de doce meses a partir de su vigencia”.

La sentencia tiene en estos casos efectos derogatorios, por razón del comentado control constitucional centralizado en el Pleno de la Corte Suprema, según lo dispuesto en el artículo 203 *ibídem*.

A esta altura resulta conveniente anotar que para que ocurra la derogatoria establecida en el transcrito Artículo 311, se requiere el pronunciamiento de inconstitucionalidad por la Corte.

No basta, pues, que alguna persona o funcionario considere inconstitucional la norma subalterna.

Es preciso que la presunta inconstitucionalidad sea sometida al control de la Corte, por los medios procesales señalados en el Código Judicial, vale decir, por demanda o por consulta, y que la Corte la declare inconstitucional, en ejercicio de la especialísima atribución que le otorga el Artículo 203 de la Constitución Política, para que entonces, y sólo entonces, se produzca la derogatoria aludida en el Artículo 311.

La Corte así lo ha sentado varias veces, entre otras, en sus sentencias de 15 de septiembre de 1947, 11 de octubre de 1963 y 31 de octubre de 1983. (Universidad de Panamá, Sección de Investigación Jurídica, Jurisprudencia Constitucional, Tomo I, págs. 42 a 44 y Tomo IV págs. 86 a 89).

Y recientemente lo ha reiterado en la sentencia del 3 de agosto de 1990 (G. O. N° 21, 729).

Desde luego que la derogatoria guarda relación con los términos de la sentencia, esto es, con el ámbito de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Consecuentemente si, por ejemplo, la Corte declara inconstitucional toda la Ley o Decreto impugnados, éstos quedan derogados en su integridad, mas si la declaratoria se limita a determi-

nados artículos o frases del articulado, lo cual ocurre a veces, solamente quedan derogados los artículos o frases declarados inconstitucionales.

Lo mismo ocurre ante cualquier otro acto declarado inconstitucional, v. gr., reglamentos, resoluciones, órdenes, disposiciones, etc.

C. *Efectos personales*

Los efectos personales de la sentencia de inconstitucionalidad dicen relación con el alcance del fallo respecto a las personas.

En Panamá, según lo ha dictaminado la Corte reiteradas veces, la sentencia dictada en procesos de inconstitucionalidad tiene efectos *erga omnes*, es decir, para todas las personas.

El ejemplo más reciente y categórico de este aserto lo encontramos en la sentencia del Pleno de la Corte fechada 4 de junio de 1991. (R. J., junio de 1991, págs. 15 a 21).

Esos efectos personales no quedan circunscritos, pues, a las partes en el respectivo proceso constitucional, sino, como expresa la Corte elocuentemente, en su última sentencia mencionada, "abarca a todos".

Y esto se explica, por los mencionados atributos de finales, definitivos, obligatorios, y además derogatorios, que tiene la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en esta jurisdicción especial, establecidos en los Artículos 203 y 311 de la Constitución Política.

6. *Conclusiones*

Resumiendo lo anteriormente expuesto, podemos establecer las siguientes conclusiones:

1. En Panamá existe el sistema del control de la constitucionalidad centralizado en la Corte Suprema de Justicia, desde el año 1941, mediante el Artículo 188 de la Constitución Política promulgada en ese año.

2. El logro del establecimiento del mencionado control centralizado en la Corte Suprema, fue el feliz resultado de denodados esfuerzos de distinguidos panameños, iniciados desde décadas atrás, y se reconoce al ilustre Dr. Eusebio A. Morales como el verdadero precursor de dicho control de la constitucionalidad en la Corte.

3. Con anterioridad a 1941, sobre esta materia existía el sistema de libre interpretación, de conformidad con los artículos 12 y 35 del Código Civil, aún vigentes por no haber sido derogados, pero caídos en desuso, por razón del control centralizado establecido por la Constitución.

4. No obstante lo anterior, una demanda de inconstitucionalidad, contra los mencionados artículos 12 y 35 del Código Civil, fue denegada por la Corte Suprema en sentencia de 9 de mayo de 1957 (G. O. N° 12, 282).

5. Las Constituciones Políticas de 1946 y de 1972, reformada esta última en 1983, mantuvieron, e incluso ampliaron, la atribución especial concedida a la Corte Suprema por la de 1941.

6. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, dictada en ejercicio de la comentada atribución constitucional, goza de intangibilidad, por virtud de la calidad definitiva, final y obligatoria que le otorga la Constitución Política.

7. Los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la Corte corren desde su ejecutoria, de conformidad con las normas procesales, sin que los obstaculice la omisión o demora de su publicación en la Gaceta Oficial. Así lo dictaminó una Sala de la Corte en 1970.

No conocemos y posiblemente no ha habido pronunciamiento del Pleno sobre este aspecto de la publicación.

8. Los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, pueden ubicarse en tres grupos, a saber:

- a) Efectos en el tiempo;
- b) Efectos substanciales o materiales, y
- c) Efectos personales.

9. Los efectos en el tiempo guardan relación con la retroactividad o irretroactividad de la sentencia.

10. La jurisprudencia constitucional ha sentado como regla, de acuerdo con la mejor doctrina, los efectos futuros de la senten-

cia, aunque registra casos aislados, remotos y recientes, de sentencias sobre inconstitucionalidad a las cuales la corte les ha otorgado efectos retroactivos.

11. No obstante lo anterior, el legislador panameño se ha pronunciado por la regla, es decir, por la irretroactividad (Art. 2564, C. Judicial).

12. Convendría, por la seguridad jurídica, que el interesante aspecto de los efectos en el tiempo, de la sentencia, se defina a nivel constitucional, como lo ha hecho la actual Constitución, con respecto a las leyes, en su Artículo 43.

13. Los efectos materiales tienen que ver con la situación en que queda, luego de la sentencia, el acto impugnado.

14. Según la propia Constitución Política (Art. 311) y la jurisprudencia sentada hasta ahora por el Pleno de la Corte, el acto declarado inconstitucional queda derogado, desde la ejecutoria de la sentencia de inconstitucionalidad.

15. Los efectos personales de la sentencia dicen relación con el alcance del fallo respecto a las personas, y, en cuanto a estos efectos personales, tenemos que, según reiterados dictámenes de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia de inconstitucionalidad tiene efectos *erga omnes*, es decir, para todas las personas.

16. Hacemos votos porque la Corte adopte, cuanto antes, la positiva tesis del destacado jurista Hans Kelsen, respecto a que la guarda constitucional no debe limitarse a las normas vigentes, sino extenderse hasta las normas generales derogadas, para despojarlas de la eficacia residual (ultraactividad) que el orden jurídico les acuerda, no obstante su derogatoria. Ejemplo de esta situación la tenemos en los artículos 30, 31 y 32 del Código Civil.

Consideramos conveniente la adopción de la tesis kelseniana, para liberarnos, en los procesos constitucionales, de la tradicional decisión inhibitoria, por supuesta "sustracción de materia", a la cual continúa aferrado el Pleno de la Corte, (ver las sentencias de 21 de febrero de 1991 y 24 de junio de 1992) y que evidentemente no es la mejor solución cuando está en juego la supremacía permanente de la Constitución Política del Estado.

La Corte dio un paso acertado en esta dirección con su sentencia del 13 de diciembre de 1983, que declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 58 de 1979, a pesar de haber sido suspendido por decreto posterior. (R.J., diciembre de 1983,

pp. 99-107). Consideramos que esta línea de pensamiento debe continuarla y profundizarla, si quiere realmente cumplir la alta misión de guardiana de la Carta Magna.

Efectivamente, para que sea real la eficacia de la alta misión en referencia, la Corte no puede, ni debe, quedar inhibida por acomodaticias derogatorias y suspensiones, dispuestas por el órgano respectivo del poder público con el fin de impedir la sentencia de fondo, y para evitarlo bastaría la interpretación apropiada de la Corte, cónsona con la razón de ser de la norma que le atribuye la guarda constitucional.

— O —

Este trabajo lo hemos elaborado con miras de colaboración sincera y objetiva al examen obligado y necesario de las instituciones tutelares de la República, para modestamente contribuir, en lo posible, a su fortalecimiento.

NUEVOS ASPECTOS CIVILES EN EL PROCESO PENAL

Gilberto Martínez Rave *

1. Vinculación del tercero civilmente responsable al proceso penal
2. Prevalencia de la obligación indemnizatoria
3. Determinaciones del funcionario penal en relación con los bienes.

La manifiesta crisis que afecta a la Administración de Justicia penal en nuestro país ha determinado la expedición de numerosas normas, unas por el mecanismo formal de las leyes y otras por el mecanismo extraordinario de decretos de estado de conmoción, que pretenden buscar correctivos, al menos parciales, a la difícil situación que se vive. Por eso el constituyente de 1991, al expedir la nueva carta colombiana, incluyó normas encaminadas a combatir la impunidad, el formalismo, y la demora en los trámites de los procesos. Posteriormente el gobierno, como legislador extraordinario expresamente autorizado por la comisión legislativa creada por la Asamblea Constituyente, expidió decretos con fuerza de ley que convirtieron en legislación permanente algunos decretos de estado de sitio expedidos antes de julio de 1991 y otros que, como el 2700 de 1991 y el 2699 del mismo año, se convirtieron en el *Nuevo Código de Procedimiento Penal* y el *Estatuto Orgánico de la Fiscalía*, respectivamente. Cuando la situación de orden público empeoró, el gobierno nacional decretó el estado excepcional de *conmoción interior* y bajo su vigencia ha expedido varios decretos que

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal y Profesor de derecho procesal penal en la Universidad Autónoma Latinoamericana.

tienen incidencia en el procedimiento penal. Posteriormente el Congreso expidió la ley 40 de 1993 denominada *Ley antisequestros*, que contempla aspectos procesales en algunos de sus artículos.

No es nuestra intención hacer un estudio de aquellos estatutos para conceptuar sobre su bondad y oportunidad. Pretendemos centrar nuestro análisis en algunas de las varias instituciones nuevas que contemplan y que tienen contenido procesal con incidencias o consecuencias civiles y que no concuerdan con las instituciones y conceptos que tradicional e históricamente se han manejado en el campo procesal penal colombiano.

1. *Vinculación del tercero civilmente responsable al procesal penal (arts. 152, 154 y 155 c.p.p).*

En ocasiones anteriores la Corte Suprema de Justicia había declarado inexecutable las disposiciones que autorizaban vincular al proceso penal al tercero civilmente responsable, es decir a aquella persona que sin tener responsabilidad penal en el hecho delictuoso sí tiene responsabilidad civil en las consecuencias patrimoniales del mismo.

Se mantiene el concepto que considera que la responsabilidad penal es personalísima, es decir que no se transmite a ninguna otra persona y que por lo tanto sólo el autor del hecho es acreedor a la sanción que contempla la norma penal. No es posible jurídicamente vincular a otra persona para que responda por aquel. Sin embargo la diferencia entre las responsabilidades penal y civil que surgen de un delito permite que el tercero pueda vincularse al proceso penal, pero solo obviamente, para los efectos civiles. Porque la responsabilidad civil que surge del delito sí es transmisible, tanto por activa como por pasiva, lo que permite que el juez penal tenga capacidad jurídica para declarar la responsabilidad penal del procesado, imponiendo la pena que le corresponde y además lo obliga a indemnizar todos los daños y perjuicios que haya ocasionado con el delito. Para que el juez penal pueda declarar la responsabilidad civil del procesado tiene que haber declarado antes su responsabilidad penal pues es responsable civil, dentro del proceso penal, el responsable penal. Esto significa que si el juez absuelve penalmente no puede condenar civilmente al procesado.

La sentencia absolutoria penal hace tránsito a cosa juzgada civil sólo en los casos específicos que contempla el Art. 57 del C. P. P. (cuando el juez penal declara que el hecho no existió, que el sindicado no lo cometió, que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa). Si la sentencia absolutoria, la resolución de preclusión de la investigación o el auto de cesación de procedimiento con que termina un proceso penal tienen como fundamento otras causales no hacen tránsito a cosa juzgada civil y por lo tanto los perjudicados con el hecho bien pueden adelantar la correspondiente acción indemnizatoria ante la jurisdicción civil a pesar de la absolución penal.

Si el juez penal puede declarar la responsabilidad civil del procesado, ¿podrá declarar también la del tercero que civilmente debe responder por aquel? Para la respuesta se han planteado posiciones encontradas: a) Quienes sostienen que la competencia del juez penal debe quedar reducida exclusivamente a declarar la responsabilidad penal e imponer la sanción y por lo tanto no debe inmiscuirse en cuestiones diferentes como los aspectos indemnizatorios que son específicamente civiles y por lo tanto competencia de la jurisdicción civil. Es decir que los perjudicados con el delito deben forzosamente acudir a esa jurisdicción para buscar su indemnización y quedan sometidos a esa decisión. b) Quienes afirman que siendo el delito la fuente de las dos responsabilidades (la penal como autor del hecho ilícito y la civil como autor del hecho dañoso) bien puede el juez penal, al dictar la sentencia, pronunciarse sobre las dos responsabilidades. Se da así una manifiesta economía procesal al reducir a uno el trámite judicial y se facilita la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al perjudicado. Esa facultad queda reducida a la declaración de las dos responsabilidades del procesado, autor personal del hecho delictual y a la vez dañoso, y c) Los partidarios de la economía procesal y de facilitar la indemnización de los perjuicios que, sustentados en la manifiesta diferencia entre las responsabilidades penal y civil, sostienen que como el tercero civilmente responsable es sólo un garante de la obligación indemnizatoria que se impone a procesado, es perfectamente posible que el juez penal, en su sentencia, declare la responsabilidad penal del procesado, la responsabilidad civil del mismo y la responsabilidad civil del tercero civilmente responsable, quien por tener que asumir las consecuencias patrimoniales de la conducta que está bajo su vigilancia y cuidado, debe atender al monto indemnizatorio impuesto al procesado.

La sentencia condenatoria del juez penal hace tránsito a cosa juzgada civil en relación con el procesado y con el tercero civilmente responsable si intervino y fue citado al proceso. Igualmente en relación con el perjudicado si éste se constituyó parte civil e intervino en el trámite procesal.

¿Quiénes son terceros civilmente responsables que puedan ser vinculados a un proceso penal para que respondan patrimonialmente por los daños causados por el procesado? Se ha aceptado, para estos efectos, que tercero civilmente responsable es la persona que sin haber participado en la comisión del delito está obligado por la ley civil a responder patrimonialmente por los hechos dañosos que ejecuten las personas que están bajo su vigilancia y cuidado o que se cometan con cosas de las cuales son dueños o guardianes. En otras palabras son aquellas personas naturales o jurídicas que no tienen responsabilidad penal pero sí responsabilidad civil en los daños causados con el delito.

El Código Civil cuando regula la responsabilidad por los hechos de otras personas, los determina.

El Art. 2347 del C. Civil establece la regla general de esa responsabilidad en la primera parte y luego la complementa con unos ejemplos, cuando dispone:

- a) Se responde por los hechos de las personas que están bajo nuestra vigilancia y cuidado. Este es el principio general de responsabilidad civil por hechos de terceros, que la disposición citada del código civil, en forma expresa establece: “*Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado*”.
- b) Trae a continuación una lista, como ejemplo, en el inciso segundo, de algunas de las personas que deben responder por los hechos dañosos de otras. “*Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras estén bajo su cuidado y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes en el mismo caso*”. Al utilizar el adverbio *Así* (que pudiéramos reemplazar por “por ejemplo”), está indicando que se trata de una lista enunciativa y no taxativa. Por lo tanto fuera de las personas allí señaladas otras

más, que estén bajo su dependencia y cuidado, deben responder por los hechos de terceros. Sólo que las personas que aparecen en la lista están presumidas en culpa civil y a las que no aparecen en ella debe probarseles que tenían la obligación de vigilancia y cuidado en relación con el causante del daño. Pero fuera de estas personas, que son las que jurídicamente corresponderían al concepto de terceros civilmente responsables, se han incluido otras contra las cuales surge responsabilidad civil sin haber participado en la comisión del hecho dañoso y que la jurisprudencia y la doctrina han denominado responsabilidad indirecta o refleja de acuerdo con lo dispuesto por los siguientes artículos del código civil: 2346 (las personas que deben vigilar a los menores y a los dementes), 2350 (el dueño de un edificio por daños ocasionados por su ruina), 2351 (el constructor de un edificio por su ruina y los daños que ésta ocasione), 2353 y 2354 (el dueño de un animal doméstico o fiero por los daños que causen), 2355 (el habitante de un edificio por los daños causados por las cosas que caen de él) y el 2356 que establece la responsabilidad de los dueños o guardianes de las cosas utilizadas en actividades peligrosas por los daños que se causen con ellas. Estas personas que responden civilmente por hechos en los cuales no han intervenido personal o directamente pero que tenían la obligación de vigilar y cuidar a quien los ocasionó o a la cosa de la cual era dueño o guardián, pueden ser vinculadas al proceso penal como terceros civilmente responsables cuando las personas o las cosas que tenían que vigilar y cuidar aparecen vinculadas a un delito en el cual se ha causado un perjuicio o daño.

Responden civilmente dentro del proceso penal, según el Art. 44 del C. P. P., y por ello el juez penal puede condenarlos a pagar la correspondiente indemnización: a) Los declarados penalmente responsables, en forma solidaria cuando son varios. b) Las personas que de acuerdo con la ley civil deben responder por los hechos dañosos de otros y c) Los que se enriquecen ilícitamente con el hecho delictual.

Se debe precisar que cuando el procesado hace parte de una persona jurídica y ejecuta el hecho delictual en ejercicio o con ocasión de sus funciones es posible vincular a aquella al proceso penal como tercero responsable civil de los hechos de las personas naturales que la componen. Y si es cierto que la persona jurídica, por ahora, no es responsable penalmente y por ello no puede vincularse como sujeto activo de un delito a un proceso penal, también lo es que lo que se exige del tercero civilmente respon-

sable es su responsabilidad civil por lo cual es vinculable al proceso penal para efectos indemnizatorios. En este caso se acepta que cuando la entidad es una persona jurídica de derecho público, la nación, el departamento, el municipio, o establecimientos públicos, etc., no es posible vincularla al proceso penal por cuanto el juzgamiento de esas instituciones está reservado, en forma exclusiva a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

También puede vincularse como tercero civilmente responsable a la persona natural o jurídica que ha asumido contractualmente la obligación de atender las consecuencias patrimoniales de un hecho, que resultó delictual. Es común el caso de las personas jurídicas aseguradoras que, dentro de su objeto social tienen la función de asumir riesgos indemnizatorios, que expiden pólizas para atender el riesgo de la responsabilidad civil (sea contractual o extracontractual) en los casos de vehículos automotores, en los casos de responsabilidad profesional médica, etc. Esas personas o entidades que contractualmente han adquirido esa obligación bien pueden vincularse al proceso penal como terceros civilmente responsables para que cuando el juez penal declare la responsabilidad penal y civil del procesado pueda imponer total o parcialmente la responsabilidad civil a la compañía aseguradora hasta el monto convenido en la póliza o en el contrato.

1.1 *Manera de vincularlo al proceso penal*

La vinculación del tercero civilmente responsable al proceso penal puede hacerse en diferentes formas:

a) Por el perjudicado con el delito a través de la demanda de parte civil que intente contra el procesado. Es decir que puede incluir tanto al procesado como al tercero civilmente responsable dentro de la misma demanda de parte civil.

En ese caso la providencia que admite la demanda de parte civil y que expresamente vincula al tercero, debe ser notificada personalmente a éste.

b) Por el perjudicado cuando decida demandarlo independientemente es decir en demanda diferente a la de la parte civil. Esta demanda contra el tercero debe satisfacer todos los requisitos formales que se exigen para la demanda de parte civil pero referidos al tercero. El funcionario judicial, al igual que hace con la demanda de parte civil, podrá rechazarla si se demuestra que

se adelanta por la jurisdicción civil reclamación de la misma obligación y contra la misma persona, o cuando se demuestra que se ha pagado la indemnización que se reclama o cuando el perjudicado no demuestra ser el titular del derecho que reclama. Si la demanda no reúne los requisitos formales el funcionario podrá devolverla para que se satisfagan. Si se llenan los requisitos de fondo y de forma deberá aceptarla y notificar al tercero la providencia que lo vincula al proceso penal.

c) Por el procesado, en una especie de llamamiento en garantía, cuando demuestra (con una póliza de seguros, por ejemplo) que el tercero tiene la obligación de asumir la indemnización ya sea por disposición legal o por convención o contrato. En este caso demostrada esa situación, el funcionario debe proferir una resolución (si es un fiscal) o un auto (si es un juez) en el cual ordene la vinculación del tercero y dispone que se le haga la correspondiente notificación personal.

d) Oficiosamente por el funcionario penal (fiscal en la etapa de la instrucción, juez en la etapa de la causa) cuando conoce que el tercero tiene obligación de responder por los daños causados por el procesado ya sea convencional (existencia de la póliza del seguro de responsabilidad) o legalmente (es su padre o es su patrono, etc.). En tal caso debe proferir una providencia interlocutoria por medio de la cual vincula al proceso penal al tercero civilmente responsable y se la notifica. Es exigencia legal el notificarle personalmente la providencia que lo vincula al proceso penal. Este requisito es el que lo convierte en sujeto procesal con los derechos y las obligaciones de los demás especialmente para controvertir las pruebas que lo comprometen civilmente y es también el que le da la competencia al juez penal para poderlo condenar en la sentencia a pagar la indemnización correspondiente. El Art. 155 del C. P. P. es claro a este respecto.

El tercero toma el proceso en el estado en que se encuentra cuando se le notifique su vinculación, pero siempre deberá tener oportunidad de solicitar pruebas que lo liberen de la responsabilidad civil.

Son aplicables al procedimiento penal lo dispuesto por los Arts. 317 (conducción por la policía de quien no obedezca la orden de comparecer al despacho para recibir notificación personal de una providencia) y 318 (emplazamiento) del código de procedimiento civil cuando el tercero no quiere comparecer una vez notificado o cuando el perjudicado desconoce su domicilio

y no aparece en el directorio telefónico. La integración entre los dos procedimientos así lo autoriza.

1.2 *Medidas cautelares en contra de sus bienes*

Si bien es posible jurídicamente embargar y secuestrar los bienes del procesado, sean muebles o inmuebles, cuando en su contra se haya proferido una medida de aseguramiento (ya sea conminación, caución, detención preventiva con libertad provisional o sin libertad provisional, detención domiciliaria o prohibición de salir del país) consideramos que no es posible tomar una medida semejante con los bienes del tercero civilmente responsable por cuanto, como éste no es responsable penalmente no puede proferirse en su contra medida de aseguramiento, que exige según el Art. 388 del C. P. P. por lo menos un indicio grave de responsabilidad penal. La medida de aseguramiento es un requisito indispensable para poder ordenar las medidas cautelares contra los bienes del procesado y no puede dictarse contra el tercero civilmente responsable. Por lo tanto estimamos que no es posible, de acuerdo con la normatividad vigente, ordenar el embargo y secuestro preventivo de los bienes del tercero civilmente responsable sino cuando se intente el cumplimiento de la sentencia donde se le impone esa obligación. En otras palabras no es posible el embargo y secuestro preventivos de los bienes del tercero cuando el proceso penal está en trámite. Sólo después de que se haya ejecutoriado la sentencia que le impone la obligación de atender al monto indemnizatorio se pueden embargar y secuestrar sus bienes.

Las excepciones de *cosa juzgada*, *pleito pendiente* y *prejudicialidad*, relacionadas con el tercero civilmente responsable se dan en las mismas circunstancias que se han estudiado para el procesado, es decir que si fue vinculado al proceso penal ya no puede intentarse la acción resarcitoria por la jurisdicción civil por darse *pleito pendiente*. El Juez penal se abstendrá de vincularlo al proceso penal si se demuestra que ya se pagó la indemnización o que se está reclamando, contra el mismo tercero, por la jurisdicción civil la misma obligación.

Igualmente si el juez penal decidió condenar al procesado a purgar la pena y a pagar la indemnización y al tercero civilmente responsable a pagar la indemnización, esa sentencia hace tránsito a *cosa juzgada* y el procesado o el tercero civilmente responsable no podrán ser vinculados a una nueva reclamación

por la vía civil. Pero si la decisión es absolutoria el tercero civilmente responsable no podrá ser vinculado civilmente si la decisión del juez penal absolvió al procesado por alguna de las causales contempladas en el Art. 57 del C. P. P. (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió —caso en el cual sí se podrá demandar al que verdaderamente lo ejecutó que será distinto al vinculado inicialmente, si tiene obligación de vigilancia y cuidado con él— o cuando aquel actuó en cumplimiento de un deber o en legítima defensa).

Podrá darse la *prejudicialidad* si la reclamación por la jurisdicción civil contra el procesado o contra el tercero civilmente responsable se fundamenta en la comisión de un delito y se califica así en la demanda, por cuanto el único juez que puede determinar como delito una conducta es el juez penal. Por lo tanto en ese caso el juez civil no podrá dictar sentencia mientras el juez penal no decida si realmente la conducta era o no delictiva, dándose así en forma clara la prejudicialidad penal en ese proceso civil. Pero no se da la prejudicialidad ni para el procesado ni para el tercero civilmente responsable si la conducta o el hecho constante del daño no se plantea como delito sino que se analiza como dañoso, calificación que no requiere la decisión previa del juez penal y por lo tanto está abierta la vía civil.

2. *Prevalencia de la obligación indemnizatoria*

El Art. 103^B del Código penal vigente (decreto 180 de 1980) establece: "*Reparación del daño y prevalencia de la obligación.* El hecho punible origina la 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 aun respecto de la multa".

La claridad de la norma elimina cualquier discusión en cuanto a la voluntad del legislador de colocar esa obligación por encima de cualquiera otra que adquiera el procesado a partir de la comisión del delito. Pero hemos venido manejando el concepto de la prelación de obligaciones con fundamento en los arts. 2495 y siguientes del código civil que por parte alguna menciona esa obligación indemnizatoria. Por eso no han faltado quienes consideran que el código penal no puede ni derogar ni modificar el código civil y que por lo tanto esa prelación no puede reconocerse.

Antes de la vigencia del código penal se respetaban los actos de disposición o el establecimiento de gravámenes de parte del procesado en relación con sus bienes, especialmente cuando el adquirente era de buena fe. Sin embargo esa innovación del campo penal se ha complementado con la ley 50 de 1990 que da prelación a las obligaciones laborales para desconocer las prelación contempladas en el código civil. Hoy por hoy la prevalencia de obligaciones se rige por el siguiente orden: 1. Las obligaciones laborales. 2. Las obligaciones indemnizatorias provenientes de la comisión de un delito. 3. Las obligaciones que consagran las disposiciones del código civil.

Por lo tanto, como veremos un poco más adelante cuando comentemos la norma que prohíbe al sindicato disponer de sus bienes, veremos cómo la ley en el enfrentamiento que puede darse entre la obligación indemnizatoria proveniente de un delito y la que surge en relación con el adquirente de buena fe, prefiere la primera y ordena que se respete. Al adquirente de buena fe le quedan las acciones penales o civiles, según el caso, para recuperarse de lo perdido pero en relación con la persona o los bienes de quien lo estafó o engañó al disponer de los que no podía disponer o gravar por estar fuera del comercio.

Todos los actos de disposición que ejecute el procesado después de cometido el delito conllevan objeto ilícito es decir son nulos y no tienen validez jurídica.

3. *Determinación del funcionario penal en relación con los bienes*

Los funcionarios que deben atender a la investigación y al juzgamiento de las conductas clasificadas como delito gozan de facultades que les permiten sacar del comercio bienes que o pertenezcan a personas vinculadas a un proceso penal o cuando se han utilizado para la comisión de un delito o provienen de su ejecución, impidiendo que puedan ser negociados, enajenados o gravados lo que, en muchos casos, lesiona o perjudica a terceros adquirentes de buena o de mala fe.

Estas determinaciones pueden estar relacionadas con:

3.1. *Bienes del procesado*

a) **Embargo y secuestro preventivos**

Mientras en el procedimiento civil para disponerse al embargo y secuestro preventivo debe existir un título ejecutivo (Art. 488 C. P. C.) un documento que preste mérito suficiente (confesión del deudor, sentencia que lo declara responsable o un título valor expedido por él) en el proceso penal el fiscal (en la etapa de la investigación) o el juez (en la etapa del juzgamiento) pueden disponer el embargo y secuestro preventivos de los bienes del procesado cuando contra él se ha dispuesto una medida de aseguramiento (cualquiera de las cinco que se conocen: conminación, caución, detención preventiva —con o sin libertad provisional—, detención domiciliaria o prohibición de salir del país), que sacan los bienes, inmuebles o muebles, del comercio y que invalidan todo acto de disposición que el procesado haga de ellos. El Art. 52 del C. P. P. los establece y los regula.

Esta medida contra los bienes puede adoptarse en cualquier momento del proceso siempre y cuando esté vigente la medida de aseguramiento contra el procesado.

El embargo de inmuebles y secuestro de muebles se regula por disposiciones del procedimiento civil.

Estas medidas se toman a petición del perjudicado, a petición de la parte civil, a petición del Ministerio Público o de oficio por el funcionario judicial (fiscal en la etapa de la investigación o juez en la etapa del juzgamiento) con el fin de garantizar el pago de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el delito.

Se levantan cuando se garantiza el pago de la indemnización con caución suficiente, cuando lo solicita la parte civil, cuando se revoca la medida de aseguramiento o cuando el funcionario desvincula al procesado con una resolución inhibitoria, con un auto de cesación de procedimiento o con una sentencia absolutoria, siempre y cuando se encuentren ejecutoriados. En ese caso los bienes del procesado vuelven al comercio y puede disponer libremente de ellos, enajenándolos o gravándolos.

b) Prohibición de enajenar

Esta medida es diferente a la anterior porque obra automáticamente, es decir la ley saca del comercio los bienes del procesado desde el momento en que se comete el delito, por un período de un año y cuando no se garantice el pago de la indemnización de perjuicios. Si ésta se garantiza en alguna forma que el juez acepta la medida no tiene aplicación.

El Art. 59 del actual C. P. P. ratifica esta figura que venía vigente en el estatuto anterior aunque por un período menor.

Se requiere para su aplicación que se cumplan los siguientes requisitos: a) Se refiere única y exclusivamente a los bienes del procesado. No se incluyen los bienes del tercero civilmente responsable. b) Los bienes que admiten esta limitación son los que exigen registro de los inmuebles, las naves y las aeronaves, los vehículos automotores, los establecimientos de comercio, las acciones nominativas, entre otros. c) El período de un año debe contarse a partir del momento de la comisión del hecho y no como parece indicarlo la norma a partir de la indagatoria o de la declaratoria de persona ausente (momento de la vinculación jurídica). d) No se aplica si se garantiza, en cualquiera otra forma (caución, embargo y secuestro de bienes suficientes, etc.) el pago de la correspondiente indemnización.

Para nosotros el año debe contarse a partir del momento de la comisión del hecho pues al concordar esta disposición con el Art. 103 del C. P. se llega a la conclusión que los bienes del procesado están fuera de comercio desde el momento mismo en que comete el hecho y no desde el momento en que se le vincula con indagatoria o se le declara reo ausente. El admitir esta última fecha daría lugar a una contradicción manifiesta con la intención del legislador que es la de impedir que el procesado pueda disponer inmediatamente después de que comete el delito de sus bienes y dejar burlado al perjudicado por haber dispuesto de su patrimonio, es decir busca evitar la insolvencia fraudulenta.

Cuando la disposición establece que el funcionario debe oficiar al encargado de registrar los títulos correspondientes para evitar las negociaciones se refiere a que cuando se conozca una operación comercial concreta puede interrumpirse. Interpretar en el sentido en que se hace por algunos tratadistas en que la medida no surte efecto mientras no se comunique al registrador es desconocer la

finalidad de la norma y sería confundir esa figura con el embargo y secuestro preventivo de los bienes del procesado. En síntesis sobraría lo dispuesto en el Art. 59 lo que no parece lógico.

3.2. *Bienes con los cuales se cometió el delito o que provienen de su ejecución*

Se trata de medidas que el funcionario judicial adopta en relación con los conocidos como *instrumentos o elementos del delito*, es decir aquellos bienes con los cuales se cometió la infracción o que provienen de su ejecución. En este caso las medidas no tienen nada que ver con la propiedad de los bienes que pueden ser o no ser del procesado. Simplemente con ellos se cometió el delito.

Deben analizarse cuidadosamente tres normas del C. P. P. que se refieren a esa clase de elementos: a) el Art. 60 que autoriza al funcionario a devolver o entregar a la persona que ha sido desposeída del bien y que acredite ser el propietario, poseedor o tenedor del mismo. b) El numeral 4º del Art. 64 que autoriza la entrega o devolución al tercero incidental, es decir a quien no tiene ninguna responsabilidad penal o civil pero sufre un perjuicio o lesionamiento y c) El Art. 388 del C. P. P. que autoriza la entrega en depósito provisional, al tercero civilmente responsable.

Las figuras novedosas son las siguientes:

a) **Comiso**

Figura que venía consagrada en el estatuto procesal anterior al decreto 2700 de 1991, el decreto 0050 de 1987, y que había originado muchas resistencias, inclusive por parte de la H. Corte Suprema de Justicia. Sin embargo el nuevo estatuto la consagró nuevamente en el Art. 338. De acuerdo con esa norma los instrumentos del delito o los bienes que provengan de su ejecución tienen un tratamiento diferente, según se trate de bienes que están en el comercio y de bienes que no lo están. Si se trata de bienes que no están en el comercio y la ley ordena destruirlos (caso de las sustancias prohibidas en su tráfico o comercio como la cocaína, la morfina, el basuco, la marihuana, etc. y las sustancias precursoras) deben destruirse por el funcionario, sin importar

la propiedad de ellos. Pero si esos bienes están fuera del comercio y la ley no ordena su destrucción (como las armas, por ejemplo) el funcionario dispondrá que pasen a la Fiscalía General de la Nación para que disponga su utilización en beneficio de la colectividad.

Esa misma norma establece que si los bienes se encuentran dentro del comercio deben, en principio, garantizar el pago de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el delito. Inclusive en los delitos culposos dispone que los vehículos automotores, luego de ser examinados, serán entregados *provisionalmente* a quien figuraba como propietario, poseedor o tenedor en el momento del accidente. Esto significa que el vehículo está fuera del comercio y por lo tanto el propietario, que puede ser o no el procesado, no puede disponer de él. Podrá utilizarlo, explotarlo pero no venderlo o establecer gravámenes sobre él.

Si al dictarse la sentencia definitiva el juez encuentra responsable al procesado y lo condena no sólo penalmente sino que le impone la obligación indemnizatoria, el vehículo se convierte en una garantía del pago de esa obligación. Por eso si al ejecutoriarse la sentencia el procesado no ha pagado la indemnización o garantizado su pago, el juez ordena el comiso del vehículo y lo remite, junto con la sentencia condenatoria, al Juez civil competente de acuerdo con la cuantía para que efectúe las diligencias de remate, pague al perjudicado la indemnización fijada y entregue el resto al propietario, poseedor o tenedor en el momento del accidente.

Esta medida busca que el vehículo garantice el pago de la indemnización que fije el juez sin importar quién sea su propietario. (Igual sucede en el procedimiento civil, artículo 690 N° 6º, cuando autoriza el embargo y secuestro preventivo de los vehículos con los cuales se comete un accidente de tránsito cuando se presenta una demanda de responsabilidad civil).

Como en la actualidad se permite la vinculación del tercero civilmente responsable al proceso penal resulta recomendable que cuando se aplique la figura del comiso se vincule a quien figure como propietario, poseedor o tenedor del vehículo en el momento del accidente (siempre que no sea el procesado) como tercero civilmente responsable y se le notifique la providencia que lo vincula para que haga valer sus derechos dentro del trámite procesal y pueda el juez penal condenarlo a atender el pago de la correspondiente indemnización.

b) Comiso especial

El artículo 339 del C. P. P. consagró esta figura que venía aplicándose en el procedimiento de orden público y que saca del comercio los bienes vinculados como instrumentos u objetos con los cuales se ha cometido uno de los delitos de competencia de los *jueces regionales* (que reemplazaron a los *jueces de orden público*) o que provengan de su ejecución.

La norma trae una lista de los bienes que salen del comercio desde el momento mismo de la aprehensión, incautación u ocupación, según el bien que sea, así: inmuebles, aviones, avionetas, helicópteros, naves, artefactos navales, marítimos, fluviales, automóviles, maquinaria agrícola, semovientes, equipos de comunicación 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 corresponde a los jueces regionales.

La competencia de estos jueces está establecida por el artículo 71 del C. P. P. y tiene relación directa con la violación de varias normas de la ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) y el decreto 2266 de 1991 que convirtió en legislación permanente muchas de las conductas que el decreto de estado de sitio 180 de 1988, conocido como *Estatuto de defensa de la democracia*, creó como delictivas para combatir el terrorismo, la extorsión y el secuestro.

Los bienes materia de esta medida pueden ser los que estén sometidos a registro y los que no lo estén. Si se trata de los primeros se avisa e informa al correspondiente funcionario de registro para que haga las anotaciones de rigor. En los demás casos los bienes se pueden entregar por la Fiscalía General de la República a instituciones de beneficio común para que los utilice mientras se decide el proceso.

Esos bienes quedan fuera del comercio desde la aprehensión, incautación u ocupación, hasta que se encuentre ejecutoriada la providencia que ordena la entrega o adjudicación definitiva.

Todo derecho de terceros que se constituya a partir del momento de la aprehensión, ocupación o incautación, no es oponible al Estado. Por lo tanto los adquirentes de buena o de mala fe posteriores a ese momento no tienen derechos de ninguna clase

y no pueden hacer valer las negociaciones correspondientes porque cualquier operación, transacción o negociación tiene objeto ilícito por cuanto el bien está fuera del comercio. Quien sea asaltado en su buena fe tiene todas las acciones penales y civiles contra quien dispuso de un bien sin poderlo hacer.

c) Extinción del dominio

El artículo 340 del C. P. P. faculta al juez penal para que, en la sentencia que ponga fin a un proceso, pueda declarar extinguido el derecho de dominio en relación con los bienes adquiridos: a) Mediante enriquecimiento ilícito. b) En perjuicio del patrimonio del tesoro público y c) Con grave deterioro de la moral social. Expresamente la norma contempla que las conductas que atentan contra el estatuto nacional de estupefacientes (ley 30 de 1986) atentan contra la moral social. No importa la clase de bien, ya sea mueble o inmueble, lo que interesa es la procedencia, cómo se adquirió. Si el juez dispone la extinción del dominio y que los bienes pasen al Estado debe determinar que pasen a la Fiscalía General de la Nación. En este caso específico de la extinción del dominio se dejan a salvo los derechos de los adquirentes de buena fe.

La extinción del dominio decretada por el juez penal también se menciona en el artículo 6º del C. P. P. cuando al dictarse sentencia nadie reclama la propiedad de un bien y no se debe destinar a la indemnización de los daños y perjuicios o porque no se dio un daño patrimonial o porque ya se canceló la indemnización. En este caso también se extingue el dominio y el bien pasa a poder del Estado y será administrado por la Fiscalía General de la Nación.

Para algunos varias de estas figuras se acercan o confunden con la confiscación. Pero la misma constitución nacional en su artículo 34 las autoriza. La confiscación está prohibida cuando es una pena que afecta todo el patrimonio de un procesado. Y las figuras comentadas no son penas. Son formas de evitar que actos ilícitos o títulos fraudulentamente adquiridos tengan consecuencias jurídicas.

d) Embargo especial

El artículo 341 del C. P. P. faculta al funcionario penal (fiscal en la etapa de la instrucción o juez en la etapa del juzgamiento)

to) a sacar del comercio los bienes sometidos a registro en los que se haya cometido el delito de falsedad en los títulos correspondientes. También se autoriza esta medida cuando se cometen los delitos de estafa, extorsión u otro que haya tenido por objeto bienes que requieren registro. Los inmuebles, las naves, las aeronaves, los vehículos automotores, los establecimientos de comercio y las acciones nominativas, cuando para su enajenación o establecimiento de gravámenes se utilicen documentos falsos, o cuando para su adquisición se haya engañado al adquirente a través del delito de estafa, o se haya obtenido gracias a la violencia o a la coacción como en la extorsión, pueden ser motivo de esta medida, que como su nombre lo indica es eminentemente preventiva y que sólo se refiere al embargo y no incluye el secuestro. Por eso no opera sino en los casos de bienes que exigen registro.

Este embargo no requiere, como sí lo exige el de los bienes del procesado que consagra el artículo 52 del C. P. P., que se haya dictado una medida de aseguramiento en contra del sindicado. Tampoco tiene una limitación en el tiempo. Debe regir durante el que el funcionario considere necesario para efectos de la investigación.

e) **Cancelación de títulos y registros**

Pero las facultades del juez penal no quedan reducidas o limitadas al aspecto penal de los hechos delictuosos. El artículo 40 del C. P. P. extiende su capacidad jurídica a las *cuestiones extrapenales* que surjan de la actuación penal, lo que significa que para tratar de restablecer el derecho de las víctimas y obtener la indemnización de los daños y perjuicios puede tomar decisiones que se salen de la órbita exclusivamente penal como algunas de carácter civil.

En cumplimiento de esa facultad el artículo 61 del C. P. P. establece: "*cancelación de registros obtenidos fraudulentamente*". En cualquier momento del proceso que aparezca demostrada la tipicidad del hecho punible que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo del asunto ordenará la cancelación de los títulos y el registro correspondiente... También se ordenará la cancelación de la inscripción de títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente".

Dedúcese de lo anterior que el funcionario judicial (fiscal en la etapa de la investigación o juez en la etapa del juzgamiento), una vez que aparezca clara y contundentemente demostrada la tipicidad del hecho delictual que dio pie a la obtención de un título o un registro fraudulento, puede ordenar la cancelación del título (la escritura pública en el caso de los inmuebles, o el documento correspondiente en los otros bienes) y además el del registro que se lleva en la oficina correspondiente, de acuerdo con el bien de que se trate. De registro de instrumentos públicos y privados en el caso de los inmuebles. De tránsito en el caso de los automotores en la oficina donde se lleva el registro automotor. De la Cámara de Comercio cuando se trata de establecimientos de comercio y en las oficinas de control de las acciones cuando éstas son nominativas. En la cancelación de los títulos y de los registros reviven los anteriores y lógicamente se cancelan todos los posteriores que quedan sin ningún fundamento jurídico o legal al desaparecer el fraudulentamente adquirido.

¿Qué sucede con los adquirentes posteriores de buena fe? Para nosotros es indiscutible que tienen todas las acciones penales o civiles que se da contra quien ejecutó la conducta fraudulenta en los títulos y registros. Pero en ningún momento puede hacerlos valer en contra de la determinación del juez penal.

Creemos igualmente que esta decisión hace tránsito a cosa juzgada y no podrá ser modificada por un juez civil u otro funcionario que pretenda desconocerla. Con excepción claro está que se dé una revisión de esa determinación o sentencia por alguna de las causales de revisión contempladas en el procedimiento penal.

El funcionario penal antes de tomar una determinación tan drástica y que puede perjudicar a otras personas debe estar seguro de la actuación delictual e inclusive debe, antes de terminar la investigación, utilizar las facultades del Art. 341 del C. P. P. que lo autorizan para embargar esos bienes mientras termina la investigación. Cumplida ésta, ya convencido de la comisión del delito, debe ordenar la cancelación de títulos y registros preferiblemente en la sentencia, a no ser que se trate de hechos delictuosos evidentes, notorios, como las falsedades materiales burdas, tachaduras, roturas, enmendaduras evidentes, o en los casos manifiestos y notorios de extorsión o estafa cuando debe disponer la medida durante el trámite del proceso, es decir en momentos procesales anteriores a la sentencia.

f) Vigilancia administrativa de bienes

Una de las medidas más audaces es la establecida por la ley 40 de 1993, conocida como *ley antisequestros*, que pretende enfrentar el auge inusitado de ese delito en nuestro medio no sólo con el aumento manifiesto de las penas (elevó a sesenta años de prisión la pena máxima que pueden imponer los jueces penales en Colombia). tipificó conductas penales que no aparecieron en el código penal (relacionadas con el secuestro como el ocultamiento de información, el participar en las diligencias de rescate, la omisión de aviso a las autoridades de personas secuestradas o desaparecidas). Y además la posibilidad de sacar del comercio o inmovilizar el patrimonio del secuestrado, de su cónyuge o compañera, de sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, y de sancionar a los bancos o entidades financieras que faciliten dineros o no den aviso de negocios inusuales de sus clientes que permitan el pago de los rescates.

Pero para los efectos de lo que nos ocupa sólo estudiaremos la figura de la *vigilancia administrativa de las bienes*, que puede disponer la Fiscalía General de la Nación en relación con los del secuestrado o desaparecido y los de sus parientes, socios o amigos.

El Art. 18 de la citada ley 40 de 1993, establece claramente que esta figura saca del comercio los bienes, es decir impide las transacciones, enajenaciones o gravámenes sobre ellos, pero no su uso, su goce o su explotación económica.

Por lo tanto continúan en cabeza de su propietario y pueden ser utilizados, usados o explotados en la forma en que lo venían haciendo antes del secuestro o desaparecimiento.

Esa figura es nueva en la legislación colombiana pues nunca se habían tomado determinaciones que se relacionaran con el patrimonio de la víctima o perjudicado con el delito. Ahora, en aras de evitar que los plagiarios, autores o partícipes obtengan beneficios económicos y se desmotiven de la comisión de esa clase de delitos como fuente de financiación de movimientos políticos o como fuente de enriquecimiento, se toman medidas de protección que pretenden impedir que el secuestrado, sus parientes cercanos, sus socios o sus amigos, puedan obtener el dinero necesario para atender el valor del rescate. Las sumas millonarias que se han exigido por muchas de las personas secuestradas han convertido el delito en una fuente de enriquecimiento y de finan-

ciación de grupos subversivos, que ha despertado la ambición de muchas personas. El Legislativo, ante la presión de parientes de muchas de esas víctimas, implantó unas medidas, para muchos demasiado drásticas y para otros necesarias, para combatir ese flagelo.

La vigilancia administrativa la puede ordenar la Fiscalía General de la Nación cuando tenga noticias ciertas de un secuestro o una desaparición. Una vez dispuesta la vigilancia administrativa se ordenará confeccionar un inventario de todos los bienes del secuestrado o desaparecido, incluyendo los muebles y los inmuebles, depósitos, valores, joyas, vehículos, etc. En igual forma se hará el inventario de los bienes que aparecen a nombre de la cónyuge o compañera permanente, de los hijos, de las sociedades donde alguno de ellos tiene acciones, de los hermanos y de los tíos (hasta el tercer grado de consanguinidad), de los suegros y de los cuñados (hasta el segundo grado de afinidad) y de los adoptantes o adoptados (primer grado civil).

La medida puede extenderse a los bienes de socios, amigos o terceros que en algún momento se sospeche pueden ser utilizados para obtener el dinero del rescate.

La Fiscalía General de la Nación designa un delegado para que mantenga vigilancia sobre esos bienes y éste actuará como un auditor interno. Sin su permiso no podrán hacerse negociaciones de ninguna clase con los bienes.

Lo más delicado de todo es la consagración legal de la *inexistencia* de toda operación, negociación o gravamen que se haga sin la autorización expresa de la fiscalía. Por lo tanto los adquirentes de buena fe quedan totalmente desprotegidos porque, además, la misma ley les niega toda acción o excepción encaminada a obtener el cumplimiento de obligaciones adquiridas cuando los bienes están bajo la vigilancia administrativa.

Esta medida rige durante todo el tiempo que dure el secuestro y además durante el tiempo adicional que la fiscalía considere necesaria para el cumplimiento de los fines propuestos por la ley.

Estas son algunas de las figuras que dentro del proceso penal tienen implicaciones civiles que bien vale la pena analizar para que se conozcan sus consecuencias y se les aplique correctamente y que exigen un cambio de mentalidad en los funcionarios que deben aplicarlas pues no corresponden a los conceptos y criterios tradicionales que se venían manejando en nuestro procedimiento penal.

LIQUIDACION DE LA SENTENCIA **

Marcos Afonso Borges *

1. *Definición de proceso*
2. *Procesos de ejecución; especies*
3. *Ejecución de la sentencia: requisitos del acto decisorio*
4. *Liquidación*
5. *Conclusiones.*

1. *Definición de proceso*

Como ya tuvimos oportunidad de hacerlo notar en otra ocasión ⁽¹⁾, el proceso, teleológicamente hablando, puede ser definido como el conjunto de actos practicados por las partes o interesados, por el juez y por los organismos auxiliares del Despacho, que entrelazados, persiguen la prestación jurisdiccional en litigio, por intermedio de la acción.

1.1 *Tipos de procesos*

Conforme al contenido de esta prestación, el proceso puede ser de conocimiento, de ejecución o cautelar. Será de conocimiento cuando se solicita del Poder Judicial una decisión acerca del

* Profesor titular de derecho procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Goiás. Miembro de la Academia Brasileña de Letras Jurídicas. Abogado.

** Versión del portugués por Orión Alvarez A.

1. Nuestros *Principios de Derecho Procesal*; civil y agrario, pág. 75, Ce-jup, 1991.

derecho material en conflicto; dicese de ejecución en la hipótesis en que se pide, al mencionado poder, la práctica de actos coercitivos, si fuere necesario para obtener el cumplimiento de una obligación contenida en una decisión o en un documento al que la ley le da fuerza ejecutiva; y denominase cautelar cuando el objetivo es conseguir una decisión rápida y provisoria, que garantice la eficacia de un proceso de conocimiento o de ejecución.

2. *Procesos de ejecución*

De lo expuesto arriba se verifica, que en cuanto dice respecto al proceso de ejecución, él puede ser de dos especies. La primera, aquella en que la obligación cuyo cumplimiento se demanda, está albergada en una decisión (sentencia); y la segunda, la que se origina en un instrumento obligacional (documento, al que la ley le da fuerza ejecutiva).

Así, toda ejecución está fundamentada en un título ⁽²⁾, que en la hipótesis inicial se llama judicial y en la otra extra-judicial ⁽³⁾. Aquella se denomina ejecución de la sentencia y ésta proceso de ejecución.

2.1. *Naturaleza jurídica*

Gran parte de los procesalistas modernos entiende la ejecución como un nuevo proceso, cualquiera que sea el título, pues él se

2. Es la consagración del principio romano "nula executio sine titulo".

3. Art. 583. Toda ejecución tiene por base un título ejecutivo judicial o extrajudicial. Art. 584. Son títulos ejecutivos judiciales: I. la sentencia condenatoria proferida en el proceso civil; II. la sentencia penal condenatoria que haya hecho tránsito a cosa juzgada; III. la sentencia homologatoria de transacción, de conciliación, o de laudo arbitral; IV. la sentencia extranjera, homologada por el Supremo Tribunal Federal; V. el certificado de partición. Parágrafo único. Los títulos a que se refiere el numeral anterior tienen fuerza ejecutiva exclusivamente en relación al inventariante a título universal o singular. Art. 585. Son títulos ejecutivos extra-judiciales: I. la letra de cambio, la nota promisoria, la duplicata y el cheque; II. el documento público o particular firmado por el deudor y suscrito por dos testigos, en el que conste la obligación de pagar una cuantía deter-

instaura mediante la proposición de una acción, surgiendo de ahí una nueva relación de derecho formal totalmente independiente (4).

El estatuto procesal civil brasileño vigente, tomando por base las enseñanzas anteriores, las legislaciones europeas y partiendo del principio de que ambas son especies de la ejecución en general, unificó el proceso y el procedimiento de la ejecución fundado en el título judicial y extrajudicial, en el libro II.

A nuestro entender, "permissa venia", examinando la materia fuera del ámbito legal, solamente hay proceso de ejecución (nueva relación jurídica formal) cuando éste se basare en título extrajudicial. Cuando el soporte fuere una decisión (sentencia), la ejecución constituye mera fase complementaria del proceso de conocimiento, porque en realidad la prestación jurisdiccional solamente será efectiva cuando el derecho demandado estuviere totalmente reconocido y restablecido (5). De esta manera, si para el restable-

minada, o de entregar una cosa fungible; III. los contratos de hipoteca, de prenda, de anticresis y de caución, así como el seguro de vida y de accidentes personales del que resulte muerte o incapacidad; IV. crédito derivado de un pago habitual u obligatorio, pensión que paga aquel que tiene el dominio útil de un predio al dueño, alquiler o renta de un inmueble, así como la cuota de sostenimiento de un condominio desde que el contrato conste por escrito; V. el crédito del auxiliar de la justicia, del perito, del intérprete o del traductor, en cuanto a las costas, emolumentos u honorarios aprobados por decisión judicial; VI. la certificación de la deuda activa de la Hacienda Pública de la Unión, Estado, Distrito Federal, Territorio y Municipio correspondiente a los créditos inscritos en forma legal; VII. todos los demás títulos, a los que por disposición expresa la ley les atribuya fuerza ejecutiva. 1. La propuesta de acción anulatoria del débito fiscal no inhiere a la Hacienda para promover la cobranza. 2. No dependen de la homologación por el Supremo Tribunal Federal, para ser ejecutados, los títulos ejecutivos extrajudiciales oriundos de país extranjero. El título, para tener eficacia ejecutiva, ha de satisfacer los requisitos de formación exigidos por la ley del lugar de su celebración e indicar el Brasil como lugar del cumplimiento de la obligación.

4. Vide entre otros: Moacyr Amaral Santos, *Primeras líneas de derecho procesal civil*, volumen 3, página 198, Saraiva, 3ª edición; José Frederico Marques, *Manual de derecho procesal civil*, volumen 4, páginas 1 y siguientes; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de derecho procesal civil*, volumen 2, página 175, Forense 4ª edición; Ernane Fidelis dos Santos, *Manual de derecho procesal civil*, volumen 3, páginas 2 y siguientes, Saraiva, 1ª edición; Lopes da Costa, *Manual elemental de derecho procesal civil*, página 302, Forense, 3ª edición; y José Carlos Barbosa Moreira, *El nuevo proceso civil brasileño*, página 26, Forense, 1984.

5. En este sentido, también Gabriel José de Rezende Filho, *Curso de derecho procesal civil*, volumen 3, página 169, Saraiva, 1960.

cimiento del derecho reconocido y determinado por el acto decisorio es necesario que se constriña al obligado, estos actos no constituyen otra relación jurídica instrumental; ellos serán practicados por las personas que integraron y continúan integrando aquella en que fue postulada la pretensión material.

De esto se deriva obviamente, que solamente habrá proceso de ejecución, cuando la acción se inicia con base en un título cuyo soporte fuere extrajudicial.

3. *Ejecución de la sentencia: requisitos del acto decisorio*

En lo que corresponde a la ejecución judicial, dispone el Código de Proceso Civil brasileño que la sentencia por medio de la cual el juez pone fin al proceso decidiendo o no el mérito ⁽⁶⁾, debe contener las siguientes partes: informe, motivación y dispositivo ⁽⁷⁾. Así, el juez antes de apreciar la petición formulada por el actor debe en el acto decisorio hacer un resumen de las principales ocurrencias verificadas en el proceso; realizando esto, pasa a analizar los hechos contenidos en lo más sobresaliente de los autos, para, aplicándoles a los mismos la norma jurídica, concluir acerca de la procedencia o no de lo que fue solicitado por el sujeto activo.

Si el juzgado entendiere que la pretensión material formulada tiene pertinencia, al materializar su entendimiento podrá especificar cada ítem de lo que fue discutido (forma directa), o simplemente, aludir a la petición declarándola procedente (forma indirecta).

6. Art. 162. Los actos del juez consistirán en sentencias, decisiones interlocutorias y despachos. 1. Sentencia es el acto por el cual el juez pone términos al proceso, decidiendo o no el mérito.

7. Art. 458. Son requisito de sentencia: I. el informe, que contendrá el nombre de las partes, el resumen de la petición y la respuesta del demandado, así como el registro de las principales ocurrencias habidas en el curso del proceso; II. los fundamentos, en los que el juez analizará las cuestiones de hecho y de derecho; III. el dispositivo, en que el juez resolverá las cuestiones que las partes le sometieron.

En cualquiera de las hipótesis anotadas, el acto del director del proceso puede condenar al sujeto pasivo a una obligación, sin especificar o fijar su valor o individualizar su objeto.

4. *Liquidación*

Ocurriendo lo expresado, para que el vencedor pueda obtener la satisfacción de su derecho reconocido por la sentencia, se torna imprescindible, antes de que se tomen las providencias para el cumplimiento de la obligación, hacer su fijación o individualización. Esta actividad del derecho procesal se denomina liquidación de la sentencia ⁽⁸⁾.

4.1 *Naturaleza jurídica*

Como no podrá dejar de ser, no existe en la doctrina acuerdo acerca de la naturaleza jurídica de la liquidación. Algunos procesalistas vislumbran en ella un proceso de conocimiento incidente y preparatorio de la ejecución ⁽⁹⁾; y otros un proceso solamente preparatorio o preliminar ⁽¹⁰⁾.

8. Art. 603. Se procederá a la liquidación, cuando la sentencia no determinare o no individualizare el objeto de la condenación.

9. Entre otros: Pontes de Miranda, *Comentarios al código de proceso civil*, volumen 6, página 129, Forense, la edición; José Federico Marques, *Instituciones de derecho procesal civil*, volumen 5, páginas 408 y 409, Forense, 3ª edición; Vilar de Castro Vilar, *Proceso de ejecución*, página 92, Revista de los Tribunales, 1975; y N. Doreste Baptista, El proceso ejecutivo en el sistema del código de 1973, página 71, Forense, 1975.

10. Entre otros: Gabriel José de Rezende Filho, obra citada, volumen 3, página 195; Jorge Americano, *Comentario al Código de Proceso Civil*, volumen 4, página 186, Saraiva, 1941; Oswaldo Pinto de Amaral, *Comentarios al Código de Proceso Civil*, página 184, Saraiva, 1941; Amilcar de Castro, *Comentarios al Código de Proceso Civil*, página 188, Revista de los Tribunales, 1974; Humberto Theodoro Junior, *Proceso de ejecución*, página 135, leud 1975; Enrico Tulio Liebman, página 93, *Proceso de Ejecución*. Saraiva, 1946; y Alcides de Mendonça Lima, *Comentarios al Código de Proceso Civil*, página 546, Forense, 1967.

Analizando la ley y teniendo en cuenta la intención del legislador, nos afiliamos a esta corriente en nuestros *Comentarios al Código de Proceso Civil*, volumen 3, página 76, Leud, 1976.

En nuestro sentir, “data venia”, la liquidación de la sentencia no es una cosa ni la otra, en realidad constituye una mera fase, anterior a la ejecución del proceso de conocimiento.

4.2 *Especies*

El estatuto procesal patrio disciplina tres especies de liquidación: por cálculo de contador ⁽¹¹⁾, por arbitramento ⁽¹²⁾ y por artículos ⁽¹³⁾, disponiendo también al respecto del procedimiento para cada uno ⁽¹⁴⁾.

4.3 *Procedimiento*

Bajo este aspecto hay puntos que merecen un enfoque especial teniendo en cuenta la discordancia que existe.

Así, es de cuestionar, desde luego, cómo se debe dar principio a la fase de liquidación, o sea, si es necesaria o no la provocación de la parte, y en consecuencia la citación del otro sujeto.

-
11. Art. 604. Se hará la liquidación por cálculo de contador, cuando la condenación abarcare: I. intereses o rendimientos del capital, cuya tasa es establecida en ley o contrato; II. el valor de los géneros que tengan cotización en la bolsa; III. el valor de los títulos de deuda pública, así como de las acciones u obligaciones de sociedad, desde que tengan cotización en la bolsa.
 12. Art. 606. Se hará la liquidación por arbitramento cuando: I. fuere determinado por la sentencia o convención entre las partes; II. lo exigiere la naturaleza del objeto de la liquidación.
 13. Art. 608. Se hará la liquidación por artículos, cuando, para determinar el valor de la condenación, hubiere necesidad de alegar o probar un hecho nuevo.
 14. Respectivamente: Art. 605. Elaborado el cálculo, éste se comunicará a las partes en el plazo de cinco días; el juez, en seguida, decidirá. Art. 607. Requerida la liquidación por arbitramento, el juez nombrará el perito y fijará el plazo para la entrega del laudo. Parágrafo único. Presentado el laudo, sobre el cual podrán manifestarse las partes en el plazo de diez días, el juez proferirá la sentencia o fijará audiencia de instrucción y juzgamiento, si fuere necesario. Art. 609. Se observará en la liquidación por artículos, el procedimiento ordinario, regulado en el Libro I de este Código.

Desde el punto de vista doctrinario y legislativo la casi unanimidad de aquellos que tratan el tema, sustenta que siendo la liquidación un nuevo proceso (incidente o preliminar), su instauración depende de postulación, que en los términos del artículo 57 del Código ⁽¹⁵⁾, puede ser tanto del acreedor como del deudor ⁽¹⁶⁾. En consecuencia, la citación de la parte contraria es obligatoria ⁽¹⁷⁾.

Otros, teniendo en cuenta los dispositivos legales referentes específicamente a la liquidación por cálculo ⁽¹⁸⁾ y por arbitramento ⁽¹⁹⁾ aunque sustentan la necesidad de solicitud, restringen la citación solamente a la hipótesis de la liquidación por artículo ⁽²⁰⁾, una vez que en las anteriores el procedimiento no es el ordinario y la ley no exige la práctica de este acto de comunicación procesal.

Partiendo del principio ya expuesto, de que la liquidación no es un proceso y por eso no se instaura mediante acción, pero

15. Art. 570. El deudor puede requerir al juez para que mande citar al acreedor para recibir en juicio lo que le cabe conforme al título ejecutivo judicial; en este caso, el deudor asume en el proceso, posición idéntica a la del ejecutante.

16. Vide entre otros: Pontes de Miranda, obra citada, volumen 11, página 550; Humberto Theodoro Júnior, *Comentarios al código de proceso civil*, página 246 y 262, Forense, la edición; Alcides de Mendoça Lima, obra citada, páginas 596 y 597; José de Moura Rocha, *Sistemática del nuevo proceso de ejecución*, página 221, Revista de los Tribunales, 1978. Jurisprudencia: Decisiones incluidas en la Revista de los Tribunales, volumen 500, página 157 y volumen 502, página 89.

17. Además de los autores citados en la nota anterior, Antônio Janyr Dall' Agnol Junior, *De la citación en el proceso de liquidación de la sentencia*, incluido en la Revista Brasileña de Derecho Procesal, N° 11, página 41 y siguientes; Amilcar de Castro, *Comentarios al código de proceso civil*, página 122, Revista de los Tribunales, 1ª edición. Analizando la ley y teniendo en cuenta la intención del legislador, nos afiliamos a esta corriente en nuestros *Comentarios al código de proceso civil*, volumen citado, página 82. Jurisprudencia: Decisiones incluidas en la Revista de los Tribunales, volumen 500, página 157 y volumen 502, página 89.

18. Artículo 604. Vide nota 11.

19. Artículo 607, Vide nota 14.

20. Decisión del S. T. F. incluido Theotônio Negrão, *Código de proceso civil y legislación procesal vigente*, nota 3 al art. 611, Malheiros, 1992; y Decisiones incluidas en la Revista de los Tribunales, volumen 488, página 141 y volumen 593, página 201. Conclusión del Simposio de Curitiba realizado del 27 al 30 de octubre de 1975, incluido en la Revista de los Tribunales, volumen 482, página 272.

si es una fase del proceso de conocimiento, “de lege ferenda”, entendemos que en cualquiera de sus especies, el principio se puede dar tanto a requerimiento de las partes como de oficio, pues la relación procesal de conocimiento no se terminó ⁽²¹⁾.

Siendo así, no vemos la necesidad de citación de parte —acto procesal de llamamiento según el Código ⁽²²⁾— pues la relación procesal está en curso, siendo la comunicación a la parte adversa mera intimación de la instauración de la fase de liquidación ⁽²³⁾.

Otro asunto que merece destaque, es el de saber si en la liquidación por cálculo es necesario que él sea elaborado por el contador del proceso, o si el solicitante puede presentarlo.

Según los dictámenes del estatuto vigente ⁽²⁴⁾ la fijación del “quantum” solamente podrá ser hecha por el órgano auxiliar del proceso. Sin embargo, no vemos “permissa venia”, óbice alguno desde el punto de vista eminentemente doctrinario, para que él

21. En este sentido, Eduardo Alberto de Moraes, *La citación en las liquidaciones de sentencia*, incluido en la Revista de los Tribunales, volumen 601, páginas 191 y siguientes. Cándido Rangel Dinamarco incluido en *Ejecución civil*, páginas 301 y siguientes, Revista de los Tribunales, 2ª edición, sustenta lo innecesario de la provocación solamente en las liquidaciones por cálculo y por arbitramento.

22. “Art. 213. La citación es el acto por el cual se llama a juicio al demandado o al interesado, a fin de que se defienda”. Como se ve, el legislador desprecia el principio romano según el cual “omnis definitio in jure civile periculosa est”, y cometió “data venia” un equívoco al establecer el llamamiento del interesado —que integra la relación procesal no contradictoria— para defenderse cuando no existe conflicto (jurisdicción voluntaria). En nuestro sentido, la citación no es un acto de llamamiento, pues el sujeto no está obligado a defenderse, tanto que hay la figura de rebeldía. La defensa es un derecho y no una obligación, cuyo no ejercicio, obviamente trae consecuencias procesales.

23. Vislumbramos la citación como una especie de intimación, diferenciándose de ésta por la característica de ser la primera y de llevar al conocimiento del demandado la presentación entre él en el proceso, de una pretensión material, un pedido. Así, también la notificación también es una especie de intimación, diferenciándose de la citación por el hecho de no ser la primera y de la intimación propiamente dicha —acto de comunicación por el cual se da conocimiento a la parte de la realización o práctica de un acto procesal— por traer en sí una sanción. Técnicamente, el testigo debería ser notificado y no intimado, pues su no atendimiento a la convocatoria judicial puede acarrearle consecuencias, como por ejemplo, ser conducido coercitivamente.

24. Artículo 604. Vide nota 11

pueda ser elaborado por el que solicita la liquidación, desde que sobre el mismo sea oída la parte contraria. Solamente sería elaborada por el contador en la hipótesis de que la liquidación se inicie por acto "ex officio" del director del proceso.

En lo que toca al rito procesal, con relación a la liquidación por cálculo, determina el estatuto vigente que una vez presentado éste por el auxiliar del proceso, las partes deberán manifestarse sobre el mismo, decidiendo el juez en seguida ⁽²⁵⁾. Ya en la liquidación por arbitramento el juzgador deberá nombrar perito para elaborar el cálculo, decidiendo después oír a las partes, con o sin la realización de audiencia ⁽²⁶⁾. Por último, la liquidación por artículos deberá obedecer al procedimiento ordinario ⁽²⁷⁾.

Creemos que lo ideal sería establecer una sola vía y rápida para concluir este trabajo de fijación del "quantum debeatur", cualquiera que fuese la especie de liquidación, con plazos rígidos, no solamente para las partes, sino también para el juez y sus auxiliares, realizándose la audiencia únicamente en los casos de necesidad, para en ella recoger elementos de convicción ⁽²⁸⁾.

Por otro lado, nos parece que sería una buena propuesta, que la adopción de la especie de liquidación quedase al arbitrio del juzgador, oídas evidentemente las partes contendoras.

Aunque el estatuto procesal vigente establezca que contra el acto decisorio que determina el "quantum", cabe el recurso de apelación ⁽²⁹⁾, si aceptamos la naturaleza de la liquidación como mera fase, el remedio debería ser el recurso de reposición, en virtud de que no ha terminado el proceso ⁽³⁰⁾.

25. Artículo 605. Vide nota 14.

26. Artículo 607. Vide nota 14.

27. Artículo 609. Vide nota 14.

28. El procedimiento podría ser éste, salvo mejor opinión. Instaurada la fase de liquidación se oíría a las partes (si de oficio) y a la parte contraria si media petición, en cinco días. Habiendo concordancia el juez decidirá en cinco días. Caso contrario, y habiendo necesidad de recoger elementos de convicción, designaría el magistrado fecha para la realización de la audiencia, juzgando en ella la liquidación.

29. Art. 520. La apelación será recibida en su efecto devolutivo o suspensivo. Será, sin embargo, recibida sólo en el efecto devolutivo cuando interpuesta de sentencia que: III. juzgare la liquidación de la sentencia.

30. Art. 522. Salvo lo dispuesto en los artículos 504 y 513, de las decisiones proferidas en el proceso cabrá el recurso de reposición. El artículo 504 establece que de las decisiones de trámite, que sólo tienen por fin impulsar el proceso, no cabe recurso; y el artículo 513 reza que de la sentencia cabe apelación.

5. Conclusiones

Salvo mejor opinión, podemos concluir desde un punto de vista eminentemente doctrinario y de "lege ferenda", que:

- a) Tanto la ejecución con base en título judicial (ejecución de sentencia) cuanto la liquidación son fases del proceso de conocimiento;
- b) Solamente hay proceso de ejecución, instaurado por vía de la acción, cuando se base en título extrajudicial;
- c) La fase de liquidación, cualquiera que sea su especie, puede ser instaurada de oficio o a requerimiento de las partes;
- d) En el rito de fijación del "quantum debeatur", no se debe hablar de citación; debiendo las partes ser intimadas;
- e) Puede el postulante, en cuanto la hipótesis fuere de cálculo, presentarla con la petición provocatoria;
- f) Se debe establecer para la liquidación, cualquiera que sea la especie, un procedimiento único, rápido y de plazos fatales; y
- g) El acto del director del proceso que juzga la liquidación debe estar sujeto al recurso de reposición, por ser una decisión interlocutoria proferida en una de las fases del proceso de conocimiento.

DE LA DECLARACION DE PARTE

Alfonso García S. *

1. Definición 2. Confesión judicial 3. Confesión Extrajudicial 4. Requisitos de la confesión para que genere efectos jurídicos 5. Formalidades inherentes a la reconstrucción, o prueba de una confesión preexistente 6. Confesión del liticonsorte 7. Confesión del representante 8. Declaraciones e informes de representantes de la nación y otras entidades públicas 9. Indivisibilidad de la confesión y divisibilidad de la confesión de parte 10. Confesión de pago. Debía pero pagué 11. Divisibilidad de la declaración de parte 12. Infirmitad de la confesión.

Este medio de prueba aparece consagrado en nuestro Código de Procedimiento Civil en el Libro 2º, Sección Tercera, Título XIII, Capítulo II, en dos numerales, a saber: 1. Confesión; y 2. Interrogatorio de las partes.

El artículo 194, que contempla la llamada confesión judicial, preceptúa:

“Confesión judicial es la que se hace a un juez, en ejercicio de sus funciones; las demás son extrajudiciales. La confesión judicial puede ser provocada o espontánea. Es provocada la que se hace en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con las formalidades establecidas en la ley, y espontánea la que se hace en la demanda o en cualquier otro acto del proceso sin previo interrogatorio”.

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

Importa pues, para los fines relacionados con el estudio del medio de prueba denominado por nuestro estatuto procedimental civil "Declaración de Parte", analizar, en primer término, el alcance y significado de la confesión.

En este orden de ideas, digamos que dada la connotación prevalentemente civilista de estos apuntes, nos abstendremos de realizar comentarios doctrinales sobre el alcance de tan importante medio probatorio en materia criminal, donde, por obvias razones, adquiere gran relieve, y nos limitaremos a destacar el papel que le corresponde, junto con los otros medios probatorios, como instrumento idóneo para demostrar las obligaciones que resultan del tráfico entre los hombres, cuando del mismo no se deja —por cualquier motivo— documento escrito que recoja la auténtica voluntad de los contratantes, o se pretende demostrar hechos con consecuencias jurídicas en los cuales no interviene dicho acuerdo de voluntades, y siempre y cuando la ley no exija una prueba diferente para la demostración del hecho respectivo.

1. *Definición*

Podemos definir la confesión como la aceptación expresa o tácita, por parte de persona capaz, del hecho por el que se le interroga, para cuya demostración no exija la ley otro medio de prueba, con consecuencias jurídicas en contra de quien lo acepta.

Y no obsta, para los fines atinentes a la definición, que el hecho se acepte directamente, sino que se narre por el absolvente, aunque no haga parte del cuestionario formulado por la contraparte, si tiene incidencia en el tema fundamental del interrogatorio, pues dicha narración constituye una aceptación expresa, en sentido procesal, del hecho por el cual se interroga.

2. *Confesión judicial*

Expresa el artículo 194, ya transcrito, que confesión judicial es la que hace ante un juez en ejercicio de sus funciones, y que las demás son extrajudiciales.

Significa lo anterior, que el juez ante el cual se rinde la confesión, deberá estar investido de jurisdicción y competencia para recepcionar el respectivo interrogatorio, sea que éste se formule dentro de un proceso, o como prueba anticipada, pues consideramos que el funcionario judicial sólo puede ejercer sus atribuciones en armonía con las normas procesales que regulan la competencia. En razón de este breve argumento discrepamos, con toda cortesía, del tratadista Jairo Parra Q., para quien es judicial la confesión, aún rendida ante funcionario incompetente.

La competencia, como función específica y concreta, es la facultad que tiene un juez para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado asunto, la jurisdicción que corresponde a la República.

Pues bien, para la determinación de la competencia judicial, nuestro Código de Procedimiento Civil contempla los factores que a continuación se expresan: la calidad de las partes, la materia y el valor, y el territorio.

De manera que si en un proceso de carácter civil se consigna un interrogatorio que luego es absuelto por la parte demandada, y dicho proceso se anula posteriormente debido a falta de competencia del juez, proveniente de cualquiera de los factores ya indicados, (artículo 140, numeral 2, Código de Procedimiento Civil) posteriormente no podrá afirmarse que la confesión rendida por alguna de las partes en dicho proceso tiene el carácter de judicial.

Empero, si se trata de un interrogatorio de parte con destino a un proceso que vaya a tramitarse ante un juez de cualquier jurisdicción, será competente para su recepción, tanto el juez civil del circuito como el municipal, del domicilio o la residencia de la persona que deba absolver el interrogatorio, (artículo 18 numeral 1, en armonía con el artículo 23, numeral 20, Código de Procedimiento Civil) de donde se infiere que la confesión así rendida será judicial y gozará de las ventajas que la ley le asigna a este tipo de probanza.

Debemos advertir que si se trata de un interrogatorio de parte en forma anticipada que se lleva ante un juez agrario o de familia para su trámite, y el asunto sobre el cual es de carácter civil, comercial o laboral, la confesión que en él se rinda no tendrá el carácter de "judicial", pues los jueces de tales jurisdicciones no tienen competencia para recepcionar interrogatorios de parte

en forma anticipada, con destino a procesos de naturaleza civil, comercial o laboral.

2.1 *Confesión provocada*

Como lo expresa el artículo en comento, la confesión provocada es la que se hace en virtud de interrogatorio de parte, sea que éste se formule en forma anticipada por la presunta contraparte, o que lo haga el juez dentro del proceso, aspecto del cual trataremos al comentar el interrogatorio de las partes.

2.2 *Confesión espontánea. Comentario sobre el artículo 197.*

Si el demandado, al dar respuesta a la demanda, acepta el hecho consignado en el libelo por la parte actora, nos hallamos frente a una confesión espontánea.

Y a este tipo de confesión se refiere el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil cuando establece, con respecto a la confesión por apoderado judicial:

“La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se presume para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones y la audiencia de que trata el artículo 101”.

Existe, v. gr. una confesión espontánea en el hecho pertinente de la demanda mediante la cual el apoderado del actor que pretende la reivindicación de un bien raíz afirma que lo entregó al demandado a título de comodato.

3. *Confesión extrajudicial*

La confesión que se rinda en cualquier otra oportunidad, bien sea —como acaba de anotarse— ante juez incompetente, en carta, comunicación o cualquier otro acto o documento que no esté destinado a servir como medio de prueba, es extrajudicial.

Por consiguiente, la confesión que no proceda de interrogatorio de parte rendido directamente ante juez competente, tendrá forzosamente que reproducirse de nuevo, lo que se hará con la

repetición del interrogatorio a la manera de la ratificación de los testimonios rendidos por fuera del proceso, vale decir, realizando de nuevo íntegramente el interrogatorio, con los riesgos inherentes a la repetición de la diligencia; o pidiendo el reconocimiento del documento de que se trate, bien sea expreso o tácito, por la parte en contra de la cual se aduce.

Así mismo, el mandatario judicial del demandado, dentro de cualquier tipo de proceso compulsivo orientado a exigir el pago de una obligación, se entiende facultado para admitir la existencia de la deuda exigida en juicio, y, correlativamente, para proponer la excepción de pago, sea éste total o parcial de la misma.

En cuanto a la facultad para confesar de manera espontánea, que se presume en el apoderado para los efectos de la diligencia del artículo 101, veamos lo siguiente:

La prementada disposición, que hace parte de la reforma introducida al Código de Procedimiento Civil por medio del Decreto distinguido con el número 2282 de 1989, establece:

“PARAGRAFO 6º: Fijación de hechos, pretensiones y excepciones de mérito: A continuación, el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en que estén de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales declarará probados mediante auto en que, además, señalará las pruebas pedidas que desecha por versar sobre los mismos hechos”.

Lo anotado significa que si durante la audiencia a que se refiere la norma cuyo párrafo sexto se deja transcrito, en un proceso reivindicatorio que versa sobre bien inmueble, el apoderado del demandado admite ante el juez del conocimiento que los linderos determinados en el libelo de demanda coinciden con los del inmueble que posee su poderdante; y que, además, éste ocupa el bien raíz materia del litigio con ánimo de señor y dueño, dicha manifestación constituye una confesión espontánea que faculta al juez para prescindir de las probanzas pedidas por el actor, orientadas a la comprobación de tales extremos, y así lo deberá hacer constar en la providencia respectiva, pues ambos extremos son susceptibles de demostrarse mediante la confesión.

De igual modo, constituiría una confesión espontánea la admisión, por una cualquiera de las partes, de ser cierto el hecho

por el cual la otra interroga, dentro de una diligencia de careo decretada oficiosamente por el juez que conoce del proceso, siempre y cuando la ley no exija para su demostración otro medio de prueba.

4. *Requisitos de la confesión para que genere efectos jurídicos*

De conformidad con el artículo 135 del Código de Procedimiento Civil, para que la confesión tenga validez se requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias judiciales adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.

4. Que sea expresa, consciente y libre.

5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento.

6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

Veamos, en forma sucinta, cada uno de los elementos estructurales de la confesión, para que de ella surja la obligación correlativa:

En cuanto a la capacidad, es éste el primer requisito que señala el artículo 1502 del Código Civil, para que una persona se obligue frente a otra, por un acto o declaración de voluntad.

Por tanto, son dos clases de capacidad las que establece la ley, en orden a otorgarle validez a la confesión, a saber:

a) La natural, que caracteriza a la persona provista de mente sana, lo que nos indica que no será válida la confesión hecha por un enajenado mental, ni la de un interdicto mientras se halle privado de administrar sus bienes; y

b) La referente a la edad señalada por la ley para que una persona tenga la libre administración y disposición de sus bienes, que en Colombia se alcanza actualmente a los dieciocho años.

Y como allí donde la ley no distingue, no le es permitido distinguir al intérprete, estimamos que tanto al incapaz absoluto, como al relativo, les está vedado confesar válidamente.

Empero, el menor de edad, habilitado para ejercer el comercio, podría válidamente confesar obligaciones anexas al giro de negocios para el cual ha sido habilitado (artículo 12, inciso 2º, Código de Comercio).

De igual modo, al curador para la litis le está prohibido “disponer del derecho en litigio”, (artículo 46, Código de Procedimiento Civil, lo que armoniza con el principio defensivo de los intereses de su pupilo, que se le encomiendan dentro del proceso, pero que el legislador quiso prever en forma expresa, para precaver actos de inmoralidad, de ostensible mala fe.

En cuanto al poder dispositivo que deba tener quien confiesa, sobre el derecho que resulte de lo confesado, digamos, a título de ejemplo, que A no podría confesar válidamente que es hijo de B y de C; o que está casado con Y, pues la ley regula mediante normas de carácter imperativo, la forma de demostrar los estados civiles respectivos, y las normas de este linaje no son de libre disposición por los destinatarios de las mismas.

Sobre el segundo requisito que contempla la norma para la validez de la confesión, digamos lo siguiente:

El hecho confesado debe ser, en esencia, perjudicial por el aspecto jurídico para el confesante; o del mismo debe resultar favorecida la parte contraria, pues ante la ausencia de tal requisito no puede hablarse propiamente de confesión.

Un ejemplo ilustra mejor el aserto anterior:

Dentro de un proceso de tenencia originado en un contrato consensual de comodato, el comodante, que es padre del demandado, afirma que entregó a su hijo un apartamento para que lo habitara, con motivo de su matrimonio.

Al dar respuesta a la demanda, el demandado afirma que, efectivamente, su padre le hizo donación del mencionado apartamento, por la razón ya expresada.

El juez del conocimiento no podrá tener como confesión la afirmación respectiva, porque de allí no se sigue ninguna consecuencia adversa para el confesante.

El tercer requisito para la validez de la confesión establece que ésta debe recaer sobre hechos para los cuales la ley no exija otro medio de prueba.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 202 del Código Civil, en el proceso de separación de bienes “por el mal estado de los negocios del marido, la confesión de éste no hace prueba”.

Y también se restringe la eficacia de la confesión en cuanto a la propiedad de los bienes con motivo de la liquidación de la sociedad conyugal, al tenor del inciso 2º del artículo 1795 del mismo estatuto.

Por último, el artículo 2505 *ibidem* previene que “la confesión del padre, de la madre, del tutor o del curador fallidos, no hará prueba por sí sola contra los acreedores”.

Téngase en cuenta, además, que en otros eventos la confesión queda descartada como medio de prueba para la demostración de ciertos actos jurídicos, porque la ley exige, imperativamente, un medio de prueba solemne para la comprobación de los mismos.

Por otra parte, la norma que comentamos estatuye que la confesión debe ser “expresa, consciente y libre”.

Que la confesión sea expresa, significa que de la manifestación oral hecha por el absolvente surja con claridad la intención de confesar el hecho por el que se le pregunta.

La voluntariedad de la confesión significa que debe ser consciente, vale decir, reflexiva. Pues si una persona no se da cuenta de lo que dice, porque se halla bajo la influencia del alcohol, o de cualquier sustancia alucinógena, o de otro modo ha desaparecido o tiene trastornada su conciencia, no se puede apreciar en lo que admite una confesión de naturaleza suficiente para producir frente a ella consecuencias desfavorables.

La libertad que debe caracterizar a la confesión como requisito *sine qua non* de su validez, nos pone de presente que aquélla, como acto o declaración de conocimiento que es, debe estar exenta de los vicios que pueden afectar el consentimiento, a saber: error, violencia y dolo.

Si la confesión adolece de uno de tales vicios, si a uno de ellos se debe el que la persona haya confesado, es lógico que ésta goce del privilegio de poderla desvirtuar posteriormente, para liberarse así de sus consecuencias, suministrando la prueba idónea del vicio que la acompañó.

Resulta apenas natural que la confesión, por ser una declaración de parte, recaiga sobre hechos personales del absolvente, o de los cuales tenga conocimiento.

De los hechos personales se excluyen aquéllos que versen sobre asunto "criminal, correccional o de policía", que en forma expresa exoneraba de la obligación de declarar el artículo 25 de la Carta abolida, y que el artículo 33 de la Constitución expedida en 1991 dejó de lado inexplicablemente, dando lugar a interpretar que nadie está obligado a confesar ni aun con respecto de asuntos civiles, laborales, comerciales, agrarios o de familia, relacionados con su propia persona, o sobre los que posea información.

Por nuestra parte consideramos que la duda está superada, porque el artículo 33 de la Constitución que nos rige se encuentra dentro de los llamados "derechos fundamentales", y los asuntos de carácter judicial que surgen de la administración y el tráfico del patrimonio económico de las personas, no pertenecen a la categoría de los derechos que el Título XI de la actual Carta tutelar.

El sexto requisito que contempla el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, para que la confesión produzca efectos jurídicos, consiste en que ésta se halle debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

Ya hemos visto que la confesión hecha ante juez incompetente, o en carta, conversación o cualquier otro acto o documento que no se halle destinado a servir como medio de prueba, es extrajudicial.

Luego, como la confesión no se produjo ante el juez que conoce del proceso en el cual se aduce como prueba, aquél para valorarla deberá tener en cuenta los dos importantes factores que a continuación se anotan:

a) Analizar los medios de prueba que se invocan para acreditar que la parte expresó en forma clara y categórica el hecho que le puede producir consecuencias jurídicas desfavorables, o favorecer a su contraparte; y

b) Una vez agotado este primer análisis, es decir, cuando el juzgador se encuentre convencido en torno a la preexistencia de dicha prueba, debe arribar a la convicción de que reúne a cabalidad los requisitos que contempla el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, para la validez de la confesión.

Se trata entonces, de demostrar fehacientemente la existencia previa de la prueba, o de trasladar la prueba.

Para estudiar los aspectos referidos, orientados a “probar una prueba”, el asunto a su vez debe subdividirse en los aspectos siguientes: Formalidades inherentes a la reconstrucción o prueba de una confesión ya producida; y el valor probatorio de la prueba reconstruida o trasladada.

5. *Formalidades inherentes a la reconstrucción, o prueba de una confesión preexistente*

En primer término, si la confesión obra en un interrogatorio de parte que se produjo ante juez incompetente, deberá repetirse íntegramente dicho cuestionario.

En este caso, el juez del conocimiento deberá analizar cuidadosamente las respuestas, y, si observa contradicción frente a las respuestas que contiene el anterior interrogatorio, las cotejará con los demás medios probatorios incorporados al proceso, para deducir, con crítica racional, cuáles de los hechos confesados le producen certeza acerca de la misma confesión extrajudicial.

En segundo lugar, si la confesión consta en carta que milita en otro proceso, se pedirá el desglose de la misma, para que la parte en contra de la cual se pretende hacer valer la reconozca, sea en forma expresa o tácita.

Por otra parte, si la confesión se apoya en el testimonio de terceros, rendido dentro de otro proceso, se debe pedir al juez del conocimiento que solicite copia auténtica de tales testimonios, al juez ante el cual fueron rendidos, con el requisito complementario de la ratificación, si las partes no son las mismas que actuaron en el proceso anterior.

Finalmente, si la confesión se hizo directamente dentro de otro proceso por el obligado, bastará solicitar el desglose del documento que contenga la diligencia respectiva.

5.1 *Valor probatorio de la prueba reconstruida o trasladada*

Una vez reconstruida la prueba que se trajo de fuera del proceso dentro del cual se pretende hacer valer, para que adquiera el valor de prueba suficiente, el juez deberá estudiar cuidadosamente las circunstancias que rodearon su producción, la naturaleza de la misma, y, además, dejará constancia escrita en el cuerpo de la providencia del mérito que le asigne, tal como lo establece el inciso segundo del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre el particular, nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho acertadamente:

“Así, pues, cuando de confesión extrajudicial se trata, el juzgador deberá estudiar cuidadosamente las circunstancias en que ésta se hizo, si en realidad tuvo lugar, y apreciar en conjunto todos los indicios y demás elementos que obran en el proceso, para deducir si en efecto el presunto confesante manifestó expresamente el hecho que se pretende demostrar con esta clase de confesión, y si lo hizo en forma consciente y libre”.

6. *Confesión del litisconsorte*

El artículo 196 del Código de Procedimiento Civil preceptúa:

“La confesión que no provenga de todos los litisconsortes necesarios tendrá el valor de testimonio de tercero; igual valor tendrá la que haga un litisconsorte facultativo, respecto de los demás”.

La hipótesis más frecuente nos presenta el proceso judicial caracterizado por la intervención de dos sujetos o partes singulares, a saber: un demandante y un demandado.

Empero, sin que el mencionado principio se quebrante, en ambos polos de la relación jurídico procesal formal pueden aparecer sujetos múltiples, vale decir, una parte con pluralidad de personas, bien sea con el carácter de demandantes, o con la nominación de demandados.

En este evento se habla de litisconsorcio o proceso litisconsorcial, que puede ser necesario o facultativo.

Es necesario el litisconsorcio cuando la solución definitiva o sentencia que ponga término al proceso tenga que ser uniforme, bien para todos los demandantes, ora para todos los demandados.

Ejemplos de este primer tipo serían, entre otros, los siguientes:

a) La demanda de filiación extramatrimonial dirigida en contra de los herederos del causante, a quien se señala como el presunto padre extramatrimonial del actor;

b) La demanda por medio de la cual se impetra la nulidad de un testamento, la cual debe hacerse con citación de todos los herederos y legatarios del causante; y

c) La demanda mediante la cual se pide la división material o por venta de la cosa común, que se debe dirigir en contra de todos los demás comuneros (artículo 467 del Código de Procedimiento Civil).

El litisconsorcio voluntario o facultativo encuentra su forma de ocurrencia práctica más frecuente, cuando dos o más personas que han sido lesionadas en el mismo accidente de tránsito, resuelven acumular sus pretensiones en una demanda única, dirigida en contra del autor del daño.

En casos como el que se ha tomado de ejemplo, la sentencia, que formalmente es una sola, puede culminar con decisiones diferentes para cada uno de los demandantes, sin que por ello se quebrante el principio del acto material único que la caracteriza frente a todas y cada una de las partes que intervienen en el proceso.

Hecho el proemio que consideramos pertinente al artículo en comento, expresamos lo siguiente sobre el mismo:

Si la confesión se produce por la totalidad de los liticonsortes necesarios dentro de un proceso, y reúne los requisitos de validez que para dicho medio probatorio estatuye el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, el funcionario judicial deberá aceptarla como tal, con las consecuencias que de aquella se deriven.

En cambio, si la confesión es suministrada por uno solo, o por algunos de los liticonsortes necesarios, el juzgador deberá apreciarla como testimonio.

Lo anotado significa que para su apreciación no se regirá el funcionario por las pautas que regulan el medio probatorio de

la confesión, sino que deberá tener en cuenta la normatividad aplicable al testimonio, sin que lo anotado signifique, por otra parte, que dicha versión constituya un testimonio de tercero.

El aserto anterior encuentra soporte lógico en la siguiente observación: si el liticonsorte necesario incluye narraciones o aceptaciones de hechos que le perjudican, o benefician a la contraparte, su versión deberá escindirse para apreciar como confesión los hechos que le perjudican, en aplicación del principio universal de derecho según el cual la confesión sólo puede perjudicar a quien la hace; y como testimonio de terceros frente a los demás, pues no proviene de la totalidad de las personas que integran la respectiva parte.

Queda un interrogante por dilucidar: ¿La confesión, para que pueda ser apreciada como testimonio de tercero; en el evento de que no provenga de todos los liticonsortes necesarios, será la provocada, o también la que se hace en forma espontánea?

No nos queda la menor duda de que se le debe dar igual trato por el juez en su evaluación tanto a la una como a la otra, pues cualquier especulación con respecto de las circunstancias en que se hubiere rendido la versión queda por fuera de lugar, por la potísima razón de que allí donde la ley no distingue, no le es dable distinguir al intérprete, en armonía con sabio apotegma jurídico.

7. *Confesión por representante*

El artículo 198 del Código de Procedimiento Civil es del siguiente tenor:

“Vale la confesión del representante legal, el gerente, el administrador, o cualquiera otro mandatario de una persona, mientras esté en ejercicio de sus funciones, en lo relativo a actos y contratos comprendidos dentro de sus facultades para obligar al representado o mandante.

La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación”.

El representante legal de una persona jurídica de derecho privado está facultado para confesar, sea en forma espontánea o

provocada, mientras se desempeñe como tal, con respecto a cualquier actuación que se halle dentro de la órbita de las facultades que los estatutos le señalen para comprometer a la persona jurídica en nombre de la cual obra.

Por consiguiente, como el órgano de expresión de la persona jurídica es su representante legal, se infiere que de los actos o contratos que realiza la entidad, es su representante quien "tiene conocimiento" de los mismos, sea que los ejecute directamente, o mediante persona delgada para ello.

En virtud de dicho conocimiento, ha establecido el legislador procesal la validez de la confesión que haga cualquier representante legal, gerente o administrador, con la condición de que aquélla recaiga sobre actos y contratos para los cuales haya recibido autorización expresa el representante.

La postura legal anterior es lógica, porque si el representante o apoderado del ente jurídico ha sobrepasado en su actuación los límites del mandato que se le ha conferido, sólo él será responsable ante terceros de buena fe.

En efecto, el artículo 841 del Código de Comercio establece:

"El que contrata a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste, será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa".

Lo que se ha venido afirmando con respecto de los representantes o apoderados de las personas jurídicas, es válido también frente al mandatario o apoderado de una persona natural, bien sea que aquél obre en virtud de mandato representativo o no.

En el segundo inciso del artículo en estudio, se expresa que la confesión del representante puede extenderse a hechos o actos anteriores a su representación.

De los hechos o actuaciones de las personas jurídicas, a las que obviamente se refiere el inciso en cita, queda constancia en los respectivos libros de actas, bien sea que éstas correspondan a la Asamblea General, o a la Junta Directiva o de Socios de la persona jurídica.

En consecuencia, si el representante de una de tales entidades es llamado a declarar como parte, y conoce el contenido de lo

que el acta refiere, (anterior a su gestión) y que hace parte del interrogatorio, sea éste anticipado o dentro de un proceso, se encuentra en el deber de manifestar ante el juez lo que le conste al respecto. Es cuestión de simple buena fe.

8. *Declaraciones e informes de representantes de la nación y otras entidades públicas*

Sobre el particular, el artículo 199 de nuestro Código de Procedimiento Civil preceptúa:

“No vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la Nación, los Departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos.

“Tampoco podrá provocarse confesión mediante interrogatorio de dichos representantes, ni de las personas que lleven la representación administrativa de tales entidades.

“Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe bajo juramento, sobre los actos debatidos que a ella conciernan. El Juez ordenará rendir el informe dentro del término que señale, con la advertencia de que si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales”.

Los representantes judiciales de la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos, serán los apoderados que designen los respectivos representantes administrativos, con el fin de que asuman la personería de la entidad de derecho público, dentro del proceso que inicien, o que en contra de las mismas entidades se instaure.

Expresa la disposición en comento —incisos 1º y 2º— que carecerá de todo valor la confesión, tanto espontánea como provocada, que a nombre de tales entidades de derecho público haga el representante judicial que actúe a nombre de aquéllas; y tampoco tendrá validez la confesión, sea espontánea o provocada, que a nombre de las mismas rinda su respectivo representante administrativo.

Sabia y cautelosa disposición la que prevé esta norma, pues bien sabemos la forma irresponsable, y a veces ostensiblemente amoral, con que se dispone de los fondos que administran los entes de derecho público, que no vienen a ser cosa distinta al patrimonio de la comunidad.

Cabe aquí, entonces, hacer una importante precisión al respecto:

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 16 estatuye:

“Competencia de los jueces de circuito en primera instancia. Sin perjuicio de la competencia que se asigne a los jueces de familia, los jueces de circuito conocen en primera instancia de los siguientes procesos:

“1. Los contenciosos de mayor y menor cuantía en que sea parte la nación, un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial y comercial de alguna de las anteriores entidades, o una sociedad de economía mixta, salvo los que correspondan a la justicia contencioso-administrativa”.

Por consiguiente, en un proceso de los que contempla la norma que se deja parcialmente transcrita, si la parte demandada la constituye una de las entidades de derecho público mencionadas, amén de que no puede convenir o aceptar el mandatario judicial respectivo ninguno de los hechos relacionados en la demanda, tampoco se podrá presumir en nombre de dicho representante judicial la facultad para confesar a que se contrae el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil; ni tendrá aquél, ni el representante administrativo de la entidad, ninguna de las facultades que la misma norma establece para los litigantes particulares, si el proceso sobre el cual versa la litis fuere de aquellos en los que tiene lugar la innovadora audiencia contemplada por el artículo 101 de la citada obra.

Establece la disposición referida que no obstante las limitaciones expresadas, el juez podrá solicitar a los representantes administrativos de tales entidades de derecho público, informes sobre hechos relacionados con el proceso, y que atañen a las mismas, señalándoles un término perentorio para ello, e imponiendo sanción pecuniria al funcionario moroso en rendir dichos informes, o que lo haga en forma reticente.

Consideramos que los prementados informes, junto con los que pueden rendir las entidades y dependencias oficiales, en ar-

monía con el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, y los que de acuerdo con el artículo 278 *ibidem* se autoriza rendir a los bancos e instituciones de crédito que se encuentren establecidos en el país, podrían configurar un medio probatorio autónomo, cuya denominación fuera precisamente esa: *Informes*.

9. *Indivisibilidad de la confesión y divisibilidad de la declaración de parte*

El artículo 200 del Código de Procedimiento Civil impera lo siguiente:

“La confesión deberá aceptarse con todas las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe.

“Cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquéllos se apreciarán separadamente”.

El principio de la indivisibilidad de la confesión, aparentemente sencillo en teoría, presenta en la práctica judicial ribetes difíciles de escudriñar.

Se puede enunciar de la manera siguiente: La confesión judicial constituye un todo que se debe aceptar de manera indivisible; de modo que si no existe en contra del confesante otra prueba distinta a su propia declaración, no es dable aceptarla en lo desfavorable, y rechazarla en la parte que lo favorece.

Lo dicho significa que la credibilidad debida a la confesión rendida por una persona, debe ser total y no parcial.

Y el mismo legislador procesal establece la excepción a dicho principio cuando dice que se puede dividir la apreciación de la confesión, si existe prueba de las modificaciones, aclaraciones o explicaciones dadas por el confesante, y que guarden relación con el hecho por el cual se le interroga.

No podría, pues, una persona crearse sin prueba de ninguna naturaleza un título a su favor, al confesar que debe la suma de un millón de pesos, pero que abonó a la obligación la cantidad de quinientos mil pesos.

Con el fin de hacer más diáfano el principio enunciado, veamos las dos grandes categorías en que puede dividirse la confesión:

a) Pura y simple: consiste en aceptar íntegramente, sin salvedades de ninguna naturaleza, el hecho por el cual se interroga como al responder: "Es cierto lo que usted afirma".

b) Calificada: la tipifica el reconocimiento del hecho o acto jurídico que afirma el adversario, mas no en la forma integral como éste lo asevera o pretende, sino introduciéndole modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho o acto, y con las cuales no se encuentra de acuerdo el contrincante.

¿Cuál es la razón jurídica para la validez de dicha "cualificación"?

Todos sabemos que dentro de la teoría general de las obligaciones, éstas no siempre surgen a la vida jurídica en forma pura y simple. Por ejemplo, la condición afecta el nacimiento mismo de la obligación (artículo 1530 del Código Civil); el plazo, en sus diferentes modalidades, afecta la exigibilidad de la obligación (artículo 1553 *ibidem*); de igual manera, la condición suspensiva difiere la adquisición del respectivo derecho (artículo 1536 de la obra en cita). También las obligaciones alternativas y facultativas constituyen modalidades de las declaraciones de voluntad.

En efecto, si el confesante admite haber recibido una cantidad de dinero a título de mutuo, o un bien mueble a título de comodato, pero agrega que en el primer caso el plazo no se ha vencido aún; o que los intereses no se pactaron a la tasa que afirma el adversario, o que no hubo pacto de intereses; o ante el segundo evento afirma que recibió el bien, pero con la obligación de restituirlo al cumplimiento de cierta condición que aún no se ha presentado, dicha confesión será indivisible, y el confesante será obligado a pagar el dinero con o sin intereses, o a restituir el bien dentro del plazo y al surgimiento de la condición que admitió al confesar, y no como lo pretende quien lo interroga.

Para que lo anterior no tenga cumplido efecto, será preciso que exista prueba aportada al proceso que enerve la modificación, aclaración o explicación dadas por el confesante.

En armonía con el principio que se ha venido tratando, de la indivisibilidad de la confesión, el juzgador deberá admitir como cierto, no sólo el primer hecho o acto fundamental por el que se interroga, sino también la circunstancia, cualquiera que ella sea,

admitida por el confesante, coetánea o posterior al hecho reconocido.

Desde esta misma preceptiva se deben juzgar las confesiones mediante las cuales se altera o modifica el título en virtud del cual se ajustó el convenio, v. gr. si se afirma haber recibido el bien inmueble, mas no a título de arrendamiento sino de comodato; o que la entrega del dinero se hizo a título de donación y no de mutuo.

En casos como los que se dejan anotados, la aseveración que hace el confesante se le debe tomar en su integridad, a menos que de aquella exista prueba en contrario dentro del expediente.

10. *Confesión de pago. Debía pero pagué*

Cuando las modificaciones, aclaraciones y explicaciones se refieren al mismo hecho principal, como el término o plazo, tasa de intereses, condición, causa de la obligación, etc., el principio de la indivisibilidad de la confesión resulta fácil de aplicar.

Pero cuando tales modificaciones, aclaraciones y explicaciones surgen con posterioridad al hecho reconocido, se deben hacer nuevas distinciones, porque puede tratarse de hechos que guarden íntima relación con el primero; o, por el contrario, fuera de ser separados de éste, son completamente distintos, es decir, no los caracteriza ninguna relación con aquél.

El ejemplo más corriente del primer caso, es el relacionado con los modos de extinguir las obligaciones, y, de manera especial, el pago, pues éste necesariamente ocurre con posterioridad al surgimiento de la obligación.

En este evento, por ser el pago un hecho posterior, pero que guarda íntima relación con el primitivo, la confesión resulta indivisible, con la condición, por supuesto, de que con respecto a la confesión no exista otra prueba diferente a la suministrada por el confesante.

Ejemplo de un hecho posterior que no guarda relación con el primero sería el siguiente:

El absolvente admite haber recibido una suma de dinero a título de mutuo, pero para desvirtuar la obligatoriedad de restituir

el dinero agrega que el mutuante, a su vez, le adeuda cierta cantidad por concepto de arrendamientos de la casa de habitación que el absolvente le había entregado a dicho título.

Como aquí se trata de alegar la extinción de una deuda inicial, proponiendo una supuesta compensación, nos hallamos frente a un hecho que no guarda ningún tipo de relación con el primero, de donde se infiere que el juez debe admitir la existencia de la duda únicamente, siendo de cargo del absolvente la demostración de la excepción de compensación alegada en su provecho.

Muy explícita, resultaba al respecto la ley 135 de 1931, o Código Judicial derogado, que enunciaba dicho principio en su artículo 609 de la manera siguiente:

“La confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, *constituyen verdaderas excepciones que tiene la obligación de probar*” (Las sublíneas son nuestras).

11. *Divisibilidad de la declaración de parte*

Ya vimos que la confesión puede ser espontánea o provocada, y que en torno a su apreciación por parte del juez rige el principio de la indivisibilidad.

En cambio, con el interrogatorio de parte se pretende obtener una confesión provocada, sobre la existencia de una obligación que sea susceptible de demostrarse por dicho medio.

Entonces, como se trata de preguntas separadas, que no pueden referirse sino a un solo hecho, nos podemos encontrar ante el caso de una respuesta dada por la persona que absuelve el interrogatorio, en la cual admite que es cierto el hecho por el que se le indaga.

Pero, al proseguir con el interrogatorio, el absolvente puede responder a la nueva pregunta aduciendo circunstancias mediante las cuales pretende desvirtuar la confesión inicial, refiriendo hechos que no guardan ninguna relación con el ya confesado.

En estos eventos, dice la norma, el juez apreciará tales hechos en forma separada, vale decir, cotejándolos con otros medios de prueba que militen dentro del proceso.

Y si luego de realizar dicho análisis concluye, razonablemente, que el hecho a pesar de que no guarda relación con el confesado, es suficiente para enervarlo o destruirlo, así lo debe expresar en la pertinente decisión, indicando las motivaciones que lo llevan a asumir dicha postura.

12. *Infirmación de la confesión*

Según el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil, “Toda confesión admite prueba en contrario”.

Luego, para desvirtuar la confesión válidamente hecha, basta demostrar la existencia de un hecho que resulte contrario a lo que se confesó.

La ley procedimental no establece un mecanismo especial, cuya finalidad consista en infirmar la confesión, de lo cual se deduce que si al estudiar el acervo probatorio incorporado al proceso el juez advierte que la confesión, sea provocada o espontánea, ficta o presunta, se encuentra desvirtuada por otro medio idónea, debe admitir que el hecho respectivo no corresponde a la realidad y, en consecuencia, negarle todo valor a la confesión en la sentencia de mérito que profiera, así corresponda aquella a la denominada ficta o presunta.

Sobre el particular, veamos lo siguiente:

El artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, impera en su primer inciso:

“Confesión ficta o presunta. La no comparecencia del citado a la audiencia o su continuación, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito. De la misma manera se procederá cuando el compareciente incurra en renuencia a responder o dé respuestas evasivas”.

¿Qué sucede cuando habiendo interrogatorio en forma escrita, el citado no comparece el día y la hora señalados para la práctica

de la respectiva diligencia y no suministra la prueba sumaria que justifique la no comparencia a la audiencia conforme lo autoriza el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil; o habiéndose presentado se muestra renuente a responder, o suministra respuestas evasivas, a pesar de ser requerido por el juez, de lo cual deberá obrar constancia expresa en el acta pertinente?

Como se trata de una sanción legal, por desobediencia a una norma de carácter imperativo, consideramos que al absolvente no se le podrá brindar nueva oportunidad para que trate de desvirtuar los hechos susceptibles de demostrarse por el medio de la confesión, a los que se refieran las preguntas asertivas admisibles que contenga el interrogatorio presentado por la contraparte en forma escrita.

No obstante, conceptuamos que si por otros medios de prueba, ya incorporados al proceso, como sería el caso de la prueba testimonial, por medio de la cual se demostrase que el citado renuente a comparecer o a responder, demandado en el proceso, ya canceló, o por cualquier otro medio extinguió la obligación que se exige judicialmente, el juez del conocimiento deberá tener por cierta la invalidez de la confesión ficta o presunta, y, en consecuencia, aceptar la extinción de la deuda exigida coactivamente.

De igual manera, si durante el trámite de la apelación de la sentencia, el citado renuente a comparecer o a responder, hace uso de la facultad que le otorga el artículo 361, inciso tercero, y arrima prueba idónea que desvirtúe la confesión ficta o presunta con base en la cual se le condenó en primera instancia, el adquem deberá tener por demostrado el hecho que aniquile la confesión con base en la cual le impuso la condena el a-quo.

En perfecta armonía con lo que se deja expuesto, anotamos que toda confesión, sea ésta judicial, extrajudicial, provocada, espontánea, o la denominada ficta o presunta, son posibles de prueba en contrario, pues el artículo 201 que hemos venido comentando no establece distinción en cuanto a su clase, para los fines relativos a la infirmación de la confesión.

LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS ACTOS O DECISIONES DE ORGANISMOS SOCIETARIOS

Alejandro Ochoa Botero *

1. Introducción 2. Las condiciones de procebilidad 3. Condiciones o presupuestos de providencia favorable a la pretensión cautelar.

1. *Introducción*

El artículo 421 del C. de P. C., norma que instrumenta y da desarrollo procesal a la tutela de impugnación de decisiones de asambleas de accionistas o juntas de socios prevista en el artículo 191 del C. de Comercio (y que, además, consagra la misma tutela para las decisiones o acuerdos emitidos por Juntas Directivas de sociedades, punto sobre el cual el C. de Comercio no tiene regulación ⁽¹⁾), estableció la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de las decisiones impugnadas. En efecto, el segundo aparte del artículo 421 del C. de P. C. está concebido así:

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

1. No comparto, ni por asomo, la tesis planteada por el doctor José Fernando Ramírez Gómez en su artículo "Conflicto de intereses en el Régimen de la Propiedad Horizontal", publicado en la revista N° 16 de "TEMAS PROCESALES", según la cual es posible la suspensión provisional de los actos o decisiones de asambleas o juntas administradoras en los regímenes de Propiedad Horizontal, pues "el artículo 421 del C. de P. C.

“En la demanda podrá pedirse la suspensión del acto impugnado; el juez la decretará si la considera necesaria para evitar perjuicios graves y el demandante presta caución en la cuantía que aquél señale. Este auto es apelable en el efecto devolutivo”.

En realidad, el aparte transcrito de la norma —salvo lo relativo al efecto del recurso de apelación, que ahora es el devolutivo y no el diferido— no presenta novedad alguna en relación con lo que sobre la misma cautela consagraba el artículo 438 de los decretos 1.400 y 2.019 de 1970. Son, entonces, más de veinte años de vigencia de una institución procesal que no ha recibido, en esa larga vida y como debiera, un tratamiento científico y serio, que siga de cerca los avances y conquistas de la doctrina procesal en torno al denominado proceso cautelar. Y es que la Administración de Justicia empieza a descubrir, con significativa tardanza, desde luego, la enorme trascendencia y la manifiesta complejidad de la cautela de “suspensión provisional”, la que hasta hace poco conllevaba una falta de rigor tal, que los autos que la decidían carecían de motivación; con ello, quizás en forma inconsciente, se exteriorizaba la equivocada idea de que esa era una providencia de simple trámite o impulsión.

La complejidad del estudio de una medida de suspensión provisional es inocultable, pues la ausencia de elementos de convicción distintos a los aportados por el pretensor de la cautela —recuérdese que la pretensión cautelar se satisface en el umbral del proceso— exige del juez una gran capacidad de abstracción y

la establece sin consideración al tipo de asamblea o junta directiva, o sea que no es una norma propia de los órganos mercantiles”. Y agrega: “desde luego que la situación es más clara frente al régimen de la ley 16 de 1985, porque allí necesariamente sí existe la sociedad, en tanto que bajo la ley 182 ésta es optativa, sin que esto dé pábulo a dificultad”. La conclusión es, a mi juicio, manifiestamente equivocada, pues el legislador sí determinó, en forma específica, el tipo de asamblea o junta directiva emisora del acto o decisión impugnada. En efecto, el citado artículo 421 establece: “La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas o de juntas directivas o de socios *de sociedades civiles o comerciales*, sólo podrá proponerse...” (la subraya es propia). Esa determinación o calificación del organismo emisor del acto impugnado —sociedades civiles o comerciales— no permite la aplicación de la norma a las asambleas de copropietarios o juntas de administración de las Propiedades Horizontales, pues éstas no son “sociedades” ni en la ley 182 de 1948 ni en la 16 de 1985; en ésta son simples “personas jurídicas” (véase el artículo 3º de la ley 16 de 1985) y, por lo tanto, el artículo 421 del C. de P.C., que es el que se comenta, no les es aplicable.

una no menos exigente captación del sentido y alcance mismo de la suspensión de los efectos del acto impugnado.

A continuación, me dispongo a intentar alguna elaboración sistemática del tema, con un doble enfoque: en principio, me referiré a las condiciones o requisitos de procedibilidad de la pretensión cautelar de suspensión y, en segundo lugar, a las condiciones de fondo o materiales necesarias para su decreto.

2. *Las condiciones de procedibilidad*

Son los presupuestos indispensables para intentar el estudio de la suspensión provisional, pues simplemente abren la puerta al juicio sobre la posibilidad o no de su decreto.

2.1. *Petición de parte*

Las medidas cautelares son emanación del sistema dispositivo; por ende, no resulta posible, como regla general, su adopción oficiosa. Es menester, entonces, solicitud expresa de la parte demandante, pues ella constituye un acto de iniciación al proceso cautelar y, por ende, es necesario estructurar la pretensión procesal de suspensión; ello supone, obviamente, la sustanciación de la causa de la pretensión, mediante la indicación o acotación de los posibles perjuicios graves que sufriría el demandante si los efectos del acto no son suspendidos provisoriamente. Al juez no corresponde intuir, supliendo el silencio de la parte, los posibles perjuicios que ella sufriría, ni puede prefabricar los hechos que hipotéticamente pudieran configurarlos. Es que no puede perderse de vista que la solicitud de suspensión provisional es una pretensión cautelar —a pesar de que, por su carácter instrumental⁽²⁾ tome su aliento procesal de una pretensión declarativa, sin la cual no podría ser deducida—, y como tal exige la narración de unos hechos, de un estado de cosas, que configure la causa petendi. Si el juez accede a la suspensión, suponiendo unos hechos fundantes

2. Para Calamandrei, en su "*Introducción al estudio de las providencias cautelares*" (Padua, 1936, p. 20) la instrumentalidad de las medidas cautelares consiste en su relación de dependencia o subordinación respecto de la resolución definitiva sobre el fondo.

de la pretensión que el actor no ha narrado, incurre en vicio o defecto de incongruencia que afectaría, por excedencia, su propia competencia.

2.2. *La aptitud del sujeto pretensor*

La aptitud de un acto procesal de parte viene dada por tres elementos concurrentes: capacidad, postulación y legitimación. Respecto de la capacidad —en su concepción bifronte (capacidad para ser parte y capacidad para obrar) y de la postulación, ninguna particularidad se descubre en este proceso cautelar; sí, en cambio, en la legitimación, que tiene especiales aristas en la pretensión de suspensión provisional.

Hay dos clases de sujetos legitimados para pretender la impugnación de una decisión societaria: la primera, la de los accionistas o socios, ausentes o disidentes, que están investidos de una legitimación ordinaria o común, pues son sujetos de la relación sustancial —contrato de sociedad— que en el proceso se debate. La segunda, legitimada extraordinariamente, está integrada por los revisores fiscales y los administradores de la sociedad emisora del acto. Esta legitimación extraordinaria que se les concede expresamente en el artículo 191 del C. de Co., parece ser apenas el desarrollo legislativo de la facultad de inordinación, pues mal podría la ley sustancial exigir a ellos el cumplimiento del deber de velar por el cumplimiento de los estatutos⁽³⁾, si, al mismo tiempo, les negara la posibilidad de impugnar decisiones adoptadas a contrapelo de sus prescripciones. Esa legitimación, ordinaria y extraordinaria, que se confiere para la pretensión impugnativa es sin duda, la misma que se impone para la pretensión cautelar de suspensión, pues ésta no tiene fin distinto al de asegurar los efectos de aquella.

2.3. *La posibilidad del objeto de la pretensión cautelar*

Este requisito o condición objetiva del acto procesal está referido, en su concepción material, a la aptitud del acto para lograr su objeto. Si el objeto de la pretensión cautelar, que no es otro que la solicitud de suspensión provisional de los efectos de una decisión societaria impugnada, resulta física o jurídica-

3. Ver, original 6º, artículo 187 y ordinal 1º, artículo 207 del C. de Co.

mente imposible, el acto procesal decaería por falta de esta condición.

En el punto, resulta fundamental el análisis de la naturaleza de la decisión que se impugna, y cuya suspensión se pide, pues, como trataré de demostrarlo, hay decisiones o acuerdos de organismos societarios cuyos efectos no admiten suspensión. Piénsese, por ejemplo, en una decisión o acto de naturaleza desinente: la junta directiva de una sociedad niega al representante legal una autorización para celebrar un acto jurídico cuyo monto excede sus facultades de contratación. Ese acto agota allí; en el mismo momento de su expedición, todos sus posibles efectos, pues ningún desarrollo posterior reclama o admite. Hipótesis contraria sería la del acto de la Junta Directiva que autoriza la celebración de ese contrato, pues ella supone un desarrollo o ejecución posterior —la celebración del contrato autorizado— pues, en tal caso, los efectos de la decisión pueden ser suspendidos.

Pero la “posibilidad”, que se erige como requisito objetivo y que ahora se estudia, no agota su análisis en lo dicho. Hay actos o decisiones que permiten ejecución posterior y, por consiguiente, admiten, hipotéticamente, la suspensión; pero ella se torna imposible si tales efectos, por el transcurso del tiempo, ya se han consumado, pues nada quedaría por suspender.

2.4. *La idoneidad del acto de petición*

Existen actos procesales material y jurídicamente posibles, pues tiene la virtual vocación de alcanzar o lograr su objeto; sin embargo, pueden resultar inidóneos por falta de adecuación objetiva. Se trata aquí no ya de una aptitud genérica, sino específica del objeto sobre el cual recae ⁽⁴⁾. La suspensión provisional sólo puede obtenerse dentro del procedimiento abreviado que disciplina procesalmente la tutela impugnativa y en ninguno otro.

4. Idoneidad del acto no es ya aptitud genérica, sino, distintamente, específica del objeto sobre que recae. Ciertos objetos, en efecto, son física y moralmente posibles, pero resultan inadecuados para los actos en que se intentan recoger. Entonces el acto en cuestión carece de un requisito procesal por falta de adecuación objetiva, requisito que es precisamente éste de la idoneidad; así, p. e., si una pretensión inferior a quinientas mil pesetas pretendiera deducirse en una demanda de juicio declarativo de mayor cuantía. Guasp Delgado, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, Tomo primero, Introducción y parte General, tercera edición, Instituto de Estudios políticos de Madrid, 1968, páginas 275 y 276.

2.5. *La causa del acto*

La causa de un acto procesal es su porqué jurídico, la razón objetiva del mismo. No el móvil que impulsa a su realización, sino, la justificación, relevante jurídicamente, de la actividad que se realiza. Ese “porqué” jurídico se halla, en ocasiones definido por el mismo legislador (V. gr. los motivos taxativamente indicados para impugnar, en sede de casación, una sentencia) y ello exime de ulteriores exámenes sobre la existencia o inexistencia de este requisito.

Ahora bien: ¿cuál es, el evento específico de la pretensión cautelar que se analiza, ese motivo que configura la causa? Pienso, no sin dudas, que esa causa es, objetivamente considerada, la necesidad de una providencia que evite perjuicios graves al socio o accionista ausente o disidente. Y si se trata de administrador o revisor fiscal, la causa es el cumplimiento del deber de vigilar el cumplimiento de los estatutos.

Es que, como ya se dijo, la naturaleza instrumental de la pretensión cautelar traslada a ella todos los elementos de la pretensión de conocimiento, pues, se itera, aquella no tiene otra finalidad distinta a la de proteger la eficacia de ésta.

2.6. *La constitución de una contracautela*

El titular de la pretensión cautelar de suspensión del acto impugnado debe prestar caución que garantice el pago de los perjuicios que la cautela pueda ocasionar a la sociedad demandada. No se establece, en cambio, la posibilidad de evitar la suspensión provisional con una caución, constituida por la sociedad, que evite o levante la suspensión provisional, omisión que entroniza un enorme desequilibrio de fuerzas, pues generalmente es mayor el perjuicio que se causa con la suspensión que aquel que pretende evitarse con ella.

3. *Condiciones o presupuestos de la providencia favorable a la pretensión cautelar*

Si el examen de los requisitos estudiados —que hacen relación al acto procesal de iniciación del proceso cautelar— se supera

con éxito, procede, entonces, el examen de los requisitos materiales o sustanciales de la providencia favorable a la cautela. Ellos son:

3.1 *La decisión impugnada, objeto de la pretensión cautelar, debe tener vocación perjudicial grave para el demandante.*

Este no es un estudio abstracto de los futuros y probables perjuicios que los efectos de la decisión puedan causar al demandante. Es, sí, el juicio sobre la existencia o inexistencia de los perjuicios graves que el demandante ha substanciado en su escrito petitorio.

Pero tampoco se trata aquí de verificar la existencia de un daño, en su concepción simple —mengua o deterioro patrimonial— pues la noción de “perjuicio” supone, además de aquél, una imputación o reproche jurídico, ya que existen daños que no alcanzan la categoría de perjuicios, en tanto no admiten un juicio o imputación jurídica que los atribuya a culpa o dolo. Es menester entonces, en este aspecto, la comprobación del posible daño y, además, la apreciación sumaria de la ilegalidad de la decisión, a semejanza de lo que ocurre en materias administrativas.

Admitir que el sólo “daño” futuro satisface el requisito que se comenta es, como lo afirma López Blanco ⁽⁵⁾, radicar la posibilidad de la medida en el exclusivo querer del demandante y, lo que resulta aún más grave, establecer una sanción transitoria a un acto jurídico —la ineficacia— que, según principio general, está amparado por una presunción de validez. Ese velo de legalidad sólo puede aniquilarse con una decisión, con un juicio, que advierta, liminar y sumariamente, como ya se dijo, la ilegalidad de la decisión, sin perjuicio de que la sentencia —pues éste no es

5. Debemos recordar que la suspensión provisional requiere no sólo que con el acto se cause un perjuicio evidente al demandante sino que, además, la determinación, como lo dice el art. 191 del C. de Co., no esté ajustada a las prescripciones legales o a los estatutos. En síntesis, lo que amerita la suspensión provisional no es sólo el perjuicio sino, básicamente, la aparente ilegalidad del acto, razón por la cual no estamos de acuerdo con la tesis que señala que basta prestar la caución y solicitar la suspensión para que el juez la deba decretar, porque implicaría radicar la posibilidad de la medida en el exclusivo querer del demandante. López Blanco, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo II, parte especial, 5ª edición, página 114.

vinculante de la decisión de fondo— desatienda la apreciación inicial de ilegalidad o legalidad.

Pero es que el análisis previo y sumario sobre la ilegalidad o legalidad, sobre la licitud o ilicitud jurídica de la decisión, no debe sorprender a nadie, a pesar de que la norma que consagra la tutela cautelar no lo exija en forma explícita. En efecto, la doctrina acepta sin ambages y sin discrepancias, lo que se ha denominado el “*fumus boni iuris*”, como presupuesto de las medidas cautelares. Ese “*fumus boni iuris*”, o apariencia de la existencia del derecho que el actor reclama, es explicado así por Manuel Serra Domínguez y Francisco Ramos Méndez:

“No basta la simple petición para que pueda ser concedida una medida cautelar, sino que es indispensable que el derecho que se pretende cautelar aparezca como probable, con una probabilidad cualificada. La adopción de una medida cautelar sólo es posible en cuanto aparezca como jurídicamente aceptable la posición material del solicitante. Al entrañar una anticipación de la ejecución, lesiona por sí sola la esfera jurídica de la parte demandada, privándole, aunque sea parcialmente, de su posición de hecho preeminente. Se requiere, por tanto, una justificación que legitime la lesión producida por la medida cautelar.

A nuestro entender es precisamente esta imposibilidad de establecer una previa etapa contradictoria sobre la existencia del derecho lo que justifica que su mera apariencia sirva como fundamento para la concesión de la medida cautelar. Basta con que *prima facie*, con el simple examen de la solicitud y de los documentos a ella acompañados, el juez estime que de ser ciertos los documentos y de no existir otros hechos que los desvirtúen, debería hacer la declaración de la existencia del derecho. La medida cautelar se concede no porque la existencia del derecho aparezca como menos cierta que en la sentencia definitiva, sino porque prescindiendo de todas las alegaciones y pruebas posteriores, el derecho debe ser considerado como cierto y existente. Lo que justifica que se adopten, ya desde este momento medidas tendientes a anticipar su posible eficacia ulterior ⁽⁶⁾”.

6. Serra Domínguez, Manuel. Ramos Méndez, Francisco. *Las medidas cautelares en el Proceso Civil*, página 46.

3.2 *La suspensión de los efectos de la decisión debe ser necesariamente evitativa de los perjuicios*

Es éste un juicio que califica el alcance de los efectos de la medida cautelar, pues el legislador, no sin razón, usa la expresión “necesaria” y no simplemente “conveniente” o “adecuada” o “útil”. Y lo necesario debe entenderse con todo el rigor que el vocablo exige, esto es, como “imprescindible” o “insustituible” para lograr el fin. Así, entonces, si fueren posibles otros medios para evitar los perjuicios graves, la medida de suspensión se torna en innecesaria y debe ser rechazada.

EL DEBIDO PROCESO PENAL COLOMBIANO

Alvaro Vargas *

Insensible a la lección del singular Cratilo ⁽¹⁾, quien prudentemente refugiado en el silencio prefería señalar en vez de hablar, he tornado una vez más a las páginas de esta revista, que me es tan cara, con el ánimo de intentar una aproximación, todavía demasiado esquemática y acaso huérfana de la deseable profundidad, al concepto y a la estructura de aquello que, en homenaje a una tradición secular, la Constitución Política promulgada en Colombia el día cuatro de julio de 1991, ha designado bajo el nombre de "*debido proceso*".

Inhabilitado, en razón de mis inocultables carencias, para aventurarme más allá del por sí sólo inabarcable ámbito del derecho procesal penal, no sucumbiré a la tentación de proponer, en torno al debido proceso, fórmulas o cláusulas con vocación de vigencia en el insondable universo de lo procesal. Por el contrario, plenamente consciente de mis limitaciones, centraré mi atención, al menos por ahora, en el proceso penal y, específicamente, en el proceso penal colombiano, tal como lo anticipa, para eliminar de entrada cualquier equívoco, el propio título de este escrito, cuya sección medular aquí comienza.

Concebido el proceso penal, en los términos más generales posibles, como el método del cual se vale la jurisdicción de ese

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín y Profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de la misma ciudad.

1. Sofista ateniense, seguidor de la doctrina de Heráclito de Efeso. De su nombre se valió Platón para titular uno de sus más célebres diálogos.

ramo, para el ordenado logro de su cometido, que no es otro que el de garantizar la efectiva pero civilizada aplicación del derecho penal material a los casos concretos, es apenas natural que los denominados estados de derecho, fieles al postulado basilar del imperio o supremacía de la ley ⁽²⁾ en todos los órdenes, se hayan ocupado siempre de regular normativamente, desde sus propias cartas fundamentales, los lineamientos esenciales de dicho método de juzgamiento.

En desarrollo de tal empeño, los estados en mención han considerado, entonces, tradicionalmente, como una tarea prioritariamente suya, la de bosquejar, en sus respectivas constituciones, una especie de *arquetipo o modelo ideal de proceso penal*, en cuanto método civilizado de juzgamiento, que se conoce con el nombre de "*debido proceso*", expresión ésta suficientemente indicativa de que su observancia es absolutamente obligatoria, no solamente para el juez, en lo que atañe a la conducción de cada proceso particular, sino también, para el legislador, al cual le corresponde simplemente, según las mismas constituciones, concretar y desarrollar los lineamientos generales de dicho arquetipo o modelo ideal de proceso, en los denominados códigos de procedimiento.

Fiel a la tradición anterior, el Estado Colombiano, que, desde la portada misma de su reciente Constitución Política, se autorreconoce y proclama como un estado social y democrático de derecho ⁽³⁾, destinó no pocas normas de su carta fundamental a edificar los cimientos de su propio *arquetipo o modelo ideal de proceso penal*, resumiendo sus notas o características esenciales, pero no agotándolas, en el artículo 29 de dicho cuerpo normativo, que literalmente reza:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

-
2. Entendido dicho vocablo ("Ley") en sentido amplio, es decir, como sinónimo de "Derecho Positivo".
 3. Efectivamente, según el Art. 1º de la C. N., "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

“En materia penal, la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; y un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

En armonía con la transcripción precedente, el debido proceso en Colombia, además de proyectarse tanto en el ámbito judicial como en el administrativo, presupone la plena vigencia y la puntual observancia de un conjunto no taxativo de derechos fundamentales de diversa índole, no circunscritos, ni circunscribibles, a la breve cláusula otrora recogida en el artículo 26 de la Constitución derogada ⁽⁴⁾, quizás más técnica en su generalizante abstracción, pero, por ello mismo, más susceptible de tornarse, en manos de un legislador autoritario y de una judicatura no muy afín a la democracia, en una mera fórmula desprovista de contenido material.

Adoptando como eje del análisis subsiguiente el texto del artículo 29, recién transcrito, pero teniendo siempre a la vista, en su conjunto, la totalidad del ordenamiento constitucional vigente, los *elementos estructurales del debido proceso penal colombiano* pueden, entonces, en una primera aproximación, esquematizarse como sigue:

1. El respeto de la dignidad humana

La cual habiendo sido erigida, por el artículo primero de la Constitución, como uno de los soportes axiológicos del Estado

4. En su primer inciso, dicho canon preceptuaba: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

colombiano ⁽⁵⁾, no puede menos que constituir el *verdadero centro de gravedad* de nuestro debido proceso penal y, por ende, el primero y más importante de sus elementos estructurales.

2. La preexistencia de la ley penal

Que atañe tanto a la de carácter sustancial o material, como a la de naturaleza procesal (e inclusive a la de ejecución), *proscribiendo*, correlativamente, como norma general, la *aplicación retroactiva* de la misma.

3. La favorabilidad

Unico caso de *excepción a la irretroactividad* de la ley penal, entendida ésta, al igual que en el ordinal anterior, en su triple manifestación de sustancial o material, procesal y de ejecución, respecto de todas las cuales (y no exclusivamente de las de carácter sustancial o material) ha de entenderse, entonces, que rige a plenitud este postulado.

4. La igualdad ante la ley penal

Siempre independientemente de la naturaleza particular de la misma, que se halla consagrada, como derecho fundamental de amplio espectro, en el artículo 13 de la Constitución, cuyo primer inciso dispone: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

5. El juez natural

Que, en cuanto exigencia concerniente a la predeterminación del órgano jurisdiccional en cada caso competente, conlleva la *prohibición de instituir tribunales "ex post facto"*, sin que le

5. Reléase el texto de dicho artículo, integralmente transcrito en la nota número 3.

sea permitido tampoco al Gobierno, aun durante los estados de excepción autorizados por los artículos 212 y 213 de la Constitución, “suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento”, según el perentorio texto del artículo 252 *ibídem*.

6. La independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional

Establecidas, por vía general, en el artículo 228 de la Carta, y reiteradas categóricamente por el artículo 230 de la misma, que sólo tolera la *sumisión de los jueces*, en sus providencias, *al imperio de la ley*, sin que huelgue recordar cómo, superabundando en el tema de la imparcialidad, el inciso final del artículo 250 *ibídem*, le impone igualmente a la Fiscalía General de la Nación, *el deber de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado*, reiterando, así, de paso, su inequívoca condición de *órgano jurisdiccional*, anticipada ya por el artículo 116 ⁽⁶⁾ y absolutamente inconciliable con la de *parte*, no obstante ser ésta la calidad que, en abierta contradicción con nuestra Ley Fundamental, le ha otorgado el Código de Procedimiento Penal vigente, durante la etapa de juzgamiento, a la Fiscalía General de la Nación.

7. La presunción de inocencia

Que *desplaza hacia el Estado el gravamen de probar*, hasta el grado de certeza, tanto el delito como la responsabilidad, aparejando, correlativamente, la consagración constitucional implícita del principio “*in dubio pro reo*”.

8. El derecho a la libertad personal

Cuyas restricciones o limitaciones, en y para los efectos del proceso, sólo son posibles “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”, como perentoriamente lo

6. Efectivamente, de conformidad con el primer inciso de este artículo, “la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia”.

señala el artículo 28 de nuestra ley de leyes, cuyo artículo 30 consagra, por su parte, como dispositivo tutelar de este derecho fundamental, la garantía del "*Habeas Corpus*", invocable, ante cualquier autoridad judicial y en todo tiempo, directamente o a través de un un tercero, por "quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente".

9. El derecho de defensa

En su doble connotación de *material* y *formal* (según se aluda a lo que corresponde al procesado mismo, o a la que requiere el concurso de un letrado), *ejercitable*, sin limitación alguna, *en todas las etapas o momentos de la actuación procesal* ⁽⁷⁾, con especial énfasis en la *facultad de controvertir las pruebas de cargo y proponer las de descargo*.

10. El derecho a la no auto-incriminación

Que no obstante hallarse evidentemente comprendido dentro del derecho de defensa, ha sido, sin embargo, objeto de especial consagración en el artículo 33 de nuestra norma de normas, cuyo texto reza: "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

11. La legalidad del proceso

El cual, como método civilizado de juzgamiento, posee una estructura no susceptible de alteración o modificación por obra del juez o de las partes, quienes deben ajustarse estrictamente a las pautas trazadas con antelación por el constituyente y el legislador, en lo concerniente a la iniciación, desarrollo y conclusión, tanto del proceso mismo, como de las diversas etapas o momentos que lo integran.

7. Es decir, no solamente dentro del proceso propiamente dicho, sino, también, en cualesquiera otras diligencias adelantadas con anterioridad o con posterioridad al mismo, como, por ejemplo, las que conforman la hoy denominada "investigación previa", o las concernientes a la fase de ejecución de la sentencia.

12. La legalidad de la prueba

Que, como explícita y directa derivación del postulado de la legalidad del proceso, entraña la prohibición de fundamentar el convencimiento judicial en dispositivos probatorios distintos de los expresamente autorizados por la ley, o aportados al proceso con violación de las formas u oportunidades prefijadas para ello, irregularidades éstas que, de producirse, aparejan, de pleno derecho, la *nulidad de la prueba* así obtenida.

13. La publicidad del proceso

Que materializa el *repudio constitucional a los procedimientos judiciales secretos para el justiciable* , y cuyo cabal entendimiento entraña el libre y oportuno acceso de los sujetos procesales a la actuación, en todas sus etapas o momentos, sin perjuicio de las reservas que, con respecto exclusivamente a los terceros, pero jamás frente a las partes, pueda establecer excepcionalmente la ley (para precaver, por ejemplo, la manipulación externa de la investigación), conforme lo autoriza el artículo 228 de la Carta.

14. La celeridad del proceso

Que, además de *prohibir cualquier demora injustificada* en el adelantamiento del mismo, conlleva el mandato correlativo de que los términos procesales sean observados con diligencia, so pena de que su incumplimiento sea sancionado, tal como lo dispone el artículo 228 de la Constitución, recién aludido.

15. El derecho a impugnar la sentencia condenatoria

Que, como directa emanación del derecho de defensa, armoniza a plenitud con la *prohibición de la reformatio in pejus* ", consagrada en el inciso segundo del artículo 31 de la Carta, de conformidad con el cual "el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

16. La prohibición del doble procesamiento por el mismo hecho

Que, al proscribir constitucionalmente la posibilidad de la múltiple persecución penal ("non bis in idem"), comporta la erección de la *seguridad jurídica* en un valor supremo y trascendental al proceso mismo, cuyo desconocimiento, así sea por la vía extraordinaria de la revisión, en tratándose de una sentencia ejecutoriada de contenido absolutorio, quizás podría considerarse violatorio de la Constitución, al no haber establecido ésta, por lo menos en el artículo 29, excepción alguna a la prohibición del doble procesamiento.

Como arquetipo o modelo ideal de proceso penal, diseñado por el constituyente e impuesto obligatoriamente por él, tanto al juez como al legislador, el *debido proceso penal colombiano* reclama, entonces, como mínimo, la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los elementos estructurales bosquejados con antelación.

Necesario es advertir, sin embargo, ya para terminar, que, a pesar de su aparente prolijidad, el catálogo anteriormente propuesto no es, de ninguna manera, taxativo, como quiera que *a él deben entenderse incorporados cualesquiera otros derechos o garantías de similar jaez*, recogidos en normas constitucionales distintas de las examinadas en este escrito, o plasmados en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado colombiano⁽⁸⁾, pues, en armonía con el primer inciso del artículo 93 de nuestra Carta Política, tales pactos prevalecen normativamente en el orden interno, por encima, inclusive, de la propia Constitución.

8. Piénsese, por ejemplo, en el "Pacto internacional de derechos civiles y políticos", o en la "Convención americana sobre derechos humanos", incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, respectivamente.

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Beatriz Quintero de Prieto *

1. *Generalidades* 2. *Clasificación de los presupuestos procesales* 3. *El despacho saneador* 4. *Los presupuestos procesales en el derecho penal* 5. *Conclusión.*

1. *Generalidades*

Quien por primera vez alude a esta faceta de la doctrina de una manera científica es Oscar Von Bulow, en 1868 cuando publica su libro que precisamente intitula "*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*" (1). En esta obra que abre la puerta para que el derecho procesal científico haga su entrada, el autor, luego de un análisis pormenorizado de lo que significaron algunas excepciones en el proceso romano y de como fueron despachadas por el pretor en la fase *in ius*, con un sentido preclusivo, enfatiza acerca de la confusión que allí se diera entre las nociones atinentes a las excepciones y las concernientes a los presupuestos procesales. A estos últimos los denomina *condiciones para la constitución de la relación jurídica procesal*, requisitos a los que se sujeta el nacimiento de aquella, condiciones de existencia del proceso. Al analizar luego las excepciones del proceso romano,

* 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.

1. Oscar von Bulow. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Rosas. EJE. 1964. p. 14.

en una enumeración y descripción prolija de las mismas expresa que el derecho romano no distinguió entre ambos conceptos, pero que la denominación que les conviene no es la de excepción que sugiere una actividad dispositiva de la parte, sino la de presupuestos procesales y evidencia que éstos deben ser, como en el proceso romano, materia de análisis y decisión en etapa previa del proceso, casi en un pre-proceso, o procedimiento que denomina preparatorio y agrega que ellos además, deben ser considerados de oficio, aun sin alegación del demandado y que cuando las legislaciones posteriores y de la época, los consagran como excepciones, para entonces denominadas dilatorias en el proceso romano canónico, o fines de non recevoir en el proceso francés, ellas consisten en nada más que un grito de exhortación al juez para que él no olvide observar el deber que ya le es conocido y cuyo cumplimiento le está impuesto.

Para Calamandrei, los presupuestos procesales son condiciones que deben existir a fin de que pueda darse un pronunciamiento cualquiera, favorable, o desfavorable sobre la pretensión, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito (2).

No existe discrepancia en la doctrina contemporánea acerca de que los presupuestos procesales sean requisitos de forma exigidos por la ciencia procesal para que el juzgador pueda cumplir su cometido, pueda resolver sobre el fondo de la pretensión, pueda proferir una sentencia de mérito, porque mientras no se satisfagan no se da regularmente la forma del proceso, se afecta esencialmente la relación procesal, el instrumento que debe servir para el examen del derecho sustancial sometido. Los presupuestos procesales son exigencias atinentes a la constitución y al desarrollo de ese aspecto formal que es el que procesa la materia sometida como litigio, como relación sustancial subyacente.

Algún sector de la doctrina les denomina *óbices de procedibilidad* con el fin de subrayar el impedimento que su ausencia comporta en el proceso: obstan al cumplimiento de la tarea jurisdiccional a la decisión del litigio. Así como no puede emitirse un pronunciamiento exacto acerca de la materia que se analiza con un microscopio adulterado, de la misma manera no puede proferirse sentencia en el fondo, la cual por lo demás es la sola y vera

2. Piero Calamandrei. "Derecho procesal civil". V. I. EJEA. Buenos Aires, p. 345.

sentencia, si el derecho sustancial sometido se examinara por el juez sirviéndose de un proceso adulterado. Para que el juez pueda definir el derecho, sentenciar, decidir el litigio, es necesario que se cumplan estos requisitos, insuperables, esenciales, de naturaleza formal o procesal, abstractos y comunes a todo proceso. Deben concurrir en el momento mismo en el cual comienzan las etapas sustanciales del proceso. Si todos se han cumplido la pretensión puede estimarse o desestimarse, triunfar o fracasar, pero si falta uno solo el proceso pierde su aptitud como instrumento para proferir sentencia de mérito.

Si se avanza en la doctrina puede verse a James Goldschmidt precisando el concepto esbozado por Bulow: Los presupuestos procesales son meros supuestos de la sentencia de fondo, su ausencia no impide el nacimiento del proceso; por el contrario, ellos mismos o su presencia o ausencia, son materia que se resuelve en el proceso, son materia de fallo ⁽³⁾. Hace referencia el autor al hecho de que en verdad es el mismo proceso el que sirve para analizar su aptitud como instrumento: es el análisis de la forma del proceso que en rigor tiene que cumplirse en una etapa liminar del mismo, en una etapa de inmaculación como la denomina Ayagarraray, en la etapa de excepciones previas como la enlistan la mayoría de los códigos iberoamericanos, pero también en ese acápite de la sentencia misma que revisa nuevamente esos requisitos de forma y si los echa de menos se transforma, deja de ser sentencia que decide el derecho sustancial y simplemente constata la ausencia de esos requisitos esenciales de validez formal. La providencia que echa de menos algún presupuesto procesal no es verdadera sentencia, aun cuando así se la denomine por las legislaciones, porque no decide el derecho sustancial que se somete al proceso y en esto radica la naturaleza de la sentencia.

Para Vécovi quien sigue de cerca a Von Bulow en este aspecto, los presupuestos procesales son "los supuestos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida". Explica que el juez no sólo estudia la razón o sin razón de las partes, el fondo o mérito del asunto, sino también el propio proceso. En esta última posición es cuando examina los presupuestos procesales: hace un "proceso sobre el proceso", exa-

3. James Goldschmidt. *"Teoría general del proceso"*. Editorial Labor S.A. Barcelona... 1936, p. 19.

mina su regularidad como requisito necesario para proveer en el fondo del negocio (4).

Para Rosemberg, citado por Eduardo B. Carlos (5), en cualquier proceso civil o penal debe distinguirse entre las cuestiones referidas a la *admisibilidad del procedimiento* y las que se refieren a si son o no fundadas las pretensiones. Si la inadmisibilidad puede declararse de oficio se estructura un presupuesto procesal. Si es necesario que la parte lo pida, se hablará de un *impedimento procesal o de una excepción*. Es desde este momento cuando comienza una gran oscuridad en la doctrina distinguiendo categorías de defectos formales en atención a si tengan que ser pedidos en su declaración por las partes o si en cambio toda la forma del proceso se confíe al juez como uno de sus deberes poderes.

Modernamente no puede dudarse de que todo defecto del proceso que logre catalogarse como tal, como defecto de forma, regido por norma procesal imperativa, así sea que no se considere como los únicos a los presupuestos procesales, tiene que ser declarado de oficio por el juez. Esta declaración oficiosa se extiende en América, como regla general, también a las excepciones sustanciales o de fondo, entre las cuales solamente en relación con algunas se exige petición de la parte para su declaración. Son pues excepcionalmente dispositivas en Europa, en cambio consideran que la excepción sustancial tiene que ser alegada por la parte opositora, como un rezago tal vez de la concepción privada del proceso, y en consideración a que también ella es derecho sustancial debatido en el mismo, y quizás como un paralelismo o bilateralidad de correspondencia con la pretensión.

Las anteriores raíces históricas y las razones espaciales han influido en autores como Vescovi quien sigue considerando que algunos defectos del proceso tienen que ser alegados por las partes.

Hernando Devis Echandía, pese a la presentación que hace de la temática y de la distinción que establece entre presupuestos procesales y presupuestos materiales de la sentencia de fondo, como especies ambas de defectos formales, se deja influenciar por estas opiniones que se reseñaron y así, en veces, alude a algunos de los presupuestos materiales de la sentencia de fondo como a

4. Enrique Vescovi op. cit. p. 93.

5. Eduardo B. Carlos. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. Ejea. Buenos Aires, 1959, p. 292.

impedimentos procesales exigiendo muy veladamente la alegación, para ellos de la parte opositora (6).

También Adolfo Shonke habla de impedimentos y de presupuestos procesales, pero al paso que Rosenberg continuaba considerando los *impedimentos* como de naturaleza formal, a la par que Devis Echandía, Shonke los considera de naturaleza sustancial, a la par que Vescovi. Expresa que los impedimentos conciernen a la cuestión litigiosa y que por consiguiente se resuelven en la sentencia y agrega: "Se ha propuesto sustituir la designación de presupuestos procesales por otra. Como por ejemplo: 'presupuestos procesales de la demanda', 'presupuestos para que se constituya el pleito', 'presupuestos para una sentencia sobre el fondo', pero es preferible mantener la expresión generalizada porque las nuevas denominaciones son en parte también imprecisas y han conducido a errores de interpretación" (7). Es que para Shonke sólo son defectos de forma, propiamente tales, los presupuestos procesales; al paso que esa otra categoría de defectos formales que la doctrina conoce hoy como presupuestos materiales de la sentencia de fondo, categoría que puede entenderse sugerida por Rosenberg, como se vio, y que ha recibido una amplia tecnificación en la doctrina moderna, siguen siendo para Shonke, mero derecho sustancial. De Shonke hereda Devis Echandía el equívoco en que incurre de considerar que sea preciso alegar los presupuestos materiales de la sentencia de fondo para que puedan ser declarados por el juez. Recuérdese que en Europa la excepción sustancial tiene que ser alegada.

Se evidencia una gran discordancia doctrinaria sobre la materia. Desde Bulow, cuyo primer propósito fue el de erradicar de la doctrina ese término que venía haciendo carrera y que se mencionaba como *las excepciones formales*, las dilatorias del proceso romano canónico, las que se ventilaban ante el pretor en el proceso romano, *excepciones procesales*. Su idea entonces era precisamente esa de puntualizar como cualquier defecto que concierna a la relación procesal envolvente de la sustancial que subyace, tiene que ser declarado de oficio por el juez y como también no era acertado pensar que el defecto analizado sólo permitía un proceso de facto, porque el proceso, pese al vicio nace y necesita la declaración que el juez haga del defecto mismo.

6. Hernando Devis Echandía. *Compendio*. T. I.

7. Adolfo Shonke. *Derecho Procesal Civil*. BOSCH, 1950. P. 159.

Después de Bulow la doctrina empezó a descubrir otras categorías formales del proceso, tales cuales las denominadas *condiciones de admisibilidad a estudio de fondo de la pretensión*, denominación con la cual ofrece su elenco de requisitos de esta índole Luis Loreto. *O los presupuestos materiales de la sentencia de fondo* que constituyen una innovación del maestro Devis Echandía. Avanzando y sobre todo en el proceso penal se ve a la doctrina aludir a unos *requisitos del derecho de defensa*, como necesarios para garantizar un efectivo contradictorio correspondiente a la bilateralidad de la audiencia.

Las contrapartidas de los presupuestos procesales se conocen como excepciones procesales o formales, las de los presupuestos materiales de la sentencia de fondo, como excepciones mixtas y las deficiencias del derecho de defensa, con el nombre genérico de causas de nulidad. Todos los requisitos formales del proceso, como género corresponden al concepto prístino del *debido proceso*.

Clariá Olmedo ⁽⁸⁾ sostiene que a partir de la superación del ciclo histórico dentro del cual estuvo vigente la llamada "justicia por mano propia", es decir, cuando semejante "justicia", fue sustituida por la función jurisdiccional del Estado, como manifestación pública de su poder para la realización jurídica, la parte perseguida, el opositor, demandado o acusado, no sólo está en su derecho de proponer defensas de fondo sino que, también puede reaccionar en defensa de sus intereses atacados, "mediante una exigencia de garantía jurídica consistente en la tramitación de un proceso regular, y legal: consecuencia práctica de la aplicación del principio del juicio previo". Es por esto por lo que el supuesto deudor, una vez convertido en opositor, demandado o acusado, tiene el derecho de formular objeciones basadas en la inobservancia de los presupuestos procesales. Pese al significado y contenido transcrito, Clariá Olmedo clasifica tal defensa como una *excepción* y es este autor el padre del concepto de las *excepciones procesales* como enfrentadas o alineadas al lado de las *excepciones mixtas*.

Es que el esfuerzo de Bulow por borrar el concepto de la excepción formal para que las legislaciones en lo sucesivo aludieran apenas al concepto de *presupuestos*, no le fue fructífero. Las legislaciones continúan aludiendo a excepciones y nunca a presupuestos. Tal vez sólo el código de Panamá siga la orientación de

8. Clariá Olmedo. *Derecho Procesal* T. I. Editorial DEPALMA. Buenos Aires, 1982, p. 306.

Bulow y enliste presupuestos antes que excepciones. De esta manera conocemos en doctrina tres especies de *excepciones*: dos categorías, con incidencia procesal o formal y que corresponden, como la otra cara de la moneda a *presupuestos*, a saber: las excepciones procesales que corresponden con los presupuestos procesales y las excepciones mixtas que convienen a los presupuestos materiales de la sentencia de fondo. Y otra especie de excepciones, esa sí la verdadera y exacta excepción porque su naturaleza y sus efectos son sustanciales y es la denominada *excepción sustancial o de fondo o mérito*.

Sobre el asunto cabe anotar la distinción que hace Carnelutti en relación con las nociones que califica como *actos vinculantes y vinculados*: vinculante es el acto del cual depende la jurídica eficacia de otro que, por esta circunstancia, debe llamarse, vinculado. Los presupuestos procesales son actos vinculantes, son los hechos constitutivos del proceso como forma: "el presupuesto es un evento distinto del acto procesal y anterior al mismo, del cual depende, en todo o en parte, su eficacia" (9).

Como se venía esbozando, dentro del género: *requisitos formales del proceso*, la doctrina distingue hoy tres especies cuyas denominaciones pueden corresponder a las siguientes: A. *Presupuestos procesales*; B. *Presupuestos materiales de la sentencia de fondo*; y C. *Presupuestos de la bilateralidad de la audiencia*. Antes de intentar el estudio específico de la categoría de los presupuestos procesales, se impone un deslinde, así sea somero, de su naturaleza como enfrentada o confrontada con la de los otros dos enunciados defectos formales y a ello se procede.

En una explicación sucinta puede aseverarse que los presupuestos procesales responden a una estructura eminentemente procesal, formal, atisban tan sólo al proceso, con perfecta autonomía, aun desde el punto de vista lógico, con respecto al derecho sustancial debatido. Sin embargo, entre algunos que se enlistan como presupuestos procesales y otros que se especifican como materiales de la sentencia de fondo, se da más bien una confluencia, una tangencia, que no permite ese deslinde pleno, y a la postre se halla el teorizante tentado de borrar los linderos de las especies para considerar apenas el género: *requisitos formales del proceso*, con atisbo más bien a su posibilidad o imposibilidad de saneamiento en el mismo proceso, para regimenter así las consecuencias

9. Francesco Carnelutti. *Instituciones*. T. III, p. 48.

de la constatación del vicio. En una enunciación un tanto simple, no por simple menos exacta, estos presupuestos pueden enlistarse de la siguiente manera: jurisdicción, competencia, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso, demanda técnica, o debida identificación de la pretensión, trámite adecuado, no caducidad del plazo para presentar pretensión.

Desde el mismo ángulo de consideración puede entonces afirmarse que los presupuestos materiales de la sentencia de fondo se estructuren como categorías jurídicas de naturaleza compleja, muy vinculados al derecho sustancial, ubicados casi en sus fronteras, pero cuyos efectos son decididamente procesales porque su ausencia, de alguna manera impide el estudio de fondo de la pretensión, es óbice para que el juzgador examine el derecho sustancial debatido en el proceso, los extremos litigiosos, el litigio, entendido éste como relación sustancial subyacente. Así pueden enumerarse: legitimación en la causa, interés para obrar, ausencia de *litis pendentiae*, ausencia de conciliación, ausencia de transacción, ausencia de desistimiento de la pretensión, debida acumulación de pretensiones, ausencia de pacto arbitral. Se advierte sí, que dada la naturaleza umbrosamente sustancial de los institutos, esta enunciación no aspira a agotar el posible elenco.

Y todavía resta por definir así sea someramente, el tercero de los conceptos específicos enlistados: los presupuestos de la bilateralidad de la audiencia, para comprender que ellos vengán siendo señalados por el mismo principio general de derecho procesal, en su aspecto positivo, como todo cuanto concierne a la teoría de las notificaciones y a la posibilidad de defensa o contradicción, de tal manera que se asegure, que los actos, son aptos para cumplir la finalidad específica que les asigna la ley procesal y que sean conocidos por sus destinatarios, para que se garantice a las partes llamadas a desenvolver sus actividades en el proceso un efectivo contradictorio, un conocimiento adecuado de los actos de los diversos sujetos procesales, en las distintas oportunidades que el proceso va ofreciendo como necesariamente aprovechables, so pena de que la actividad confiada a la parte precluya. El principio predica que el juez no puede resolver una pretensión, si aquel en contra de quien ha sido propuesta no ha tenido oportunidad de ser oído en el proceso.

2. *Clasificación de los presupuestos procesales*

La doctrina tampoco es unánime alrededor de este tópico. Ya se vio a Shonke rechazar unas clasificaciones de los presupuestos procesales. Eduardo Pallares hace la siguiente enunciación de los presupuestos procesales: "Si el juez no es competente, si las partes carecen de capacidad procesal, si el juicio no se inicia por medio de demanda en forma, el proceso no se constituye válidamente" (10).

En Colombia, Hernando Morales, también reduce a cuatro los presupuestos procesales: competencia, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer en proceso y demanda en forma (11).

Cuando Enrique Véscovi alude a la categoría de los presupuestos procesales la expande a todas las situaciones y actos del proceso. *Presupuestos de:* la acción, de la pretensión, del proceso y de la sentencia (12). También Hernando Devis Echandía alude a los presupuestos procesales como referidos a las diversas instituciones, de la manera como pasa a enunciarse:

a. *Presupuestos procesales de la acción*

Según Devis, son presupuestos procesales de la acción, los requisitos necesarios para que pueda ejercitarse la acción válidamente y como tales enlista los siguientes: capacidad jurídica y capacidad procesal de la parte actora y su adecuada representación. Estos son los que Morales denomina capacidad para ser parte y capacidad para comparecer en proceso mirados desde el ángulo de la parte actora.

En segundo lugar Devis enlista el aspecto correspondiente a la investidura de juez que para Morales es lo atinente a la jurisdicción y competencia. El tercer presupuesto es para Hernando Devis, la calidad de abogado titulado de la persona que presenta la demanda. O sea, la postulación para pedir y en último lugar enlista la no caducidad de la acción.

10. Eduardo Pallares.

11. Hernando Morales.

12. Enrique Véscovi. Op. cit., p. 95.

Desde luego que la única novedad en relación con la postura de Hernando Morales es la que representa la introducción del presupuesto que denomina de la no caducidad de la acción. Otros doctrinantes, por ejemplo Clariá Olmedo, se refieren al mismo supuesto cuando enlistan las que denominan excepciones formales.

b. *Presupuestos procesales de la demanda, la denuncia o la querrela*

Se continúa siempre con la enunciación de Hernando Devis Echandía quien así define este primer presupuesto de la clasificación correspondiente: “que la demanda, denuncia o querrela sea formulada ante juez de la jurisdicción a que corresponde el asunto y que sea además competente”. Es evidente que alude a los presupuestos procesales de la jurisdicción y de la competencia, aun cuando se advierte una imprecisión técnica porque también se delinea una alusión al fenómeno de la competencia por materia cuando esa materia es un derecho sustancial autónomo o especializado y el engranaje estatal le ha proveído de un organismo jurisdiccional especializado como órgano diseñado horizontal y verticalmente, y es a ese fenómeno al que alude Devis como a “la jurisdicción a que corresponde el asunto”.

También en este grupo ubica por igual la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer en proceso, tanto desde el punto de vista del demandado como del demandante y engloba allí además el aspecto que corresponde al pago de la caución para obtener el decreto de las medidas cautelares previas haciendo alusión a ciertos prerequisites de la demanda, por ejemplo a ciertos requerimientos. Estos últimos los denomina condiciones de admisibilidad de fondo de la pretensión.

La nota común que asigna a este grupo de presupuestos, el maestro Devis, es la de ser necesarios para que se inicie el proceso y expresa que por tal circunstancia deben ser examinados por el juez antes de admitir la demanda.

También hace parte del grupo *la debida demanda* que exige el cumplimiento de los requisitos de forma y la presentación de los documentos que la ley exija. Es, en parte, el presupuesto procesal que Morales llama *demanda en forma*.

Una acotación crítica se impone para censurar a un científico del derecho procesal como es el maestro Devis, esa proclive alusión

en confuso maridaje a la *demanda* cuando en técnica, si alguna distinción cupiera entre estos requisitos de forma del proceso a los que se viene aludiendo como a *presupuestos procesales* sería la que distinguiera unos como abstractos y referidos a la acción y otros como concretos y supeditados a la pretensión. Es que ese desmenuzamiento que hacen Devis Echandía y Véscovi se muestra a la postre como inútil totalmente. Ni siquiera establece una diferencia de oportunidades de alegación, o mejor, de saneamiento del proceso que es en suma la finalidad primordial que debe perseguirse con este estudio para evitar el nefasto suceso que en buena parte ha contribuido al descrédito de la justicia y que se constituye por un pronunciamiento inhibitorio después de un largo, demasiado largo, período en que se ha desarrollado el inútil y anormal proceso, con elevados costos y desperdiciada actividad procesal.

Leo Rosenberg también alude a presupuestos procesales de la demanda, terminología aún más criticable en el padre del concepto de pretensión procesal. Sin embargo Rosenberg reflexiona expresando que en realidad ellos interesan al proceso en su totalidad y que por lo mismo es más técnico conservar aun para ellos el nombre de *presupuestos procesales* como los denominó su fundador Oscar Von Bulow.

c. *Presupuestos procesales del procedimiento*

Devis enlista bajo este común denominador las que suelen agrupar los códigos de procedimiento como las típicas causales de nulidad. Son, dice, los que deben cumplirse por el juez, una vez admitida la demanda o denuncia e iniciada la etapa preliminar del proceso con miras a constituir la relación jurídica procesal y a que continúe su curso, desarrollando y realizando las varias etapas que la ley ha señalado como necesarias para llegar a la meta final, la sentencia. Y enlista los siguientes: práctica de ciertas medidas preventivas, citación o emplazamiento de los demandados, o la debida notificación, auténtica causal de nulidad, la no perención de la instancia, el cumplimiento de términos, el seguimiento de la clase de procedimiento que corresponda o trámite adecuado. Todos ellos se consagran en los ordenamientos positivos como causales de nulidad. Alude un último presupuesto de esta estirpe y lo describe como *la ausencia de litis pendentia* o pleito pendiente, en relación con el cual anota que no es en realidad un presupuesto del proceso pero que lo encasilla allí porque la ley autoriza

al demandado para proponerlo como excepción previa; así mismo llama la atención sobre *la cláusula compromisoria*. Es pues, una mezcla de causales de nulidad y de excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Considera que la falta de estos presupuestos genera la nulidad del proceso y distingue, entonces, entre vicios saneables o presupuestos relativos o saneables y presupuestos absolutos o insubsanables. Es advertible cómo aparecen en la doctrina de los presupuestos procesales, mezclados, por lo menos tres conceptos que de alguna manera pueden alcanzar autonomía conceptual, si bien genéricamente responden a un concepto unitario, presupuestos procesales, excepciones formales y causales de nulidad, porque se concluya que la singularización de cada uno de ellos atañe simplemente al pronunciamiento formal en las diversas etapas del proceso.

Los presupuestos procesales agrega este autor, tienen la característica de ser revisables y exigibles de oficio por el juez en razón de estar vinculados a la validez del proceso; “esto no se aplica a los casos de *litispendentiae*, cosa juzgada, transacción, prescripción y desistimiento de proceso anterior, porque éstos no son verdaderos presupuestos procesales, *sino presupuestos materiales de la sentencia de fondo* y que el juez no puede declararlos ni examinarlos de oficio para la admisión de la demanda, aun cuando aparezcan en el expediente, sino como excepciones previas o en la sentencia” (13). No se comparte este criterio de Devis, en cuanto que todos los defectos formales son de oficioso pronunciamiento por el juez, con una aclaración no necesaria aunque sí aconsejable: cuando Devis enlista en el párrafo transcrito la “prescripción” ha de entenderse que se contrae es precisamente a la “caducidad”.

d. *Presupuestos materiales o sustanciales de la sentencia de fondo*

Cuando Hernando Devis Echandía explica su concepto, sobre el particular, expresa que son requisitos para que el juez pueda proveer de fondo o mérito en la sentencia y que su omisión determina sentencia de carácter inhibitorio. Como puede observarse, todos ellos guardan una referencia intrínseca con la pretensión. Los enlista de la siguiente manera: la legitimación en la

13. Hernando Devis Echandía. *Compendio*. T. I., p. 250.

causa, el interés sustancial para obrar, la debida acumulación de pretensiones. (Recuérdese que otros autores, como por ejemplo Hernando Morales consideran este último como un aspecto del presupuesto procesal de la debida demanda sin que le concedan autonomía como requisito singular). La enunciación de Devis continúa incluyendo como presupuestos materiales la ausencia de las denominadas excepciones de *litis finitae*: ausencia de cosa juzgada, de transacción, de desistimiento, de conciliación, de perención del proceso. Indica como razón para que éstos se consideren un presupuesto de la sentencia de fondo la de que el juez no pueda lógicamente resolver de nuevo algo que ya ha sido resuelto. Con igual apreciación se refiere a la *litispendentiae* y a la prejudicialidad.

Se comparte plenamente la concepción del doctrinante Devis, en cuanto a la puntualización de lo que ha de entenderse por presupuestos materiales de la sentencia de fondo. Presupuesto es algo que es necesario para el logro indicado: estos requisitos son necesarios para decidir de fondo o mérito. Ante la claridad meridiana con que el maestro Devis expone su teoría resulta incomprensible el fenómeno que vive el país cuando tergiversa totalmente el significado de la misma y sostiene, con la Corte Suprema de Justicia a la cabeza, que si falta uno de estos presupuestos se profiere una sentencia desestimatoria de la pretensión.

e. *Otras clasificaciones*

Véscovi habla de presupuestos de la acción, de la pretensión, del proceso, y de la sentencia... subdivisiones éstas inocuas en cuanto no entrañan relevancia consecuencial.

La consulta de las diferentes doctrinas permite deducir que son presupuestos procesales los siguientes: *jurisdicción y competencia, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer en proceso y debida postulación para pedir, debida demanda, no caducidad del plazo para presentar pretensión, trámite adecuado*. Cabe puntualizar acerca de la salvedad que se viene enunciando acerca de la tangencia específica que se dé entre algunos de los denominados presupuestos procesales y otros de los llamados presupuestos materiales, porque a la postre no se encuentre una diferencia que permita las clasificaciones diversas.

Procede la puntualización que hace Véscovi cuando anota que en Uruguay se ha decidido que el emplazamiento válido constituye

un presupuesto procesal, que si se echa de menos no hay proceso y lo actuado es nulo. Véase, como antes se enunciara, que pese a que el concepto de presupuestos procesales es un tema que se estudió desde los albores del derecho procesal científico y que se tuvo el empeño de deslindarlo de las excepciones procesales, sigue en confusa unión con ellas como con las nulidades.

Es importante la anotación de Vécovi en cuanto asegura que pueden señalarse algunos presupuestos procesales requeridos en forma especial para algunos procesos; así, en el proceso ejecutivo, será presupuesto procesal la existencia de un título ejecutivo; en el administrativo, el agotamiento de la vía gubernativa; en algunos procesos penales, lo será la instancia del ofendido.

Para Rosemberg, el momento decisivo para definir el asunto relativo a la falta de presupuestos procesales o la existencia de un impedimento, es el de la sentencia, más exactamente "el del último debate sobre los hechos" ⁽¹⁴⁾.

Sostiene este autor que el *orden* en que deben examinarse los presupuestos e impedimentos procesales resulta de la distinta importancia de las reglas sobre admisibilidad. Parece manifiesto que el estudio acerca de la regularidad de la demanda, ocupa el primer lugar. Luego viene lo relativo a la *competencia*, puesto que sólo el juez competente puede resolver sobre la admisibilidad del procedimiento en lo restante, después la litispendencia o la autoridad de la cosa juzgada, la jurisdicción nacional con respecto al demandado, la existencia de las partes, la capacidad para ser parte y la procesal o la representación legal antes que la facultad de gestión procesal. Luego ocupan su lugar los impedimentos procesales que son, a saber: la llamada excepción de compromiso ante tribunal arbitral, la excepción de falta de caución para responder por el pago de las costas, la excepción de falta de pago de éstas. A continuación, el estudio en torno a la admisibilidad del procedimiento elegido. Y por último, la necesidad de tutela jurídica particularmente el interés en la declaración que abre el paso para el examen de mérito de la controversia.

14. Rosemberg. Op. cit. T. II., p. 52.

3. *El despacho saneador*

Las legislaciones iberoamericanas, en sus códigos, no hacen referencia concreta a los presupuestos procesales pero toda su justicia aplica la teoría y produce jurisprudencia sobre la materia.

En los códigos de Portugal y de Brasil se incrusta la institución del *Despacho saneador*, recientemente introducido al Código de Procedimiento civil colombiano, que permite la verificación de la existencia de los presupuestos procesales en una etapa previa del proceso, denominada por Ayarragaray como de *inmaculación del proceso* y que corresponde al principio conocido con el mismo nombre. Este instituto es original del Código de Austria y muy parecido a la audiencia previa del sistema norteamericano; se combina frecuentemente con el intento de conciliación por parte del Tribunal. Cuando se estudie el tema de la excepción habrá de profundizarse acerca del concepto de *excepciones procesales* y su relación con los *presupuestos procesales*. Igual cuestión concierne ubicuamente al estudio y deslinde con las nulidades.

El juez de oficio y antes de admitir la demana debe examinar la presencia y satisfacción de esos cuatro requisitos. Si ellos no se cumplen debe abstenerse de iniciar proceso porque el que admittiere con tal defecto sería un proceso invalidable, un *procesò ineficaz*, que no puede conducir a un pronunciamiento en el fondo sobre el éxito o fracaso de la pretensión.

Si no obstante la pretermisión de todos o alguno de dichos requisitos, el juez inicia el proceso, la parte demandada puede reclamar su atención respecto del error en que ha incurrido por medio de las excepciones previas que se deben alegar en el momento mismo de la contestación de la demanda. Juega también aquí y no puede ser de otra manera la institución conocida en la doctrina como *el despacho saneador*, de acuerdo con la cual el Juez de oficio y como deber-poder, como función debe purificar el proceso de los defectos formales imperativos, aún en el evento de que no fueren alegados por las partes.

Pero si superada esta etapa de inmaculación, el proceso avanza hasta el momento de la sentencia, el juez deberá juzgar apenas el proceso mismo, su regularidad y proferirá un "fallo" formal, inhibiéndose para decidir en el fondo de la pretensión por falta del presupuesto procesal que faltare. Este pronunciamiento inhibitorio para decidir de mérito es apenas eso: una decisión formal

que no dice el derecho, no se pronuncia sobre él, no juzga, y por lo tanto no impide un nuevo proceso sobre la pretensión que no ha sido decidida. Colombia consagra esta decisión sobre la forma del proceso como una "sentencia" y así la denomina *sentencia inhibitoria*. Pero lógicamente tiene que abogarse por la supresión de tal denominación y categoría de la providencia respectiva, porque sentencia es solamente, en el sentido estricto de la palabra la que decide la pretensión, y esta providencia debe apenas convertirse y denominarse como lo que debe ser, como un auto que sanee el proceso si es que ello es posible, o aún, lo retrotraiga para sanearlo, o, lo termine, lo finiquite si es que no admite saneamiento. En Argentina este proveído se denomina *auto de reenvío*. Algunos presupuestos procesales se erigen, también, por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos positivos como causales de nulidad.

Es preciso anotar sin embargo que los conceptos que vienen exponiéndose, de acuerdo con los cuales en el desenvolvimiento del proceso y en una etapa que puede considerarse *previa* se deben debatir las cuestiones referentes a estos defectos formales, no han logrado penetrar en el proceso penal, que sigue siendo reactio a conceptos que, con poca fortuna, considera exclusivos del proceso civil. Sin embargo, y aun cuando se descienda de la teoría cabe elogiar el nuevo código de procedimiento penal colombiano que con la idea de estructurar unas causas de nulidad abarca con ellas, como con arquetipos cabalmente comprensivos la totalidad de los defectos de forma del proceso. De la misma manera es elogioso que no aluda a sentencias inhibitorias sino a autos de cesación del procedimiento cuando esos defectos serían imposibles de saneamiento en el proceso.

Iterando: es válido acotar que es tanta la repugnancia que suscita el fallo inhibitorio que, en otras latitudes, cualquier comprobación del defecto, aún después de culminadas las dos instancias, implica una nulidad de todo lo actuado pero no se profiere fallo de ninguna índole ni se pone término al proceso.

Es pertinente decir que en lo tocante al tema de los presupuestos materiales de la sentencia de fondo, existen dos posturas doctrinarias: la una pregona que tales presupuestos no lo son de la sentencia de fondo sino de la sentencia favorable porque entienden que cuando se decide sobre la legitimación en la causa y sobre interés sustancial, por ejemplo, se decide de mérito y no formalmente; así lo sostienen, entre otros, Véscovi, Hernando Morales y Chiovenda.

Una segunda corriente es la formal y a ella pertenece Hernando Devis Echandía, quien enseña que estos llamados presupuestos materiales de la sentencia de fondo están íntimamente ligados al derecho material discutido, pese a que sus efectos son formales y determinan un fallo formal que descansa en la falta del presupuesto, al paso que los presupuestos procesales se muestran del todo desvinculados del derecho sustancial debatido, a pesar de los múltiples y cambiantes aspectos del derecho material controvertido en el proceso: por ello, de éstos se pregona que son formales y de aquellos se afirma su condición de presupuestos materiales, aunque siempre inductores de un fallo meramente formal. Bien puede entonces agrupárseles en un gran género: el de los requisitos de forma del proceso.

4. *Los presupuestos procesales en el derecho penal*

Las opiniones siguientes son tomadas de Oderigo, (162). Se pueden apuntar dos posiciones doctrinales:

a) *La maximalista*: la relación procesal se constituye cuando se dan las condiciones necesarias para que el juez pueda resolver sobre el fondo del asunto planteado por el actor. Así las cosas, son presupuestos procesales las condiciones requeridas para que se pueda dictar una resolución sobre el fondo del asunto (Chiovenda principio I, 126).

b) *Minimalista*: se constituye cuando se dan las condiciones necesarias para que el juez pueda dictar resoluciones aunque éstas no se refieran al asunto de fondo. Serían presupuestos procesales las condiciones requeridas para que se puedan dictar resoluciones de alguna naturaleza.

El mismo Oderigo establece una distinción importante entre presupuestos procesales como presupuesto de la existencia de un proceso y los presupuestos de los actos procesales en particular, que son los que Devis Echandía y Vescovi han llamado presupuestos procesales del procedimiento, porque los defectos de un acto procesal particular invalidarían sólo a éste y a los demás que lo tuviesen como presupuesto.

15. Mario Oderigo, "*Derecho Procesal Penal*", p. 46.

Oderigo concibe el proceso como una empresa procesal y por eso establece que sus presupuestos coinciden con los de toda empresa: interés-organización-ideas-personas-cosas.

Giovanni Leone los denomina condiciones de procedibilidad⁽¹⁶⁾ y menciona entre ellos la querrela de parte interesada. En Florián⁽¹⁷⁾ se encuentra aceptada también, la noción consecuente con la postura de la unidad del proceso. Los doctrinantes de esta tendencia predicán que este concepto ha de ser aplicable igualmente a la relación formal que lleva en su seno la relación material *delito*. Dos corrientes, una tiene un criterio más limitativo: son inevitablemente taxativos: se enuncian como tales los de jurisdicción, los de capacidad y otros defectos formales como la prejudicialidad que indica la necesidad de que antes de continuar el proceso se resuelva por otro tribunal determinada situación jurídica que influye irremediabilmente sobre la decisión de la cuestión principal. La otra, como tendencia más estricta, estima que no existen diferencias.

Es importante relievár como una conquista, como ya antes se enunciara, cuanto realiza el código de procedimiento penal colombiano, cuando enlista como causales de nulidad del proceso, la totalidad de los defectos formales, en una consagración que abandona la casuística y acude a la categoría jurídica, otorgando por primera vez tratamiento uniforme a todos los requisitos formales del proceso y permitiendo a la ciencia procesal el desempeño de su tarea como regla de derecho, para la adecuación de la norma al caso concreto. El código hace entonces una consagración de categorías comprensivas a cabalidad de los posibles defectos formales del proceso y el intérprete, con el auxilio de la ciencia, engasta en cada una de ellas como en su arquetipo el defecto correspondiente. El método requiere si un intérprete sabio pero constituye un acierto innegable en la materia.

16. Giovanni Leone. "*Tratado de derecho procesal penal*". Trad. Santiago Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1963. T. I., p. 641.

17. Florián Eugenio. "*Elementos de derecho procesal penal*". Trad. L. Prieto Castro. Bosch, Barcelona, 1933, p. 75.

5. *Conclusión*

No existe unidad doctrinaria en torno a los presupuestos procesales. Es pensamiento común no obstante, que su ausencia es un defecto formal de entidad mayúscula que vicia el proceso y lo vuelve inepto para proferir fallo de fondo. Un tanto inútilmente, desde 1868 Von Bulow trata de deslindar este concepto de otro muy cercano, el de las excepciones, porque aún hoy ambas categorías continúan imbricadas y confundidas; tampoco se le aísla definitivamente del tema correspondiente a las causales de nulidad...

EDITORIAL
LEALON

Calle 56 (Zea) N° 52-72
Teléfono N° 511 31 58
Medellin - Colombia

Octubre de 1993