

TEMAS PROCESALES

21

octubre
1997

El debido proceso
Beatriz Quintero de Prieto

Hacia un replanteamiento de la teoría de los presupuestos procesales
Martín Agudelo Ramírez

El tema de decisión
Alberto Ceballos Velásquez

El denominado uso alternativo del derecho entendido como aplicación directa de los principios en el proceso jurisdiccional
Ideas críticas en torno a la temática
Andrés Prieto Quintero

Del interrogatorio de las partes
Alfonso García Sierra

De la libertad y sus restricciones
Jhon Jairo Ortiz Alzate

LIBRERIA JURIDICA
SÁNCHEZ R. LTDA.

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. 21 Octubre 1997

Revista del Centro de
Estudios De Derecho Procesal

Director

Andrés Orión Alvarez P.

Consejo de Redacción

José Fernando Ramírez G.

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

Rodrigo Velilla Gómez

Eugenio Prieto Mesa

Beatriz Quintero de Prieto

Alejandro Ochoa Botero

José Fernando Ramírez G.

Gilberto Martínez Rave

Alberto Ceballos Velásquez

Fernando Ossa Arbeláez

Alvaro Vargas

Alfonso García S.

Darío González Vásquez

Andrés Orión Alvarez P.

Juan Carlos Gaviria G.

Guillermo Montoya Pérez

Arturo Gómez Duque

Martín Agudelo Ramírez

Eugenio David Andrés Prieto Q.

Julía Victoria Montaña Bedoya

John Jairo Ortíz Alzate

Juan Guillermo Jaramillo

Edinson Múnera García

Mauricio Patiño Mariaca

TEMAS PROCESALES

Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal

- No. 21 (Octubre, 1997) Medellín, El Centro, 1997.
Anual hasta 1986, semestral a partir de 1987
ISSN 0120-8519
- DERECHO PROCESAL
Publicaciones Seriadadas El Centro

SUMARIO

- **EL DEBIDO PROCESO**
Beatriz Quintero de Prieto 5
- **HACIA UN REPLANTEAMIENTO
DE LA TEORIA DE LOS
PRESUPUESTOS PROCESALES**
Martín Agudelo Ramírez 41
- **EL TEMA DE DECISION**
Alberto Ceballos Velásquez 63
- **EL DENOMINADO USO ALTERNATIVO
DEL DERECHO ENTENDIDO COMO
APLICACION DIRECTA DE LOS
PRINCIPIOS EN EL
PROCESO JURISDICCIONAL**
ideas críticas en torno a la temática
Andrés Prieto Quintero 91
- **DEL INTERROGATORIO
DE LAS PARTES**
Alfonso García Sierra 103
- **DE LA LIBERTAD
Y SUS RESTRICCIONES**
John Jairo Ortiz Alzate 123

EL DEBIDO PROCESO

Beatriz Quintero de Prieto

El derecho procesal en Colombia ha venido experimentado una *capitis deminutio* notoria a causa de planteamientos tan simples como torpes que solamente ponen manifiesto la ignorancia que acerca del significado y naturaleza del derecho procesal aqueja a los abogados en general.

El derecho procesal es precisamente el desarrollo científico, filosófico, pragmático, jurídico, político y legislativo del principio constitucional del debido proceso.

En la vida tiene una importancia trascendental la forma como los jueces deciden los casos. Tal vez nadie pueda medir esta importancia hasta cuando por cualquier desafortunado avatar le corresponda desempeñarse como PARTE en un proceso. Es más temible y azaroso un juicio que cualquiera otro suceso. Los procesos penales son sí los más atemorizadores porque comprometen la libertad del hombre; pero son igualmente desastrosos los juicios civiles en cuanto en ellos se padezca injusticia y puedan arrastrar a la ruina, no ya moral sino económica. El dinero o la libertad, la dignidad, todos los valores de la persona se ven comprometidos en los procesos jurisdiccionales o administrativos.

2: La incursión del debido proceso en el ámbito de la filosofía

Desde esta perspectiva Colombiana que viene despojando al derecho procesal de importancia y trascendencia, se sugiere un traslado de la consideración al ámbito de la filosofía, por ejemplo, donde son precisamente las teorías procesales de la fundamentación de la moral, la ética y el derecho, las que hoy domeñan el panorama se hace esta sugerencia con propósitos definidos que van más allá de relieves la importancia de los procedimientos, como habrá de verse.

Uno de los ideales definitivos del derecho es la justicia. Immanuel Kant, el filósofo de la razón práctica, en sus tres críticas, presenta una construcción racional a la manera de un Tribunal: si hay idoneidad en el sujeto cognoscente, si hay pues competencia en el sentido fuerte, y si los mecanismos de procedimiento son los adecuados racionalmente, tiene que producirse la verdad, o la rectitud, o la belleza. En Kant existe un primer momento que corresponde a su concepto material, del tipo del derecho racional que concibe a la razón humana como autolegisladora, ya como razón instrumental, como capacidad de fines racionales o cálculo de medios, sea como razón práctica, es decir como capaz de captar principios éticos que la razón perciba como inmanentes. El elemento nuclear es el principio de generalización. Solo normas susceptibles de generalización son justificadas. Su más influyente formulación es el imperativo categórico que exige actuar solo conforme a máximas que puedan ser elevadas a principio fundante de una legislación universal. Los post kantianos, entre ellos Habermas y Rawls relieves ya decididamente el aspecto procesal de la generalización desde unas teorías procesales de la fundamentación de la justicia.

Estas TEORIAS PROCESALES DE LA JUSTICIA se dirigen a desarrollar procedimientos, cuyas condiciones y reglas deberán respetarse, cuando se quiere producir derecho justo o fundar racionalmente juicios de justicia. Algunas, se rigen por el modelo básico del procedimiento contractual y otras por el del procedimiento judicial. El modelo contractual se apoya en la idea de que lo correspondiente a cada uno se determina mediante

acuerdo de todos aquellos a los que les concierne. El modelo judicial se apoya en la idea de que en caso de conflicto hay una instancia neutral especialmente calificada que decide. Ambos conceptos incluyen otras ideas acerca de cuáles condiciones deben ser satisfechas en el proceso y cuáles reglas deben ser respetadas. En el modelo del contrato son condiciones y reglas sobre la capacidad de comprensión e igualdad de derechos de las partes, así como sobre la exclusión de la fuerza, la amenaza y el engaño. En el modelo judicial, condiciones y reglas sobre la calificación, independencia, imparcialidad y ausencia de prejuicios del juez, lo mismo que sobre su obligación de posibilitar la audiencia como expresión a todos los posibles participantes del proceso, y darles oportunidades iguales.

Son las teorías de LA ARGUMENTACION DE LA JUSTICIA y las de LA DECISION DE LA JUSTICIA.

LAS TEORIAS DE LA ARGUMENTACION DE LA JUSTICIA se enderezan a elaborar condiciones y reglas de un discurso racional en el cual se puede lograr un acuerdo, consenso, razonable sobre lo que es justo y lo que es injusto. Son condiciones y reglas de una discusión clara, informada, libre de prejuicios y dispuesta a una inversión de papeles. La fuerza de estas teorías que no se limitan a la justicia sino que se extienden al campo ético en general radica en que han formulado las condiciones que posibilitan una comprensión racional en problemas éticos con un grado elevado de acierto y plausibilidad.¹ Su debilidad estriba en que las reglas y condiciones exigidas solo son realizables aproximadamente y de allí resulta un residuo irracional, insuprimible en la práctica.

En un sendero similar se encuentra a Habermas.²

LAS TEORIAS DECISIONISTAS DE LA JUSTICIA se dirigen a elaborar condiciones y reglas según las cuales un sujeto individual puede encontrar una decisión racional y aceptable para todo lo que es justo e injusto. La más discutida internacio-

1 Roberto Alexi "Teoría de la argumentación jurídica". "La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica". Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.

2 J. Habermas "Teoría de la acción comunitaria". Madrid 1987 - Taurus- "Betewern Facts And Normas". "Morale, diritto e politica".

nalmente es la de Jhon Rawls³, quien confiesa que su teoría es una interpretación procesal del imperativo categórico.

Se sostiene que LA TEORIA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL ES UNA TEORIA DE LA JUSTICIA PROCESAL-MATERIAL. La Constitución ordena la génesis del derecho y lo hace de dos maneras: 1º regulando ciertas materias de manera directa y 2º determinando qué órganos y con cuáles procedimientos se regularán las materias que ella no ha regulado; por eso se hace referencia a la Constitución como fuente de derecho y norma reguladora de las fuentes de derecho. Una de las tareas esenciales de la Constitución es disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas, determinando cuáles órganos pueden producirlas, cuáles son los mecanismos de producción y las relaciones que se den entre esas fuentes por razón de jerarquía o de competencia. La teoría es en realidad una teoría procesal porque formula condiciones y reglas del procedimiento legislativo, administrativo y judicial como la mejor garantía posible contra abusos e injusticias. Y cuando se dice que es material, es porque en el Estado Constitucional la garantía de los derechos y toda la principalística que en ella se contiene significan límites para los tres poderes estatales también como normatividad irradiante. Nótese sin embargo, que ese alinderamiento es apenas otro aspecto procesal como precisión de las relaciones que se dan entre las fuentes por razón de jerarquía.

Subsiste la pregunta, acerca de cómo se compagina una concepción pluralista de la sociedad con una fundamentación procesal de la justicia y con la tesis Kelseniana, Wittgensteniana y Feyerabendiana del relativismo valorativo, según la cual, problemas éticos y con ellos problemas de justicia, serían racionalmente indecidibles. Estas últimas convicciones valorativas no serían susceptibles de conocimiento sino de fe, sobre su realización decida la lucha del poder y de las opiniones.

Se admite que en el campo de los enunciados concretos: qué es lo justo y lo injusto, en la esfera de las teorías materiales de justicia se han dado y se dan contradicciones difícilmente superables. Pero es indudable el mérito que corresponde a

3 John Rawls "Teoría de la justicia". Fondo de Cultura Económica, 1a. edición e inglés 1971.

las teorías procesales de fundamentación de la justicia. Ellas hacen claro que la tesis relativista no ha sido refutada por completo, pero sí relativizada. La posibilidad de decidir racionalmente problemas éticos no se puede, en el actual estado de la discusión, aprobar ni negar plenamente. Pero estas teorías sí otorgan precisión acerca de qué condiciones deben ser cumplidas cuando se discuten y deben resolverse racionalmente problemas éticos. Estas condiciones (sobre todo: claridad, informatividad, ausencia de prejuicios y disponibilidad de identificación) son, como se dijo, realizables solo aproximadamente; pero las posibilidades de su cumplimiento pueden ser mejoradas y de conformidad con este aserto puede hablarse hoy de diferentes grados de relatividad en los juicios de valor.

Las anteriores presentaciones no tenían solo el modesto objetivo de puntualizar que hasta la filosofía moderna de la razón práctica ha apelado al debido proceso para lograr alguna aproximación que descarte una buena dosis de irracionalidad en el raciocinio jurídico moral y ético y que la actitud de los grandes filósofos contrasta con las posturas de nuestros máximos organismos que menosprecian los procedimientos, cuando de producir el derecho concreto, como caso juzgado, se trata; este no era el único propósito. Se buscaba también, desde el énfasis que se hizo acerca de la postura correspondiente al Estado Constitucional, ampliarle horizontes al debido proceso, con la sugerencia de que el ámbito en el cual tiene que desplegar su fuerza irradiadora el principio del debido proceso se identifica con la producción del derecho legítimo. Esta es su vinculación con la idea de las fuentes y todo cede en tercer propósito, tercero tan solo en la cronología expositiva apunta a la idea de que lo que a la postre se va producir con el debido proceso, es muy probablemente el derecho justo pero que dado el divorcio que se establece entre la facticidad y el anhelo, el logro que se obtiene como acto del operador jurídico y de las condiciones ideales del procedimiento, deja un margen de derecho injusto de una magnitud que ni siquiera puede dimensionarse. La idea no es negativa porque a la postre la búsqueda de las condiciones ideales del proceso es meta heurística que alienta.

3. Las repercusiones irradiantes de las ideas constitucionales atinentes a las formas del Estado y la sociedad

Se pasa ahora a hacer una presentación que enfoque la temática, en el cuadro de las ideas fundamentales de nuestro ESTADO CONSTITUCIONAL, que es apenas la reproducción del que se viene gestando en la Europa de la segunda post guerra, Alemania, Italia, España. No se pretende decir nada nuevo. Es solo el conjunto lo que se intenta destacar porque de esa visión general se obtiene una idea del derecho, también del derecho procesal que exige una profunda renovación de numerosos conceptos que constituyen la nueva atmósfera que debemos respirar hoy los abogados.

3:1: La sociedad plural

Hay una primera idea que corresponde al derrumbamiento del Estado Hegeliano. Deja de ser el super Estado. De la revolución francesa se dijo que había cambiado el culto al rey por el culto a la ley. De nuestra Constitución de 1991 se puede decir que cambió el culto al Estado por el culto a la Constitución. La Constitución es la plataforma de partida, que representa la garantía de legitimidad para la sociedad plural. Es una Constitución democrática en una época caracterizada por el pluralismo. La asunción del pluralismo en una constitución democrática significa una propuesta de soluciones y de coexistencias posibles: UN COMPROMISO DE LAS POSIBILIDADES. Una convivencia dúctil construida sobre el pluralismo y las interdependencias, adversa a cualquier ideal de imposición por la fuerza. Cada principio, en cuanto tiene que coexistir con otros principios, se asume con un carácter ajeno a la noción de absoluto. No hay un principio que prevalezca sino varios que imperan simultáneamente. Los jueces tienen que realizar la aplicación de los principios aunque aparezcan discrepantes por medio de soluciones prácticas que los combinen y acumulen, que sean en fin el reflejo de un desarrollo conjunto de los principios constitucionales.

La convivencia humana es algo pragmático, no es un asunto de puro pensamiento abstracto. Los juristas inflexibles y sin

matices no se compadecen con la constitución actual. No hay campo para los rigorismos extremos. EL DERECHO ha sufrido una transformación esencial indudable.

Desde la concepción de una República pluralista, que está ya irradiando normativamente flexibilidad, la idea de Estado de Derecho significa un énfasis adicional en la exigencia de ductibilidad jurídica precisamente porque solo de este modo puede buscarse la justicia. La seguridad jurídica exige rigidez pero la justicia reclama ductilidad. Y es esa tensionante encrucijada la que plantea nuestra Constitución de 1991 como revolución copernicana del concepto del derecho.

3.2. El Estado Constitucional

El Estado de derecho representó históricamente, en sus comienzos uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales y consistió en la primacía de la ley sobre la administración, la jurisdicción y los ciudadanos. Era el Estado legislativo que se afirmaba por medio del principio de legalidad. En él el derecho se reducía a la ley como única fuente directa del mismo. Sin embargo, aún en esos comienzos, hubo diferencia entre nuestro Estado legal y el Estado legal del common law.

La ley inglesa ha armonizado, siempre más, con una concepción jurisdiccional que política. El parlamento inglés tuvo su origen en los consejos que el rey consultaba para mejorar el derecho existente. La consulta venía motivada por los malos resultados del common law en los casos concretos. Podía pues hablarse de una función intermedia entre la legislación y el juicio. El Parlamento se podía considerar como un tribunal de justicia. Y el procedimiento parlamentario se establecía sobre el modelo judicial y en ambos casos regía la exigencia del "due process of law" que implicaba la garantía para todas las partes y para todas las posiciones, de poder hacer valer las propias razones: *audiatur altera pars*, en procedimientos imparciales. Para el rule of law, el desarrollo del derecho es y ha sido siempre un proceso inacabado, abierto históricamente: el derecho se origina desde experiencias sociales concretas. En cambio, en la Europa continental el derecho concebido exclusivamente

como ley, ha tenido la forma de un sistema en el que a partir de premisas se extraen consecuencias derivadas de principios. En el rule of law el estímulo para el desarrollo del derecho proviene de la constatación de la insuficiencia del derecho existente; de la prueba de su injusticia en un caso concreto. En cambio en la concepción de la ley como derecho, que es la que subyace entre nosotros hasta 1991, el ideal es el de una justicia abstracta. La preocupación por la injusticia le da realidad al rule of law. La tendencia a esa justicia abstracta es la que aleja al Estado legal continental de los casos concretos. La generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho anterior a nuestro Estado Constitucional. General y abstracta: destinada a valer indefinidamente, formulada mediante supuestos de hecho abstractos para garantizar la estabilidad del orden jurídico, la certeza y previsibilidad de las decisiones. Estos conceptos por lo demás son los que caracterizan y apoyan un régimen que se impregna consciente o inconscientemente de la filosofía del positivismo jurídico.⁴

Además del derecho contenido en la ley, las constituciones proveen de un derecho de rango más alto, dotado de fuerza obligatoria para todos los estamentos. Es, pues, una noción de derecho que ya no coincide con la del positivismo puro, para el cual el derecho es la ley y solo la ley. Esa instancia más alta asume la función de mantener unidas y en paz, las sociedades plurales. **LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SON LOS QUE ASEGURAN LA UNIDAD DEL DERECHO.**

La primera de las grandes tareas de las Constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley como regla establecida por el legislador y **LOS DERECHOS HUMANOS**, y los principios de justicia como pretensiones subjetivas válidas por sí mismas con independencia de la ley. Derechos que conciernen al hombre como tal; **NO AL HOMBRE EN CUANTO ENTABLA RELACIONES JURIDICAS PARTICULARES CON OTROS HOMBRES**, como por ejemplo relaciones contractuales. De los derechos fundamentales y de los principios de justicia se ocupa el derecho constitucional, y de los demás derechos, la ley.

⁴ Gustavo Zagrebelsky "El derecho dúctil". Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta, Madrid 1995, pág. 24.

Son dos vertientes de la experiencia jurídica que se hallan en tensión: la ley que expresa los intereses, las intenciones, los programas de los grupos políticos mayoritarios y LOS DERECHOS HUMANOS y los principios de justicia como derechos inviolables, directamente atribuidos desde la Constitución, como patrimonio jurídico de sus titulares, con independencia de la ley.

3.2.A: El derecho por principios

Con la palabra NORMA se indica que algo deba ser o producirse; que un hombre deba comportarse de determinada manera. En esa noción genérica se pueden englobar reglas y principios. Las normas legislativas son prevalentemente reglas mientras que las normas constitucionales sobre derechos humanos y sobre justicia son prevalentemente principios. Las reglas se agotan en sí mismas; no tienen fuerza irradiativa fuera de lo que ellas mismas significan.

Las fórmulas de principios son a menudo expresiones un tanto banales, producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano, que remiten a tradiciones históricas que deben ser entendidas en su propio ethos. A las reglas se OBEDECE, a los principios se ADHIERE, y por eso hay que conocer las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras remiten. Las reglas proporcionan el criterio de nuestras acciones; nos dicen como debemos, podemos, o no debemos ni podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas y las consecuencias que, de operarse el supuesto, se seguirán. Los principios no nos dicen nada a este respecto directamente, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias de adhesión y apoyo al caso concreto o de disenso y repulsa hacia él. Carecen de supuesto de hecho. SOLO SE LES PUEDE DAR ALGUN SIGNIFICADO OPERATIVO HACIENDOLOS REACCIONAR ANTE ALGUN CASO CONCRETO; su significado no puede determinarse en abstracto, sino solo en los casos concretos y solo en ellos se puede entender su alcance.⁵

5 Gustavo Zagrebelsky, op. Cit. P. 118.

Solo las reglas pueden ser observadas y aplicadas mediante el silogismo judicial si no contradicen los principios. Cuando los contradicen, entra a jugar la fuerza irradiante y ésta de los principios requiere que entonces, porque la realidad exige de nosotros una reacción, que se torne posición ante un caso concreto de conformidad con ellos. Así penetran los principios aún en la actividad jurisdiccional común. Esta es la manera como el cambio estructural del derecho comporta consecuencias para los jueces comunes. Sin sacrificar la exigencia de certeza y de previsibilidad de las decisiones judiciales pero se mira más a la realidad del caso concreto, buscando la solución justa.

Los principios establecidos por la Constitución no son derecho natural. Constituyen la cristalización del intento de positivizar lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural: LA DETERMINACION DE LA JUSTICIA Y DE LOS DERECHOS HUMANOS. La Constitución es la máxima de todas las creaciones políticas y no el simple reflejo de un orden natural. En el máximo nivel del ordenamiento jurídico se opera entonces una positivización de contenidos morales históricos.

Los principios son normas que condicionan el desarrollo de todas las demás normas y conservan su función perfeccionadora del ordenamiento jurídico; operan cuando las otras normas no están en condición de desarrollar su función reguladora; sirven para superar las dudas interpretativas; colman lagunas y resuelven contradicciones, pero además ELLOS MISMOS SON CRITERIOS DE VALOR DE LA REALIDAD. El derecho es una progresión cuantitativa que busca lo más apropiado; ES UNA DECISION PRUDENTE, RAZONABLE. Se procuran y se aprecian las soluciones dúctiles que puedan tomar en consideración todas las razones que logren reivindicar muchos buenos principios en su favor. Se tiene que asegurar la paz a una sociedad plural.

LA PLURALIDAD DE LOS PRINCIPIOS consiste en que no se estructuran según una jerarquía. No hay una ciencia de la articulación de los principios sino una prudencia en su ponderación. Se ha buscado formalizar procedimientos lógicos para esa ponderación con desalentadores resultados. Tal vez la de

la OPTIMIZACION sea la única regla formal de la que quepa hablar.⁶ OPTIMIZACION DE TODOS LOS PRINCIPIOS COMO BUSQUEDA DE UN RESULTADO, PERO ALCANZARLO ES CUESTION PRACTICA Y MATERIAL.

El derecho se concibe como una disciplina práctica y el juez tiene que ponerse al servicio de dos señores: la ley y la realidad. El caso tiene que entenderse dentro de una norma y la norma como referida al caso.

El caso para el juez es un acontecimiento problemático que plantea la cuestión de cómo resolverlo en términos jurídicos.

Hay que entender el sentido del caso, es decir, cómo se conecta con el resultado social dentro del contexto cultural y objetivo en que se desarrolla. COMPRENDER EL CASO ES CATEGORIZARLO COMO SENTIDO Y VALOR. No puede prescindirse de la lógica del caso; el caso cambia con las categorizaciones de sentido y de valor y exige nuevas reglas. Es razonable la categorización de los hechos que toma en cuenta todos los principios implicados.

3:2.B: El llamado uso alternativo del derecho

Este fue un intento de la Europa de 1970 por derivar directamente de los principios constitucionales reglas aplicables en sede judicial como alternativa a las establecidas por el legislador. Hoy se admite que el principio cualifique el caso con su fuerza irradiante para buscar la ley. Pero el uso alternativo del derecho pretende categorizar el caso desde el principio y desde él mismo, el juez deberá crear la ley sin que haya espacio para el legislador. El uso alternativo del derecho así concebido significa pues un nuevo legislador y por eso se rechaza en nuestro ámbito.

Es evidente que con la Constitución de 1991 los jueces entran en juego con un protagonismo superior al que tenían y ello acerca nuestra cultura jurídica a la del common law y nos sitúa en una encrucijada, que es un lugar peligroso y exige

6 Robert Alexy. "Teoría de los derechos fundamentales". P. 86. - Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Versión Castellana de Ernesto Garzón Valdés.

preparación y prudencia para superarla. Es preciso enfrentar los cambios copernicanos que la Constitución de 1991 significa en nuestro derecho. Enfrentarlos buscando soluciones racionales sin sobresaltos ni precipitaciones con un ánimo de apertura y de progreso sí, pero de inmensa prudencia.

3:2:C: El Drittwirkung der Grundrechte

Un fenómeno fronterizo a este del uso alternativo del derecho se halla en la doctrina alemana de EL DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE. Es el tema de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales y plantea también la necesidad de un análisis de las relaciones del derecho constitucional con el derecho sustancial legal. El choque puede presentarse especialmente en cuanto cualquiera de los derechos fundamentales o las ideas de justicia Constitucionales se encuentre en colisión con ese campo amplio de la autonomía de la voluntad privada. La libertad, la igualdad y la independencia, eran los supuestos a priori del estatuto jurídico de la constitución clásica (Kant) que permitía la separación tajante entre el Estado y la Sociedad. La mejor garantía de esos derechos, que se consideraban absolutos, consistía en ampliar al máximo la esfera de la autonomía de la voluntad privada y por lo tanto restringir al máximo la acción del Estado. El concepto del DRITTWIRKUNG como eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales y de los principios Constitucionales de justicia, es teoría también alemana que busca defender la eficacia de los derechos fundamentales en el derecho privado; es decir, en las relaciones jurídicas interprivatos; paulatinamente, la doctrina se dio cuenta de que, si bien algunos derechos (por ejemplo LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, el derecho de petición), en principio, parecía que solo pudieran ser ejercitados en las relaciones verticales con el poder público, otros si pueden obtener una eficacia horizontal en las relaciones particulares como sentido de su fuerza irradiante. En esta concepción hay una tangencia con la idea del USO ALTERNATIVO DEL DERECHO.

No se ahonda en la problemática porque este trabajo no es el ámbito adecuado para hacerlo. Al final, y ya con dirección exclusiva hacia el principio del debido proceso, se regresará sobre estas ideas. Por lo pronto permitase tan solo puntualizar

que, ante las dificultades de magnitud que sugerencias como las del uso alternativo del derecho y el *Drittwirkung* entrañan, frente a los moldes usuales de nuestra aplicación del derecho en los procesos jurisdiccionales, la doctrina alemana logra esa protección del derecho fundamental en el ámbito de las relaciones interpersonales del derecho contractual interponiendo tutela contra las sentencias violatorias del respectivo derecho fundamental. Según esta doctrina el juez constitucional examina si el juez jurisdiccional ha juzgado con acierto el alcance y el efecto de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho legal; examina EL EFECTO DE IRRADIACION y hace valer también el principio constitucional. Sobre la temática, Robert Alexy en su "teoría de los derechos fundamentales" tiene soluciones de hondo contenido.⁷

Se han hecho pues hasta este momento acotaciones acerca del significado que les corresponde como a verdaderos principios con fuerza irradiante desde la Constitución a las ideas de una democracia pluralista y de un Estado Constitucional como desarrollo y subsiguiente estadio, él mismo, del antiguo Estado legal de derecho. Estado de derecho y estado constitucional no se contraponen. Este es la etapa superior de aquél. Cabe entonces formular algunas consideraciones en torno al significado que sigue conservando el Estado Constitucional como estadio último del Estado de derecho y que es una puntualización de la teoría procesal de la validez del derecho.

La validez del derecho, la idea de la pertenencia de normas al ordenamiento, se obtiene constatando la adecuación de cada norma o los criterios constitucionales formales y materiales. Esto es lo que se viene denominando por Peces Barba,⁸ un POSITIVISMO ETICO, O CORREGIDO.

Las normas básicas de identificación están fundamentalmente en la Constitución como normas de competencia, de criterios de validez, normas de producción de normas, que permiten una construcción sistemática del ordenamiento y que son la referencia de su unidad. La norma básica material que incorpora la dimensión de la moralidad aparece exclusivamente

7 Robert Alexy. "Teoría de los derechos fundamentales".

8 Gregorio Peces Barba. Epilogo al libro "El derecho dúctil", op. P. 168.

en la constitución como su núcleo esencial en forma de principios de organización y de derechos fundamentales y establece los criterios sobre los contenidos, sobre los límites de creación de todas las normas inferiores; ofrece también una guía para la aplicación y la interpretación de los legisladores y los jueces.

La norma básica tiene dos dimensiones: una formal, que comprende los criterios formales de validez ORGANOS Y PROCEDIMIENTOS y otra material que comprende los criterios materiales de validez, pero que a la postre es mero procedimiento, como respeto por la normatividad de la jerarquía de las partes.

3:3: El significado Constitucional de la cláusula de Estado Social

El modelo de Estado social debe ser entendido como una continuación del Estado liberal sin que se produzca una ruptura con esta forma de Estado. Se identifica el Estado liberal con el rechazo al intervencionismo en las relaciones sociales, que se dejan al libre juego de la autonomía de la voluntad privada, es decir, del mercado. Acerca del Estado social se sabe que la fórmula se materializa interviniendo el sector público en los procesos sociales, realizando la función de PROCURA EXISTENCIAL, pero esta es una fórmula vaga. Es consustancial a la naturaleza de esta forma de estado, su indefinición en el aspecto terminológico porque en su seno se pretende conseguir un equilibrio entre la libertad y la igualdad. Ese equilibrio está en permanente tensión y es susceptible de diferentes interpretaciones como corresponde también a un sistema político basado en la democracia pluralista.

La cláusula "SOCIAL" añadida al Estado, no afecta a su estructura sino a sus fines, es decir, el Estado asume nuevas tareas, como por ejemplo, salud, educación, vivienda, orden público, seguridad, que no sustituyen sino que complementan las antiguas. Se pretende proteger a los sectores sociales menos favorecidos a través de una determinada forma de actuar de los poderes públicos. En veces, sin embargo, significa precisamente la exigencia de un cambio de actitud que corresponda a la nueva dirección reclamada.

Entre nosotros también la fórmula del Estado social se halla reconocida a nivel constitucional. Los tres postulados: ESTADO PLURAL, ESTADO DE DERECHO o ESTADO CONSTITUCIONAL Y ESTADO SOCIAL que definen la forma del Estado Colombiano, son principios jurídicos. El cometido de la cláusula "social", como orientadora de la actuación del Estado, indica que la acción pública debe tender a la reducción de la desigualdad social.

El principio constitucional, ESTADO SOCIAL como todo principio, debe tener un contenido mínimo que exige ser preservado inclusive frente al legislador y que debe ser extraído de la conexión de dicho principio con otros principios constitucionales, en una interpretación ponderada y optimizante.

La teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social no concibe al hombre como sujeto aislado sino como miembro activo de una sociedad plural en la cual se pretende que todos los ciudadanos puedan gozar en condiciones de igualdad de una libertad efectiva. Así se amplían los derechos fundamentales con los de contenido económico, social y cultural que en virtud del componente igualitario que les impregna, obligan a actitudes Estatales, de conformidad con la adhesión al respectivo principio.

Desde su primer artículo la Constitución Colombiana está demarcando políticas procesales, verdaderos principios que obligan normativamente. COLOMBIA ES UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO ORGANIZADO EN FORMA DE REPUBLICA UNITARIA DEMOCRATICA, PARTICIPATIVA Y PLURALISTA.

Se retorna a la idea del Estado social, contraria al *laissez faire laissez passaire* para indicar que ella concibe a la jurisdicción como UN SERVICIO PUBLICO, al proceso como un proceso público, todo proceso, también el civil, y que borra de plano la imagen de un juez convidado de piedra, o de un proceso privado porque todo proceso tiene un fin público, la solución de los conflictos para alcanzar la paz social. Desde esta cláusula del Estado social pues, se le están trazando derroteros al juez, como corresponde al principio constitucional del JUEZ DIRECTOR DEL PROCESO, del juez PROTAGONISTA DEL PROCESO.

De contera, se indican los mojones definitivos con respecto a los cuales se impone esa idea SOCIAL DEL PROCESO: El juez tiene que vigilar la forma del proceso oficiosamente: tiene que acudir al Despacho Saneador para lograr que en cada momento el proceso que es apenas un instrumento para conseguir la solución del conflicto, sea como la mejor de las maquinarias al efecto, como la herramienta mejor concebida y preparada. El juez tiene que vigilar oficiosamente la ETICA DEL PROCESO. Y tiene que procurar en fin, que en el proceso la verdad real coincida con la verdad formal, para que su decisión no sea un hazme reír ni una farsa que en vez de lograr el objetivo de conseguir la paz social, suscite burla, desasiego y protesta.

Otras implicaciones de la idea de ESTADO SOCIAL se verán más adelante cuando se aborde la temática de la TUTELA EFECTIVA.

3:4: Otras ideas Constitucionales con influencia procesal

Acerca del CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO se hicieron puntualizaciones según las cuales esta idea encuentra su fuerza de irradiación en el ámbito procesal, como pauta de búsqueda de justicia, porque si la legalidad proporciona seguridad jurídica es insuficiente dado que la actividad creadora de derecho tiene que acoplarse también al logro de la justicia. Recuérdese que el concepto de lo jurídico se amplía para recibir como norma no solo a la regla sino también al principio. Es aquí donde encuentran apoyo constitucional fundamental esas ideas que antes se expusieron, concernientes a la lógica del caso concreto, a la lógica situacional, a la consideración valorativa del caso, que necesariamente deban preceder a la búsqueda de la regla, como norma aplicable.

La consagración que realiza la Constitución de Colombia de que ella es una República unitaria tan solo ratifica la forma de organización jurídico política prevaleciente desde 1886, pero que conserva incidencia en el ámbito de validez espacial de la norma procesal. El sistema unitario se adopta por oposición a la forma federativa. Y no solo se conserva sino que también excluye otra normatividad procesal paralela en el ámbito nacio-

nal. La coexistencia pues de dos o más ordenamientos procesales en Colombia tiene que disponerse de conformidad con una subordinación de los demás tolerados, al Estatal. El ordenamiento procesal religioso, o el indígena, por ejemplo.

LA FORMA REPUBLICANA de gobierno implica la separación de los poderes del Estado. Su incidencia sobre el derecho procesal se concreta en la concepción de un órgano jurisdiccional INDEPENDIENTE y de la función jurisdiccional como una función exclusiva e imperativa. Las ideas vienen desde 1748 cuando hizo su aparición EL ESPÍRITU DE LAS LEYES DE MONTESQUIEU, obra en la cual el autor sistematiza la división de poderes con expresiones que corresponden a la idea de que si los poderes se reúnen en las mismas personas ó en el mismo ORGANO, NO HAY LIBERTAD. El Estado republicano tiene que impedir la concentración, absoluta y totalitaria de las funciones en un solo órgano o en una rama. Si el ejecutivo administra justicia se violenta este principio constitucional. Apenas como mera inquietud, se deja la compaginación de lo dicho, con el artículo 116 de la constitución que permite en su inciso tercero que la ley atribuya función jurisdiccional a autoridades administrativas. Ese acápite indudablemente se inspira en regímenes facistas. En Chile, por ejemplo, existe todo un organismo administrativo ejerciendo jurisdicción y su denominación corresponde a la de POLICIA JURISDICCIONAL.

DEMOCRACIA. Hoy democracia es libertad en pluralismo. Parecería una paradoja que en procura y garantía de la LIBERTAD hubiera surgido el núcleo constitucional del debido proceso que condensa en su meollo la exigencia de la forma procesal.

Tradicionalmente se han señalado como las garantías democráticas del derecho procesal, las de las preeminencia de la CONSTITUCION y la del debido proceso. Son las formas garantes de la libertad por excelencia.

La idea de la constitución normativa acentúa de manera peculiar estas garantías en especial la de la PREEMINENCIA DE LA CONSTITUCION. Pero es que en ese camino ya se venía avanzando. Se daban entre nosotros el habeas corpus, la acción pública de inexequibilidad, la inaplicabilidad aunque con

restricciones y los controles constitucionales previos de cierta categoría de normas. La Constitución del 91 hace su irrupción explosiva. Son ella misma y sus principios, normas de aplicación directa. Hay una Corte Constitucional que lleva su jurisprudencia a tal extremo que deja de ser legislador negativo para convertirse en permanente legislador constituyente positivo; instituye el mecanismo de la acción de tutela, de las acciones populares y de grupo, de la acción de cumplimiento. Todo eso integra esa garantía de la preeminencia de la Constitución, tan desarrollada en Colombia, al menos como dogma, a la par que en las democracias europeas, posteriores a la segunda post guerra, Alemania, España, Italia.

Y es garantía procesal esa preeminencia de la Constitución porque, como disciplina de la forma de producción de las normas jurídicas, es derecho para el derecho. Recuérdense a Keisen. Es procesal lo que regula la producción y la aplicación del derecho: es la concepción dinámica del derecho, que demarca la competencia, instituye el operador jurídico y señala los procedimientos de verificación. Consagra las normas de verificación del derecho.

4. *La garantía del debido proceso en el artículo 29 de la Constitución Colombiana*

Esta garantía encuentra su consagración concentrada en el artículo 29 de la Constitución Colombiana si bien, como se dijera, su comprensión plena exija una visión sistemática de los principios constitucionales procesales.

El artículo 29 de la Constitución tiene el siguiente tenor: "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-. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable-. Toda persona se presume inocente mientras no se le 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, duran-

te la investigación y el juzgamiento; a 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".

Este artículo corresponde al 24 de la Constitución Española. Se transcribe su texto: "Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. -2. Así mismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a conocer cualquier acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. -La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

Son varios los propósitos que se tienen cuando se trae a cuento el texto del artículo 24 de la Constitución Española.

Un primer propósito atisba a evidenciar que el texto de nuestro artículo 29, reviste un clasicismo importante porque desde él mismo, se están trazando las vertientes definitivas de la garantía Constitucional del debido proceso, como viene conformándose en su ethos histórico, desde Juan sin tierra. El meollo de la garantía, el núcleo contentivo de su esencia, obedece a un ámbito cabalmente definido porque tiene un corpus histórico diseñado en el decurso de varios siglos. Ese corpus, ese núcleo se puede enunciar así: "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". Los demás agregados son adhalas del precepto, que en algunos casos cumplen la función de elevar a principio lo que de otra manera hubiera carecido de significado axiológico para permanecer en el plano legal de la conveniencia y de la posibilidad de escogencia en una directriz bifronte. Esa complejidad del artículo 29 es de todas

maneras una forma tolerante y abierta, un ágōra pará que el pueblo cante a la libertad y aunque a renglón seguido la misma constitución abra compuertas para que la ley establezca apartamientos circunstanciales, aún en estos eventos, puede afirmarse que la consagración constitucional tiene algún sentido de fuerza superior al de la mera regla legal y que la excepción tan solo podrá justificarse si ella misma encuentra apoyo en otro principio constitucional poderado circunstancialmente.

4:1: El núcleo del debido proceso

Este meollo, este cuerpo que se viene de delimitar encuentra su desarrollo en doctrinas milenarias. Conviene hacer alguna referencia a las mismas por breve que sea. El derecho común en Inglaterra, common law, se formó y desarrolló en torno a los parámetros básicos de la LIBERTAD, la SEGURIDAD, y la PROPIEDAD. Las normas referentes a su respeto obligaban también a la autoridad. Cuando el rey las desconocía se suscitaban rebeliones y el triunfo del pueblo se hacía constar en bills o cartas que, como documentos públicos, emitía el soberano; en ellos se fueron consignando los derechos fundamentales del individuo.

A principios del siglo XIII los barones ingleses obligaron a Juan sin tierra a suscribir la MAGNA CARTA LIBERATUM, 79 capítulos que enumeran garantías, las mismas que se han convertido en el catálogo moderno de las libertades. El capítulo 46 consagra la garantía del debido proceso en términos similares a los siguientes: "NINGUN HOMBRE LIBRE PUEDE SER ARRESTADO... EXPULSADO... SINO DE ACUERDO CON LA LEY DE LA TIERRA Y MEDIANTE JUICIO DE PARES. Ley de tierra: lex terrae: las leyes sustanciales y procesales del common law: en razón de una causa jurídica suficientemente permitida por el derecho consuetudinario y con las formas propias, también consagradas en ellas. Ley preexistente al acto que se imputa y plenitud de formas propias del juicio. Y MEDIANTE EL JUICIO DE PARES: juez competente. JUEZ NATURAL. Juez con jurisdicción.

El meollo pues del debido proceso se desenvuelve en dos ideas: LEGALIDAD DEL JUEZ y LEGALIDAD DE LA AUDIENCIA.

LEGALIDAD DEL JUEZ: juez natural: el preconstituido de antemano por la ley procesal para ese conocimiento, en abstracto, porque cualquier designación ad hoc del juez es contraria al debido proceso. Juez con jurisdicción desde la Constitución misma porque la falta de jurisdicción entraña inexistencia. Juez competente.

LEGALIDAD DE LA AUDIENCIA: esta idea se escinde a su vez en dos principios fundamentales: EL DE LA BILATERALIDAD DE LA AUDIENCIA O DERECHO DE DEFENSA O PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO y EL DE LA LEGALIDAD DE LAS FORMAS como exigencia instrumental de las formas estructurales del proceso, es decir de esas que le permiten constituirse como el instrumento o la herramienta adecuada para crear el derecho.

La quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos itera la idea: NADIE SERA PRIVADO DE LA VIDA, LA LIBERTAD O LA PROPIEDAD SIN EL DEBIDO PROCESO LEGAL. Y desde entonces el "due process of law" aún así mencionado, entraña, al menos en esencia, esas dos ideas de la legalidad del juez y de la legalidad de la audiencia.

4:1:A: La garantía de la legalidad de la audiencia

No se hacen apuntaciones en torno a la garantía de la legalidad del juez, de su independencia, de su exclusividad y obligatoriedad, del derecho al juez jurisdiccional, del derecho al juez natural, de la competencia, porque el espacio es enemigo implacable. La garantía de la legalidad de la audiencia como se dijera, se desdobra en dos principios procesales y por ende normativos.

El principio de la bilateralidad de la audiencia. Este principio se conoce también con el nombre de principio del contradictorio o derecho de defensa. Significa que un juez no puede decidir una pretensión si aquel en contra de quien ha sido propuesta no ha tenido oportunidad de ser oído... **Su enunciación como apotegma corresponde a la siguiente:** AUDIATUR ALTERA PARS. **Y su expresión popular:** NADIE PUEDE SER CONDENADO SIN HABER SIDO OIDO.

Inviolabilidad de la defensa en el juicio, que tiene que ser garantizada como POSIBILIDAD y que ante la consideración de la esencial bilateralidad del proceso implica el tratamiento igualitario de los litigantes. De ambas partes, de tal manera que éstas en el proceso gocen de idénticas y recíprocas oportunidades de ataque y de defensa. Es el aforismo: NON DEBET ACTORE LICERE QUOD REO NON PERMITTUR, en igualdad de circunstancias. De esta manera el derecho de defensa o derecho de audiencia corresponde por igual al actor y al opositor, a la parte demandante y al demandado, al acusador y al acusado.

Las actividades procesales en las cuales se plasma el derecho de defensa son: la debida notificación, las oportunidades de defensa y ataque concebidas en perfecto paralelismo: en el proceso una parte ataca y la otra se defiende pero su defensa tiene que estructurarse a la vez como ataque. La defensa que no permite contraatacar no es defensa: el que no avanza retrocede. Las posibilidades pues de excepcionar, de pedir pruebas, de contradecirlas, de alegar, de recurrir, la exigencia de la debida representación como representación legal o voluntaria... Como representación judicial y defensa técnica, la capacidad para comparecer en proceso como legitimación procesal y como debida postulación para pedir.

4:1:B: El principio del formalismo o de legalidad de las formas

Este principio complementa con el anterior la garantía de la legalidad de la audiencia, ambos como desarrollo de la expresión constitucional de que nadie puede ser juzgado sino con la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Este principio entiende que las formas estructurales del proceso tienen que corresponder, en su esencia, a su fin, que no es diverso al de permitir un procesamiento del derecho litigioso adecuado que procure la obtención de la sentencia justa: es decir de la norma sustancial concreta que en el devenir regirá la situación que antes era conflictiva, con el sello de la cosa juzgada. Son formas estructurales del proceso LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y LOS PRESUPUESTOS MATERIA-

LES DE LA SENTENCIA DE FONDO, entre los cuales por lo demás no existe diferencia esencial.

5. *El debido proceso como derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*

Tal vez desde el artículo 24 de la Constitución Española que entrega el contexto del debido proceso con esa terminología: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión" y desde la doctrina y la jurisprudencia también españolas que han dado cuerpo bien importante a esta presentación del debido proceso, ya en Colombia se han producido, por lo menos en los Tribunales (el de Medellín), sentencias que han tutelado el derecho fundamental del debido proceso en una concepción que corresponde a esta: una tutela efectiva.

La violación del derecho a la tutela efectiva, se produce por lo general en el seno de un proceso en el que la víctima de la violación de un derecho fundamental se enfrenta a una contraparte, munidas ambas de apoderados y por ante un juez.

JESUS GONZÁLEZ PEREZ⁹, autor Español en materia procesal, constitucional y administrativa, en su monografía *EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL* desarrolla esta temática. De ese desarrollo, o en referencia con él, uno pudiera anticipar que significa una correlación del debido proceso con el derecho de acción y también con el precepto que se contiene en nuestro polémico y malentendido artículo 228, que manda la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones de la administración de justicia.

El derecho a una efectiva tutela jurisdiccional es el derecho fundamental de toda persona a presentar una pretensión o a resistirla y a que la jurisdicción adelante un debido proceso que culmine con una sentencia. Que todo el que crea tener derecho a algo, pueda acudir a un órgano estatal que le atienda, verificando su razón, y en su caso, haciendo efectivo el derecho.

9 Jesús González Pérez. "El derecho a la tutela jurisdiccional", Civitas 1a. edición 1984.

Algunos autores Españoles hacen derivar el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional del principio del ESTADO SOCIAL DEL DERECHO. Pienso que es una compaginación del debido proceso, del derecho de acción y de la cláusula -principio del Estado Social. Ese es precisamente el derecho de acción en su concepción moderna: el derecho a exigir el despliegue de la tutela jurisdiccional: a exigir la prestación de jurisdicción; y se tiene tanto por el actor como por el opositor. Es un derecho fundante de la totalidad de los actos procesales encomendados a las partes en el proceso y reclama la prestación efectiva del ejercicio jurisdiccional: el adelantamiento de un debido proceso que culmine con sentencia.

Nuestro artículo 229 de la Constitución tiene este tenor: "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en que casos podrá hacerlo sin la representación de su abogado".

Es una pauta que por lo demás viene marcando el derrotero del proceso del futuro. Es una meta, es algo heurístico todavía, pero hay que caminar hacia ello. En una sociedad cada vez más compleja, el derecho procesal debe funcionar de una manera más accesible, humana, rápida y eficaz para que toda persona pueda hacer valer sus derechos. En todo el mundo se hacen esfuerzos para conseguir este objetivo. Que no seamos nosotros la excepción.

El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, en el contexto de un proceso, con unas garantías mínimas. Cabe entender esa idea de justicia de acuerdo con las más modernas teorías fundantes del concepto, como teorías procesales débiles: operador jurídico apto, y procedimientos de verificación, adecuados. Es el derecho de acceso a un proceso no desnaturalizado que pueda cumplir su misión de satisfacer las pretensiones que se formulen. Y es aquí donde juega el artículo 228: un proceso en que el juez, so pretexto de formas vacías o defectos inexistentes, en la relación procesal, no deje de proporcionar la tutela efectiva. Esto, sin embargo, no supone un derecho a obtener una sentencia favorable y ni siquiera una sentencia en cuanto al fondo.

Siendo como es un DERECHO FUNDAMENTAL, su aplicación es directa y permite al juez darle libre juego en el proceso para abatir normas reglas procesales que lo contradigan. Puede uno también pensar, para evitar polémicas que el juez simplemente inaplique la norma regla, ante el choque que le significa enfrentarla al principio. O, todavía otra alternativa: ponderar principios en la situación fáctica concreta cuando se valore el caso.

EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA, es la posibilidad de obtener una resolución fundada en derecho que dé respuesta a lo que la pretensión plantea. Se viola este derecho cuando un órgano jurisdiccional se niega a pronunciarse sobre algunos extremos con pretextos irracionales.

El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos: en el acceso a la justicia; una vez en ella, que sea posible la defensa y la solución en un plazo razonable. Dictada la sentencia, exige la plena efectividad de sus pronunciamientos. ACCESO A LA JURISDICCION, PROCESO DEBIDO Y EFICACIA DE LA SENTENCIA.

5:1: El acceso a la jurisdicción

Un derecho constitucional solamente puede limitarse en aras de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido.

LA FUNCION JURISDICCIONAL CORRESPONDE UNICAMENTE AL ORGANO JURISDICCIONAL. Esa es una meta. Un ideal. El principio de exclusividad deja por fuera la atribución de funciones jurisdiccionales al poder ejecutivo o al legislativo o a otro órgano diverso del jurisdiccional. La constitución admite excepciones. En algunas constituciones como la Alemana y la Italiana se proclama que NADIE PUEDE SER SUSTRADO A SUS JUECES JURISDICCIONALES. Se prohíbe pues cualquier tribunal de excepción. Entre nosotros debería presentarse por lo menos como posibilidad de elección que se entregara al justiciable para exigir si a bien lo tiene el conocimiento de su conflicto por el juez jurisdiccional, como alternativa frente al Tribunal Especial.

5:1: A: Que no se obstaculice el acceso a la jurisdicción

Que las leyes prevean determinadas circunstancias como requisitos o presupuestos para que el Tribunal ante el que se formula una pretensión pueda pronunciarse sobre el fondo, no supone de suyo un atentado al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva porque el derecho puede y tiene que supeditarse a requisitos procesales racionales. Lo que se exige es que el requisito sea racional y que el juez haga una aplicación racional del mismo. NO SON VALIDOS LOS OBSTACULOS PROCESALES QUE SEAN PRODUCTO DE UN INNECESARIO FORMALISMO Y QUE NO SE COMPAGINEN CON EL DERECHO A LA JUSTICIA.

5:1:B: Este proceso puede enfrentarse inclusive a la ley procesal

Una correcta aplicación de este derecho a la tutela judicial efectiva tiene que conducir inexorablemente a la derogación de leyes que consagran ciertos requisitos irracionales y a la interpretación de todas ellas en el sentido más favorable a la admisibilidad. Porque constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que pueden estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las cuales se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas a los principios constitucionales, siendo en definitiva el juicio de proporcionalidad y optimización el que resulta trascendente.

En el proceso contencioso administrativo, por ejemplo, muchos de estos requisitos han garantizado inmunidad a los entes públicos, como son las exigencias de cauciones o consignaciones para ser oído o para recurrir. El agotamiento de la vía administrativa... LOS COSTOS DE LOS PROCESOS... El costo de los honorarios... se aboga por un servicio social de abogacía estatal y gratuito... Seguro obligatorio de justicia.

5:2: Segunda fase: El proceso debido

La tutela jurisdiccional efectiva no se logra por la sola admisión de la pretensión y la emisión de una sentencia. Se de-

ben dar las condiciones esenciales del debido proceso. LEGALIDAD DEL JUEZ Y LEGALIDAD DE LA AUDIENCIA. La primera de estas garantías es la garantía del juez natural.

Para mantener este principio se dá otro, el de la INMODIFICABILIDAD DE LA COMPETENCIA.

Derecho a la asistencia de letrado

El derecho de defensa

materializado en todos los actos procesales que antes se enunciaron y también en atención a la igualdad de las partes en el proceso: en el proceso las partes tienen que gozar de idénticas y recíprocas oportunidades de ataque y de defensa.

Presunción de inocencia

En torno a ella se ha discutido profusamente acerca de su ámbito de operancia; si se reduce o no al campo del proceso penal. En España, por ejemplo, no se duda en extenderlo al ámbito administrativo. Entendida en su significado restrictivo es válida para todo el ámbito jurídico. Nadie puede ser considerado culpable sin sentencia que así lo consagre. Otras interpretaciones son las que se vuelven problemáticas: las presunciones de responsabilidad, por ejemplo, como inversiones de la carga de la prueba, las confesiones fictas o presuntas, los allanamientos o desistimientos presumidos por inasistencia a las audiencias... En todos estos eventos es clara la inoperancia en el ámbito del derecho sustancial imperativo, y circunstancialmente valorable en los demás campos de la autonomía de la voluntad privada; es que a la postre la confesión es un acto que dispone del derecho litigioso.

5:2:A: El derecho a impugnar la sentencia condenatoria

Este texto del artículo 29 sugeriría que la apelación, o mejor, la doble instancia como posibilidad recursiva constitutiva del derecho de defensa, se hubiere vuelto un principio con fuerza normativa en nuestra Constitución. Se sabe que al respecto la doctrina está dividida entre los que a toda costa propugnan por

el proceso célere y la limitación a una instancia en lo posible y quienes como ADA PELLEGRINI sostienen que la posibilidad de la doble instancia es un principio de derecho procesal que engasta en una idea democrática de Estado. Sin embargo cuando se avanza y se lee el artículo 31 de nuestra Constitución cuyo texto dice: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley" queda tan solo la idea de una firmeza que corresponde al concepto de que el legislador, primero, no podrá invertir los términos en el sentido de hacer taxativa la apelación de sentencias y segundo, que no podrá restringir la apelación sino en consideración a otro principio constitucional que circunstancialmente así lo apoye. Y es apenas elemental pensar sobre el particular que en un Estado social, ese principio no puede ser el de un insignificante contenido económico. Sobre el particular es notoria la desazón que muchas sentencias de única instancia producen entre nosotros con el agravante de que ellas se elaboran precisamente por los jueces de menor rango y están desprovistas de cualquier posibilidad de impugnación.

5:2:B: El proceso público

Así lo dice el art. 29: se tiene derecho a un proceso público. El art. 228 repite que las actuaciones de la administración de justicia deben ser públicas con las excepciones que establezca la ley. Una publicidad más o menos amplia reglamentada circunstancialmente, es admitida universalmente. Por ejemplo, la reserva de la etapa sumarial. O la de los procesos de familia. O la de las medidas cautelares previas. En la idea del juez sin rostro, se dice que se han ponderado derechos: el derecho al proceso público y el derecho a la vida del juez y que también circunstancialmente, se le ha dado mayor peso a este último.

Algunos aspectos de publicidad como la motivación de las sentencias y de los autos interlocutorios y la contradicción de la prueba, no se ve, sin embargo como pudieran excepcionarse.

Por lo demás, esta idea del proceso público está reclamando la política de una dirección heurística hacia el proceso ORAL. Porque es este el que mejor permite la publicidad a que se as-

pira. Bien se sabe que paradójicamente, hoy, se regresa hacia el modelo del proceso romano clásico: ORAL PUBLICO CONTRADICHO Y DISPOSITIVO aún cuando en este último aspecto compaginando la tendencia con la idea del juez director del proceso que, como ya antes se mencionó, es consecuencia ineludible del concepto o principio o cláusula de ESTADO SOCIAL.

Se tiene derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas

Es el principio de la economía procesal. La lentitud es uno de los males endémicos de nuestro proceso. La gravedad de la situación concreta que hace referencia a este derecho fundamental es de tal índole que no necesita presentación diversa al sentimiento de cada quien.

5:3: Efectividad de la sentencia

Hace referencia este acápite a la efectividad del mandato que se contiene en la sentencia. A su ejecución espontánea u obligada.

La sentencia susceptible de ser ejecutada es la sentencia cognoscitiva estimatoria de la pretensión. Las sentencias merodeclarativas y constitutivas se ejecutan por medio de actos administrativos registratoriales. Es pues una hipostasis entre el juez que dirige la ejecución y el registrador o notario o encargado del registro público que ejecuta los actos administrativos. Las discrepancias imponen la voluntad del juez. Las sentencias de condena penal se cumplen igualmente de una manera hipostasiada entre el IMPEC y los jueces penales de ejecución. Las sentencias de condena civiles, laborales, contencioso administrativas se cumplen por medio del proceso ejecutivo jurisdiccional a menos que hayan alcanzado ejecución espontánea. Cómo puede ser pues ser constitucional el que deba suspenderse la ejecución de algunas sentencias contra el Estado? o el que no puedan hacerse valer en su contra medidas cautelares?

6. *El debido proceso como tutela jurisdiccional efectiva y su protección como derecho fundamental*

Porque este es un derecho fundamental, indudablemente participa de la protección reforzada de la acción de tutela. Sin embargo, la protección de este derecho en tutela ofrece peculiaridades problemáticas dado su mismo contenido y en especial por la circunstancia de que en la gran mayoría de los casos su vulneración se producirá en un proceso y por parte del órgano jurisdiccional. También podrá provenir la lesión de un órgano administrativo como habrá de analizarse más en detalle a continuación. En cualquiera de los dos eventos, la protección de este derecho en acción de tutela es problemática porque significará un cruce, una invariación con la sanción de NULIDAD que se consagra por las leyes precisamente como consecuencia de la vulneración de las ideas fundamentales del debido proceso, ya en los ámbitos de un proceso concreto.

Las ideas fundamentales del debido proceso como ya se ha dicho, son: A) LEGALIDAD DEL JUEZ: juez natural, jurisdicción y competencia.- B) LEGALIDAD DE LA AUDIENCIA: derecho de defensa y cualquiera de sus vulneraciones produce nulidad en el proceso mismo en donde se opere. Presupuestos procesales y presupuestos materiales, o lo que es lo mismo formas estructurales del proceso, cuyas violaciones significan también consecuencias de ineficacia o invalidez del proceso. Y todo ello debería estar trazado por el legislador de una manera tan adecuada que no fuera preciso recurrir al remedio de tutela. Pero en la práctica ocurren dos cosas: primero, que el legislador procesal nuestro se queda corto y desueto, lleno de formas inútiles y ausente de las necesarias. LOS CODIGOS ESTAN PIDIENDO una adecuación a las ideas constitucionales. Y el otro aspecto es el error humano del juez, posible aún en el ámbito jurídico más exquisitamente concebido.

6:1: Posible protección frente a leyes

Si una ley infringe el principio constitucional del debido proceso será una ley inconstitucional y por ende INAPLICABLE.

Se podría igualmente acudir a la denominada acción de inexequibilidad.

Pero ante la aplicación que un juez haga en un proceso jurisdiccional de una ley inconstitucional que por ende se considere inaplicable y que así se haya manifestado aunque inútilmente al juez, PROCEDE LA ACCION DE TUTELA. Estas son amplitudes de la jurisprudencia Española que tarde o temprano irrumpirán en Colombia.

6:2: Posible protección frente a sentencias o actos jurisdiccionales

Mucho se ha discutido sobre la procedencia de la acción de tutela cuando el acto de autoridad que vulnera el derecho fundamental en general y el debido proceso en particular es un acto jurisdiccional, auto o sentencia. Hay una primera idea y es la que corresponde al aspecto lexicográfico según el cual los actos de autoridad concebidos genéricamente no excluyen los actos de juez. El asunto ha sido especialmente problemático. Inicialmente el decreto ley 2591, que debió ser una ley estatutaria tal vez, de acuerdo con el artículo 152 de la Constitución porque trazó el procedimiento de la acción de tutela, se preocupó por delimitar parámetros concernientes a la competencia, plazos de caducidad, y, en fin, otras exigencias procesales atinentes al debate en tutela de reclamos en contra de actos jurisdiccionales. Posteriormente la H. Corte Constitucional entendió que la tutela no procedía en contra de tales actos porque ellos debían impugnarse en el proceso en donde se producían, por los mecanismos que allí mismo se trazaban. Esta postura es tal vez heurística. Allá debería llegarse en lo posible cuando las leyes y los jueces alcanzaran un grado importante de equilibrio de justicia. Sin embargo y ante la realidad cruda de injusticias groseras, la H. Corte reversó en su postura y expresó que procedía la tutela cuando la voluntad del juez se plasmaba de manera tan grosera que hacía imposible pensar siquiera en la existencia de un acto jurisdiccional. De esta manera las acciones de tutela en contra de "actos jurisdiccionales" proliferan, con el agravante de que habiéndose declarado inexequibles los preceptos procesales que servían como cauces adecuados para tal conocimiento, se dan hoy absurdos de tal naturaleza como que un juez civil municipal pudiera conocer en tutela de una providencia ejecutoriada, de un magistrado penal de la H. Corte Suprema de Justicia.

Hay aspectos especialmente complejos en este conocimiento en tutela de los actos jurisdiccionales. Por ejemplo, el que corresponde a la ausencia de contradicción efectiva que revista el procedimiento de tutela. El juez de tutela, de este modo resultaría condenando a la contraparté de quien propone la tutela sin oírlo. Por eso España por ejemplo pide que la VIOLACION TENGA QUE SER IMPUTADA DE MANERA DIRECTA E INMEDIATA AL JUEZ y que la decisión del juez de tutela no pueda jamás significar una decisión del conflicto intersubjetivo que se constituye como litigio subyacente del proceso en donde se dice violado este derecho fundamental porque ese es el fenómeno del solapamiento que desde todo punto de vista encuentra rechazo. El juez de tutela tan solo puede remover el obstáculo al derecho fundamental: poner las condiciones para que el derecho a la tutela efectiva se ejerza, pero jamás puede tomar decisiones sustanciales, es decir referidas a una definición del aspecto material conflictivo, como relación interpersonal diversa del derecho fundamental.

6:3: La acción de tutela contra sentencias y la cosa juzgada

La primera distinción que es preciso hacer cuando se pretende desenvolver esta temática es la que corresponde a la escisión entre la mera inimpugnabilidad, así no se sabe que tan propiamente llamada COSA JUZGADA FORMAL y la consideración esencial de la cosa juzgada, como excepcional prerrogativa de crear un derecho sustancial concreto que se plasme como el caso juzgado. El caso juzgado es un acto jurídico sustancial concreto, una norma concreta que reglamenta la situación que antes era controvertida. Es un nuevo derecho que nace como resultado del ejercicio de la jurisdicción. La inmodificabilidad es pues un aspecto de la cosa juzgada pero su esencial matiz es la nueva norma concreta que se crea por el juez. El caso juzgado entra entonces en el sistema jurídico como una nueva regla de derecho sustancial, aunque concreta.

La inmodificabilidad de la decisión de juez busca ante todo otorgar certeza jurídica. Llegaría un momento en las decisiones judiciales en el que serían inimpugnables en pro de la certeza jurídica y aún cuando la justicia tuviera que ser sacrificada

da. En ese punto ya toda discusión sobre la justicia o injusticia del pronunciamiento es inútil. En ese punto lo que está decidido es el derecho.

A la sentencia injusta se la traza como remedio un sistema de impugnaciones. Esas impugnaciones cuando se producen y prosperan en el mismo seno del órgano jurisdiccional pueden cambiar el caso juzgado. La tutela es una impugnación por fuera de la jurisdicción y por lo mismo no puede cambiar el caso juzgado sino simplemente disponer que se juzgue de nuevo por violación del debido proceso y ya con la observancia plena del mismo. Hasta ahí no hay mayor problema. El problema se acentúa cuando se trata de que el juez de tutela decida que la sentencia vulnera otro derecho fundamental diverso de este del debido proceso y que por consiguiente entienda que ese caso juzgado tiene que cambiarse en su sustancia porque entonces se plantea una pura intromisión de la Corte Constitucional o del organismo constitucional que no puede cumplir una función que no le compete: decidir el conflicto intersubjetivo de intereses caracterizado por la pretensión resistida con el sello de la cosa juzgada, CREANDO LA NORMA CONCRETA regidora de la situación conflictiva. No. El juez constitucional no es el operador jurídico que pueda crear ese derecho sustancial. La solución es la misma que en el evento anterior: el fallo de tutela solo puede remover el obstáculo que enerve el derecho fundamental pero no puede decidir el conflicto inter partes. Puede inclusive ordenar al juez jurisdiccional que pondere principios, que valore el caso a la luz de la fuerza irradiante de los principios, pero jamás puede realizar él esa ponderación definitiva que produzca un CASO JUZGADO. Es ilustrativo otra vez Alexy cuando en la obra ya aludida sobre derechos fundamentales y presentando la temática de Drittwirkung o tutela efectiva de los derechos fundamentales, aúnen las relaciones particulares, presenta argumentos acerca de como puede lograrse la objetivación del derecho fundamental para protegerlo sin tocar el derecho legal inter partes¹⁰.

10 Robert Alexy. "Teoría de los derechos fundamentales". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés.

7: El debido proceso administrativo

Nuestro artículo 29 comienza con la expresión siguiente: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

Hay un entendimiento muy importante en este texto constitucional, referido a los alcances del derecho procesal. El derecho procesal se constituye por todas las normas de verificación del derecho. Cada producción de derecho tiene que cumplirse de acuerdo con las normas de verificación de su legitimidad: capacidad y competencia del operador jurídico y procedimiento que se le trace. La Constitución es la manifestación primera de la normatividad y para su producción como derecho se trazan normas procesales, es decir, hay un debido proceso. La ley es la norma regla y su operador jurídico normal es el legislativo y cabe igual acotación. Hay un derecho que se crea por los particulares en el lindero de la autonomía de la voluntad privada como negociación del conflicto, y esa creación obedece a normas precisas de competencia y procedimiento. La sentencia se produce por el operador jurídico Juez de acuerdo con el debido proceso. El acto administrativo se produce por operador jurídico funcionario administrativo y este artículo 29 está exigiendo que se haga de acuerdo con un proceso debido.

Acorde con esta idea, el código contencioso administrativo decreto 1 de 1984, por disposición del artículo 1º se aplica a la actividad que se origina con miras a producir un acto administrativo. Estos preceptos vinieron a llenar el vacío que se daba y que imposibilitaba cumplir con el artículo 29 cuando las leyes especiales no trazaban el procedimiento administrativo para la producción del acto administrativo. La noción da idea de que se cumplen actos procesales anteriores a la producción del acto administrativo. Ese procedimiento administrativo por lo demás se traza en los primeros capítulos atendiendo a la idea de las que se constituyen como las etapas fundamentales de un proceso a saber: fijación del aspecto conflictivo, PRUEBAS, ALEGACIONES y DECISION.

Estos actos procesales pues, deben realizarse antes de la expedición del acto administrativo que luego gozará de los recursos pertinentes en la vía gubernativa y finalmente podrá ser debatido por ante lo contencioso administrativo.

8: El debido proceso en las relaciones de la sociedad civil

Solo como inquietud puede proyectarse este cuestionamiento acerca de la explosión del principio, para extenderse como derecho fundamental en su significado al operador competente o capaz, y la posibilidad de alegación y demostración defensible en tutela aún en las relaciones o normatividad de las acciones de la sociedad civil, con consecuencias jurídicas.

8: Conclusión

Sucede con esta temática como con la cosa juzgada. O mejor, cabría parodiar a Wittgenstein: en algún punto se debe comenzar y en algún punto se debe terminar. Así, contextualmente. Con Jesús González Pérez también se podría definir categóricamente la garantía: LA GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO ES LA GARANTIA DEL JUEZ BUENO, INDEPENDIENTE, IMPARCIAL, SABIO, JUSTO, TRABAJADOR. Carnelutti anticipándose a la época y al significado mismo del Estado Constitucional, mencionaba al juez como la verdadera figura central del derecho y agregaba que era el juez y no el legislador el que tenía ante sí al hombre vivo y que solo al contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos con su bien y con su mal podía inspirar, voy a cambiar el término Carneluttiano, la PRODUCCION de la justicia. El hablaba de intuición. Yo hago este cambio porque considero que en el Estado Constitucional de derecho, pluralista, democrático, social, la justicia se produce, la justicia se verifica. LA JUSTICIA ES el producto del debido proceso. Y más aún, que el debido proceso es el juez.

Beatriz Quintero de Prieto



HACIA UN REPLANTEAMIENTO DE LA TEORIA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Martín Agudelo Ramírez

Introducción

En el presente artículo se desarrolla la exploración sobre una problemática que ha sido abordada con imprecisión y sin el rigor que merece, como es la de los presupuestos procesales y materiales para la sentencia de fondo. Dicha temática requiere de un replanteamiento frente al viraje negativo que se le ha dado unida a soluciones plegadas de posturas concretas que han permitido un tratamiento peyorativo, debiendo realizarse una fusión de los presupuestos dentro del género de los requisitos formales del proceso, cuyo parámetro esencial es la garantía constitucional del debido proceso. El escrito parte de la presentación sobre ciertas posturas a nivel doctrinario, la cual es ligada a su parte central en la que se propone desmoronar las bases teóricas existentes sobre el deslinde en categorías para los requisitos formales del proceso y se sustentan unos argumentos que justifican una visión holística.

Para su desarrollo se consideran como objetivos los siguientes: (a) Buscar la génesis del tratamiento científico sobre presupuestos procesales y las imprecisiones que han conllevado a la no uniformidad para su estudio. (b) Determinar cuál es la

razón para desvirtuar el deslinde existente entre presupuestos procesales y materiales para la sentencia de fondo. (c) Estudiar los fundamentos de la irrelevancia de crear una nueva categoría de presupuestos como son los de la existencia. (d) Cotejar los artículos 29 y 228 de la Constitución Nacional, con la realidad de los presupuestos procesales y materiales.

Expreso agradecimientos a la profesora Beatriz Quintero de Prieto, quien desde sus escritos ha propendido por sellar las divergencias sobre la materia, apoyándose en esquemas delimitados por la moderna teoría general del proceso, superando las posturas concretas, pese a la resistencia que se sigue presentando con frecuencia en la doctrina y jurisprudencia contemporánea.

1. Presentación sintética de algunos planteamientos doctrinarios sobre los presupuestos procesales

Se han seleccionado ciertas posturas de orden doctrinario desde la creación de la teoría científica de los presupuestos procesales en pro de clarificar sobre la inutilidad del deslinde en el orden a su categorización conceptual ante numerosas imprecisiones y abrir espacio a una consiguiente labor hermenéutica.

1.1. Antecedentes Inmediatos

La teoría de los presupuestos procesales se cimenta en la época de gestación del procesalismo científico, con la publicación "*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*" del tratadista alemán Oscar Von Bülow¹, en la que expresa su rechazo por la confusión existente desde el derecho romano entre excepciones (que indican actividad dispositiva de la parte) y presupuestos procesales (condiciones para la constitución de la relación jurídica procesal), sugiriendo la necesidad de dejar el control de los presupuestos procesales al juez de forma oficiosa y no a la simple dispositividad de las partes (no requiriéndose alegación del demandado), siendo objeto

1 BULOW, Oscar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

de análisis y decisión en la etapa liminar del respectivo procedimiento.

1.2. Tratamiento Doctrinario ulterior

Tras la consideración presentada por Bülow sobre presupuestos procesales y a su rechazo por el concepto de excepción formal, se constatará la renuencia posterior en varios doctrinales a su tratamiento riguroso, gestando incoherencias plasmadas en diversos ordenamientos positivos. Tales circunstancias llevan al maestro Humberto Briseño Sierra a sostener:

"A Bülow se le reconoce haber expuesto la teoría del proceso como relación jurídica, el haber descubierto los presupuestos procesales. Sin embargo, ninguna de sus aportaciones logró sobrevivir en su prístina pureza... Los presupuestos han sido explicados de tan diversos modos, que actualmente no tienen la función que les asignaría su autor. Y las excepciones continúan siendo tratadas como si nada definitivo hubiera argumentado en su contra. Tal vez el primer culpable de todo esto fuera el mismo autor, más interesado en la historia que en la sistematización conceptual"².

Piero Calamandrei³ considera que los presupuestos procesales o presupuestos del conocimiento del mérito son elementos necesarios para que pueda darse una decisión de fondo sobre la pretensión, concretando el deber poder del juez de proveer sobre el mérito. Estima que "para vencer una causa, no basta tener razón sobre el mérito; sino que es necesario también hacerla valer en los modos prescritos por el derecho procesal, a falta de lo cual el órgano judicial no podrá entrar a conocer si el reclamante tiene razón o no la tiene, y no podrá, por consiguiente, dictar, la providencia jurisdiccional de mérito, a la cual el reclamante aspira; de modo que la providencia consistirá simplemente en declarar no proveer"... Posteriormente sostiene. "... los presupuestos procesales son requisitos

2 BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal, 2ed. Ciudad de México: Haria, 1995. p. 847

3 CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Tr. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1962. p. 350-351

atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda".

También se destaca el tratamiento dado por James Goldschmidt⁴, al estimar que los presupuestos procesales son meros supuestos de la sentencia de fondo, su ausencia impide el nacimiento del proceso, sino que su presencia u omisión son materia de decisión en el momento de la decisión de fondo.

Pero las imprecisiones sobre la temática se consumaron en las posturas dualistas de Leo Rosenberg y Adolfo Shonke en sus distinciones entre presupuestos procesales e impedimentos procesales o excepciones. Rosenberg asocia declaración oficiosa con los presupuestos procesales por ser cuestiones referidas a la admisibilidad del procedimiento y vincula los impedimentos procesales o excepciones con las cuestiones inherentes a la fundabilidad o no de las pretensiones que han de ser pedidas por las partes, Como lo anota la profesora Beatriz Quintero: "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"⁵. De otra parte, Adolfo Shonke distingue entre impedimentos y presupuestos procesales, pero marca un retroceso en cuanto a la consideración sobre su naturaleza al estimar que los impedimentos son sustanciales, al estar relacionados con la cuestión litigosa y solo ser resueltos en la sentencia, exigiendo de su alegación por el opositor para ser declarados por el juez.

En Latinoamérica se destaca la postura de Enrique Vascovi que estima que los presupuestos procesales no hacen referencia ni a la pretensión ni a la sentencia, siendo requisitos formales sin los cuales no se puede pronunciar la decisión de fondo so pena de nulidad, siendo supuestos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido. Los clasifica inútilmente de acuerdo a la acción, a la pretensión, al proceso y a la sentencia, no reflejando una búsqueda sistémica.

4 GOLDSCHMIDT, James. Teoría General del Proceso. Barcelona: Labor S.A., p. 19.

5 QUINTERO, Beatriz. Los presupuestos procesales. En: Temas Procesales. Medellín, No. 17 (Octubre 1993), p. 96.

"No se trata entonces, como la expresión (presupuestos procesales) podría hacer creer, de condiciones sin las cuales no se forma la relación procesal; son más bien requisitos sin los cuales no se puede pronunciar una decisión de fondo, de carácter válido. Si el juez absolutamente incompetente dictara tal resolución (sentencia definitiva), ella sería nula. Lo mismo si una de las partes fuera un menor, o hubiera sido declarado judicialmente incapaz, etc.⁶

Su estimación sobre los presupuestos materiales ha sido confusa, por considerar que comportan naturaleza sustancial, al referirse a la pretensión, siendo condiciones que se requieren para que la sentencia sea favorable al que las reúne, sin afectar la validez del proceso, error heredado de Shonke.

1.3. Desarrollo en Colombia

En Colombia se ha tejido una confusión sobre los requisitos de forma de proceso y, especialmente, en lo atinente a los presupuestos materiales para la sentencia de fondo. Se encuentran dos posturas antagónicas: una que los ubica como supuestos del juicio final de favorabilidad para estimar o desestimar la pretensión y otra que considera que estos presupuestos materiales son requisitos de forma cuya ausencia impide la decisión de fondo. En el primer grupo se destaca la concepción plasmada por el procesalista Hernando Morales⁷ que deslinda los presupuestos procesales de los materiales, excluyendo a los últimos de los defectos formales, postura heredada por la Corte Suprema de Justicia ante su consideración de que su falta lleva a proferir fallo de mérito y no formal.

En el otro extremo se encuentra la postura sostenida por Hernando Devis Echandía⁸, para quien ambos tipos de presupuestos son controles de defectos formales. Sobre los presupuestos procesales estima que son requisitos que determinan el nacimiento válido del proceso, su desenvolvimiento y su nor-

6 VESCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Bogotá: Tervis, 1984, p. 94.

7 MORALES M., Hernando. Curso de derecho procesal civil. Parte general. 7ed. Bogotá: ABC, 1978, p. 205-209.

8 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Volumen I. 12ed. Medellín: Diké, 1987, p. 283-299.

mal culminación con la sentencia, cuya omisión generalmente vicia de nulidad el proceso. Realiza una clasificación innecesaria, enunciando varios tipos de presupuestos procesales: previos al proceso (presupuestos procesales de la acción y de la demanda, la denuncia o la querrela) y los presupuestos procesales del procedimiento que aglutinan las causales de nulidad (saneables o no).

Sobre los presupuestos materiales o sustanciales de la sentencia de fondo considera que son requisitos para que el juez pueda proveer sobre el mérito en la sentencia y que su omisión determina la sentencia inhibitoria, todos ellos con referencia intrínseca con la pretensión (legitimación en la causa, interés sustancial para obrar, debida acumulación de pretensiones, ausencia de prejudicialidad y de las excepciones del *litis finitae*: ausencia de cosa juzgada, de transacción, de desistimiento, de conciliación, de perención del proceso). Precisa que algunos son impedimentos procesales que exigen de la alegación del opositor.

Finalmente, se destacan los planteamientos expuestos por los doctores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto⁹ que revelan una necesidad sentida por buscar una construcción conceptual sólida en torno al género común contentivo de los presupuestos procesales y materiales, por ser ambos especies del conjunto denominado requisitos formales del proceso y porque unos comportan un punto de confluencia que llevan al teorizante a procurar eliminar las fronteras de los grupos y estimar solo el género, con la posibilidad de saneamiento o no según el caso y, adicionalmente, porque los efectos de los presupuestos materiales para la sentencia de fondo son procesales, pese a su naturaleza compleja y su ligamen al derecho sustancial. Su ausencia impide el estudio de fondo sobre la pretensión, constituyéndose en óbices para que el juzgador examine los extremos litigiosos.

2. Bases teóricas para desvirtuar el deslinde de los presupuestos procesales y las respectivas sanciones en caso de faltas o irregularidades

9 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría general del Proceso. Tomo II. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995, p. 1-15, 43-47.

2.1. Aproximación inicial

En el desarrollo del módulo "Requisitos formales del Proceso" con el doctor Alberto Ceballos Velásquez, en la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, en el primer semestre del año 1996, se gestaron varias inquietudes que llevaron a plasmar este ensayo, surgidas de la interpretación del titular frente a la conveniencia o no de tener diferentes tipos de sanciones para las situaciones de ausencia de presupuestos, siendo confusa la sustentación doctrinaria que se ha planteado sin ningún parámetro teórico ni fuerza argumentativa sería para concluir que en unos casos ha de optarse por un fallo formal ("sentencia inhibitoria") y otros casos por la nulidad. Tal inconsistencia en el tratamiento de las sanciones que controlan los presupuestos procesales son indicativo fehaciente de la necesidad de reestructurar la teoría existente, involucrando los requisitos formales del proceso en una sólida categoría conceptual.

Surgieron así ciertos cuestionamientos que culminaron con la elaboración de este ensayo: ¿Será posible deslindar los requisitos formales del proceso en atención a la validez y la eficacia? ¿Se justifica teorizar sobre presupuestos de la existencia? ¿Qué efectos se siguen en caso de la inobservancia de los presupuestos?

La praxis jurídica cimentada en diversos ordenamientos revela la existencia de una problemática inmersa en confusiones e imprecisiones numerosas, que impide construir una teoría adecuada sobre los presupuestos procesales "Es un error deducir de los preceptos vigentes los principios teóricos, lo procedente es lo contrario: atender la legislación desde la perspectiva de la ciencia"¹⁰.

Es indispensable borrar la distinción existente entre presupuestos procesales y materiales, y adicionalmente evitar la introducción del concepto adicional de presupuestos de la existencia. Para sustentar tal afirmación, se procede a presentar algunas bases teóricas en pro del logro de dicho cometido, eligiendo adicionalmente las distinciones entre validez, eficacia e inexistencia en lo que hace alusión a la doctrina de los presupuestos.

10 BRISEÑO SIERRA, Humberto. Op. cit., 856.

2.2. Inutilidad de un deslinde conceptual entre presupuestos procesales, presupuestos materiales para la sentencia de fondo y presupuestos de la existencia

Sobre la admisibilidad de pretensión en contraposición a la favorabilidad, puede conceptualizarse sobre los presupuestos, sin dualizar los efectos en tratándose de la validez o de la eficacia, superando la distinción de consecuencias como nulidad o sentencia inhibitoria, ni recurriendo a categorías como las de la inexistencia.

Un sector doctrinario y, concretamente, en Colombia, ha justificado la fusión de las categorías de validez, eficacia e inexistencia dentro del ámbito de los presupuestos, admitiendo este último fenómeno apoyados en supuestos vacíos teóricos de la disciplina procesal, para recurrir a la Teoría General del Acto Jurídico, porque en últimas el acto procesal es una especie de acto jurídico, siendo el proceso un conjunto de dichos actos, lo que implica envolver al Derecho Procesal dentro de los esquemas privatistas de los cuales ya se había liberado a partir del siglo XIX. La teoría procesal se ocupa de la regulación de los institutos procesales y que ha de plasmar en cada ordenamiento positivo la ley procesal.

Para el doctor Juan Carlos Gaviria¹¹ es indudable la creciente influencia de las categorías civilistas sobre los procesales. Al respecto sostiene:

"La tendencia expansiva de categorías propias del Derecho Civil, al Derecho Administrativo e inclusive, que es lo que aquí concierne, al Derecho Procesal (aún el proceso penal), constituye un hecho incontrovertible y determina una oportunidad propicia para esbozar una serie de problemas que se plantean en torno al negocio jurídico, en aras de establecer la posibilidad de explicar determinadas figuras jurídicas que han hecho tránsito en el derecho procesal desde su perspectiva y dinámica, si es que acaso resulta posible desentrañarlas".

11 GAVIRIA GOMEZ, Juan Carlos. Algunas nociones acerca del negocio jurídico. En: Temas Procesales. Medellín. No. 20 (Agosto 1995), p. 49.

El estudio de los presupuestos desde el derrotero de la admisibilidad de la pretensión ha de sugerir una perspectiva unitaria sobre la temática. Sobre los elementos estructurales de la pretensión pueden tejerse unos argumentos especulativos sólidos que fundamenten una teoría global sobre presupuestos procesales, en torno a sus requisitos extrínsecos e intrínsecos, verificando la idoneidad del proceso (admisibilidad) en unión a las nociones emanadas del Debido Proceso como garantía individual.

2.2.1. Inconveniencia de la argumentación de los presupuestos de la existencia

He constatado desde la especialización en Derecho Procesal en la Universidad Pontificia Bolivariana que varios estudiosos de los fenómenos procesales insisten en vacíos de la teoría procesal en lo atinente a los presupuestos procesales y a las sanciones para situaciones de irregularidad, debiéndose acudir a la Teoría General del Acto jurídico, lo que no puede aceptarse ya que el Derecho Procesal como disciplina jurídica particular tiene sus bases sólidas para solución de aspectos confusos en lo que atañe a los requisitos formales del proceso, sin que por esto se desconozca la realidad de la inexistencia con respecto a actos procesales en particular y sobre la cual también se pueden encontrar ejemplos concretos en los diferentes ordenamientos positivos ante la ausencia de requisitos de la esencia, que remiten a consideraciones anteriores a la validez.

Pero en tratándose de los presupuestos procesales estos datos de orden público exigen un pronunciamiento procesal sobre el proceso que hace suponer su existencia, afectando no sólo un acto concreto, sino toda la serie que continúa al acto que carece de él, lo que conlleva a descartar la categoría de los presupuestos de la existencia. Siendo el proceso el escenario del acto procesal, no puede predicarse su inexistencia en un acto procesal que constate la irregularidad procesal. "...por una paradoja del proceso,..., los presupuestos procesales no impiden el desarrollo del proceso, por lo menos no impiden la presentación de un escrito que mueva la jurisdicción aunque la demanda así interpuesta sea luego rechazada desde el inicio (ya

habrá hecho actuar la jurisdicción por vía de la acción en sentido abstracto)¹².

En el proceso, así se de la inexistencia de un acto procesal en particular, puede llegar hasta su culminación, no así en tratándose de la nulidad que obliga saneamiento, debiendo retrotraerse el proceso. La sanción de inexistencia nunca puede afectar una relación jurídico procesal en la cual la pretensión ya fue admitida. No puede aludirse a la inexistencia de algo que en realidad está produciendo efectos en cada uno de los actos proyectivos y dinámicos que se van materializando. No cabe construir una nueva categoría conceptual para delimitar los presupuestos de la existencia, justificando la prioridad de realizar un juicio de control previo o preliminar sobre el ser del proceso como ente.

Rosenberg anotaba que los presupuestos atañen a la totalidad de la admisibilidad del proceso, pero no debe concluirse que sin estos no puede existir proceso. Los presupuestos no lo son del proceso en el sentido de que sin ellos no sea posible, sino que se examinan y resuelven en el proceso, suponiendo su existencia. No son presupuestos de existencia del proceso sino de su admisibilidad. Adicionalmente, ha de avalarse la postura de James Goldschmidt acerca de que la ausencia de los presupuestos procesales no impide el nacimiento del proceso, ya que el pronunciamiento acerca de su omisión se hace dentro del instrumento proceso, el cual sirve para analizar su respectiva aptitud para poder emitir su decisión.

Es también oportuna la argumentación indicada por el maestro italiano Piero Calamandrei de eliminar la categoría conceptual de inexistencia en el campo de los presupuestos procesales, ya que su efecto en caso de ausencia no es la inexistencia sino la de hacer desaparecer en el juez el poder-deber de proveer sobre el mérito, mientras sobrevive el poder-deber de declarar las razones por las cuales considera que no puede proveer. Cuando falta un presupuesto procesal el juez tiene solamente el deber de emitir una providencia en la cual declara las razones por las que considera que no puede adoptar una providencia de mérito.

12 FALCON, Enrique M. Elementos de Derecho Procesal Civil. T.I. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1986, p. 155-156.

"Basta, pues, que se tenga una demanda y un órgano jurisdiccional al que la misma esté dirigida (a falta de la cual la relación procesal no se constituye a ningún efecto), a fin de que surja en este órgano judicial, antes que el deber de proveer en cuanto al mérito de esta demanda, el deber de examinar si existen los extremos procesales necesarios para proveer sobre el mérito:... Así, con tal que haya una demanda dirigida a un órgano judicial, se constituye siempre una relación procesal, aún cuando no sea más que a los efectos ilimitados de declarar la certeza de que la misma relación procesal no esté constituida en el modo exigido para conducir a una providencia de mérito"¹³.

Se itera que sólo dentro del proceso el juez puede pronunciarse sobre la ausencia de un presupuesto como la capacidad para ser parte, lo que supone su existencia que ha de ser permeada por la función jurisdiccional. Pero, dentro de un proceso no habría lugar a discutir, en estricto sentido, de la falta de jurisdicción, porque de esta función está constitucionalmente facultado el operador jurídico que ha de satisfacer pretensiones en tal instrumento. Ya los puntos problemáticos se presentarían en el orden de la competencia.

2.2.2. Inutilidad de un deslinde entre presupuestos procesales y materiales para la sentencia de fondo en atención a la validez y la eficacia

Desde la admisibilidad de la pretensión se comprenden los requisitos formales que suponen la emisión (previos) y los atinentes a la actividad procesal (del procedimiento), todos ellos vinculados con la noción constitucional del debido proceso, ya sea para la validez o para la eficacia, porque incluso los presupuestos materiales para la sentencia de fondos incursionan en el universo del principio de la legalidad de las formas (cf. debida acumulación de pretensiones, tutela concreta, inteligibilidad de la pretensión, etc.).

Como sucede con todo acto procesal, en atención al principio del formalismo, la ley procesal determina también la forma

¹³ CALAMANDREI, Piero. Op. Cit., p. 353-354.

del acto "macro" del proceso como es la pretensión (dato necesario y objeto del proceso), exigiendo unos requisitos inherentes a la validez y eficacia, en pro de admisibilidad del proceso mismo. Dichos requisitos formales confluyen en una misma zona, expresando fehacientemente la inconveniencia de un deslinde.

De lo anterior, se procede a identificar algunos ejemplos que expresan la imposibilidad cada vez mayor para deslindar validez de eficacia, y presupuestos procesales de los materiales. V. gr. (I) La debida acumulación de las pretensiones que ha sido catalogado como condicionante de la eficacia, es perfectamente identificable con los presupuestos procesales de debida individualización de la pretensión, trámite adecuado y el de competencia del juez, en atención a los requisitos de la acumulación. (II) La relación entre falta de legitimación en la causa, falta de integración de litisconsorcio necesario y nulidad como consecuencia, impide separar conceptualmente entre presupuestos procesales y los materiales. (III) La legitimación en la causa expresa una problemática de aptitud que implica la incursión en el campo de la validez. (IV) La caducidad ha sido ubicada en los dos tipos de presupuestos. (V) Los presupuestos sobre la inexistencia de otra pretensión similar (ausencia de cosa juzgada, conciliación, perención, desistimiento o transacción o la ausencia de litispendencia) pueden ser considerados como procesales de la actividad al tocar con la vigencia actual del proceso o como materiales por circunscribirse a la realidad del objeto litigioso. (VI) Las situaciones gestadas del denominado presupuesto de "demanda en forma" que hacen que no se erijan en un tipo único en todos los casos (como en la pretensión incomprensible y falta de tutela concreta):

Por lo anterior, la división entre requisitos de validez y de eficacia es innecesaria. Cuando se constatan irregularidades para establecer la relación procesal, se impide la construcción de un proceso eficaz, ante la cual debe aparecer el saneamiento como forma de control hasta donde sea posible. El maestro Humberto Briseño en su tratado sobre "Derecho Procesal" presenta la factibilidad de fusionar validez y eficacia al sostener: "Los presupuestos para la validez del juicio no atañen a su existencia, sino a su eficacia, y por tanto no obstan a la relación procesal que posteriormente puede anularse por defectos

que suponen su existencia y que son eficaces hasta su anulación. El pronunciamiento judicial es procedente aunque mande subsanar los actos nulos, o declare la incompetencia, o re haga la demanda"¹⁴. No debe ser reducida la realidad de los presupuestos desde perspectivas aisladas como la validez y sostiene que cuando se insta irregularmente ante autoridad incompetente, en el procedimiento inadecuado, o por sujeto inhábil para accionar, se pretende sin eficacia.

"Tampoco admisibilidad significa validez: puede darse invalidez sólo de los actos. Pero hay presupuestos procesales que al mismo tiempo son presupuestos de validez de los actos como la habilidad para ser parte o la procesal y la del representante... Hay presupuestos que hacen ineficaz o nula la sentencia, como la carencia de competencia en el tribunal especial o la inexistencia de una parte, o la exención de jurisdicción; y los hay cuyo defecto hace anulable el fallo. Por lo regular, el defecto de un presupuesto procesal no lleva sino a la impugnabilidad del procedimiento, y aun esto no siempre, como sucede con la competencia territorial"¹⁵.

Se hace inútil distinguir entre validez y eficacia en materia procesal, como ya lo anotaba el maestro italiano Francesco Carnelutti¹⁶, quien señala que la ineficacia es el género y la nulidad la especie. De otra parte, sostiene que no son cosas distintas validez y eficacia, sino las mismas vistas desde dos lados diversos: la eficacia por el lado del efecto y la validez por el de la causa, siendo válido el acto que posee los requisitos necesarios para ser eficaz. La nulidad se erige en la negación de la eficacia jurídica.

2.3. Inconveniencia de la distinción de sanciones para la ausencia de presupuestos

En cuanto a las sanciones, es innecesario dividir los efectos por la ausencia de los presupuestos según sean materiales

14 BRISEÑO SIERRA, Humberto. Op. Cit., p. 854.

15 Ibid, p. 855.

16 CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Introducción y función del proceso civil. Tr. por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA (Unión Tipográfica Editorial Hispano América), 1944. p. 66, 76, 329.

o procesales, como nulidad y el fallo inhibitorio, siendo igualmente inconveniente la sanción de la inexistencia para quienes pretendan la construcción de una nueva categoría conceptual. En un primer momento se acude a la inadmisibilidad cuando es excitado el aparato jurisdiccional, pero no es esta la única posibilidad para realizar el control el director del proceso.

Si se aglutinan todos los presupuestos (procesales y materiales) desde la garantía del debido proceso, la sanción ha de ser de saneamiento inmediato tras la constitución de la relación jurídico procesal, erradicando de nuestro medio las sentencias inhibitorias, para extirpar los efectos producidos por un instrumento anómalo. Para esto se hace necesario teorizar con precisión sobre la conexidad entre presupuesto material y el principio de legalidad de las formas. Todo lo anterior desde los elementos que estructuran el proceso mismo, como son los subjetivos y los objetivos, que excluyen el inútil deslinde presentado entre validez y eficacia y que en todas ellas requieren de la nulidad por el distanciamiento de las formas, del Debido Proceso, no permitiendo la realización de la función jurisdiccional a través de la actividad procesal, sin que se pueda llegar al extremo del ritualismo exagerado.

- Los presupuestos que tutelan el elemento subjetivo o la aptitud de los sujetos procesales: Competencia, Legitimación en la causa, interés para obrar, capacidad para se parte, capacidad procesal. Todos relacionados con debido proceso. Su ausencia obsta la posibilidad de actuar de los sujetos procesales, viciando la actividad procesal por obviar la aptitud o poder de realizar los actos concretos. Incluso la ausencia de caducidad remite a una cualidad subjetiva toda vez que veda al sujeto actuante la posibilidad de emitir una pretensión como consecuencia de no haberla incluido en el tiempo oportuno"¹⁷.

- Los presupuestos que protegen los elementos objetivos del proceso: Los que tutelan tanto el contenido como la forma, siendo el proceso ineficaz cuando advierte defectos estructurales por un acto mal elaborado en su confrontación legal. En cuanto al contenido, es decir, la pretensión, dichos presupuestos permiten vigilar la idoneidad misma de este acto fundamen-

17 CLARIA OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal. T. II. Buenos Aires: Depalma, 1983. p. 117.

tal que ha de sostener toda la relación procesal: debida individualización de la pretensión (demanda en forma), acumulación debida de pretensiones, tutela concreta, la exclusión de solución heterocompositiva cuando la pretensión ya fue decidida autocompasivamente por las partes o heterocompositivamente y la ausencia de litispendencia. Igualmente relacionados con los distintos ámbitos del debido proceso y protegidos con nulidad. Además, se encuentran presupuestos que tutelan la forma misma del proceso, como su trámite, el respeto total por la bilateralidad de la audiencia.

Pero tal sanción no debe emitirse en las etapas finales, sino que debe estar ligada al DESPACHO SANEADOR, como deber poder emanado del juez tropos, durante toda la relación jurídico procesal, que permita terminar el proceso en cualquier momento en que se constate la ausencia de un presupuesto procesal que requiera de su fenecimiento o que por medio de un auto de reenvío se retrotraiga el proceso del momento oportuno para aplicar el correctivo formal del caso, como sucede en Argentina, alternativa que proponen en Colombia los doctores Eugenio Prieto y Beatriz Quintero¹⁸.

Sin esperar que el control lo realice el opositor por medio de una excepción, el juez de oficio debe realizar tal registro desde la inmaculación del proceso, para evitar que tras las etapas sustanciales llegue a un pronunciamiento formal en el que constate de que existen óbices trascendentales para emitir una decisión de fondo, ya sea por invalidez o ineficacia, pero siempre buscando un control terapéutico, en atención al mandato claro establecido por el artículo 228 de la Carta Política. Pero se advierte que no puede caerse en una interpretación excesiva del principio de especificidad en materia de nulidades, toda vez que no siempre el legislador ha de tutelar todos los casos posibles sancionables; aunque en Colombia se ha recibido tal legado funesto del sistema taxativo francés.

El Despacho Saneador se impone sobre cuestiones no relativas al mérito o fondo, tanto para presupuestos procesales como materiales. En dicho andamiaje la nulidad procesal se gestaría de los errores in procedendo y no in indicando; no

18 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Op. cit., p. 14.

requiriéndose de un fallo formal como la sentencia inhibitoria para los presupuestos materiales ya que como requisitos de forma –si se asume una posición coherente en búsqueda de la perspectiva holística u holonímica encuentran su expresión en los presupuestos procesales y las formas procesales, integrando la teoría de las nulidades. Se hace necesario salvaguardar los requisitos formales de errores in procedendo para lograr eficacia y validez, en pro de la seguridad misma del ordenamiento jurídico.

3. Hacia una propuesta holística para una adecuada formulación sobre los presupuestos procesales

Como se destacó anteriormente, no existe unanimidad sobre la teoría de los presupuestos procesales. Las pocas posturas que se encuentran son discrepantes, imponiéndose la necesidad de un estudio riguroso que permita que todos los operadores jurídicos asuman un discurso que asegure la racionalidad de la argumentación y sus resultados sobre la conveniencia de una correcta construcción conceptual sobre los requisitos formales del proceso sin que desvirtúe el carácter instrumental del Derecho Procesal al efectivizar el Derecho Sustancial.

A partir de un grado de claridad lingüística-conceptual ha de abordarse la categoría genérica del presupuesto sin tolerar la diversificación que en últimas conlleva a imprecisiones. Para ello, los estudiosos del Derecho Procesal han de acudir a una sólida argumentación sustentada en una concepción teórico-discursiva que permita convencer sobre la inconveniencia del deslinde y la inutilidad de una nueva categoría sobre los presupuestos de la existencia. Es esta situación la que impone la necesidad que la teoría de los presupuestos procesales requiera de una depuración sentida, rescatando el cometido inicial del maestro Oscar Von Bülow.

Debe justificarse una categoría genérica para los presupuestos procesales, contentiva igualmente de los denominados como "presupuestos materiales para la sentencia fondo" e igualmente rechazar la postura de quienes quieren introducir los "presupuestos de la existencia" por las razones ya anotadas. "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 causales de nulidad. Todos los requisitos formales del proceso, como género corresponden al concepto pristino del debido proceso"¹⁹.

Se trata de construir una teoría de presupuestos procesales que no sea reducida ante las inconsistencias de los diferentes ordenamientos jurídicos, para que pueda exaltar el instrumento proceso como la herramienta útil que desate los diferentes conflictos surgidos en el orden social y económico, logrando los cometidos axiológicos del Derecho sin que sea desdibujado en su naturaleza ontológica, puesto que la exaltación de una tendencia finalista exagerada puede producir efectos contraproducentes, como se constata en algunos doctrinantes en Colombia con una mala interpretación del artículo 228 de la Constitución Política, bajo el pretexto que la teoría procesal está plagada de barreras frente al cambio.

Han de aglutinarse los diversos grupos de presupuestos bajo una denominación similar y un mismo tipo de sanción que permita el reenvío ante la posibilidad del Despacho Saneador para aplicar los correctivos del caso y evitando la ambigüedad existente, sin que se comprendan controles sobre vicios intrascendentes, como producto del formalismos desmedidos. El núcleo del debido proceso permite ligar todos los aspectos relacionados con los requisitos formales del proceso (legalidad del juez, legalidad de las formas y audiencia bilateral) y no debe ser desnaturalizado, porque de lo contrario llevaría al proceso a un sendero oscuro en el que dejaría de ser el instrumento apto para resolver la interrelación de los hombres, de las distintas fuerzas sociales, ante la maleabilidad a la que puede descender por el actuar de los operadores jurídicos y sujetos presentes.

El juez ha de proveer el desarrollo del proceso, ha de velar porque la estructura proyectiva se encadene ordenadamente en

19 QUINTERO, Beatriz. Los presupuestos procesales. En: Temas Procesales en Medellín. No. 17 (Octubre 1993): p. 98.

pro de que ese instrumento, pueda válida y eficazmente estimar o desestimar las pretensiones procesales incoadas. No ha de excluirse la labor correctiva en su calidad de director del proceso, en procura de la garantía de principios procesales como el de economía procesal, para todo tipo de requisitos de forma del proceso. Se hace imprescindible rescatar los planteamientos doctrinarios ya elaborados por Oscar Von Bülow, desde el siglo pasado, en el sentido de que no puede dejarse el control de estos defectos a las partes, sino al juez, pero tal prioridad debe extenderse a los presupuestos materiales para la sentencia de fondo.

No se trata de asociar el principio del Juez Tropos con los presupuestos procesales y dejar para los presupuestos materiales el concepto de excepción. En dicho sentido es indispensable reivindicar la postura del maestro Eduardo J. Couture²⁰ de que la relación entre ambos no es constante. Los presupuestos no necesitan de la excepción y pueden hacerse valer de oficio. Debe superarse el esquema de ligar las excepciones a los requisitos de validez y eficacia del proceso, limitando dicho término solamente a los presupuestos de favorabilidad para la emisión de fondo o la posibilidad de control por el opositor mediante escrito de mera participación en que le haga saber al juez acerca de la irregularidad procesal. Pero jamás debe permitirse que un control formal solamente pueda ser propuesto por el opositor a través de la excepción y se excluya la posibilidad de vigilancia que haga el juez mediante el pronunciamiento oficioso.

Permanecer arraigado a la teoría de las excepciones procesales y mixtas, desconociendo el principio procesal del juez tropos del cual emana el despacho saneador, restringiendo los defectos formales a la denuncia realizada por el opositor, es relegar la eficacia del proceso; la teoría de la nulidad procesal y las normas del Derecho Procesal a una concepción privatista contentiva de un proceso contractual puro. La excepción mixta refleja la falta de claridad entre presupuesto procesal y la verdadera excepción.

20 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ed. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 102-113.

Ya el maestro Briseño Sierra advierte para la validez del proceso lo siguiente:

"La validez de la relación procesal es cuestión que no puede quedar librada a la disposición de las partes. Así, no está permitido entablar una demanda que no indique la relación jurídica que se alega; el proceso tramitado ante una autoridad no judicial o ante un representante no legitimado. El demandado puede admitirlo o no, mas el tribunal no tiene que esperar a que el reo acuse el defecto... basta que el legislador hable de presupuestos procesales en vez de excepciones procesales impositivas, para que se abandone finalmente la inadecuada idea de una incompleta enunciación de los vicios procesales"²¹.

Desde un esquema sobre la aptitud de la pretensión han de tenerse en cuenta los elementos que vinculen todos los requisitos del proceso como instrumento de validez y eficacia para la satisfacción de pretensiones como: habilidad procesal de las partes, legitimación de los sujetos procesales, cualidades imprescindibles en materia litigiosa, etc. En este último aspecto, debe darse un mayor desarrollo a la relación entre principio de formalismo y requisitos formales del proceso (continente de los presupuestos procesales y materiales para la sentencia de fondo). Cumplido el mínimo de requisitos debe darse el pronunciamiento en cualquier sentido. Adicionalmente, los aspectos relacionados con el derecho de defensa estarían incluidos dentro de esta categoría de presupuestos, exigiendo una correcta disciplina de notificaciones; pero estos últimos aspectos concierne al derecho dispositivo y tienen posibilidades amplias de saneamiento.

4. Conclusiones

La evaluación suministrada sobre presupuestos procesales urge de actualización en pro de una realidad más coherente, para que se emita correctamente un mensaje lingüístico acorde, no debiendo nunca faltar el monema actualizador, sin que se aborde una postura absoluta. Del desarrollo del trabajo se

21 BRISEÑO SIERRA, Humberto. Op. Cit., p. 853.

extraen las siguientes conclusiones, que han de quedar presentes en ulteriores estudios:

- Para procesar y emitir pronunciamiento de fondo de manera válida y eficaz sobre la situación jurídica sustancial, se requiere de un proceso que se constituya y desenvuelva conforme a normas de derecho procesal. En dicho ámbito encuentra su desarrollo la teoría de los presupuestos procesales, la cual ha sido diversa y no coincidente, reflejándose una gran incertidumbre en una de las temáticas en las que no se ha reivindicado plenamente la autonomía del derecho procesal.

- Preceptos y diversas jurisprudencias al respecto revelan aplicaciones confusas que no puede dar germen a una teoría científica sobre el proceso, por lo que muchos siguen tildando al Derecho Procesal peyorativamente por estimar que su contenido es el formalismo excesivo de donde los presupuestos procesales serían la expresión concreta de una disciplina que se construye a base de imprecisiones conceptuales y que no garantiza la efectivización del derecho sustancial.

- Lo importante es reconocer la posibilidad de poner en entredicho la validez del itinerario doctrinario sobre los presupuestos procesales, para luego circunscribir esta temática en un lugar más coherente con la principalística procesal.

- Se hace necesario construir una teoría de los presupuestos procesales desde una perspectiva holonímica y que pese a las limitaciones propias de quienes incursionan en los senderos del Derecho Procesal, puedan cimentar las bases conceptuales de un nuevo paradigma que remueve los esquemas existentes.

La problemática abordada en el estudio que se ha venido desarrollando, simplemente fija unas pautas específicas sobre el desarrollo polémico existente sobre la teoría de los presupuestos procesales y contiene unas hipótesis que han de ser sometidas a su verificación. Ha de exhortarse a los lectores y estudiosos de dicha temática para que se continúe profundizando en los puntos conflictivos inherentes a ella.

Bibliografía

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Presupuestos de la nulidad Procesal. En: Temas Procesales. Medellín. No. 5 (Octubre 1987); p. 95-106.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal, 2ed. Ciudad de México: Haría, 1995. 1532 p.
- BULOW, Oscar Von. La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales. Tr. Miguel Angel Rosas L., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.
- CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. T.I. Tr. Santiago Sentís M., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. 421 p.
- CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil, T.I. Introducción y función del proceso civil. Tr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 598.
- CLARIA OLMEDO, Jorge. Derecho Procesal. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 110-138. ISBN: 950-14-0135-9.
- COUTURE. Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal; Teoría General del Proceso, 12ed. Medellín, Diké, 1987, Tomo I. 623 p.
- FALCON, Enrique M. Elementos de Derecho Procesal Civil. T.I. Buenos Aires. Abeledo- Perrot, 1986, ISBN: 950-20-0362-4.
- GAVIRIA G., Juan Carlos. Algunas nociones acerca del negocio jurídico. Medellín. En: Temas Procesales. No. 20 (Agosto 1985), p. 47-60. ISBN 0120-8519.
- QUINTERO, Beatriz. Los Presupuestos Procesales. En: Temas Procesales. Medellín. No. 17 (Octubre 1993); p. 93-111. ISBN 0120-8519.
- VESCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Bogotá: Temis, 1984. 352 p. ISBN 958-604-030-5 (Rúst.).

EL TEMA DE DECISION

Alberto Ceballos Velásquez

1. A modo de introducción, la noción de sentencia en el derecho procesal civil colombiano

El artículo 302, inciso 2do. del Código de Procedimiento Civil Colombiano define la sentencia, en función de su contenido, de la siguiente manera:

"Son sentencia las que deciden sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera que fuere la instancia en que es pronunciada, y...".

Del texto precedente se infiere que el universo de la sentencia es restringido; esa definición descriptiva, formulada con un criterio material, caracteriza a un sector reducido de providencias judiciales: a aquellas que deciden sobre objetos precisos, la pretensión y la excepción. Estas dos nociones, pretensión y excepción, concurren a delimitar el contenido esencial de la sentencia. Lo que decide sobre extremos distintos a la pretensión y a la excepción no es sentencia: es, por exclusión, un auto.

El aceptar esta definición invita, de inmediato, a asumir la carga de esclarecer las siguientes cuestiones:

1.1.- Cuáles son, con exactitud, los alcances de los conceptos pretensión y excepción?

1.2.-Cuál es el contenido de las demás providencias distintas a la sentencia?

1.3.-Cuál es el momento procesal apropiado para la emisión de la sentencia?

1.4.- Cuáles son los presupuestos de la sentencia: qué condiciones deben cumplirse para que el proceso jurisdiccional alcance su logro; es decir, para que termine con un acto de juzgamiento?

Este escrito pretende aportar elementos de juicio que guíen la búsqueda de respuestas a estas cuatro preguntas.

2. El tema de decisión, la pretensión y la excepción

El proceso jurisdiccional es un fenómeno único e irreplicable en el mundo del derecho que pone en relación simultánea y permanente a tres sujetos. De un lado, a un órgano imparcial y titular exclusivo del poder de decisión, que es el juez, y, de otro, a dos partes iguales y parciales, que son portadoras del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.¹

Cada uno de los sujetos parciales tiene un poder jurídico, de estirpe constitucional, que le permite, en condiciones de igualdad respecto de la parte contraria, aportar tema de decisión al proceso. El demandante propone la pretensión y, de modo contrario y simétrico, el demandado está habilitado para proponer la excepción. El juez, como tercero, juzga.

Para iniciar la tarea dirigida a aclarar las nociones pretensión y excepción es aconsejable acudir a un ejemplo muy llano.

¹ Estas ideas tienen desarrollo en el magnífico ensayo *El Debido Proceso*, de ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Temas Procesales*. Octubre 1989, número 9, pp. 69-84.

Icaro presenta demanda contra Mercurio. El primero afirma que hace cuatro años prestó al demandado la suma de cien pesos (\$ 100,00); agrega que este último se obligó a devolverla vencido el plazo de un año, acto que no ha cumplido. Pide, en consecuencia, que se condene al demandado a pagar cien pesos (\$ 100,00) más sus intereses.

A su vez, Mercurio, en el escrito de respuesta a la pretensión, acepta los hechos relativos al perfeccionamiento del contrato de mutuo tal como lo ha aseverado el demandante. Pero se opone a lo pedido porque, afirma: yo pagué los cien pesos (\$ 100,00). Por lo tanto, solicita que en la sentencia se declare infundada la pretensión.

Esta reproducción esquemática de los dos actos introductorios y esenciales de ambas partes permite identificar los elementos vertebrales de lo que cada una de ellas entrega al proceso para su satisfacción.²

2.1. Elementos de la pretensión, que es lo que propone la parte demandante

2.1.1.- En el ejemplo dado como punto de referencia, el demandante, Icaro, **afirma** que, como parte acreedora, ha celebrado un contrato de mutuo con Mercurio y también **afirma** que la obligación nacida de ese convenio no le ha sido cancelada. Y, por lo tanto, pide que se condene a Mercurio a pagar una suma de dinero.

En síntesis, ese acto se contrae a unas afirmaciones de Icaro frente a Mercurio y a una petición derivada de tales aseveraciones. Esas afirmaciones y esa petición tienen como destinatario al juez, quien es el llamado a definir si Icaro tiene razón.

Y aquello es una pretensión. Es un acto jurídico unilateral; es una manifestación de la voluntad que tiende a provocar una decisión del juez. Es "una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra, ante un tercero supraordenado

2 El concepto satisfactorio se registra con la significación fijada por Jaime Guasp: "...el examen de los perfiles jurídicos de este concepto de satisfacción revela que no equivale al triunfo o logro práctico del contenido de la pretensión que trata de satisfacerse, sino a su examen razonado, juicio en torno a ella y pronunciamiento imperativo, según el resultado que dicho juicio arroje". (GUASP DELGADO, Jaime. La Pretensión Procesal. Madrid. Civitas, 1981, p. 44). Es una noción más fructuosa que la simple idea de la decisión, porque incorpora a elementos nuevos que exigen el examen razonado y un juicio en torno a la pretensión como práctica inescindible del acto de decidir.

a ambas. un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada, según los acaecimientos de hecho que expresamente se señalen".³

Sus elementos estructurales los podemos describir así:

2.1.1.1.- Elemento subjetivo. Responde a la pregunta a quiénes se refiere?

La pretensión concierne a tres sujetos.

El sujeto destinatario: el tercero imparcial, el juez. Su rol es el de satisfacer la pretensión.

El sujeto activo: el demandante, Icaro, quien es el que emite la pretensión; el que afirma y pide.

El sujeto pasivo: Mercurio, frente a quien se propone la pretensión; padece la afirmación y la petición, pues si la sentencia declara fundada la pretensión, soportará una situación jurídica de desventaja.

2.1.1.2.- Elemento Objetivo. Se desdobra en dos componentes, la razón y el objeto.

a) La Razón. Responde a la pregunta por qué se pide?

El sujeto activo de la pretensión afirma una pluralidad de hechos históricos (activos u omisivos) y concretos que tienen significación jurídica. Aspira a obtener el reconocimiento de los efectos prácticos que la ley sustancial asigna a tales hechos, que son supuestos de normas de decisión.

Pueden distinguirse:

a1) La razón de hecho (causa petendi): es el universo fáctico de la pretensión; será siempre un número plural de sucesos⁴

3 GUASP DELGADO, Jaime, op. cit., p. 84.

4 En BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. 2da. ed. Trad. A. Martín Pérez. Madrid. Revista de Derecho Privado, 1959, p. 6, se muestra la necesaria conexidad entre los hechos para que éstos tengan significación jurídica; el hecho aislado no tiene sentido para el derecho; la tiene en tanto que se le mire en referencia, en su relación, con otros hechos. Por ello es dable afirmar que el fundamento de la pretensión lo conforman un número plural de hechos. Dice Betti: "Hechos jurídicos son, por tanto, los hechos a los que el Derecho atribuye transcendencia jurídica para cambiar las situaciones preexistentes a ellos y configurar situaciones nuevas, a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas. El esquema lógico del hecho jurídico, reducido a su expresión más simple, se obtiene mostrándolo como un hecho dotado de ciertos requisitos, presupuestos de la norma, que incide en una situación preexistente (inicial) y la transforma en una situación nueva (final), de modo que constituya, modifique o extinga, poderes y vínculos, o calificaciones y posiciones jurídicas".

que aduce el sujeto activo de la pretensión. En el modelo propuesto lo serían el conjunto de afirmaciones, emitidas por Icaro, que dan cuenta del hecho de éste haber entregado a Mercurio la suma de \$ 100,00 con cargo de restituirlos pasado un año después de la fecha de la entrega y que, en segundo lugar, dan noticia del hecho negativo del no pago. Son los acaecimientos de la vida que fundamentan la pretensión, no tanto para justificarla sino para acotarla; esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo de realidad al que la pretensión se refiere y respecto del cual el juez ejercerá su potestad jurisdiccional.⁵

a2) La razón de derecho: Son las normas de decisión (sustanciales) que reglan el contrato de mutuo y que dan sentido, para el derecho, a las conductas descritas.

Es preciso advertir que según las líneas doctrinarias y jurisprudenciales vernáculas, generalmente aceptadas, el fundamento de derecho es un elemento neutro de la pretensión, porque, en este aspecto, la aserción de los elementos de derecho sustancial que emite la parte activa de la pretensión tiene un mero carácter indicativo, no vinculante para el juez, quien obra alentado por el principio *iura novit curia*. De conformidad con esta línea de reflexión, entonces, el sujeto activo de la pretensión no tiene la carga de afirmar la norma de decisión (sustancial) relevante; es función propia del oficio judicial hacer la búsqueda del derecho vigente, reconocerlo, interpretarlo y, finalmente, aplicarlo.

b) El objeto. Contesta a la pregunta qué pide?

Es la tutela particular específica que se reclama; la declaración (pura, constitutiva o de condena) o la ejecución que se demanda; es la modificación específica del mundo que se pide del juez. En el ejemplo expuesto el objeto es la declaración de condena a pagar cien pesos (\$ 100,00).

2.1.2.- Pretensión y demanda

Los tres elementos, sujetos, razón y objeto, pueden ser identificados nítidamente en toda demanda, en tanto que su contenido medular es, precisamente, la pretensión. El artículo 75 del Código de Procedimiento Civil Colombiano certifica cabalmente esta última aseveración.

5 La tarea de destacar la función delimitadora de este elemento fáctico de la pretensión se debe a GUASP DELGADO, Jaime. Ver op. cit. p. 82.

Esta norma regula el contenido de la demanda. Prescribe que "La demanda con que se promueva todo proceso deberá contener":

2.1.2.1.- Sobre los sujetos

a) **El sujeto destinatario** de la pretensión está mencionando en el número 1 que dice "1. La designación del juez a quien se dirija".

b) Los requisitos atinentes a los **sujetos activo (demandante)** y **pasivo (demandado)** de la pretensión tienen su campo de expresión en los números 2, 3 y 4, así:

b1) "2. El nombre, edad, domicilio del **demandante** y del **demandado...**".

b2) "3. El nombre y domicilio o, a falta de este, la residencia de los **representantes o apoderados de las partes**, si no pueden comparecer por sí mismas...".

b3) "4. El nombre del **apoderado judicial** del demandante, si fuere el caso".

El acto demanda debe dar cuenta acabada de los presupuestos de participación en el proceso de los justiciables: la capacidad para ser parte (existencial), capacidad para comparecer por sí mismo (aptitud para obrar sustancialmente sin el ministerio de otro) y derecho de postulación (competencia para operar actos de naturaleza estrictamente procesal).

2.1.2.2.- Sobre el objeto de la pretensión

El aparte 5 exige que "5. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en el artículo 82".⁶

6 De este texto, al igual que de otros como v. gr. el artr. 89, número 2, pareciera derivarse que la ley colombiana confinara el concepto de pretensión exclusivamente a su objeto, a aquello que se pide. Pero esto no es más que una imprecisión-terminológica que ha sentado sus reales en el lenguaje de la práctica forense. El legislador no tiene propósito ni vocación teóricos. Incumbe a la doctrina crear sistemas; acoger en nociones universalizadoras los fenómenos singulares que revela el proceso jurisdiccional positivizado. Si se indaga, con prolijidad sobre los elementos estructurales del tema de decisión, se concluirá que los más significativos problemas del proceso son explicables satisfactoriamente sólo si se tiene presente que a la configuración del *thema decidendum* concurren necesariamente los tres elementos, sujetos, objeto y causa. Fenómenos tales como la cosa juzgada (art. 332), la congruencia (art. 305), el pleito pendiente (art. 97, núm. 10), la acumulación de pretensiones (art. 82), el litisconsorcio necesario (art. 83), la intervención de terceros (arts. 52 a 59) hallan una adecuada sistematización si se les analiza desde la perspectiva de los tres elementos de la pretensión.

2.1.2.3.- Sobre la razón o fundamento de la pretensión

a) La afirmación de los **hechos delimitantes** de la potestad decisoria es un presupuesto de la demanda apta al tenor del ordinal 6, que exige que se indiquen "**6. Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones**, debidamente determinados, clasificados y numerados".

b) La exposición, con finalidad meramente indicativa, de las normas de decisión que dan apoyo a la pretensión se reclama en el número 7: "**7. Los fundamentos de derecho** que se invocan".

2.1.2.4.- A modo de conclusión puede afirmarse que la pretensión es el centro focal de la demanda; es su elemento esencial; no hay demanda sin pretensión. Y los tres elementos son necesarios para la configuración de la pretensión; si, por acaso, faltare uno de ellos no habría pretensión.

2.1.2.5.- La pretensión, por definición, es un acto procesal unilateral de afirmación y de petición. Y es, por esencia, tal como lo sintetiza el maestro Carnelutti, una **afirmación** de subordinación en la que su sujeto activo asevera el predominio jurídico de su interés sobre el interés del sujeto pasivo de la pretensión.⁷ El actor reclama el reconocimiento judicial de una situación de ventaja.

2.2. Elementos del tema de decisión que propone la parte demandada

En el ejemplo se puede observar, sin mayor esfuerzo, que el demandado Mercurio propone lo **contrario** de la pretensión. A su vez, pero de modo contrapuesto, también **afirma un hecho nuevo y, consecuentemente, pide**. Esto, y sólo esto, es lo que se denomina, en sentido estricto, **excepción**.

7 Carnelutti condensa el concepto así: "La pretensión es exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio" (CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil, Vol. I. Trad. Santiago Mentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1989, p. 28). Y, más adelante, relievra, de manera terminante, la naturaleza jurídica de la pretensión, así: "La pretensión es un acto no un poder; algo que alguien hace, no que alguien tiene; es una manifestación, no una superioridad de la voluntad. No sólo la pretensión es un acto y, por tanto, una manifestación de voluntad, sino uno de aquellos actos que se denominan declaraciones de voluntad". (p. 31).

Pretensión y excepción son nociones opuestas; cada una corresponde a uno de los sujetos parciales cuyos intereses contrapuestos reclaman regulación jurisdiccional. Representan, de manera elocuente, el ejercicio activo de potestades procesales de las cuales son titulares dos partes antitéticas.

Mercurio afirma que pagó; dice, ante el juez y en contravía del dicho de la parte demandante, que ocurrió un hecho extintivo –que es un hecho sobreviniente– que tiene la fuerza suficiente para apagar los efectos constitutivos del mutuo. El mutuo es fuente de obligaciones; el pago, con efecto contrario a aquel, es modo de extinción de las mismas.

De manera igual a como ocurre con la pretensión es posible distinguir en la excepción los mismos tres elementos:

2.2.1.- Elemento Subjetivo. Hay un sujeto que emite la excepción en pos de una sentencia favorable. El sujeto pasivo de la pretensión se torna en sujeto activo de la excepción. Mercurio, en el modelo guía, es el sujeto activo de la excepción; es la parte que emite el acto unilateral de afirmación y de petición.

El sujeto pasivo de la excepción es el demandante; la excepción, si se declara fundada, da lugar a una decisión que desfavorece al sujeto activo de la pretensión. Icaro es, en la hipótesis referida, el sujeto pasivo de la excepción.

El sujeto destinatario de la excepción es el juez, quien es el llamado a optar entre pretensión y excepción; el acto de juzgamiento es, por definición, un acto de opción; el juez elige, de acuerdo con unas técnicas que dominan su oficio, entre la pretensión y la excepción.

2.2.2.- Elemento Objetivo de la Excepción. De modo paralelo a como ocurre con la pretensión, la excepción también muestra una razón y un objeto.

a) La razón o fundamento de la excepción.

a1) La razón de hecho de la excepción.

La pretensión y la excepción son elementos **contradictorios del tema de decisión**. La ley de contrarios que, respecto

de las partes, domina el proceso obliga a presentar la idea, razón de hecho de la excepción de la misma manera como se elaboró el concepto de razón de hecho de la pretensión.

Si se dijo que la razón de hecho de la pretensión es el conjunto de hechos que sustentan la petición del sujeto pretensor, de manera proporcional, en este punto, se asevera que **la razón de hecho de la excepción es el hecho que fundamenta la petición del sujeto resistente.**

El sujeto activo y el sujeto pasivo de la pretensión cumplen roles diferentes en cuanto a la afirmación de hechos. El sujeto activo tiene la función de delimitar el universo fáctico que se someterá al juicio prudencial del juez; ese mundo de sucesos que aporta el actor estará siempre conformado por un **número plural de hechos que conciernen a la dos partes.** De otro lado, al sujeto pasivo le basta afirmar **un hecho distinto**, referido a los fundamentos de hecho de la pretensión y con eficacia normativa diferente o contraria a los hechos aseverados por el sujeto activo.

Mírese que en la demanda argüida como modelo, Icaro afirma los hechos constitutivos de un mutuo y el concerniente al incumplimiento. Tales elementos fácticos confinan su petición de condena. De modo antitético, en la contestación de la demanda, Mercurio afirma un hecho extintivo, el pago; sobre esta alegación de pago erige su solicitud de sentencia favorable.

La razón de hecho de la pretensión y la razón de hecho de la excepción son **hechos contrarios**; son sucesos que generan efectos **opuestos**. En el ejemplo, el mutuo —un elemento de la razón de hecho de la pretensión— es una fuente de obligaciones; es un hecho constitutivo; el pago es su contrario; es una forma de extinguir la obligación nacida del mutuo. En armonía con esta línea de reflexión puede aseverarse que la razón de hecho de la excepción, respecto de la causa de la pretensión, es un **contrahecho**.

Todo lo dicho hasta ahora puede compendiarse en los siguientes enunciados generales: El sujeto activo de la pretensión afirma hechos constitutivos o fuentes de obligaciones o generadores de situaciones jurídicas de ventaja y el demandado,

cuando excepciona, afirma hechos extintivos, obstàtivos y modificativos que siempre tienen conexi3n negativa con los primeros.⁸

El proceso es, ante todo, un m3todo de representaci3n - volver presente- del pasado. Recoge hechos de ayer, afirmados por demandante y por el demandado, los verifica y los contrapone a efecto de definir cuàles de ellos deben prevalecer hoy para el derecho.

Este escrito aspira a fijar una noci3n restrictiva del concepto de excepci3n: s3lo es posible nominar como excepci3n a aquel hecho, generador de efectos sustanciales, que tiene una **relaci3n negativa** con los hechos fundantes de la pretensi3n en tanto que disminuye, modifica o destruye los efectos jur3dicos de estos 3ltimos. De està manera es posible entender el alcance de **hecho nuevo y distinto afirmado por el demandado** que se ha dado el concepto de excepci3n.⁹ Pero excepci3n no es cualquier especie de hecho nuevo o distinto que afirme el demandado; s3lo lo es aquel que tiene **conexi3n negativa con el hecho fundante de la pretensi3n**, en virtud de lo cual genera efectos contrarios o distintos a los de los hechos afirmados por el demandante. De conformidad con este enunciado habr3a excepci3n en todos aquellos casos en los cuales el demandado invoca, por ejemplo, la remisi3n, la nulidad relativa, la fuerza mayor, el caso fortuito, la prescripci3n.

Pero, tambi3n a modo de ejemplo, y de manera opuesta, no habr3a excepci3n, en sentido estricto, cuando el sujeto pasivo afirma, en su beneficio, la cosa juzgada o la caducidad. Ninguno de estos dos medios de resistencia hace menci3n a un hecho que enerve de modo **directo e inmediato** los fundamentos de hecho de la pretensi3n; en ninguno de los dos eventos se declara infundada la pretensi3n. En ambos casos ocurre una circunstancia diversa; el juez se **abstiene** de decidir; no juzga porque la pretensi3n ya ha sido satisfecha (cosa juzgada) o

8 Sobre este punto es esclarecedora la presentaci3n de Antonio J. Pardo, maestro y precursor, a quien todav3a no se ha hecho el debido reconocimiento de su obra. Ver en PARDO, Antonio J. Tratado de Derecho Procesal Civil. 2da. ed. Tomo I. Medell3n: Universidad de Antioquia, 1967, pp. 419-421.

9 Ver DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. 8a. ed. Tomo I, Teor3a General del Proceso. Bogotà: ABC, 1978, p. 243 y ss.

porque el paso del tiempo ha dado lugar al decaimiento de la potestad de proponer esa pretensión particular (caducidad).

a2) En la excepción es dable, tal como ocurre con la pretensión, identificar su razón de derecho, es decir, la norma que tiene como supuesto fáctico el mismo hecho afirmado en concreto por el demandado. Es la disposición que asigna efectos jurídicos a los hechos afirmados por el demandado.

b) **El objeto de la excepción.** El excepcionante reclama una decisión favorable; que es aquella que declara infundada la pretensión, es decir, insta a una sentencia que favorezca al sujeto pasivo de la pretensión.

2.3.- Equiparación de las nociones pretensión y excepción

Las partes son sustancialmente iguales. La igualdad de las partes, a la par de la imparcialidad del juez, son dos datos de la esencia del proceso.¹⁰

El proceso, virtud del principio de la igualdad, respecto de las partes, tiene que ser simétrico. La gama de situaciones de ventaja y de desventaja propias de una parte es equivalente al espectro de las que corresponde a la otra parte. Todos los elementos del proceso se refieren a los sujetos parciales de una manera tal que haya posiciones, formas y medidas equivalentes, para cada parte. Los que contrarios acción -contradicción, pretensión- excepción, derecho -no derecho, entre otros, revelan la simetría entre el conjunto de potestades de una parte y el acervo de posibilidades que es propio de la otra.

La pretensión y la excepción realizan a cabalidad ese postulado de proporcionalidad:¹¹

2.3.1.- Ambos son actos jurídicos unilaterales que contienen una afirmación y una petición. Difieren en su origen y en

10 En ALVARADO VELLOSO, Adolfo, ob. cit. se desarrollan cabalmente los principios de la igualdad de las partes y de la imparcialidad del juez como elementos que revelan el modo esencial de existir de las partes y del juez en el proceso.

11 DÍAZ A., Clemente. Instituciones de Derecho Procesal. Tomo I. Parte General. Introducción. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 218 y 219 del principio de la bilateralidad de la audiencia deduce el corolario de la igualdad de las partes. La igualdad da lugar a la construcción simétrica del proceso.

su dirección. La pretensión es emitida por el sujeto activo de la pretensión frente al sujeto pasivo de ésta; la excepción es declarada por el sujeto pasivo de la pretensión frente al sujeto activo inicial.

2.3.2.- El destinatario es común, el juez. Pero éste los aprehende como mensajes contradictorios; su función es optar por uno de ellos.

2.3.3.- Los fundamentos de hecho de la pretensión y de la excepción tienen una relación negativa; se refieren ambos a supuestos de hecho de normas sustanciales, pero cada uno de aquellos imputa efectos favorables a la parte que hace la respectiva afirmación y, de modo adverso, efectos desfavorables a la parte ante quien se afirma la pretensión y la excepción.

2.3.4.- Tienen objetos contrapuestos. Ello da lugar a una relación inversamente proporcional entre pretensión y excepción. Lo que sea concedido en favor de una parte implica una resolución desfavorable para la otra. Alrededor de esta característica se define e identifica el interés de las partes para producir un acto procesal específico.

2.3.5.- La pretensión es una afirmación de **subordinación**; su propósito es obtener un reconocimiento judicial de primacía o de predominio del interés del sujeto activo respecto del interés del sujeto pasivo. Por el contrario, la excepción es una afirmación de **libertad**; no busca atar al demandante, sino y simplemente, pretende que se declare infundada la aspiración del sujeto activo; el excepcionante se opone al reconocimiento judicial de ligámenes que lo pongan en situación de desventaja frente al sujeto activo de la pretensión, sin que reclame para sí una declaración de preeminencia.

2.3.6.- La pretensión es un elemento **necesario** del proceso; **no hay proceso jurisdiccional sin pretensión**. La pretensión es el centro de gravedad del proceso, es el concepto que unifica y aglutina todas las demás nociones procesales; es insustituible para la cabal comprensión de los fenómenos privativos del proceso.

Esta última proposición orienta a Jaime Guasp en la tarea de caracterizar los postulados vertebrales del proceso. Son ellos:

"todo proceso supone una pretensión, toda pretensión origina un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión".¹²

La excepción, que es su paralelo, es un elemento **contingente**; puede existir proceso sin excepción. El demandado puede abstenerse de ejercitar su derecho a ser oído o puede ejercerlo sin proponer excepción. La excepción no agota el universo de los medios de resistencia; es una de las formas posibles de hacer repulsa a la pretensión, la más calificada porque enriquece el tema de decisión.

2.3.- Propósito final de este empeño

Si se cumple el cometido de dibujar con absoluta precisión y con suficiente claridad el contenido esencial de las nociones pretensión y excepción, es posible concluir, de modo categórico, que la sentencia, como acto final de la instancia, tiene un **núcleo esencial** que la define.

Sentencia es la providencia que decide sobre el acto pretensión y sobre el acto excepción. La sentencia contiene un juicio de **favorabilidad o de fundabilidad** sobre la pretensión; es su sustancia.

Por exclusión, una providencia judicial que no emita ese juicio de fundabilidad **no es sentencia**.

Esta delimitación de los conceptos de pretensión y de excepción de sentido a los siguientes enunciados:

2.4.1.- El tema de decisión en el proceso jurisdiccional está configurado por un elemento esencial, la pretensión y por otro contingente, que es la excepción.

2.4.2.- El tema de decisión se decide exclusivamente en la sentencia. La sentencia es la providencia que cristaliza un juicio de fundabilidad o de favorabilidad sobre la pretensión; la declara fundada o infundada.

2.4.3.- No hay sentencia sin proceso. Toda sentencia presupone el agotamiento previo de un proceso; tiene su origen en

¹² GUASP, Jaime. ob. cit. p. 46.

un proceso y es su logro, el acto culminante. **El proceso es una fuente de producción de una norma jurídica denominada sentencia.** Tal norma es reconocida como válida en tanto que su creación se ajusta a las normas que disciplinan jurídicamente la formación de la sentencia. Las normas que dominan el proceso son, en últimas, las que reglan el modo de producción de la sentencia.¹³

El derecho fundamental al debido proceso informa, con carácter vinculante, el contenido vertebral de los procesos en cuanto que son métodos o instrumentos para hacer sentencias.

2.4.3.- El tema de decisión delinea el contenido esencial de la sentencia. La providencia que no expresa un juicio de favorabilidad sobre la pretensión no tiene la calidad de sentencia. Es auto.

El auto, siguiendo las voces del maestro Carnelutti, se refiere a cuestiones de orden. La sentencia desata la litis, que es un conflicto de intereses calificado por una pretensión resistida.¹⁴

3.- Naturaleza de las providencias distintas de la sentencia

3.1.- El ejercicio del poder de decisión y las demás providencias judiciales

Si como punto de partida de un análisis reflexivo se adopta la clasificación de las providencias judiciales que propone el artículo 302 del C. de P.C., se infirirá que sólo podrá nombrarse como sentencia a aquel acto procesal que se adecúa con rigor a la caracterización que allí se da: el que **decide** sobre el **tema de decisión** (pretensión y excepción).

Por exclusión, todas las demás providencias son **autos**. Serán autos entonces, aquellas que no resuelvan sobre el tema de decisión.

13 Sobre el concepto fuente de producción es interesante ver FERRI, Luigi. La Autonomía Privada. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1968. p. 31.

14 Ver CARNELUTTI, Francesco, op. cit. núm. 5, pp. 27-28 y núm. 12, pp. 36-38.

Esta simple aseveración abre un inmenso horizonte al sistema y a la dinámica de los controles internos del proceso.

En primer término, permite rastrear la exacta naturaleza de algunas providencias en las cuales el juez se limita a emitir juicios de admisibilidad sobre la pretensión (Ver infra 3.2.1.).

A modo de simple ejercicio es útil explorar la naturaleza de tres especies de providencias: la que decide sobre las excepciones previas (art. 97, núms. 1 a 12 C. de P.C.) ; la que declara probada una excepción mixta (inciso final, art. 97 C. de P.C.) y la sentencia inhibitoria (art. 333 C. de P.C.).

Todas tienen un denominador común: en ninguna de esas tres hipótesis se decide sobre la pretensión; el juez se detiene en un juicio anterior; se contrae a declarar la **inadmisibilidad de la pretensión**, a poner de presente una circunstancia que obsta una decisión sobre la pretensión.

3.1.1.- El caso de las excepciones previas. Si se hace una lectura vertical de la relación de causales de excepción previa, listadas en los 12 numerales del artículo 97 del C. de P.C., se verán sin dificultad alguna que en todos los eventos se advierte el incumplimiento de un presupuesto de admisibilidad de la pretensión. Que se denuncian anomalías que en algunos de los casos pueden dar lugar a la nulidad del proceso o, que, en otros, pueden originar una sentencia inhibitoria.

La excepción previa no es, en el estricto sentido fijado en este documento, una excepción; no es tema de decisión del proceso. Es algo distinto, es una **cuestión accesoría**, una típica **cuestión de orden**, que es objeto de alegación y decisión previas con el propósito de sanear el proceso, a efecto de evitar nulidades procesales y sentencias inhibitorias.

3.1.2.- La hipótesis de las excepciones mixtas. El aparte final del artículo 97 del C. de P.C. relaciona tres medios de defensas que pueden ser alegados, a discreción del demandado, como excepciones previas en el escrito apto para alegarlas o en las contestaciones de la demanda. Esta última posibilidad ha llevado a decir de ellas que son excepciones en sentido estricto que pueden ser, por permisión expresa de la ley procesal, objeto de alegación y decisión previas; de esta particular forma de reglamentación deviene su calificación como mixtas.

Pero si se ausculta con rigor el contenido de los tres medios de resistencia enunciados en el aparte final del artículo 97 del C. de P.C., se verá sin mayor dificultad que no son excepciones en sentido severo y que, en consecuencia, la providencia que sobre ellas resuelve no es sentencia porque no compone el tema de decisión, así sean propuestas en el escrito de contestación de la demanda y decididas en la providencia que pone fin a la instancia.

En efecto, si el juez declara fundada la excepción de **cosa juzgada**, lo que en verdad hace es eludir legítimamente un juicio de favorabilidad. No decide sobre la pretensión porque ésta ya había sido decidida. Una providencia que declare próspera la "excepción mixta de cosa juzgada" es una providencia inhibitoria, cualquiera que sea el momento en que se profiera; se limita a declarar que la pretensión no es admisible porque no puede haber lugar a acto de juzgamiento (de fundabilidad) alguno.

Si, en su caso, el oficio judicial acoge la excepción de **caducidad**, tampoco habrá decidido sobre la pretensión. Se limita a evadir un pronunciamiento de fondo, a puntualizar que no es posible decidir sobre la pretensión porque fue aducida fuera de su tiempo hábil; califica la pretensión como un acto inoportuno. El juez se limita a hacer una operación intelectual de contrastación: fija el momento en el cual fue propuesta y lo equipara con el término de caducidad previsto por la ley, sin descender al análisis de sus elementos estructurales; declara la inadmisibilidad de la pretensión por extemporánea.

Algo análogo sucede con la **transacción**. Tampoco es una excepción en sentido estricto. El juez declara inadmisibile la pretensión porque ya ha sido satisfecha por un equivalente jurisdiccional. Las partes, por la vía del contrato de transacción, han creado la norma negocial que regula los intereses contrapuestos. No hay lugar a acto de juzgamiento —a sentencia— porque las partes, en ejercicio de su autonomía privada, han creado la norma reguladora de sus intereses. Entonces, por sustracción de materia, no tiene sentido la intervención del oficio judicial. En este caso el juez tampoco aborda el estudio de los elementos axiológicos de la pretensión para declararla fundada o infundada; reduce su gestión a una afirmación de impoten-

cia. a constatar que no es posible abordar jurisdiccionalmente la pretensión porque ya fue objeto de autocomposición.

3.1.1.- La sentencia inhibitoria. No es sentencia porque carece del elemento necesario de ésta, el acto de decisión. Es una providencia que centra su atención en cuestiones de orden; delata la existencia de una anomalía o irregularidad material (de contenido) de la pretensión que ocluye cualquier juicio de favorabilidad.

3.2.- Clases de juicios que pueden emitirse sobre la pretensión

Como bien puede observarse de todo lo escrito en el número anterior, es conveniente diferenciar con nitidez dos clases de juicios posibles respecto de la pretensión. Un primer juicio sobre su **admisibilidad** y, uno segundo; sobre su **fundabilidad**.¹⁵

3.2.1.- Primer juicio, de admisibilidad de la pretensión. El juez califica la aptitud formal o material de la pretensión: evalúa sus elementos para determinar si es posible o no un pronunciamiento de fondo sobre ella. En términos llanos, el juez valora la pretensión desde una perspectiva estrictamente procesal; evalúa la idoneidad de la pretensión para dar vida a un proceso jurisdiccional que pueda alcanzar su logro final, que es el acto de juzgamiento (sentencia).

Juicios de esta naturaleza están insinuados en los artículos 85 –causales de inadmisión y de rechazo de la demanda–, 97 –sobre excepciones previas–, 140 –nulidades procesales– todos del estatuto procesal civil. En los casos en los cuales un juez inadmite o rechaza una demanda o declara probada una excepción previa o decreta una nulidad procesal está emitiendo un juicio de inadmisibilidad de la pretensión.

Y tal como se advirtió en aparte anterior, la denominada sentencia inhibitoria es un mero juicio de inadmisibilidad de la pretensión; no es una sentencia en sentido estricto.

15 En PALACIO, Lino Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil. 7a. ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1987, p. 125 se distingue los requisitos de admisibilidad y de fundabilidad de la pretensión. Dice. "La pretensión es admisible cuando posibilita la averiguación de su contenido y, por lo tanto, la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a la decisión del tribunal". Y, en el párrafo siguiente, afirma que "Es fundada, en cambio, cuando en razón de su contenido resulta apropiado para obtener una decisión favorable a quien la ha planteado".

Es posible identificar dos clases de requisitos atinentes a la admisibilidad de la pretensión; los primeros, que conciernen a la validez formal del proceso, velan por su adecuación a los postulados del debido proceso. Y los segundos, de naturaleza material, que atañen al contenido de la pretensión y a su aptitud para que sobre ella recaiga un acto de decisión.

3.2.1.1.- Requisitos de admisibilidad atinentes a la validez de la pretensión

El postulado constitucional del debido proceso determina el marco general de condiciones de validez de la pretensión. El proceso, pensado como método de construcción de la sentencia, tiene que ajustarse a tres enunciados medulares que tienen su punto de apoyo en la constitución; la legalidad de la competencia, la legalidad de las formas y la bilateralidad de la audiencia¹⁶. Todos ellos cumplen función protectora.

La noción de debido proceso se nutre de dos fuentes esenciales: la doctrina liberal y el ideario democrático.

El juego de mecanismos de "control del poder político" constituye la esencia del pensamiento liberal y es una vocación común a todo aquel que se proclame portador de los valores liberales. Dos elementos del debido proceso, la legalidad de las formas (u obligatoriedad de las formas fijadas por el legislador) y el juez competente, son de clara estirpe liberal. Son instrumentos de control que trazan el cauce necesario por el cual debe transitar el titular del poder estatal jurisdiccional.

La "participación del ciudadano en el ejercicio del poder político" es el enunciado rector de la democracia.

a) El enunciado de la legalidad de la competencia

La pretensión es válidamente deducida en tanto que sea afirmada ante un juez competencial cuya aptitud tiene su fuente necesaria y suficiente en la ley, el juez destinatario de la pretensión es el convocado, exclusivamente por la ley, para verificarla y decidirla.

¹⁶ Estas denominaciones tienen básicamente su origen en el inventario de principios del derecho procesal que propone DIAZ, Clemente A., op. cit. p. 213 y ss.

b) El enunciado de la legalidad de las formas

Es un principio de linaje liberal que propende el control del poder del estado. Al legislador, que es el depositario de la voluntad política del estado, le cabe el poder exclusivo de fijar de manera vinculante las formas de manifestación de los actos procesales, sus condiciones externas, espacio temporales de producción, y sus maneras de expresión.

c) El enunciado de la bilateralidad de la audiencia

Los justiciables, que son los sujetos cuyos intereses se regulan en la sentencia, son titulares de un derecho de participación en el proceso, el que exige la presencia constante de los destinatarios de la decisión y su posibilidad permanente de gestión.

El valor de la bilateralidad de la audiencia supera el simple esquema que usualmente se sintetiza en el brocardo "nadie puede ser vencido si haber sido oído". Su significado tiene mayores alcance y riqueza.

El principio de la bilateralidad de la audiencia es de raigambre democrática. El ciudadano participa en el ejercicio del poder del estado "haciendo" el proceso conjuntamente con el juez.

El proceso es un ente complejo que supone siempre la presencia y la actividad de sus tres sujetos principales. El único instante en el cual el juez se encuentra solo y se desliga de las partes es en el de la decisión. Los períodos cognocitivo y valorativo del proceso, todos los momentos preparatorios de la sentencia, suponen una interacción constante entre juez y partes; el de la decisión es el estadio procesal exclusivo del juez, pero sujeto al control posterior de las partes.

Las partes son cogestores del proceso. Al juez y a las partes los diferencian los roles que asumen: imparcial-parciales; supraordenado-coordinados: el primero titular de competencias públicas, los otros de potestades privadas; la dinámica de su ejercicio y el intercambio entre esas potestades es lo que caracteriza el proceso.

La Constitución de 1991 permite una distinta presentación del derecho de contradicción o de defensa:

Cuando se utiliza la denominación derecho de defensa se está haciendo hincapié en la función protectora o contralora del principio: se asocia a lo liberal porque pone el acento en los mecanismos de resguardo que salvaguardan al ciudadano de los posibles excesos del juez, titular de poder estatal. La noción defensa insinúa una contraposición de intereses y de comportamientos entre el juez y las partes; sugiere una agresión injusta frente a la cual cabe la defensa legítima.

En cambio si se habla de bilateralidad de la audiencia y se acentúa su origen democrático, la fisonomía del proceso cambia. Toda la gestión de la parte en el proceso se interpretará a la luz de los mecanismos constitucionales que consagran el principio de la participación ciudadana.

El derecho de participación, que de manera idéntica se predica de dos sujetos iguales con intereses contrapuestos, impone un modelo de proceso que, de modo simétrico, conceda a las partes –sujetos subordinados y parciales– la posibilidad cierta de ser actores del proceso; les asegura la potencialidad permanente de ser oídos por el juez –que es el sujeto supraordenado e imparcial–, titular de la potestad de decisión. Es garantía individual –de origen democrático– que se reclama ante el juez.

El derecho de participación propone, pues, un distinto ser de las relaciones entre el estado (juez) y el individuo (justiciable).

El principio de la bilateralidad de la audiencia gira alrededor de cinco verbos, que pueden ser conjugados simétricamente por ambas partes, o sea, en condiciones de igualdad.

c1) Antes del acto de juzgamiento (de la decisión), pueden:

Afirmar hechos. Es emitir juicios representativos. Aducir los hechos fundantes de la pretensión (el demandante) y los hechos constitutivos de excepción (el demandado). Las partes así delimitan el universo fáctico relevante para el proceso.

Pedir. Es reclamar una decisión específica, una consecuencia, una tutela particular. Corresponde al objeto de la pretensión o de la excepción; lo que pide una u otra parte.

Probar. Es hacer uso de los medios de prueba a efecto de que los hechos afirmados puedan representarse como realidad.

des en el proceso (volver presente al pasado, reconstruir la realidad). Las partes, en gracia a este principio, intervienen en todas las fases de la prueba; en la de petición (solicitándolas); en la del decreto judicial (controlando el acto por medio de los recursos); en la de la práctica (son partícipes de los actos de adquisición); en la valoración (formulan su evaluación parcial en los escritos de bien probado).

Alegar: Es argumentar, dar razones. La parte arguye con el propósito de que su juicio, que en el proceso es parcial y simple opinión, se transforme, en la sentencia, en el juicio imparcial y vinculante juzgador. La parte invade la esfera del juez por la vía de la persuasión.

c2) Después del acto de juzgamiento:

Impugnar: Es un acto de rebeldía formalizado de la parte. Da lugar a un control posterior del acto de juzgamiento. Genera revisión de la providencia inicial y da lugar a una providencia resultante.

d) El sistema de las nulidades procesales está pensado para controlar las condiciones de admisibilidad atinentes a la validez de la pretensión. Todas causales de nulidad del proceso, relacionadas en los artículos 140 del C. de P.C. y 305 del C. de P.E., son reductibles a formas de violación de uno de los tres enunciados formales del debido proceso.

3.2.1.2.- Requisitos de admisibilidad relativos a la eficacia de la pretensión

La validez no es el único condicionante de admisibilidad de la pretensión: su adecuación a los postulados del debido proceso no es suficiente para asegurar la emisión de una sentencia de fondo. La validez de cuenta de un aspecto parcial: de la aptitud constitucional del procesamiento que se aplica a la pretensión.

Pero hay un segundo grupo de requisitos de admisibilidad que atañe a la aptitud de la pretensión para ser juzgada, a la idoneidad necesaria que hace posible que sobre ella recalga un acto de decisión, que la declare fundada o infundada. Este otro conjunto de presupuestos concierne a elementos específicos de

cada pretensión, es decir, al contenido singular de este acto unilateral. Supediten el acto de juzgamiento, la sentencia de fondo, de modo tal que su ausencia obsta el acto de decisión y da lugar a una providencia inhibitoria.

La pretensión, que es la materia que se procesa y que se juzga, debe ser idónea para hacer las veces de fuente real (base material) del contenido esencial de la sentencia. A una pretensión materialmente inadecuada no le cabe respuesta judicial.

Sobre una pretensión podrá recaer acto de decisión si, en general, se satisfacen los siguientes presupuestos:

a) Que el universo de los sujetos parciales que obran como partes formales en el proceso sea igual al de los sujetos titulares de los intereses contrapuestos, de modo tal que el proceso congregue a las personas que están llamados a ser destinatarias de la norma especial (sentencia) que se crea en el proceso jurisdiccional. La legitimación en la causa y la debida integración del litisconsorcio son condiciones asociadas a esta clase de presupuesto de admisibilidad.

b) Que la pretensión origine una sentencia que transforme la realidad jurídica de una manera acorde con los valores que tiende a realizar el derecho. La sentencia es útil en cuanto produzca un resultado, es decir, en tanto que introduzca un cambio normativo particular, relevante y socialmente valioso a la relación interpersonal que es objeto de ponderación jurisdiccional. El proceso jurisdiccional será tal si es capaz de cambiar una condición inicial dada, la expresada en la pretensión, por otra diferente, la definida en la sentencia, logrando con ello una mayor calificación, desarrollo o progreso. El comúnmente denominado interés para la sentencia de fondo es una exigencia de admisibilidad conexas con este tópico.

c) Que la pretensión sea inteligible y discernible. Por lo primero, el juez la podrá oír de manera clara; por lo segundo, el oficio judicial la podrá distinguir de las demás. En la senda de esta especie de requisitos se encuentran: la debida identificación-individualismo -de las partes-; la afirmación de hechos determinados y clasificados; la petición indudable y precisa y la debida acumulación de pretensiones.

En fin, el fallo inhibitorio pone en evidencia el efecto devastador de una anomalía material de la pretensión singular que obra como tema de decisión en el proceso. Y, compromete, de manera traumática, el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción del que son titulares todas las personas.

3.2.2.- Segundo juicio, de fundabilidad de la pretensión

Configura el contenido esencial de la sentencia. El juez se sumerge en el estudio de los tres elementos de la pretensión y, como resultante de ese ejercicio, la declara fundada o infundada; el acto de juzgamiento será favorable o desfavorable, total o parcialmente, a quien propuso la pretensión. Este juicio, y sólo este juicio, es el que se ajusta a la definición contenida en el artículo 302 del C. de P.C.

4.- Momento procesal apropiado para la emisión de la sentencia

La sentencia es el acto que da unidad teleológica al proceso jurisdiccional. **El proceso es un método de creación de una norma jurídica particular, la sentencia.** Todo otro acto procesal tiene sentido en cuanto es preparatorio de la sentencia. Todas las fases del proceso se definen en función de la sentencia, en razón de su grado de participación en la tarea de construir el acto de juzgamiento, el juicio prudencial.

La naturaleza y la función del proceso, como fuente formal del derecho, llevan a decir que la sentencia es el acto final de la instancia; en ese punto definitivo se produce el **juicio de fundabilidad**, que es la norma que regla los intereses sometidos a la composición judicial.

Esta última aseveración, que está dominada por la fuerza de lo evidente, pareciera inocua. Pero, por el contrario, es útil para desprender este otro enunciado de inmenso valor operativo: todo **juicio de admisibilidad de la pretensión debe excluirse de la sentencia.** Las cuestiones atinentes a la admisibilidad de la pretensión deben ser objeto de análisis y de decisión **previos, antes de la sentencia.** El juicio de admisibilidad antecede al juicio de favorabilidad, aquel es presupuesto de este; el último se emitirá sólo en cuanto se haya proferido previamente

el juicio de admisibilidad.¹⁷

Sobre tal elaboración fundamental es posible construir todo el sistema de control **previo y permanente de los presupuestos de admisibilidad de la pretensión** con fructíferas consecuencias para la celeridad, prontitud y eficacia de la gestión judicial.

5.- Los presupuestos formales de la sentencia, una aproximación inicial

El proceso jurisdiccional cumple su cometido cuando se llega al acto final, la sentencia. Alcanzar este momento culminante supone haber agotado y superado con éxito unos juicios previos de admisibilidad de la pretensión.

Si se observa grada por grada el itinerario intelectual que transita un juez para emitir su acto final de juzgamiento se constatará que recorre de modo progresivo las siguientes etapas, de una manera tal que la superación exitosa de una de ellas es condición de acceso a la posterior.

5.1.- Primera etapa. Analiza los presupuestos de existencia de la pretensión. Verifica el ser de la pretensión, como acto: que exista, en tanto que concurren sus tres elementos esenciales sujetos, objeto y causa.¹⁸

5.2.- Segunda etapa. Revisa los presupuestos de validez de la pretensión. Una pretensión válidamente deducida y tramitada si su manejo jurisdiccional está informado por el principio constitucional del debido proceso (Ver supra 3.2.1.1.).

La violación del derecho fundamental al debido proceso genera la nulidad de lo actuado en contravía de los postulados

17 En PALACIO, Lino Enrique, ob. cit. p. 125 se dice, en igual sentido, que "En consecuencia, el examen de los requisitos de admisibilidad es previo al de fundabilidad, pues la inexistencia de los primeros excluye la necesidad de una sentencia sobre el mérito de la pretensión".

18 Este escrito no avanza en el tema de la existencia del proceso. Pero sí invita al análisis detenido de distintas hipótesis en los cuales se compromete la presencia de uno de los elementos estructurales de la pretensión. A guisa de ejemplo, piénsese en el evento en el cual se demande a persona natural que ya ha fallecido. La pretensión carece de sujeto pasivo; no hay capacidad para ser parte porque no se existe. En consecuencia, no hay pretensión. Y no parece posible que se piense en un proceso sin pretensión pues no hay proceso sin pretensión (ver supra 2.3.6.).

de la carta fundamental. Pues, como ya se advirtió, el listado de las causales de nulidad previstos en el artículo 140 del C. de P.C. tipifica formas singulares de violación del debido proceso.

Sentencia y nulidad procesal son conceptos irreductibles. Si hay nulidad procesal no puede haber sentencia; en defecto de la sentencia se declarará la nulidad de lo contaminado por el vicio.

Y; en sentido inverso, únicamente será posible dictar sentencia en un proceso válido, que se haya ajustado a las prescripciones constitucionales del debido proceso.

5.3.- Tercera etapa

No es suficiente que el proceso se amolde a las garantías constitucionales, que sea formalmente válido, para que se garantice su logro final, la decisión de fondo; se requiere, además, que la pretensión haya sido eficazmente deducida; que la pretensión haya sido debidamente configurada en su aspecto material, de manera que sobre ella el juez pueda emitir juicio de favorabilidad.

Es posible hallar un proceso válido (que cumpla los presupuestos del debido proceso) pero, que a la vez, sea ineficaz porque la pretensión tiene un defecto material. Sobre esta afirmación la doctrina ha levantado la teoría de los presupuestos materiales de la sentencia de fondo¹⁹, es decir, de los requisitos de contenido que condicionan la sentencia. De este esquema metodológico ha surgido la explicación de la figura de la sentencia inhibitoria. El proceso que termina con acto inhibitorio es un proceso válido pero ineficaz.

5.3.- Etapa final

El proceso válido y eficaz desencadena en el juicio final de favorabilidad; en el acto de decisión que declara fundada o infundada la pretensión, que es la sentencia tal como se define en el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁹ Ver DEVIS ECHANDIA, Hernando. ob. cit. p. 299 y QUINTERO, Beatriz y EUGENIO, Prieto. Teoría General del Proceso. Tomo II. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995, pp. 43-103.

La teoría de la decisión entrega al juzgador las herramientas conceptuales que le permiten edificar su juicio prudencial.

5.4.- Sugerencias metodológicas finales

Si se observa con suma atención la función de cada una de las etapas referidas y los juicios derivados de cada una de ellas se hallará que:

5.4.1.- Las tres primeras etapas tienden a controlar la **admisibilidad** de la pretensión y los tres juicios consecuenciales son juicios que califican la aptitud formal o material del tema de decisión. Esos juicios no hacen parte del contenido esencial de la sentencia porque tratan de los presupuestos de admisibilidad de la pretensión y no de las condiciones de su fundabilidad.

5.4.2.- Por lo tanto, si no hacen parte del contenido esencial de la sentencia es posible someterlos a un régimen de control previo, permanente y oficioso por parte del juez. **Controlar los presupuestos de existencia, validez y eficacia del proceso es un deber funcional del juez como órgano director del proceso.**

5.4.3.- Por razón del mensaje de eficacia contenido en el artículo 228 de la Carta Fundamental el juez, de oficio, tiene que tomar, **en cualquier momento**, todas las medidas de control y de saneamiento dirigidas a evitar, las nulidades y las providencias inhibitorias.

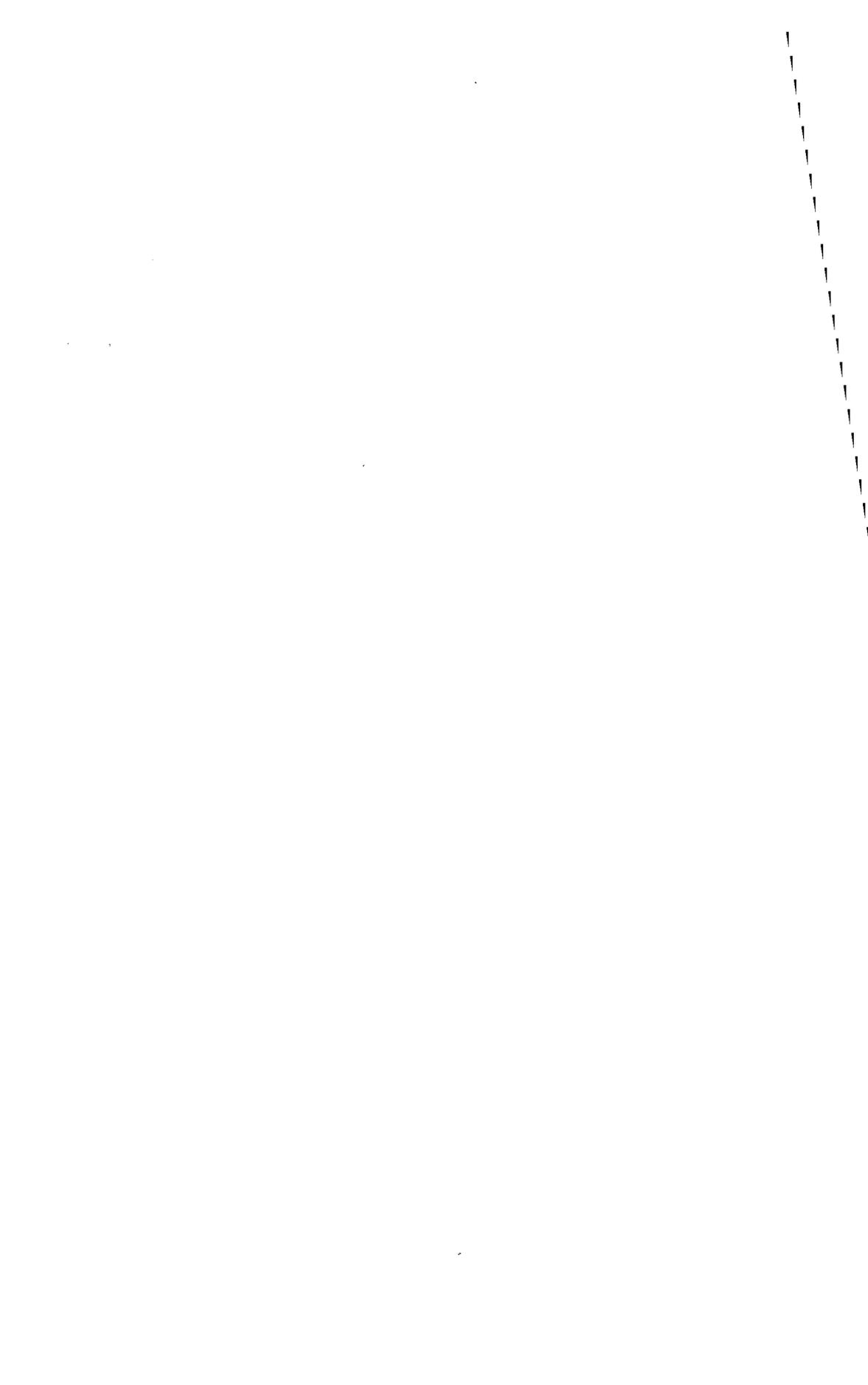
5.4.4.- Como consecuencia de los enunciados anteriores hay que colegir que el juez no puede circunscribirse a adoptar las medidas de saneamiento y de control listadas taxativamente en los artículos 85 (causales de inadmisión) y rechazo de demanda), 97 (causales de excepción previa) y 140 (causales de nulidad) del C. de P.C. Hay que prohiar fórmulas abiertas que le permitan al juzgador adoptar medidas de saneamiento en todo caso en el cual perciba cualquier anomalía que comprometa la existencia, validez o eficacia del proceso²⁰.

5.4.5.- El control oficioso debe tener dos manifestaciones básicas; la primera, en virtud del cual se tienda primordialmente a preservar el proceso mediante la aplicación de remedios, de

medidas de saneamiento, que prevalezcan la regularidad del proceso. Y, la segunda, en virtud de la cual se disponga la terminación anormal del proceso en todo caso en el cual la anomalía tenga efectos disolutivos y no es posible emplear previsiones de mejoramiento. Para esta última hipótesis hay que vislumbrar una modalidad de auto que disponga la terminación anormal inmediata del proceso si se detecta un vicio insubsanable que conduce inexorablemente a la inhibición.

5.4.6.- Y ese control oficioso debe ejercerse durante todo el proceso. El juez no tiene por que esperar el momento de la sentencia para proferir juicios de existencia, validez o de eficacia. Esos juicios son antecedentes necesarios del acto de juzgamiento y por ello hay que emitirlos en el momento, en todo y en cualquier momento, en el que el juez perciba una anomalía o irregularidad.

5.4.7.- En el momento culminante del proceso la actividad del juez se debe contraer al acto de juzgamiento que es lo que finalmente justifica la existencia del proceso jurisdiccional y del juez.



**EL DENOMINADO USO ALTERNATIVO
DEL DERECHO ENTENDIDO COMO
APLICACION DIRECTA DE LOS PRINCIPIOS
EN EL PROCESO JURISDICCIONAL
ideas críticas en torno a la temática**

Andrés Prieto Quintero

El fenómeno que se enuncia en el acápite. Hace su aparición en el derecho como una nueva corriente ideológica por los años de 1970 son los ESTADOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO. Surge como interpretación extrema del sentido normativo de la Constitución, intentando derivar directamente de los principios constitucionales normas aplicables en sede del proceso jurisdiccional, como alternativa paralela a las normas leyes, reglas-puestas, establecidas por el legislador.

Colombia con su constitución de 1991, ingresa al ámbito de las democracias constitucionales y el artículo cuarto de la carta política expresamente estatuye que LA CONSTITUCION ES NORMA DE NORMAS. Jueces y abogados, indagan entonces en la doctrina universal en busca del significado de ese sentido normativo y desde esa doctrina que se ha denominado "USO ALTERNATIVO DEL DERECHO" buscan introducir en la cotidianidad jurídica de los procesos jurisdiccionales como fundamento de derecho de su pretensión el concepto del PRINCIPIO, para atribuirle el carácter de fuente directa, considerando rezagada la idea de la función auxiliar que a los mismos corresponde.

Una primera idea de normatividad del principio indicaría que el juez, cuando va a decidir los extremos litigiosos, debe cumplir una cualificación del caso concreto bajo la óptica de los principios en los cuales lograría la subsunción de tales extremos. Ponderados circunstancialmente todos los principios, ese primer examen sugeriría entonces la normatividad aplicable al caso concreto.

La concepción del uso alternativo del derecho, es una amputación del espacio legislativo. Al caso concreto se le dá categoría y valor a la luz del principio constitucional y el juez "deduce" la norma - regla desde el principio mismo y con absoluta prescindencia del sistema de leyes. Las ideas que se vienen presentando, acusan una indudable proximidad con la corriente iusfilosófica que se entroniza como la escuela del derecho natural; sin embargo, ellas se introducen en el mundo jurídico bajo el rótulo del positivismo, con el argumento de que precisamente las Constituciones modernas positivizan ese derecho natural racional, como derechos o principios. No empece, la semejanza entre ambos discursos es notoria, inocultable e imposible de ser disimulada: los discursos del derecho natural y la PRINCIPIALISTICA comulgan con el mismo método de conocimiento, entendido éste como la manera de aprehender los contenidos que, en uno y otro caso, aparecerán como significados de valor repletos de subjetividad y susceptibles de ser considerados válidos solo cuando se agoten exhaustivos procesos argumentativos, capaces de munirlos de validez universal.

Las normas-puestas en el sistema jurídico como leyes, según crítica que la nueva corriente formula, se quedan cortas en algunas oportunidades, cuando se trata de lograr la justicia en la solución de casos muy complejos; resultan insuficientes para la solución de la totalidad de los conflictos, tanto más cuando tan solo permiten la obediencia plena o la desobediencia, como dilema cerrado, desprovisto de ductilidad, inflexible, mediante el cual el juez aplica o inaplica la ley pero no puede graduar la intensidad, el grado de su aplicación o la medida de su rechazo. Los principios en cambio, son normas flexibles, adaptables, que interactúan y son sopesadas en el caso concreto, permitiendo una solución esencialmente equitativa (justa para el caso concreto con corrección de la desviación injusta que generaría en ocasiones la regla general y abstracta).

Un punto de vista que puede denominarse positivismo jurídico moderado, entiende que los principios del derecho desempeñan importante función supletoria, integradora y hasta correctiva de las normas-regla, o normas leyes. Los principios tendrían un significado de directriz axiológica del sistema jurídico, superarían dudas interpretativas, colmarían lagunas, solucionarían antinomias.

Expuestos los anteriores conceptos con la brevedad y sencillez necesarias para el propósito principal, se procede al análisis de las consecuencias que la concepción del USO ALTERNATIVO DEL DERECHO tendría como repercusión en la ciencia del derecho procesal, de modo especial en las instituciones que se llaman CONCRETAS por razón de su vinculación singular con el derecho sustancial que se debata en el proceso y muy especialmente en el instituto de la pretensión procesal que es sin duda la piedra angular del proceso jurisdiccional.

La presentación que corresponde al derecho sustancial en el proceso, es la que se adecua a la estructura normativa Kelseniana, de SUPUESTO y CONSECUENCIA JURIDICA, como la estructura pues de la norma-regla, de la ley: dado A debe ser B.

Si se opera el supuesto debe ser la consecuencia. Cuando en cambio se afronta al PRINCIPIO en su estructura de derecho sustancial, el esquema podría corresponder al siguiente: X es jurídicamente obligatorio, Y es jurídicamente obligatorio, P es jurídicamente obligatorio, y el cuadro se extendería del mismo modo a la totalidad potencial de todos los principios constitucionales. Los principios no imponen una acción conforme con un supuesto normativo. La regulación de las conductas humanas ya no se llevaría a cabo previendo supuestos normativos como circunstancias definidas en abstracto y anteriores a los hechos, vinculándolas a consecuencias que también deben resultar conocidas con anterioridad a su real acontecer, sino que desde la Constitución se entregan solamente una pautas de comportamiento como metas o propósitos, como ideales, como aspiraciones heurísticas, como ideas regulativas, a las cuales sin embargo y para ser consecuentes con el pregón constitucional de **NORMATIVIDAD DE LOS PRINCIPIOS**, se les conectaría la eficacia jurídica: de ellos se diría que son obligatorios.

El cuestionamiento se dirige ahora hacia el significado de esa OBLIGATORIEDAD que dimana de una "norma"-principio. Qué significa que un principio sea obligatorio como norma reguladora de la interacción de las conductas de los hombres?

Si un hombre vive sujeto a un sistema jurídico determinado por normas-reglas, por leyes inspiradas en principios, puede saber en cualquier momento, cual es la consecuencia que subsigue a una conducta determinada. El aserto tiene validez para la gran generalidad de las conductas normales posibles y tan solo en eventos poco frecuentes, será necesario echar mano de argucias jurídicas para la elucidación de la norma ley que regularía el caso concreto. Lo cierto es que el caso problemático no es la regla sino más bien la excepción. Los casos difíciles, problemáticos, son los que a la postre han desencadenado todos estos movimientos de reivindicación de los principios.

Por el contrario, si se piensa en una hipotética sociedad sin leyes y apenas regida por principios, el hombre que en ella se desenvolviera, antes de actuar, tendría que pensar en todos los principios, sopesarlos, ponerlos en interacción frente a la concreta conducta que proyecta realizar, propender por la justicia de su acto y rogar para que el Juez, si es que su caso llega a los Tribunales, esté de acuerdo con la escogencia ponderada de los principios regidores de la conducta que realizó, esto, por lo que atañe a la imprecisión de la consecuencia aplicable que apenas resultaría de un número de principios en el juego de su ponderación circunstancial. Pero es que tampoco hay un supuesto normativo que defina un marco jurídico al cual a la postre se vaya a conectar la consecuencia así lograda. Aún en el evento de que el juez esté de acuerdo en que el hombre de la imaginada sociedad regida por principios actuó bien, queda todavía en la indefinición la consecuencia que habrá de vincular a esa buena acción... será la que el juez elija, luego del agotamiento de otro camino discursivo no menos problemático y riesgoso. Pero hay todavía un laberinto peor: **QUE SE SIGUE DE QUE EL HOMBRE HAYA ACTUADO MAL JURIDICAMENTE HABLANDO? NO HAY CONSECUENCIA.** No hay ley preexistente al hecho que se imputa y ésta es una exigencia sustantiva del debido proceso. La consecuencia será la que el juez elija como castigo de la acción.

El ámbito de las consecuencias jurídicas se amplía entonces desesperadamente.

Relación entre el derecho procesal y el derecho sustancial. El significado de la pretensión procesal.

Aún cuando el derecho procesal es autónomo y formal y como tal tiene existencia científica y jurídica propias y su esencia y primeros principios se mantienen sin importar a cual derecho sustancial en su composición o concreción esté sirviendo el proceso como instrumento, es indiscutible que tiene una relación simbiótica con el derecho sustancial porque no puede pensarse en el litigio como en algo separado, que discurra en otra esfera del universo jurídico, sino que necesariamente el derecho sustancial se trae al proceso por medio de instituciones de derecho procesal que lo reciben y lo refractan, con la adecuación necesaria a cada peculiar asunto conflictivo y con la proyección jurídica procesal igualmente singularizada. Estos planteamientos son los que permiten avanzar en el cuestionamiento inicialmente formulado: **QUE OCURRE EN EL AMBITO DEL DERECHO PROCESAL** cuando el esquema normativo se muta de un modo tan definitivo, como el que significa la tendencia del **USO ALTERNATIVO DEL DERECHO**. Sirven las instituciones de la ciencia procesal actual como instrumento para procesar ese derecho de principios? Cuando se habla a una comunidad científica especializada en la materia, como corresponde a los lectores de la revista en la cual se plasman estos pensamientos, se excusan ahondamientos que de otra manera se exigirían ineluctablemente. Es para el caso, la especificidad concerniente a las instituciones concretas y las instituciones abstractas del derecho procesal, a las cuales ya se ha hecho alguna referencia inmediatamente antes. Se nombrarían como instituciones abstractas las que se mantienen impolutas en su forma, dada su **SEPARACION**, (dando al término casi que un sentido metafísico) del derecho sustancial procesado: así la acción, la jurisdicción, el proceso, la capacidad para ser parte... Otras, serían instituciones concretas que se amoldan a las peculiaridades del derecho sustancial que se procese, como la pretensión, la competencia, el procedimiento, la legitimación en la causa... instituciones que bien toleran el símil de un costal de cabuya que si bien parece diferente cuando

se llena de naranjas, de papayas, o de arroz, o de cocos, o de hierro, su esencia se mantiene siempre, como la que conviene a un costal de cabuya. En resumen: su esencia no varía.

Se sale pues de un ámbito problemático como el que corresponde al estudio de la PRETENSION PROCESAL, que es ya intrincado y difícil en el mismo seno de la normalidad científica procesal, para incursionar en este horizonte problematizado asaz, de las invariaciones que significarían en la concepción de su esencia, las presentaciones que se autorizaron en el proceso como reclamaciones apoyadas normativamente en principios.

Se piensa la pretensión, como la reclamación que se le hace al juez, para que en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, resuelva el conflicto intersubjetivo de interés, creando una norma jurídica sustancial concreta que regule la situación jurídica singularizada que se le presenta en la misma reclamación, como conflictiva. (Esta concepción se vincula estrechamente con el significado Carneluttiano de jurisdicción). Lo que hace pues quien presenta una pretensión, es delimitar el proyecto de la norma jurídica sustancial concreta que aspira a obtener, como resultado del proceso. La demanda estructura la pretensión como provista de unos hechos concretos típicos, vinculados a una consecuencia jurídica igualmente concreta, como la aspiración inequívoca de que el juez cree esa tal norma-sentencia, luego del agotamiento de un proceso jurisdiccional. La norma que se propone como proyecto tiene que encontrar correspondencia con otra norma abstracta y general, integrada por su supuesto normativo, por un deber ser o cópula hipotética y por una consecuencia jurídica; pero esa norma-patrón o categoría, es una norma puesta, una ley que pertenece al sistema jurídico del país, está en su ordenamiento positivo legal.

La actividad del actor que presenta una pretensión, puede pues describirse en los siguientes ítems:

A: Afirma la existencia de una norma jurídica sustancial positiva legal abstracta.

B: Expone unos hechos que han acontecido ya en el mundo del ser y que se corresponden con el supuesto normativo de esa norma ley.

C: Con apoyo en la norma jurídica sustancial ley preexistente y en cuyo supuesto hallan correspondencia los hechos narrados, propone un proyecto de consecuencia concreta que se adecue a la precisa consecuencia abstracta preestablecida.

D: Le pide al Juez que previo el agotamiento de un proceso jurisdiccional cree la norma jurídica concreta cuyo proyecto le presentó, que en su primera parte responda como supuesto jurídico a los hechos de la vida y en su parte final o conclusiva, pronuncie la consecuencia jurídica concreta que responda al petitum.

Otro desarrollo explicativo corresponde al siguiente:

El actor que pretende, indica que en el ordenamiento jurídico positivo existe la norma: "SI A ES, DEBER SER B": Luego, le reclama al juez que verifique que A concreta, es decir: A); ocurrió efectivamente y que por ende, debe ser, B concreta, es decir: B). Y que en consecuencia cree en la SENTENCIA esta norma concreta: "COMO FUE A) DEBE SER B)".

La PRETENSION pues, es la reclamación que se le hace al Juez para que cree una norma jurídica concreta que regule una situación jurídica, antes conflictiva.

Son varios los pasos que como sendero tiene que agotar el juez para llegar a la creación de la norma reclamada. Un entendimiento sintético, lo puede presentar como correspondiendo a las grandes etapas del proceso, a saber:

I: El juez dá a conocer la pretensión, como reclamación de norma concreta, al opositor, para que éste proceda a estructurar su defensa. Tal actitud defensiva puede ofrecerse como una de las siguientes posturas:

A: El opositor niega la veracidad del supuesto normativo concreto, es decir: afirma que son falsos los hechos presentados como supuesto normativo concreto.

B: El opositor niega que exista la norma jurídica abstracta que se presenta como categoría comprensiva y patrón, de la norma concreta reclamada.

C: El opositor manifiesta que el supuesto normativo concreto, no se adecua al supuesto normativo abstracto, de la norma molde, o positiva preexistente, invocada por el actor.

D: El opositor afirma la presencia de otros hechos, diversos de los afirmados por el actor y que enriquecen el debate porque el resistente, pide la creación de normas jurídicas concretas que imposibilitan el surgimiento de la consecuencia jurídica reclamada por el actor, o que la modifican o la extinguen (excepciona de mérito).

II: El juez examina, durante el período probatorio, o la etapa del proceso dedicada a la comprobación fáctica, cuáles hechos sucedieron en la realidad (indaga cómo es el mundo del ser de frente al conflicto que se le plantea), oye en su última alegación a las partes y abre el proceso a la última etapa: la del examen de los hechos y del sistema jurídico, en esa confrontación tensionante, en donde en la juiciosa y jurídica investigación de los hechos y de las normas, elige de entre las que conforman el sistema legal positivo la abstracta aplicable. Y su actividad es entonces como pasa a enunciarse: A: Si no encuentra la norma jurídica sustancial legal abstracta que se adecue al supuesto fáctico probado, crea otra norma antitética a la concreta reclamado en la pretensión.

B: Individualizada la norma jurídica sustancial abstracta, avanza del siguiente modo: a: Si la norma abstracta se corresponde con la propuesta como proyecto por el actor, y los hechos concretos encontraron demostración, examina las normas concretas presentadas como excepciones de mérito y las decide; si las excepciones prosperan, es decir, si ellas le impiden crear la norma concreta reclamada por el actor y le llevan en cambio a crear la opuesta impeditiva de la consecuencia.

b: Si los hechos afirmados por el actor resultan no ser ciertos, el juez crea una norma concreta negativa, exactamente igual a la reclamada por el actor, pero negativa. Si se reclama entonces como norma concreta, que se diga que "A es y que por ello debe ser B", el Juez dirá que "A no es y que por lo tanto no debe ser B".

c: En veces ocurre que los hechos probados, no se ajustan al supuesto normativo abstracto, de la norma que el actor in-

dicó como apoyo de su solicitud de la consecuencia jurídica, sino que aparecen como el supuesto de otra norma jurídica sustancial. Cabe entonces distinguir: Si la norma diferente a la invocada, es apta para servir como fuente, a la creación de la norma concreta, en sentencia, porque sea una de las que la ley prescribe como DECLARABLES DE OFICIO POR EL JUEZ EN ATENCION A SU IMPERATIVIDAD PROVENIENTE DE SU NATURALEZA DE ORDEN PUBLICO, el juez crea en la sentencia la norma concreta, con apoyo en la ficción que desde la misma ley adquiere cuerpo, como que ahí estaba el proyecto de norma propuesto imperativamente por la ley misma como extremo litigioso, en atención al bienestar común y a interés general. Desde la otra óptica: si la norma no es de las de aplicación imperativa el juez ni siquiera se refiere a ella porque no es un extremo litigioso propuesto (congruencia), y procede a crear la norma concreta antitética de la manera como ya se describió.

A modo de conclusión:

Tal como viene de exponerse, es pertinente afirmar que cada norma concreta que se reclama, para que sea creada en sentencia, es una pretensión. Que cuando se pide la creación de más de una norma, se está frente al fenómeno de la acumulación de pretensiones; que cuando se cambia la norma concreta reclamada, se habrá operado el fenómeno de la transformación de la pretensión; que el caso juzgado, es la norma concreta, creada con apoyo en el preciso patrón normativo abstracto y que el juez en su sentencia, tan solo puede crear las normas concretas que le sean reclamadas como proyecto correspondiente a esas categorías legales, a menos que la misma ley le presente patrones imperativos (congruencia).

No se necesita profundidad jurídica alguna, para concluir desde estos asertos que con propósito se han elaborado, que las novedades jurídicas que se presentan como la JURISDICCIONALIZACION DE LOS PRINCIPIOS, entendida como la posibilidad de su debate en un proceso jurisdiccional, ante la justicia común, como uso alternativo del derecho pues, son ajenas al tradicional enfoque del instituto de la PRETENSION PROCESAL, concebida como reclamo concreto de un proceso de creación normativa sustancial por medio de la senten-

cia. Y esto es así, mínimo, porque el principio no tiene la estructura jurídica que le permita servir como patrón categorial, en el cual logre refractarse en subsumción, la norma concreta que se reclama.

Tal vez llegue el día en que la pretensión tenga que edificarse sobre la base de la libertad absoluta del actor, quien entonces manifieste unos hechos que para nada tengan que ajustarse a ningún supuesto previsto normativamente y exprese que en su criterio, otros debieron ser los acontecimientos y pida que se corrija el que él, juzga un desvío jurídico, de la manera como también él concluye, en un juego ponderado de principios.

Y entonces, en la suposición de ese mismo futuro que más parece un regreso, el opositor pueda, en virtud de la igualdad de las partes en el proceso, negar esos, como los hechos debidos, para presentar otros que según su criterio debieron ocurrir y ocurrieron como los correctos en su sentir, o presentar otros que en su entendimiento cambian la situación expuesta y de todas maneras, en otra consideración azarosa de principios ponderados circunstancialmente, determinan la imposibilidad de la actuación de la consecuencia normativa concreta pretendida por el actor.

Y porque estas suposiciones tienen que complementarse desde las tres subjetividades del proceso, EL JUEZ, tomará una posición desde toda óptica impredecible, acomodada a su subjetividad, para construir el supuesto normativo que corresponda a la norma patrón, usurpando la función legisladora y definiendo igualmente la consecuencia jurídica de ella. Será una creación EX POST FACTO del derecho con el cual se va a juzgar. El proceso jurisdiccional perderá su enfoque normativo, del cual depende toda su seguridad jurídica y se convertirá en una mera investigación de HECHOS que van a ser decididos de conformidad con puras subjetividades estéticas, sin otra vinculación que prohibiciones genéricas, a las cuales no se vinculan consecuencias definidas.

Es verdad que cualquier idea normativa de la Constitución, significa un enfoque de cambio en la orientación jurídica del país y que por ello Colombia, está abocada a un cambio, según el cual la tensión entre la ley y el Juez, debe alcanzar un

justo equilibrio. Pero de esa consideración, a otra que arrase con cualquier anhelo de seguridad jurídica, en pro de una malentendida búsqueda de justicia, hay un abismo.

De esta manera y ante el auge que las ideas nuevas cobran, el estudioso del derecho procesal ve abrirse ante sí dos caminos:

O combate juiciosamente esas presentaciones desbocadas, o empieza a construir un nuevo derecho procesal que de alguna manera sirva a ese "nuevo" derecho sustancial.

Quien presenta este trabajo eligió ya, como se habrá comprendido de la misma exposición y la escogencia tiene justificación también, cuando se encuentra que esas posturas, son apenas exageraciones de dificultades que muy bien pueden ser decididas, dentro de una concepción tradicional, porque es tan solo el resurgimiento de la problemática de los CASOS DIFÍCILES, en referencia con los cuales, ya se han aceptado posturas que hermanan la justicia con la seguridad jurídica, desde una concepción del papel de los principios, como inspiradores, integradores, y hasta correctores del sistema jurídico legal.

Hay otro aspecto que se tiene que deslindar en esta problemática y es el que concierne a una aplicación de PRINCIPIOS, como DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES, en la acción de tutela, asunto que también se ha denominado judicialización de esos derechos, dado que la estructura de esos derechos es la misma que la de las normas-principios. Pero es que ese es otro asunto del todo diverso porque entonces, lo que acaece, es apenas que la denominada jurisdicción constitucional o de tutela, no resuelve conflictos intersubjetivos de intereses, sino que garantiza la preeminencia de la Constitución removiendo del mundo jurídico el acto o hecho de autoridad que estorba el reinado normativo del derecho fundamental concebido como norma-principio constitucional. El juez de tutela actúa como legislador negativo, más que como ejercedor de jurisdicción. Se recuerda de nuevo que se habla a una comunidad de científicos del derecho procesal. Se han presentado apenas unas ideas. No se considera que ellas agoten la temática. Nada en derecho es asunto cerrado porque el derecho es el régimen de la vida.

DEL INTERROGATORIO DE LAS PARTES

Alfonso García Sierra

Con el interrogatorio de las partes se pretende la demostración de ciertos hechos sobre los cuales versa, o habrá de versar la controversia, y para cuya demostración la ley no exija otro medio de prueba.

Como instrumento orientado a provocar una confesión de carácter civil, se puede afirmar que el interrogatorio de parte coincide con la diligencia de indagatoria en materia penal, a la cual se asimila en su finalidad. Pero, al paso que aquélla última provoca respuestas en una persona a quien en teoría el juez supone sin compromiso de inculpación, como si se tratase de un tercero ajeno a los hechos que son materia de averiguación, libre de juramento y sin coacción o apremio alguno, el interrogatorio de parte se formula bajo juramento, directamente, en forma asertiva y dando a entender, por la forma en que aparecen redactadas o se formulan verbalmente las preguntas, que en realidad la persona que las absuelve ha ejecutado o no, dado o dejado de dar el hecho o la prestación por los cuales se le interroga.

Constituye, pues, el interrogatorio de parte una especie de diálogo que el presunto acreedor traba con el supuesto deu-

dor, directa o indirectamente por conducto del juez, debiendo reflejar tanto la pregunta como la respuesta, datos históricos atinentes al asunto que es materia de la controversia, o que se encuentra próximo a ser debatido.

Sobre el particular, preceptúa lo siguiente el artículo 202 del Código de Procedimiento Civil:

"Interrogatorio y careos de las partes por decreto oficioso. El juez o el magistrado podrá citar a las partes para que concurran personalmente a absolver bajo juramento, el interrogatorio que estime procedente formular en relación con hechos que interesen al proceso.

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

Podrán también decretarse de oficio en las mismas oportunidades, careos de las partes entre sí".

El primer inciso de la norma transcrita, es un desarrollo de la facultad genérica de decretar pruebas de oficio durante el término aprobatorio de las instancias, o de los incidentes, e incluso antes de fallar, que nuestro Código de Procedimiento Civil le confiere el juzgador, por medio del artículo 180.

Por fortuna ya se ha superado el concepto decimonónico según el cual el juez era un simple convidado de piedra al espectáculo del litigio civil, donde la parte con mayores recursos económicos, y, por ende, mejor asesorada, estaba predestinada a salir victoriosa en el proceso, pues al árbitro de la contienda, que es el juez, le estaba vedado decretar cualquier medio de prueba oficiosamente, con base en el sofisma según el cual se trataba de un asunto litigioso entre particulares, en cuyo caso no estaba interesada la comunidad, por una parte; y por la otra, se afirmaba que si al sentenciador se le permitía el decreto oficioso de pruebas, con ello se hacía trizas el principio de la neutralidad que aquél debía observar frente a las partes trabadas en la litis.

Ahora bien, como a través del interrogatorio de parte se pretende obtener una confesión, resulta apodictico que aquél

deba versar sobre hechos personales del absolvente, o de que tenga conocimiento, al tenor del artículo 195, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil.

Que los hechos sobre los cuales verse el interrogatorio "interesen al proceso", o, en otras palabras, que estén ceñidos al asunto materia de decisión, es una condición que emana del principio de la conducencia de la prueba, requisito sine qua non para toda clase de hechos o de actos jurídicos que son objeto de demostración en todo tipo de proceso.

El segundo inciso de la norma que venimos comentando, establece que la citación para absolver el interrogatorio de parte decretado ex-officio por el juez, se debe hacer conforme lo establece el artículo 205 del Código de Procedimiento Civil, lo que significa:

a) Si se trata de interrogatorio de parte formulado con anterioridad al proceso, su notificación deberá realizarse al absolvente en forma personal.

En efecto, el primer apartado del artículo 205 del Código de Procedimiento Civil, es terminante al disponer:

"El auto que decrete el interrogatorio anticipado de parte se notificará a ésta personalmente..."

Ante lo perentorio del dispositivo legal parcialmente transcrito, podemos aseverar que ni emplazamiento alguno, ni designación de curador, serán admisibles para subsanar la carencia de notificación personal al absolvente, cuando se trate de interrogatorio de parte solicitado en forma anticipada.

b) Si el interrogatorio de parte se decreta dentro de un proceso, su notificación deberá hacerse por estado (Artículo 205, Código de Procedimiento Civil, segundo aparte).

Constituye lo anotado una forma de notificación acorde con la celeridad que debe caracterizar el proceso, y que déroga la notificación "por aviso", que en ese caso contemplaba nuestro Código de Procedimiento Civil vigente a partir de 1970, pues no hallamos razón para que a una persona que hace parte de un proceso, se le tenga que notificar lo resuelto en éste de una

manera especial.

Bástenos agregar que en este evento el mandatario judicial del absolvente está en la obligación de informar a su mandante la fecha que se hubiese señalado para la práctica de la diligencia, en armonía con el numeral 8o. del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, con el fin de que comparezca a absolver el cuestionario respectivo.

Como medida de precaución, el apoderado deberá solicitar la boleta de citación en el juzgado respectivo, para hacerla firmar de su mandante, y si éste no comparece, incurriendo en la sanción que la renuencia le acarrea, el apoderado tendrá a la mano la prueba que lo exonera de responsabilidad frente a su cliente.

Dispone además el inciso segundo del artículo 202 que venimos comentando, que "la renuencia a concurrir, el negarse a responder y la respuesta evasiva, serán apreciados por el juez como indicios en contra del renuente".

Como se trata de un interrogatorio de parte decretado oficiosamente por el juez, el legislador procesal le asigna consecuencias distintas a la renuencia del citado, cuando el interrogatorio de parte ha sido solicitado por una de las partes, pues las preguntas que aquél formule también pueden ser asertivas, y los hechos sobre los cuales versen, susceptibles de demostrarse por medio de la confesión.

La razón de ser de la diferencia anotada, quizás estribe en que si se declara confeso a quien no comparece a absolver el interrogatorio decretado ex-officio por el juez, con ello se vulneraría el principio de la imparcialidad que debe observar aquél frente a las partes, lesionando por contera al principio de igualdad de las mismas en el proceso.

Establece el último inciso de la norma que se estudia, lo siguiente: "deberán también decretarse de oficio en la misma oportunidad, careos de las partes entre sí".

En los comentarios sobre la prueba testimonial, específicamente al estudiar el artículo 230 del Código de Procedimiento Civil, se analizará a espacio la facultad que se otorga al juez

para ordenar, si lo estima conducente "careos de los testigos entre sí, y de éstos con las partes, en las oportunidades indicadas en el artículo 180".

Pues bien, como en el artículo 202 que se ha venido comentando también se faculta al juez para decretar oficiosamente, en las mismas oportunidades, "careos de las partes entre sí", los comentarios que allí se hagan tendrán obviamente, aplicación analógica frente al actual medio probatorio.

Interrogatorio a instancia de parte.- El artículo 203 de nuestro estatuto procedimental civil es del tenor siguiente:

"Dentro de la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia, cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso. En la segunda instancia el interrogatorio sólo podrá pedirse en los casos señalados en el artículo 361.

Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales podrá citarse a todos para el interrogatorio, y cualquiera de ellos deberá concurrir a absolverlo, aunque no esté facultado para obrar separadamente.

Cuando se trate de incidentes y de diligencias de entrega o séquestro de bienes, podrá decretarse de oficio o a solicitud del interesado el interrogatorio de las partes y de los opositores que se encuentren presentes, aún cuando hayan absuelto otro dentro del proceso.

Si se trata de tercero que no estuvieron presentes en la diligencia y se opusieron por intermedio de apoderado, el auto que lo decrete quedará notificado en estrados, no tendrá recursò alguno, y en él se ordenará que las personas que deban absolverlo comparezcan al juzgado en el día y la hora que se señalen; la diligencia sólo se suspenderá una vez que se hayan practicado las pruebas que fueren procedentes.

Practicado el interrogatorio o frustrado éste por la no comparecencia del citado, se reanudará la diligencia; en el segundo caso se tendrá por cierto que el opositor no es poseedor.

Al interrogatorio de los opositores se aplicará lo dispuesto en los artículos 207 a 214".

Vamos a ocuparnos, seguidamente, de comentar todos y cada uno de los incisos que incorpora la norma:

1.- Es obvio que siendo la confesión un medio probatorio contemplado por nuestro estatuto procedimental civil, el mismo legislador le confiera a las partes la recíproca facultad de interrogarse en relación con hechos que interesen al proceso, dentro de las oportunidades establecidas para ello en la primera instancia.

Y ya se vió como el interrogatorio de parte sólo se puede solicitar con respecto a hechos para los cuales la ley sustancial no tenga prescrito otro medio de prueba, conforme lo previene el artículo 195 del estatuto de los ritos procesales, en su numeral 3.

En cuanto a la oportunidad para solicitar el interrogatorio de parte en la segunda instancia, la norma establece que sólo será procedente en los casos que señala el artículo 361.

Por su parte, el prementado artículo establece, entre otras cosas, que la formulación de dicho interrogatorio en segunda instancia sólo es procedente cuando se trate de apelación de sentencia.

2.- Si se trata de una persona jurídica que tenga representantes o mandatarios en número plural, autoriza la disposición para que todos sean llamados a absolver el interrogatorio que se formule, quedando uno cualquiera de ellos con al obligación de asistir a su absolución, así en el poder respectivo no se le hubiese facultado para obrar en forma separada.

3.- Este inciso, y los que le siguen, constituyen importantísimas innovaciones en materia de facultades para interrogar, bien sea mediante solicitud de parte, o en forma oficiosa, que se conceden al juez cuando se trata de incidentes o de la práctica de diligencias de entrega de toda clase de bienes.

En efecto, si se trata de las partes y de los opositores que se encuentren presentes, todos estarán en la obligación de absolver el interrogatorio que se les someta por el juez, y que guarde relación con el incidente o la diligencia respectivos, así ya hubiesen absuelto otro dentro del mismo proceso.

De igual modo, cuando se está frente a terceros que no asistieron a la práctica de la diligencia, y formularon oposición por intermedio de apoderado, el auto que decreta el interrogatorio no es susceptible de recurso alguno y se entiende notificado en estrados, quedando quienes deban absolver dicho interrogatorio con la obligación de comparecer en el día y la hora que en el proveído se señalen.

Si el citado no comparece, la norma establece que se tendrá por demostrado que el opositor no es poseedor.

Importante facultad la que en buena hora se le confió al juez, para interrogar de manera oficiosa a quienes se opongan dentro de las diligencias de entrega o de secuestro de bienes, pues en más de una ocasión dichas oposiciones se formulan con ánimo defraudatorio, y haciendo alarde de las más ostensible mala fé.

Casos se han dado en que los "oposidores" se han presentado sucesivamente a diferentes diligencias de secuestro de bienes muebles, y exhiben certificados o constancias que acreditan posesión a nombre de persona distinta al demandado, y de esta manera entorpecen la práctica de medidas cautelares, burlando así el derecho del actor, ante la ausencia de la facultad para interrogar que obligaba al juez a admitir "de plano" la sedicente prueba que exhibía el opositor.

Por otra parte, anotemos que el tercero opositor invoca un derecho sustancial que se contrapone a la relación jurídico procesal preexistente, circunstancia que amerita la facultad que se ha conferido al juzgador para pedir su declaración bajo la forma de interrogatorio de parte.

El inciso final del artículo 203 expresa que "Al interrogatorio de los opositores se aplicará lo dispuesto en los artículos 207 a 214".

Se trata de una referencia errada, puesto que las formalidades para el interrogatorio de las partes, así como su práctica, el aplazamiento de la audiencia y la presunción de ser ciertos los hechos que contenga el interrogatorio escrito, o el indicio grave en contra de la parte citada, cuando a ello hubiere lugar, cuyos efectos por extensión se aplican a los opositores,

por mandato expreso del inciso final del artículo 203, se hallan contenidos en los artículos 207 a 210 del Código de Procedimiento Civil.

Decreto del interrogatorio.- En el proveído que decrete el interrogatorio de parte se fijará el día y la hora en los cuales se efectuará la diligencia, que deberá ser con posterioridad al cuarto día de proferirse el respectivo auto. Agrega el artículo 204 que en la misma providencia se ordenará la citación del absolvente, con la prevención de que deberá asistir personalmente.

Además, si se trata de una persona que por motivo de hallarse enferma, no está en condiciones de asistir al correspondiente despacho judicial, la providencia que decrete el interrogatorio deberá contener la prevención para que permanezca en su casa de habitación, o en el lugar donde se hallare reclusa, en la fecha determinada, para llevar a cabo la diligencia.

Si se trata de un interrogatorio de parte que deba absolver alguna de las personas investidas por la ley procedimental de fuero especial para declarar, como son las que menciona el artículo 222 del Código de Procedimiento Civil, la diligencia se efectuará en su Despacho, para lo cual será preciso hacerles saber con antelación que deben permanecer en dicho lugar, el día y la hora señalados para la diligencia.

Citación de parte y de terceros al interrogatorio.- Cuando se trate de practicar una diligencia de interrogatorio de parte en forma anticipada, como lo autoriza el artículo 294 de nuestro Código de Procedimiento Civil, la citación al absolvente deberá hacerse en forma personal.

En efecto, no debe quedar duda de que al no existir proceso en marcha, la notificación del proveído que disponga la absolución de interrogatorio de parte que una persona formule a otra, debe ser hecha a ésta en forma personal, so pena de que el juez que conozca del proceso, si con posterioridad se incoare, le niegue todo valor a la diligencia practicada con pretermisión de dicho requisito.

Empero, si a pesar de dicha omisión, el juez del conocimiento le otorgare valor a la prueba de confesión que resultare del

interrogatorio respectivo, la parte afectada con tal decisión podrá deprecar la nulidad de todo lo actuado, a partir de la notificación de la demanda, en armonía con el artículo 140, numeral 9. del Código de Procedimiento Civil.

Cuando se trate de interrogatorio de parte que se decreta estando en curso el proceso, bien sea para que lo absuelva una de las partes, o terceros que de cualquier manera aparezcan vinculados a aquél, la notificación de la providencia respectiva se hará por estado, quedando el mandatario judicial de la parte o del tercero llamado a absolver el interrogatorio —como ya lo expresamos— con la obligación de comunicar dicho señalamiento a su representado, en armonía con el numeral 80. del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil.

Traslado de la parte a la sede del juzgado.— Preceptúa el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil que si la parte citada reside en lugar diferente a la sede del Despacho donde deberá practicarse la diligencia, pueden, tanto el absolvente como quien solicitó la prueba, pedir que aquélla se realice ante el juez del conocimiento, bien sea en el escrito mediante el cual se deprecó dicha prueba, o dentro del término de ejecutoria del preveído que la decretó.

Y agrega el dispositivo legal en cita, que el juez accederá a ello "siempre que quien formule esta solicitud consigne, dentro de dicha ejecutoria, el valor que el juez señale para gastos de transporte y permanencia".

Aunque la norma no haya distinguido entre la solicitud elevada por quien pidió la probanza, y la parte o el tercero citados a absolver el interrogatorio, consideramos que en este último evento no es precedente hacer señalamiento alguno por el prementado concepto.

Basta que la parte o el tercero residentes fuera de la sede del Despacho donde cursa el proceso, que formularon la solicitud respectiva y les fué aceptada, no comparezcan a absolver el interrogatorio decretado, para que el juez le dé estricta aplicación al artículo 210, salvo que el citado acredite, en forma siquiera sumaria, que su inasistencia se debió a circunstancias que el juez halle justificadas.

Requisitos del interrogatorio de parte.- A pesar de que el artículo 207 es tan explícito al establecer el contenido formal del interrogatorio de parte, que permite predicar del mismo que condensa una exposición completa acerca de los requisitos del interrogatorio, vamos a relieves algunas exigencias fundamentales que el legislador procesal señala para la eficacia y validez de la confesión que por este medio se trata de lograr.

Se infiere del inciso primero del artículo que se comenta que el interrogatorio se practicará oralmente si quien lo solicitó asiste a la práctica de la diligencia. En caso contrario prevé la norma que el peticionario lo deberá formular por escrito, bien sea en pliego abierto o en sobre cerrado, (plica, en latín) el cual se puede anexar al escrito por medio del cual se solicite la prueba, o presentar con antelación al día y hora prefijados por el Despacho para la práctica de la diligencia.

Significa lo anotado que si el interrogatorio de parte se solicita con la demanda o su respuesta, no será necesario incluir el pliego que contenga las preguntas con el memorial respectivo, como era imperativo hacerlo antes de la reforma introducida a nuestro Código de Procedimiento Civil por medio del decreto distinguido con el número 2822 de 1989.

Ahora bien, si el pliego contentivo del interrogatorio se encuentra anexo en sobre cerrado, el juez deberá abrirlo al momento de dar comienzo a la diligencia, con el fin de calificar previamente la procedencia de todas y cada una de las preguntas que contenga el escrito.

Si se trata de interrogatorio de parte que se deba practicar mediante juez comisionado, el funcionario comitente deberá abrir el pliego, calificar las preguntas y cerrarlo de nuevo, con anterioridad a su remisión.

¿Qué sucede si el comisionado encuentra que alguna, o algunas de las preguntas que incluye el interrogatorio no reúnen los requisitos que establece la ley ritual para su procedencia?

Estimamos que el juez comitente deberá indicar al comisionado, en el despacho comisorio respectivo, cuál o cuáles son las preguntas que habrá de excluir por no ser pertinentes; y, además, ejercitar todas las facultades que al respecto le con-

fieren los incisos 3o., 4o. y 5o., del artículo 207, pues al fin y al cabo el comitente es el auténtico destinatario de la confesión que por medio del interrogatorio de parte se desea obtener.

El segundo inciso del artículo que se viene estudiando, faculta a la parte que sometió el interrogatorio, para que sustituya, en todo o en parte, el pliego que previamente había presentado, por preguntas verbales, si así lo desea.

El número de preguntas lo limita la ley a veinte. Y de acuerdo con el artículo 294 del Código de Procedimiento Civil, quien pretenda demandar, o el presunto demandado, podrán solicitar que su eventual contraparte absuelva el interrogatorio que le formulen, relacionado con los hechos que han de ser materia del proceso.

Si a lo anterior le sumamos el interrogatorio de parte que se puede solicitar dentro del incidente de excepciones, más el que resultaría procedente dentro del período excepcional de pruebas en segunda instancia que contempla el artículo 361, se completaría un total de ochenta preguntas que se pueden formular recíprocamente las partes procesales.

Si quien interroga no puede singularizar el negocio jurídico de cuya demostración se trata, en ochenta preguntas, la insuficiencia habrá que buscarla en el apoderado.

Y para asegurar la efectividad de las decisiones que en la materia relacionada con la práctica del interrogatorio de las partes le ha autorizado el legislador tomar al sentenciador, agrega la disposición en cita que en su contra no se podrá interponer ningún recurso.

Cuando las preguntas se refieran a hechos que conlleven responsabilidad de carácter penal, el juez deberá abstenerse de formularlas, pues el artículo 33 de la Constitución vigente preceptúa:

"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".

Y ya se vió cómo, aunque la norma no distinguió, el interrogatorio de las partes continúa vigente, pues con dicho medio de prueba se pretende demostrar la existencia de una obligación de carácter civil, que toca con el patrimonio económico de las personas, y no con sus derechos fundamentales.

Por otra parte, consideramos que no existe una razón aparentemente clara, para que en el interrogatorio de parte se consiguen por quien lo solicita, preguntas que provoquen respuestas inductivas de responsabilidad penal, con base en el razonamiento que sigue:

Siendo el interrogatorio de parte un medio de prueba orientado a obtener una confesión para establecer la existencia de una obligación de carácter civil, laboral o comercial, no existe razón para que en su contexto se incluyan preguntas relacionadas con hechos cuyas respuestas sean inductivas de responsabilidad penal.

No obstante, si el juez al efectuar el interrogatorio, encuentra en el pliego respectivo una de tales preguntas, o el mandatario judicial de quien pidió la prueba, la incluye en su cuestionario oral, el juez prescindirá del juramento en su formulación, y deberá prevenir al absolvente de que no se encuentra en el deber de responderla, en armonía con el inciso tercero del artículo 207 de nuestro Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, el inciso último del artículo 207 previene que cada pregunta sólo debe hacer referencia a un hecho. Por consiguiente, si al dividir el juez la pregunta, y formularla de manera separada, resultan dos o más preguntas, esta circunstancia se debe tener en cuenta para contabilizar el máximo de veinte, que autoriza la ley procesal a las partes para formularse recíprocamente.

La última parte de este inciso prevé que las preguntas pueden ser o no asertivas, es decir, que se pueden responder con un "sí" o "no", o que su respuesta provoque un relato sucinto del absolvente en relación con el hecho por el que se le interroga.

Práctica del interrogatorio. En primer lugar, el artículo 208 expresa que a la audiencia dentro de la cual se va a formular el interrogatorio de parte pueden concurrir los mandatarios legalmente constituidos por las partes, pero es así mismo claro al contemplar que allí no será admisible ningún tipo de debate. Y ello está bien, en orden a prevenir intervenciones ya demodadas y en veces testrales, de algunos abogados lo que tampoco es óbice para que el apoderado del absolvente, v. gr., intervenga para advertir al juez que una pregunta se refiere a varios hechos y que, en consecuencia, se debe descomponer en igual número de preguntas; o que no aparece redactada en forma clara para su representado, o es inconducente porque versa sobre asunto extraño a los hechos que son o habrán de ser materia del litigio.

Se afirma lo anterior, porque aunque el juez haya calificado previamente el interrogatorio, puede pasar inadvertido sobre algunos de estos detalles que sólo afloran al momento de practicarse la audiencia.

Además, si el juez lo estima conveniente, o mediante solicitud de una cualquiera de las partes, podrá interrogar a las otras que se hallen presentes durante la verificación de la diligencia.

Antes de dar comienzo a la diligencia, el juez recibirá al absolvente el juramento según el cual no faltará a la verdad en sus respuestas.

Por otra parte, a pesar de que las preguntas deben aparecer redactadas en forma clara, es decir que sean inteligibles, el juez podrá, llegado el caso, dar al absolvente la explicación adicional que requiera para que las entienda, de acuerdo con el mayor o menor grado de cultura que demuestre el interrogado.

Ahora bien, si para dar respuesta a una pregunta el absolvente le significa al juez que para ello requiere consultar documentos, u obtener conocimiento del hecho mediante otra persona, si éste lo estima razonable accederá a ello y suspenderá la pregunta respectiva. Al terminarse de hacer las otras preguntas que no guarden relación con la que se suspendió, y las que oficiosamente hubiere formulado el juez, se fijará de

nuevo fecha para la continuación del interrogatorio, y se procede a cerrar de nuevo el pliego, si el cuestionario apareciere consignado bajo esta modalidad.

A las preguntas asertivas, el interrogado deberá responder simplemente con un "sí" o un "no" en relación con el hecho por el que se le indaga, sin perjuicio de que pueda adicionar su respuesta con otras expresiones o conceptos que se refieran al mismo hecho.

Si la pregunta no fuere asertiva, el absolvente deberá responderla en forma concreta y sin evasivas de ninguna clase. En todo caso, el juez conserva la facultad de solicitar las explicaciones que considere pertinentes en cuanto al sentido y los alcances de las respuestas que suministre el absolvente.

Cuando el interrogado se muestre renuente a contestar o sus respuestas fueren evasivas o inconducentes, el juez deberá amonestarlo inmediatamente para que responda la pregunta que se le formuló, o para que lo haga sin rodeos, vale decir, en forma explícita, y le advertirá que de no acatar la orden anterior, se tendrán por ciertos los hechos respectivos si fueren susceptibles de demostrarse por medio de la confesión; o, en caso contrario, su conducta se apreciará como indicio en contra del renuente.

Finalmente, en el acta respectiva se consignarán por escrito las preguntas que sean formuladas de manera verbal, así como todas las respuestas. Y dicha acta será suscrita por los todos los intervinientes en la diligencia, debiendo dejarse constancia acerca de quienes no pudieron o no quisieron firmarla.

Posposición de la diligencia. Bien puede suceder que por circunstancias constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor, la persona que ha sido citada para absolver interrogatorio dé parte no pueda concurrir al Despacho judicial en el día y la hora señalados previamente con tal fin.

En eventos como el que se deja anotado podrá el juez señalar nueva fecha para realizar la audiencia, si dentro de los tres días siguientes a aquél en que debía comparecen el absolvente, le suministra la prueba sumaria de que no pudo

concurrir, y el juez encuentra suficientemente justificados los motivos aducidos por el citado.

El prementado aplazamiento sólo podrá decretarse por una vez, y contra la providencia que lo acepte no podrá interponerse ningún recurso.

Además, el auto por medio del cual se fija nueva fecha para que tenga lugar el interrogatorio, no será preciso notificarlo personalmente al absolvente.

Lo anotado significa, en concepto nuestro, que si se presenta la solicitud de aplazamiento, aparejada de la prueba sumaria respectiva, y el juez la deniega, este proveído es susceptible del recurso vertical o de apelación.

Confesión ficta o presunta. Nuestra ley procedimental establece las diferentes clases de sanciones en que puede incurrir la persona que habiendo sido debidamente notificada de la diligencia sobre absolución de interrogatorio de parte, o de su continuación, cuando aquélla no asiste al Despacho judicial el día y la hora señalados con dicho fin.

En primer término, en el acta respectiva se dejará constancia expresa de que el citado no se hizo presente a pesar de haber sido notificado personalmente, o por estado, y que no suministró ante el Despacho, dentro de los tres días siguientes, la prueba sumaria orientada a justificar su inasistencia.

Y en el evento de que el citado hubiese solicitado dentro de término oportuno el aplazamiento de la diligencia, y por cualquier causa no se hubiese accedido a ello por el juez, también se deberá dejar constancia expresa de la pertinente resolución.

Seguidamente veamos los efectos punitivos que el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil establece para la persona que estando debidamente notificada, no asiste a la diligencia de absolución de interrogatorio de parte para la que se le citó.

En primer lugar, si las preguntas que contiene el pliego presentado en forma escrita fueren asertivas, y los hechos sobre los cuales versen son susceptibles de demostrarse mediante la

prueba de la confesión, se tendrán por ciertos los hechos pertinentes.

Tal sería, por ejemplo, la siguiente pregunta inserta en cuestionario presentado por escrito: Es cierto, sí o no, que usted ocupa, a título de arrendatario, la casa de habitación de mi propiedad, situada en tal parte?

El contrato de arrendamiento no constituye un acto jurídico solemne, y esto lo ubica en la categoría de los consensuales, motivo por el cual se demostración puede darse mediante la confesión.

Empero, no podría tenerse por demostrado, mediante la confesión ficta o presunta, el parentesco que se predicare de un padre, frente a su hijo legítimo menor de edad, dentro de un proceso de responsabilidad civil extracontractual que en contra de aquél último se adelantare, porque la prueba relativa al estado civil de las personas es solemne, y, en el ejemplo tomado estaría constituido por las copias de las partidas pertinentes que acreditasen tanto el matrimonio del representante legal del menor, como el nacimiento de éste último.

En segundo lugar, expresa la disposición en comento que si las preguntas contenidas en el interrogatorio escrito fueren asertivas, y el absolvente se muestra renuente a contestarlas, o sus respuestas son evasivas, también tendrá el juez por ciertos los hechos respectivos, siempre y cuando se puedan demostrar por medio de la confesión, y el juez haya amonestado expresamente al absolvente sobre los efectos de su renuencia, de lo cual deberá obrar constancia en el acta respectiva.

La tercera hipótesis que contempla la norma, es la siguiente: si el interrogatorio de parte que se solicita dentro de un proceso no aparece consignado por escrito, y la parte llamada a absolverlo no comparece habiendo sido debidamente citada, el juez tendrá por ciertos los hechos que contengan la demanda, o su respuesta, o sobre los cuales recaigan las excepciones que se hubiesen propuesto, o las respuestas dadas o tales medios de defensa, siempre y cuando aquellos hechos se puedan demostrar mediante la confesión.

En este evento consideramos que podrá entonces el apoderado de la parte que solicitó el interrogatorio, hacerse presente dentro de la audiencia respectiva y formular allí las preguntas que, una vez calificadas por el juez, en la sentencia servirán de base para declarar confeso a quien no asistió, siempre y cuando los hechos a que aquellas se refieran se puedan demostrar mediante la confesión, y el absolvente no hubiere aportado excusa válida de su inasistencia dentro del término legal.

Con todo, y como ya tuvimos oportunidad de expresarlo en estas notas, si por otros medios de prueba ya decretados dentro del proceso, dicha confesión ficta o presunta resulta desvirtuada, como sería el caso de la prueba testimonial mediante la cual se demostrase que el citado renuente a comparecer, demandado en el proceso, ya había cancelado la obligación exigida coactivamente, el juez deberá tener por cierta la extinción de dicha obligación, en armonía con el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil que impera: "Toda confesión admite prueba en contrario".

Y se reitera en torno a dicha precisión, porque al referirse la norma a "toda confesión", está incluyendo no sólo la espontánea, sino también la provocada, y, además, la ficta o presunta.

Lo anterior dimana del principio de hermenéutica según el cual donde el legislador no distingue, no le es permitido distinguir al intérprete.

Finalmente, consigna el artículo 210 que se estudia, lo siguiente:

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

En esta postrera hipótesis sólo nos resta expresar que al establecer la norma como sanción un "indicio grave en contra de la parte citada" que no compareció a absolver el interrogatorio y no suministró excusa válida oportuna para ello, resulta obvio que el hecho respectivo sólo podrá tenerse por cierto si aparece complementado por otro u otros indicios graves de su existencia que militen dentro del proceso.

Por consiguiente, si una de las partes procesales incurre en una pluralidad de conductas sancionadas por las respectivas normas como indicios en su contra, podrá el juez extraer de tal comportamiento el indicio suficiente adverso para la parte citada, con influencia en la decisión que ponga término a la instancia o incidente.

Declaratoria de confeso. El código de procedimiento civil derogado en el año de 1970, que correspondía a la ley 105 de 1931, contemplaba en su artículo 618 la declaratoria de confeso, previos los trámites de una articulación (incidente) cuando el citado no se presentaba al Despacho el día y la hora prefijados con tal fin.

En efecto, el inciso tercero del artículo 618 del estatuto acabado de mencionar, preceptuaba:

"Ejecutoriado el auto declara confeso al absolvente, se abre el pliego si es del caso, **y el juez califica las preguntas y concreta su declaración sobre los puntos a que ésta ha de aplicarse**" (Subrayas nuestras).

Lo anterior daba lugar a dos situaciones distintas que se pueden condensar así:

a) Cuando la inasistencia del absolvente a responder el interrogatorio de parte que le sometía la contraparte tenía lugar dentro de un proceso, una vez agotado el trámite que establecía el artículo 621 se declaraba confeso al renuente, y el mismo juez del conocimiento concretaba su declaración sobre los puntos a que ésta había de aplicarse, vale decir, condenaba de antemano.

Luego, en la sentencia respectiva, el juez profería su decisión de condena, con apoyo en dicha declaratoria de confeso, si el absolvente no se presentaba a responder el cuestionario dentro de los quince días siguientes a la publicación del edicto que ordenaba fijar el artículo 621 del código judicial derogado.

b) Cuando se trataba de interrogatorio de parte que se debía absolver en forma anticipada, y el término de quince días contados a partir de la publicación del edicto se vencía, sin que la persona que habiendo sido emplazada para concurrir a ab-

solver el interrogatorio lo hiciera, bastaba pedir al Despacho copia auténtica de toda la actuación para anexarla a la demanda que posteriormente se incoara frente a aquélla, circunstancia que garantizaba una sentencia de condena, por haber transcurrido los términos probatorios respectivos, como lo pregona el inciso final del artículo 606 de la ley 105 de 1931, o código judicial derogado.

Empero, como el legislador extraordinario del año 1970 suprimió el incidente de "declaratoria de confeso", lo que resulta no sólo equitativo sino más técnico y ajustado a la realidad, los hechos a los cuales se refieran las presuntas asertivas admisibles que sean susceptibles de comprobarse mediante la confesión, que contenga el interrogatorio escrito presentado en forma anticipada, se pueden desvirtuar durante el curso del ulterior proceso, por otro medio de prueba cualquiera.

Con lo anotado se evita, nada más y nada menos, un prejuzgamiento, pues ya el juzgador no se halla condicionado por la respectiva "declaratoria de confeso", en contra de la cual no se admitía ninguna prueba en contrario, por haber vencido el término legal para ello, de una parte; y, en segundo término, por constituirse el pronunciamiento incidental previo, o "declaratoria de confeso", en ley del proceso que le señalaba anticipadamente al sentenciador un derrotero, del cual no podía separarse al momento de decidir el fondo del asunto litigioso.

En suma, la declaratoria de confeso, en los casos en que resulte procedente formularla, solamente se debe consignar el momento de valorar el acervo probatorio, es decir, al momento de proferir la sentencia que ponga término a la instancia, o se decida el incidente respectivo.



DE LA LIBERTAD Y SUS RESTRICCIONES

John Jairo Ortiz Alzate

Los artículos 93 y 94 de la Constitución Nacional expresamente entienden incorporados a ésta y de contera a toda nuestra legislación penal y procesal penal, todos los derechos humanos y garantías fundamentales reconocidas en tratados internacionales y todos aquellos inherentes a la persona, en especial, todos aquellos derechos y garantías que velan por su indemnidad personal frente al poder estatal. El artículo 4o. del Código de Procedimiento Penal es manifestación expresa de un derecho fundamental: EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD. Libertad que es la norma general en el proceso penal y como excepción la pérdida de la misma. Si bien toda persona privada de la libertad debe permanecer en ese estado el menor tiempo posible, por política criminal puede justificarse - harto discutible por cuanto la sistemática del actual ordenamiento procesal penal no lo permite- la negativa a conceder el beneficio de excarcelación no obstante la investigación en curso, haciendo un malabarismo absurdo para no torpedear el principio de la PRESUNCION DE INOCENCIA, obviamente todo ello dentro del respeto del debido proceso y dando estricto cumplimiento al principio de legalidad del delito y la pena por una parte, y de la otra el cumplimiento celoso de las formalidades

propias del juicio, entendiendo ello como que la norma sustancial prefiere a la adjetiva o formal.

Ahora bien, la realidad jurídico-penal nuestra nos muestra un discurso tradicional en lo referente al tratamiento de la captura, medidas de aseguramiento y causales de libertad provisional que se aparta totalmente del respeto por los derechos y garantías fundamentales del procesado.

Discurso que no deja de ser más que el desconocimiento de la norma rectora del RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL y por ende de los principios del reconocimiento de la dignidad humana y presunción de inocencia, por cuanto se confunde la captura en flagrancia con la captura para indagatoria, y ésta con la medida de aseguramiento, y las medidas de aseguramiento con la captura y a la vez con la privación de la libertad para resolver situación jurídica.

Utilizando el discurso tradicional trataremos de demostrar nuestras afirmaciones: La resolución mediante la cual se resuelve la situación jurídica del imputado es la primera providencia de fondo, toda vez que contiene el inicial pliego de cargos que el estado, a través de la fiscalía, le hace al sindicado, casi que puede entenderse ésta como el "inicio" de la desvirtuación de la presunción de inocencia, y decimos casi por cuanto es la única forma de entender el porque de la negativa a respetar el principio de la libertad individual.

La resolución que decide la situación jurídica del imputado puede optar por una de las siguientes alternativas:

- Ordenar la libertad inmediata cuando no exista la prueba mínima para dictar medida de aseguramiento.
- Abstenerse de proferir medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 y 40 del Código Penal.
- Proferir medida de aseguramiento.
- Dictar resolución de preclusión de la instrucción si encuentra demostrada una cualquiera de las causales del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal.

Término para adoptar la decisión

5 días si existe persona detenida.

10 días si no existe persona detenida. Se cuentan a partir de la indagatoria.

10 días si son cinco o más personas aprehendidas el mismo día.

20 días en los delitos de competencia de los fiscales regionales, si la indagatoria fue recibida por un fiscal de distinta sede.

Es importante indicar que no necesariamente el fiscal debe tomarse el tiempo que indica la norma, todo lo contrario, si de entrada observa, por la prueba hasta ese momento practicada y a su juicio suficiente, cual es la medida de aseguramiento a imponer o la resolución a dictar, deberá hacerlo inmediatamente, para dar cumplimiento al principio de la celeridad en las decisiones judiciales consecuente con el principio de libertad y contradicción.

Es apenas obvio que si sobrepasa los términos incurre en el delito de detención arbitraria del artículo 273 del Código Penal y de proferir medida de aseguramiento en prevaricato.

Requisito Sustancial para proferir medida de aseguramiento

Conforme al artículo 388 del Código de Procedimiento Penal es requisito sinequanon para dictar medida de aseguramiento **por lo menos un indicio grave de responsabilidad** con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso; **lo cual** debe entenderse que de entrada puede obrar plena prueba de la responsabilidad del imputado por otros medios de prueba. Significa lo anterior en contra de aquellos que el indicio grave no es el único requisito o presupuesto sustancial. Además, en éste punto vale indicar que cuando no sólo existe el indicio grave de responsabilidad, sino prueba de verdadera responsabilidad, tanto la definición de situación jurídica como toda la instrucción salen sobrando, y lo más objetivo y prudente sería cerrar la investigación una vez rendida la

indagatoria y dictar resolución de acusación, para que en un contradictorio bilateral el sindicado tenga oportunidad de defenderse; contradictorio donde fiscal y sindicado están en igualdad de condiciones, igualdad que se pierde cuando la prueba de responsabilidad ya no es el indicio grave de responsabilidad. Podría decirse que dicha postura sugiere una reforma legislativa, sin embargo, frente a un derecho penal y procesal penal garantista, el ensañamiento en la instrucción es lo más parecido a la negación del derecho a la defensa y consecuente violación del principio del debido proceso, con lo que se hace necesario que las garantías penales y procesales penales se presenten en toda su magnificencia desde el reconocimiento y aplicación preferente de las NORMAS RECTORAS del Proceso Penal.

Con referencia al indicio grave, es pertinente tomar como punto de partida de su definición lo dicho por la Corte Suprema de Justicia desde el año 71 con ponencia del Doctor Luis Carlos Pérez: "El indicio es grave cuando entre el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal) y el hecho que se quiere conocer (consecuencial o indicado), referente al delito o a la responsabilidad del agente, media un nexo probable, creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal, o por una cadena causal fuertemente acentuada, o por la exterioridad reveladora de su composición...".

Medidas de aseguramiento

Conminación.

Caución.

Detención.

No obstante el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal mencionar otras, estas son las genéricas y las otras subsidiarias o accesorias.

Comnación

Procede para delitos sancionados con pena de arresto o pena no privativa de la libertad y consiste en el compromiso del sindicado de cumplir las obligaciones que le imponga el funcionario judicial.

Caución

Procede para delitos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos años, con la excepción de lo previsto por el artículo 387 No. 3 del Código de Procedimiento Penal.

La caución puede ser juratoria o prendaria, a juicio del fiscal, teniendo en cuenta las condiciones económicas del sindicado, la gravedad del hecho y el que el sindicado, para el caso de la caución prendaria, no pueda prestarla.

Se debe diferenciar la caución prendaria como medida de aseguramiento de la caución como garantía del cumplimiento de las obligaciones en caso de beneficio de excarcelación, detención domiciliaria, condena de ejecución condicional y libertad condicional.

La caución debe otorgarse dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución que la impuso. En caso de no prestarse en momento oportuno la caución, se sustituirá por detención preventiva conforme al artículo 397 No. 4; de igual forma se sustituirá cuando el sindicado incumpla injustificadamente las obligaciones impuestas por el funcionario judicial. En éste caso debe seguirse el debido proceso conforme a los lineamientos del artículo 392 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Detención

Procede para:

1. Todos los delitos de competencia de los Jueces regionales.
2. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años.
3. En los delitos enumerados en el No. 3 del artículo 397 C.P.P.
4. Cuando contra el sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preintencional que tenga pena de prisión.

Es apenas obvio que debe tratarse de sentencia ejecutoriada, nunca en vía de ejecutoriedad por próxima que parezca y además de ello tratarse de un delito que tenga señalada pena de prisión, no importando que la pena sea menor de dos años.

5. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.

Se hace imperativo precisar que conforme lo indica el artículo 371 del C.P.P. inciso 3o., cuando la medida de aseguramiento a imponer sea caución, conminación, detención con excarcelación o detención domiciliaria, una vez el capturado haya rendido indagatoria se le dejará en libertad inmediatamente.

Es decir, **se impone al funcionario judicial que recibe la indagatoria la obligación de realizar un juicio mental previo a la definición de la situación jurídica del capturado, que debe concluir con la ideal medida de aseguramiento a imponer, y de ser una de las que menciona el artículo 371 inciso 3o., procede inmediatamente la libertad del capturado.** Ello no obsta para que una vez decidida la situación jurídica del capturado se tome la decisión de detenerlo sin beneficio de excarcelación, si la medida de aseguramiento procedente es esa. No debe confundirse entonces la captura en flagrancia del artículo 371 con la definición de la situación jurídica del capturado en flagrancia con medida de aseguramiento detención preventiva del artículo 397 No. 5. De igual forma, cuando la persona sea aprehendida en flagrancia por hecho punible que exija querrela de parte y ésta no se hubiere formulado, procede la libertad inmediata desde ese momento, y con mayor razón una vez recibida la indagatoria al capturado. Capturado en flagrancia por delito que requiere querrela de parte y ésta se formula, una vez recibida la indagatoria, el funcionario dejará en libertad al capturado, como mínimo hasta el momento que le defina su situación jurídica. De no darse cumplimiento a lo anterior por el funcionario judicial, incurrirá en detención arbitraria.

6. Cuando el sindicado, injustificadamente, no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes

a la notificación de la resolución que la impone. Es importante tener en cuenta que debe primar el debido proceso para imponer tal restricción de la libertad al sindicado.

7. En los delitos de lesiones personales culposas en los casos de los artículos 333, 334, 335, 336 del Código Penal, cuando el sindicado en el momento de la realización del hecho se encuentre en estado de embriaguez aguda o bajo influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica demostrado por dictamen técnico o por un método paraclínico, o abandone sin justa causa el lugar de la comisión del hecho. En ese evento, debe tenerse en cuenta que cuando no concorra ninguna de las circunstancias que menciona el artículo, la medida de aseguramiento a imponer es la caución.

La detención preventiva es definitivamente la medida de aseguramiento más grave que afecta los intereses del sindicado, ya que implica de entrada la pérdida de la libertad de locomoción, sin embargo, conforme al artículo 2 del Código de Procedimiento Penal (Principio rector de la presunción de inocencia) y el artículo 4 del mismo (Principio del reconocimiento de la libertad) toda vez que las personas son inocentes mientras no se demuestre su responsabilidad, la libertad individual es la norma general y la restricción a la misma es la excepción.

Sucede a menudo, conforme se dejó escrito en el numeral 5 del artículo 397 del C.P.P., que se confunde el momento de la definición de la situación jurídica del sindicado con la captura previa a la definición de la situación jurídica, para negar reiteradamente la libertad individual, con el pretexto baladí e inconstitucional que como procede la detención preventiva para ese clase de delitos (en el evento de ser cierto conforme al 397), no es viable la libertad provisional, sino con posterioridad a la misma definición de la situación jurídica, y eso si es posible demostrar alguna de las causales legalmente establecidas.

Según el artículo 375 del C.P.P., la captura es facultativa para efectos de la indagatoria, cuando la pena prevista para el delito sea o exceda de dos años de prisión o en los casos del artículo 397; de igual forma, el artículo 376 No 1 e inciso segundo indican que el imputado será citado para indagatoria cuando el delito por el que se procede tenga señalada pena de

prisión de dos o más años, y si no comparece será capturado para tal efecto. Sin embargo, el inciso final de dicho artículo es claro al indicar que sólo en los casos de los numerales 2 y 3 del mismo, el imputado será puesto inmediatamente en libertad; dando a entender que en el caso del numeral 1 podrá permanecer privado de la libertad —como mínimo— hasta el momento de la definición de la situación jurídica. Interpretación a todas luces errada, teniendo como norte el principio del reconocimiento de la libertad individual y el de la presunción de inocencia, ello teniendo en cuenta que si fue citado para la indagatoria y no compareció, la captura sólo lo es para rendir indagatoria; toda vez que el funcionario judicial deberá realizar el mismo juicio valorativo que realiza para el caso de la captura en flagrancia (artículo 371 inciso 3o.), por cuanto no debe agravarse la situación del imputado que fue capturado sólo para efectos de la indagatoria con el pretexto peregrino que eludirá la acción de la justicia, cuando todo indica, para el caso de la jurisdicción penal ordinaria, que en el peor de los casos, —al menos en más del 90% de los delitos— que la medida de aseguramiento a imponer será la detención preventiva con la posibilidad de sustituirlo por la detención domiciliaria; siendo obviamente lógico no mantener privado de la libertad al sindicado para posteriormente por argumentos igualmente legales conceder el beneficio —según algunos— de la detención domiciliaria.

El artículo 382 del C.P.P. expresa que puede privarse de la libertad al imputado que se presenta a rendir indagatoria una vez ha sido citado para ello, si después de recepcionada ésta surge prueba para dictar auto de detención sin que concurra causal de libertad provisional, para definirle su situación jurídica. Sin embargo, de acuerdo con los planteamientos que hemos venido mencionando, dicha restricción a la libertad tampoco procede, por cuanto sí para el capturado en flagrancia se permite su libertad hasta la definición de la situación jurídica, con mayor razón en éste caso particular procede la libertad, como mínimo, hasta el momento de definirle su situación jurídica, toda vez que en el peor de los casos, podrá sustituirse la detención preventiva sin beneficio de excarcelación por la detención domiciliaria.

Igual sucede con el caso del artículo 381 del C.P.P., cuando el imputado se presenta voluntariamente a rendir indagatoria, existiendo orden de captura en su contra. El funcionario judicial debe recibirle indagatoria inmediatamente o revocar la orden de captura y citarlo para recepción de indagatoria en fecha posterior. Una vez recepcionada la indagatoria, en cualquiera de los eventos, debe dejarlo en libertad hasta el momento de definirle su situación jurídica, no obstante que de la indagatoria surja prueba para dictar medida de aseguramiento detención preventiva sin beneficio de excarcelación. Es apenas obvio que si el imputado se presenta voluntariamente a rendir indagatoria y en su contra no existe orden de captura, recibida la indagatoria, en todos los casos, deberá dejársele inmediatamente en libertad por disposición expresa del artículo 382 inciso final del C.P.P.

Todo lo anterior reafirma el postulado constitucional de la primacía inalienable del derecho fundamental de la libertad individual, que en buena hora fue positivizado en el Código de Procedimiento Penal. Título Preliminar, NORMAS RECTORAS. Porque si de Norma Rectora se trata, debe primar por sobre todo el ordenamiento procesal penal, conforme lo dispone el mismo Título Preliminar en su artículo 22: "Prevalencia de las normas rectoras. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de éste código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación".

Principio de reconocimiento de la libertad individual que necesariamente va de la mano con el principio de presunción de inocencia y su correlativo del reconocimiento de la dignidad humana, no sin dejar de lado la ley fundamental, norte de cualquier legislación, y con fundamento en el artículo 40. de la Constitución Nacional, la asistemática normatividad del Código de Procedimiento Penal no puede ser patente de curso para violar las garantías constitucionales o legales de las personas. Y si de ser legalista se trata, el artículo 383 del Estatuto Procesal Penal dispone la libertad inmediata de aquel cuya privación de la libertad se prolonga ilícitamente.

Definitivamente el Derecho Procesal Penal es garantizador de los derechos fundamentales de los procesados, y una interpretación sistemática del proceso penal responde acertadamente

a la pregunta de cómo puede el proceso penal garantizar la libertad individual; pero un ciego apego al PROCEDIMIENTO PENAL y un exagerado culto a la norma sin el referente al principio del reconocimiento de la libertad individual, conllevan interpretaciones erradas y confusiones lamentables, como aquella que iguala la captura para indagatoria, la captura en flagrancia y la futura medida de aseguramiento de detención preventiva, con la medida de aseguramiento de detención preventiva como tal.

Si el razonamiento para no dejar en libertad a las personas mientras se les resuelve situación jurídica es el de no fomentar la impunidad –por cuanto eludirían la acción de la justicia– o estar en sintonía con las expectativas sociales, definitivamente la norma procesal penal de efecto sustancial es sólo un sofisma de distracción y debemos quitarle al derecho penal el rótulo de garantista y reconocer sin tapujos que el ius puniend no admite límites.