

TEMAS PROCESALES

20

AGOSTO
1995

El principio de unidad de proceso
Alvaro Vargas

La equidad de la decisión judicial
Darío González Vásquez

**Esbozos encaminados hacia la elaboración de una
teoría general del acto procesal**
Guillermo Montoya Pérez

El Derecho Inglés y sus características singulares
Alfonso García Sierra

Algunas nociones acerca del negocio jurídico
Juan Carlos Gaviria Gómez

**Aproximación a la Jurisdicción Especial Indígena
desde la Teoría General del Proceso**
Hernán Darío Benítez Naranjo
Javier Botero Martínez



LIBRERIA JURIDICA
SANCHEZ 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.

SUMARIO

- El principio de unidad de proceso
Alvaro Vargas 5
- La equidad de la decisión judicial
Darío González Vásquez 21
- Esbozos encaminados hacia la elaboración de una teoría general del acto procesal
Guillermo Montoya Pérez 29
- El Derecho Inglés y sus características singulares
Alfonso García Sierra 43
- Algunas nociones acerca del negocio jurídico
Juan Carlos Gaviria Gómez 47
- Aproximación a la Jurisdicción Especial Indígena desde la Teoría General del Proceso
Hernán Darío Benítez Naranjo
Javier Botero Martínez 61

TEMAS PROCESALES

Nº. 20 Agosto 1995

Revista del Centro de
Estudios de Derecho Procesal

Director
Andrés Orión Alvarez P.

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

Correspondencia
Eugenio Prieto Mesa
Apartado Aéreo 50088
Medellín, Colombia

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

Miembros del Centro de Estudios de Derecho Procesal

Rodrigo Veilla 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

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

-- No. 20 (agosto, 1995) -- Medellín, El Centro, 1995 anual
hasta 1986, semestral a partir de 1987.

ISSN 0120-8519

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

EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE PROCESO*

Alvaro Vargas**

1. *Precisión Terminológica*

Para empezar, no es apropiada la expresión «**unidad procesal**», utilizada por el código (cfr. arts. 89 y 90) para aludir al tema que en lo sucesivo se tratará, porque dicha denominación conviene mejor a un **principio lógico**, también llamado «**antecedente-consecuente**», por cuya virtud los actos procesales se eslabonan y condicionan entre sí, en forma tal que cada uno se apoya en el que le antecede, a la vez que sirve de fundamento al que le sigue¹, otorgándole así al proceso **unidad** o cohesión interna (son aplicaciones de este principio, exigencias como la de que sólo se le resuelva situación jurídica, a quien previamente ha sido vinculado en debida forma al proceso, según lo ordena el artículo 385 del C. de P.P.).

* Síntesis de la conferencia pronunciada en el curso de especialización de la Universidad del Cauca, Popayán, el ocho de abril de 1995.

** Profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

1. Cfr. Alfonso Ortiz Rodríguez, "NUEVO CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", primera edición, Medellín, 1976, pág. 150.

2. *Formulación del principio*

Conforme al artículo 88 del C. de P.P., **por cada hecho punible** -cualquiera sea el número de sus autores o partícipes- debe adelantarse **una sola actuación procesal**². Dicho de otra manera: **Un hecho punible** debe dar lugar a **un proceso** -y sólo a uno-, independientemente de cuántos sean los autores o partícipes de aquél. En términos matemáticos: **1 H.P. (xa o xp) = 1 P.** O lo que es lo mismo: **1 = 1**. Tal es la exigencia del principio, que acaso por ese motivo se llama de «**unidad de proceso**».

3. *Excepciones*

Como no se trata de un principio absoluto, la ecuación **1 H.P. (xa o xp) = 1 P.** es susceptible de ser alterada en algunos supuestos expresamente señalados por la ley (repárese en la expresión «salvo las excepciones constitucionales o legales», empleada en el primer inciso del artículo 88), que constituyen, entonces, claras salvedades al mandato conforme al cual por cada hecho punible debe adelantarse una sola actuación procesal. Dichas excepciones, que pueden alterar cualquiera de los dos términos de la igualdad, admiten la siguiente **clasificación**:

3.1 Excepciones por fragmentación: En estos casos, un mismo y único hecho punible, realizado por **un número plural de autores o partícipes**, no conduce -como debería ser- a la formación de un solo proceso o actuación procesal, sino que origina varios. Se altera, pues, el segundo término de la igualdad, que quedaría, entonces, así: **1 H.P. (xa o xp) = 2 (o más) p.**

Atendido el tenor del ordinal primero del artículo 90 del C. de P.P., las excepciones por fragmentación surgen ordinariamente de uno de estos dos eventos:

3.1.1 El de concurrencia de jurisdicciones: Ello acontece cuando en la realización del hecho punible interviene, al lado de otros autores o partícipes, una persona «cuyo juzgamiento esté

2. Este giro es mucho más amplio que el simple vocablo "proceso", pues comprende inclusive la investigación previa, que, como se sabe, es una etapa preprocesal.

atribuido a una **jurisdicción especial**», como sucede, por ejemplo, con los **menores de edad** o con los **miembros de la fuerza pública en servicio activo**, respecto de ilícitos relacionados con el servicio. En tales casos, ocurre como si el mismo y único hecho punible -cometido por varios autores o partícipes- se fragmentara para dar lugar a la formación de, por lo menos dos procesos o actuaciones procesales independientes, cuyo adelantamiento corresponde, respectivamente, a la **jurisdicción especial** y a la **ordinaria**.

3.1.2. El de **fuero constitucional**: Esta eventualidad se presenta cuando a la realización del hecho punible concurre, conjuntamente con otros autores o partícipes, «una persona para cuyo juzgamiento exista un **fuero constitucional** que implique **cambio de competencia**». A diferencia de la anterior, esta excepción opera dentro de la **jurisdicción penal ordinaria**, por causa de la intervención, a título de autor o partícipe, de una persona amparada con un fuero establecido por la propia Constitución, como acontece, por ejemplo, con el **Presidente de la República y algunos altos funcionarios del Estado** o con los **miembros del Congreso**, que sólo pueden ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia, conforme al mandato del artículo 235 de la Carta. En estos casos, el mismo y único hecho punible -realizado por varios autores o partícipes- se fragmenta también para dar lugar a la formación -dentro de la jurisdicción penal ordinaria- de por lo menos dos procesos o actuaciones procesales distintos, adelantables, en su orden, por el **juez natural del aforado** y por quien ostente la competencia, respecto de los demás autores o partícipes, atendidos los restantes factores atributivos de la misma.

3.2 **Excepciones por concentración**: En estos casos, el no cumplimiento del principio obedece a la confluencia, dentro del mismo proceso o actuación procesal, de **varios hechos punibles** que, aisladamente considerados, deberían dar lugar a la formación de igual número de procesos independientes. La alteración se produce, consecencialmente, en el primer término de la igualdad, que quedaría, entonces, así: 2 (o más) H.P. (xa o xp) = 1 P.

Dentro del régimen procesal actualmente en vigor, las excepciones por concentración sólo pueden obedecer a uno de dos motivos:

3.2.1 **La conexidad**: Este fenómeno se presenta cuando **entre dos o más hechos punibles media un vínculo o ligamen, que**

no permite o no hace aconsejable el juzgamiento separado de ellos. Dicho nexo o atadura -designado con el nombre de **conexidad**-, puede ser de dos clases: **Sustancial**, cuando el vínculo en mención -que surge de la realidad misma- es reconocido por las propias normas de derecho penal material (mírense, por ejemplo, las situaciones plasmadas en el ordinal segundo del artículo 324 del C. P.); procesal, en cuyo caso algún factor sobreviniente y extraño a las normas penales en sí, hace aconsejable la formación de un proceso único (piénsese, por ejemplo, en la hipótesis de unidad de denuncia).

3.2.2 La **acumulación**: Esta contingencia -de carácter estrictamente procesal- **permite reunir**, durante la etapa de juzgamiento y cumplidos ciertos requisitos señalados por la ley (cfr. arts. 91 y .s.s del C. de P.P.), **dos o más investigaciones adelantadas**, hasta ese momento, **en forma independiente**, con la finalidad de que se expida una sola sentencia, que posibilite, entre otros logros, la acumulación jurídica de penas.

No siendo el de la acumulación un tema especialmente complejo, se abordará seguidamente, con algún detenimiento, el examen particularizado de la figura de la conexidad, siempre en relación con el tema de la unidad de proceso.

4. Unidad de proceso y conexidad

Según ha quedado expuesto, al contrario, de lo que a menudo se piensa, legisla, escribe y enseña, **la conexidad no entraña cumplimiento del principio de unidad de proceso, sino que constituye una clara excepción al mismo**, técnicamente ubicable dentro de las atrás denominadas por **concentración**, habida cuenta de que, por virtud de ella, confluyen, concurren o **se concentran en una misma actuación procesal, varios hechos punibles** que, en otras condiciones, deberían ser objeto de sendos procesos.

No obstante, como quiera que el ya mencionado nexo o ligamen que une los distintos hechos punibles, hace necesaria o aconsejable su reunión para efectos del juzgamiento, ha sido tradicional entre nosotros la presencia, en los distintos códigos de procedimiento, de una disposición redactada más o menos así: **«Los hechos punibles conexos se investigarán y fallarán en el mismo proceso»** (véanse,

por ejemplo, los artículos 54 de la ley 94 de 1.938, 39 del Decreto 409 de 1.971, 84 del Decreto 050 de 1.987 y 88, inciso segundo, del Decreto 2.700 de 1.991).

De igual manera, **ha sido también costumbre legislativa aludir sencillamente al fenómeno de la conexidad, pero no regularlo**, dejando así librado a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial todo lo concerniente a la teoría de la conexidad (maduro fruto de lo anterior, puede considerarse, por ejemplo, la sentencia de casación de cuatro de junio de 1982³, que tuvo como ponente al Magistrado Luis Enrique Romero Soto).

Rompiendo, sin embargo, la prealudida regla, **el Código de Procedimiento Penal vigente, ha regulado en forma expresa** - en el artículo 87- **la institución que se comenta**, en forma muy similar -dicho sea de paso- a lo dispuesto sobre el mismo tema por el artículo 12 del Estatuto Procesal Italiano⁴, cuyos términos transcribió, casi en forma textual, nuestro legislador.

Lo anterior no puede considerarse propiamente inocuo, pues conocida es la pretensión predicable de cualquier Código -por el mero hecho de serlo- de regular en forma exhaustiva las distintas materias de las cuales se ocupa. Si ello es así, cosa del pasado, habría que reputar, entonces, toda la precedente elaboración doctrinaria y jurisprudencial en torno al tópico de la conexidad, habida cuenta, entre otras razones, del sometimiento constitucionalmente impuesto a los jueces al «imperio de la ley» (cfr. artículo 230 C.N).

3. Cfr. Jairo López Morales, "JURISPRUDENCIA PENAL DE LA CORTE 1982", Ediciones Lex Ltda., Bogotá, 1983, págs. 147 y ss.

4. Antes de ser modificado por una normatividad posterior, el texto original de dicho artículo rezaba:

"12. (Casi di connessione). 1. Si ha connessione di procedimenti:

a) se il reato per cui si procede è stato commesso da più persone in concorso o cooperazione fra loro, o se più persone con condotte indipendenti hanno determinato l'evento;

b) se una persona è imputata di più reati commessi con una sola azione od omissione ovvero con più azioni od omissioni in unità di tempo e di luogo;

c) se una persona è imputata di più reati, quando gli uni sono stati commessi per eseguire od occultare gli altri".

Por ello, resulta conveniente examinar a continuación el régimen introducido por el actual Código de Procedimiento Penal en este campo.

4.1. Eventos de conexidad: A lo largo de tres ordinales, el prenombrado artículo 87 ha señalado como casos de conexidad los siguientes:

4.1.1. Cuando «el hecho punible ha sido cometido por dos o más personas en concurso o cooperación entre ellas, o ha intervenido más de una a título de participación.».

No obstante la poca fortuna de la redacción, la hipótesis transcrita apunta a la **participación de un número plural de personas en la realización de un hecho punible**, cualquiera sea el título -autor, cómplice, etc.- que a cada una corresponda. Antes que consagrar un verdadero caso de conexidad -pues ésta presupone **varios hechos punibles-**, el ordinal objeto de comentario reitera, simplemente, que la unidad de proceso no se rompe por la intervención de varios autores o partícipes. En cuanto fundada en el **instituto de la participación**, que regula el Código Penal en los artículos 23 y siguientes, se trata, conforme a la regulación legal, de una modalidad de **conexidad sustancial**.

4.1.2. Cuando «se impute a una persona la comisión de más de un hecho punible con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar.».

La hipótesis presupone, como es notorio, la **realización de varios hechos punibles**, con sujeción a la distintas modalidades concursales reglamentadas en el artículo 26 del Código Penal, a condición, eso sí, de que se lleven a cabo **dentro de un mismo contexto temporo- espacial**, resultando viable la intervención de pluralidad de partícipes. Como en el evento anterior, la **conexidad** es de tipo **sustancial**.

4.1.3. Cuando «se impute a una persona la comisión de varios hechos punibles, cuando unos se han cometido con el fin de consumir u ocultar otros.».

Una vez más, se requiere la **ejecución de varios hechos punibles**, pero **conectados entre sí por una relación de medio**

a fin o por un vínculo de causa a efecto, que dan lugar a sendas modalidades de **conexidad sustancial**, tradicionalmente denominadas, en su orden, **teleológica** y **consecuencial**. Nada impide, por supuesto, que sea también plural el número de autores o partícipes.

4.2. Particularidades del nuevo régimen legal sobre conexidad: Aunque en nuestro medio se reforman la Constitución o las leyes y nada ocurre, vale la pena resaltar -así sea para efectos académicos- **los cambios introducidos por el Código** en la materia que se examina.

4.2.1. Adviértase, en primer lugar, que **todos los eventos recogidos en el artículo 87, conciernen**, única y exclusivamente, **a la llamada conexidad sustancial**, que atañe, como antes se dijo, a un cierto vínculo o ligamen originado en la realidad misma y reconocido por las propias normas de derecho penal material.

4.2.2. Obsérvese, en segundo lugar, cómo **el precitado artículo nada ha regulado**, por el contrario, **en torno a la denominada conexidad procesal**, cuya existencia -según se anotó también atrás- suele obedecer a factores sobrevenientes y extraños, por ello mismo, a las previsiones del derecho penal sustancial.

4.2.3 Tómese nota en tercer lugar, de que, aún **en la órbita de la conexidad sustancial** -la única legalmente contemplada, **se echan de menos algunas hipótesis** tan claras como las siguientes: **El concurso eventual** -ajeno a los parámetros de la participación- **de varias personas en un hecho punible, con conductas independientes**; el otrora denominado **delito continuado** -hoy concurso homogéneo sucesivo- **y el muy frecuente caso de los hechos punibles realizados en daño recíproco** (la omisión obedece a que nuestro legislador se limitó a copiar -incompleto- el artículo 12 del Estatuto Procesal Italiano, olvidando hacer lo mismo con el artículo 17 *ibidem*⁵, que hacía referencia a estos fenómenos).

5. Dicha disposición -antes de ser parcialmente modificada por una ley posterior- ordenaba:

"17. (Riunione di processi). 1. La riunione di processi pendenti nello stesso stato e grado davanti al medesimo giudice può essere disposta quando non pregiudichi la rapida definizione degli stessi:

a) nei casi previsti dall art. 12;

4.3. Consecuencias del nuevo régimen legal sobre conexidad:

Como es obvio, las particularidades señaladas en el acápite que antecede, plantean algunos interrogantes cuya elucidación se hace indispensable encarar seguidamente:

4.3.1. Para empezar, es bastante discutible si, conforme al nuevo régimen, es viable continuar hablando -y sobre todo haciendo uso en la práctica judicial- de la llamada **conexidad procesal**, inveteradamente edificada a partir de supuestos como el de la **unidad de procesado**, la **unidad de denuncia** o la **comunidad de prueba**, en cuanto **circunstancias que hacen útil, oportuno o conveniente el juzgamiento conjunto** en esos casos. La **solución** que al respecto se adopte, depende, por supuesto, de que se **acepte o no que la enumeración contenida en el artículo 87 es taxativa**. Si lo es, forzoso resulta concluir que **la conexidad procesal ha desaparecido**, pues el silencio del legislador sobre el particular entrañaría, por sí solo, una clara opción de contenido negativo, en torno al opinable tema de la utilidad, oportunidad o conveniencia del juzgamiento unitario. Si no lo es, la **decisión** acerca de tan controvertibles tópicos **continuaría librada** -como lo ha estado hasta ahora- **al prudente criterio del juez, con el riesgo**, siempre latente, de que, bajo el pretexto de la utilidad, oportunidad o conveniencia, **se atente contra el debido proceso**.

La última parece ser la posición actual de la Corte Suprema de Justicia, según se infiere de la sentencia de doce de octubre de 1994⁶ -cuyo ponente fue el Magistrado Edgar Saavedra Rojas-, aunque en ella no se aborda el tema con la exhaustividad y profundidad que eran necesarias y deseables.

4.3.2. Del mismo modo, **ha entrado a ser tópico discutible** el atinente a **si los eventos no previstos** en el plurinombrado artículo 87 -curso eventual de personas con conductas independientes, delito continuado y delitos recíprocos, **pueden seguir**

b) nei casi di reato continuato;

c) nei casi di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre;

d) nei casi in cui la prova di un reato o di una circostanza di esso influisce sulla prova di un altro reato o di una sua circostanza".

6. Cfr. Corte Suprema de Justicia, "JURISPRUDENCIA PENAL SEGUNDO SEMESTRE 1994", Editora Juridica de Colombia, Medellín, 1994, págs. 449 y 450.

considerándose como verdaderos **casos de conexidad sustancial**, susceptibles, por ende, de investigarse y fallarse en el mismo proceso.

En estas hipótesis, sin embargo -admitase o no la taxatividad de la enumeración legal-, **la respuesta al interrogante** planteado **debe ser afirmativa**, porque, a diferencia de la conexidad procesal, la sustancial no se apoya en meros criterios de utilidad, oportunidad o conveniencia, sino en **la naturaleza misma de las cosas**, puesto que el vínculo entre los distintos hechos punibles surge de la propia realidad, que **impone** -no aconseja- su **juzgamiento unitario**.

4.4. La conexidad y la competencia: Fiel a la tradición sobre el particular, el artículo 89 del Código -modificado por el décimo-tercero de la Ley 81 de 1.993- ha dispuesto lo siguiente: «Cuando deban fallarse hechos punibles conexos sometidos a diversas competencias, conocerá de ellos el funcionario de mayor jerarquía. (...) Cuando se trate de conexidad entre hechos punibles de competencia del Juez regional y de cualquier otro funcionario judicial, corresponderá el juzgamiento al Juez regional.».

Especial comentario merece la disposición vertida en el inciso segundo, pues basta reflexionar un poco en su contenido para advertir cómo puede ser de crucial, en la práctica, la decisión del legislador consistente en radicar la competencia para conocer de los hechos punibles sustancialmente conexos, en cabeza del **juez regional**, que, aunque involucrado a la jurisdicción ordinaria (cfr. art. 5o. transitorio del C. de P.P.), no se vale, sin embargo, del proceso penal común como método de juzgamiento, sino que utiliza un especialísimo instrumento diseñado al amparo de la antigua y discriminatoria legislación de estado de sitio, convertida luego en normatividad permanente, con clara inobservancia de la Constitución.

En armonía con lo expuesto, cuando se le endilgan a una persona **varios hechos punibles**, uno de los cuales se halla adscrito a la competencia de **juez regional**, dicha persona **pierde el derecho** -por esa mera circunstancia- **a ser juzgada en términos de igualdad con la generalidad de sus conciudadanos**, para ser sometida, en cambio, a los rigores de un asfixiante esquema procedimental, conducido desde la penumbra por un anónimo funcionario estatal -de ninguna manera un **Juez**, puesto

que no lo es quien se esconde- y caracterizado, entre otros infortunios, por la institución de los testigos secretos, la captura para indagatoria, la detención preventiva como única medida de aseguramiento, la casi total ausencia de motivos de excarcelación, la desmesurada extensión de los términos, etc.

5. La unidad de proceso y el objeto principal del mismo

Entendiendo por **objeto del proceso** el tema o asunto materia de discusión dentro de él y llamado a ser resuelto por el juez, es dable distinguir, tratándose del proceso penal, la presencia de un **objeto principal** y de un **objeto accesorio**, constituidos, en su orden, por lo atinente al **hecho punible y su autor** y por lo relacionado con los **perjuicios y su indemnización**, tal como lo corrobora el artículo 334 del Estatuto Procesal vigente.

Con expresa referencia al **objeto principal**, conviene hacer algunas precisiones desde la perspectiva del **principio de unidad de proceso**, como quiera que, **dentro de una misma actuación procesal, pueden hallarse involucrados varios objetos principales**, cuya individualidad no desaparece por causa del procesamiento unitario. Es decir: **Una cosa es la unidad de proceso y otra, muy distinta, es la unidad de objeto principal**, sin que lo primero conlleve necesariamente lo segundo.

De veras, **si a una persona se le imputa la realización de dos hechos punibles sustancialmente conexos** (piénsese, por ejemplo, en un concurso entre hurto y lesiones personales) el **proceso -siendo uno- contiene, sin embargo, dos objetos principales**, absolutamente inconfundibles: **El que vincula a dicha persona con la hipótesis de hurto y el que la conecta con la de lesiones personales.**

Lo anterior implica que, **en el evento de pluralidad de objetos, cada uno de los mismos -por el hecho de conservar su autonomía- debe ser materia de discusión y decisión en forma independiente.** Por ello, **al momento de la indagatoria, el imputado debe ser interrogado respecto de todos** (cfr. art 360 del C. de P.P.) y, cuando sea necesario adoptar en el proceso algún pronunciamiento de fondo -resolver la situación jurídica, calificar el mérito de la instrucción o dictar sentencia-, **el funcionario judicial**

debe referirse separadamente a cada objeto, expidiendo frente a él la decisión que corresponda.

Cuanto viene de exponerse, jamás ha suscitado entre nosotros controversia, en lo atinente a la calificación del mérito de la instrucción y a la sentencia, pero, **en lo concerniente a la providencia que resuelve la situación jurídica, las cosas no han sido claras ni pacíficas, a la hora de determinar cómo deben manejarse las medidas de aseguramiento.**

Anticipando, en efecto, las secuelas punitivas del concurso, derivadas del artículo 26 del Código Penal -indudablemente establecidas por la ley para el momento de la sentencia-, **a veces se verifica, en perjuicio del procesado, una prematura acumulación jurídica de penas** que, desconociendo la autonomía propia de cada objeto principal, conduce, por ejemplo, a la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva -ajena incluso al paliativo de la excarcelación-, frente a hipótesis delictivas merecedoras, separadamente, de una simple caución.

Para que contingencias como la precedente no ocurran, **lo indicado es no perder de vista que el principio de unidad de proceso no desdibuja -ni tiene por qué hacerlo- la individualidad de los distintos objetos principales** que se discutan. En consecuencia, al resolver la situación jurídica, **el funcionario judicial debe -como al calificar o al sentenciar- verificar un examen separado y minucioso de cada objeto en particular**, argumentando si la prueba recaudada autoriza o no, frente a cada hipótesis, la imposición de la medida de aseguramiento correspondiente e indicando, por supuesto, cuál sería.

Naturalmente, **como las medidas de aseguramiento son cautelas de carácter personal**, es obvio que **la finalidad meramente asegurativa de las mismas se cumple con la imposición de sólo una de ellas, lógicamente la más grave.**

6. Ruptura de la unidad de proceso

En el artículo 90, modificado por el décimo-cuarto de la ley 81 de 1.993, ha regulado el Código, bajo el título de «ruptura de la unidad procesal», una pluralidad de eventos cuyo acaecimiento

afecta, de alguna manera, la vigencia del principio de unidad de proceso, motivo por el cual se hará una breve referencia al tema en esta sección:

6.1. La concurrencia de jurisdicciones: Puesto que de esta hipótesis, prevista en el ordinal primero del artículo 90, se hizo ya en el acápite 3.1.1. de este escrito el análisis pertinente, cumple sólo recordar que se trata de una **excepción al principio de unidad de proceso por la vía de la fragmentación.**

6.2. La existencia de un fuero constitucional: Previsto igualmente en el ordinal primero del precitado artículo, este caso se examinó también en la sección 3.1.2. de estas páginas, en cuanto constitutivo -como el anterior- de una **excepción al principio de unidad de proceso por la vía de la fragmentación.**

6.3. Los cierres parciales de investigación: Habiéndose introducido en el artículo 438A -creado por el 57 de la Ley 81 de 1.993- la posibilidad de que el decreto de clausura de la instrucción no concierna a todos los procesados o a todos los hechos punibles conjuntamente investigados, el ordinal segundo del artículo que se comenta, no hace cosa distinta a reconocer que, cuando tales cierres parciales ocurran, la primigenia unidad de proceso no puede subsistir.

Debe aclararse, sin embargo, que, **desde el punto de vista técnico, la presente hipótesis no siempre acarreará ruptura de la unidad de proceso.** En efecto, si se trata de varios autores o partícipes de un solo hecho, habrá ruptura de la unidad, por la vía de la fragmentación, pero cuando a una misma persona se le estén imputando varios hechos conexos, la ruptura afectará la conexidad, mas no necesariamente la unidad de proceso, que bien puede resultar, en cambio, restablecida (no se olvide que la conexidad constituye una excepción al principio de unidad de proceso, por la vía de la concentración).

6.4. Las decisiones calificadorias complejas: Como al calificar el mérito de una instrucción caracterizada por la presencia de **varios objetos principales**, cada uno de éstos debe ser materia de una decisión particular, es perfectamente posible que, dentro de una misma providencia, se disponga precluir la investigación respecto de alguno(s) y formular acusación respecto de otro(s).

Cuando tal contingencia ocurra, ha previsto también el ordinal segundo del artículo 90 la ruptura de la unidad de proceso, previsión frente a la cual caben las mismas observaciones hechas a propósito de los cierres parciales, en el sentido de que **lo roto puede ser más bien, en ciertos casos, la conexidad.**

6.5. Los Decretos de nulidad parcial: No es infrecuente que, tratándose de varios imputados y/o hechos punibles, se advierta la necesidad de declarar parcialmente la nulidad de la actuación, por causa de una irregularidad específicamente relacionada con alguno o algunos de aquéllos. En tales casos, el ordinal tercero del artículo que se comenta autoriza también la afectación del principio de unidad de proceso, aunque -no sobra repetirlo lo **afectado puede ser la conexidad** pero no el principio en referencia.

Aun cuando la disposición legal no hace claridad sobre el tema, **no parece que la ruptura pudiera ordenarse en un momento anterior al de la calificación o al del vencimiento de los términos señalados para la clausura de la encuesta sumarial.** Pues hallándose todavía vigente la investigación, lo indicado sería sanear dentro de ella la irregularidad, sin ordenar la ruptura de la conexidad o de la unidad de proceso, según el caso.

6.6 Las formas de terminación anticipada del proceso: En sus ordinales cuarto y quinto, aglutina el artículo 90, como causales de ruptura de la unidad, cuatro instituciones procesales cuya aplicabilidad conduce a la terminación anticipada de la actuación procesal. Se trata de la **sentencia anticipada**, la **audiencia especial**, la **conciliación** y la **indemnización integral**, previstas, en su orden, por los artículos 37, 37A, 38 y 39 del Código, el segundo de ellos introducido por el artículo cuarto de la Ley 81 de 1.993 y los tres restantes modificados, respectivamente, por los artículos tercero, sexto y séptimo de la misma ley.

En todas estas hipótesis ha de contarse, por supuesto, con un **número plural de objetos principales**, originados en la presencia de varios autores o partícipes y/o hechos punibles. Como siempre, a veces la ruptura afectará simplemente la conexidad, restableciendo la unidad de proceso. No obstante, atendida la **«indivisibilidad de la acción penal»**, en el caso de la **indemnización integral**, cuando se trate de varios autores o partícipes de un mismo hecho punible, **no habrá ruptura sino terminación del**

proceso para todos ellos, aun cuando sólo indemnice uno de los imputados, tal como lo establece el artículo 39, al final de su primer párrafo.

A pesar de que el artículo 38 guarda silencio sobre este último aspecto, nada impide que, en presencia de una **conciliación** equitativamente indemnizatoria para la víctima, la terminación de la actuación procesal cobije también a todos los autores o partícipes que -no habiendo intervenido en ella- adhieran a la misma.

6.7. La prueba sobreviniente a la calificación: Conforme a lo dispuesto por el ordinal sexto del artículo examinado, hay también lugar a la ruptura de la unidad de proceso, cuando, como resultado de las evidencias recaudadas en el período probatorio de la etapa de juzgamiento, se advierta la necesidad de investigar un **nuevo hecho punible**, o de vincular a la realización del que se discute en el proceso a un presunto autor o partícipe, hasta entonces desconocido.

En ninguno de dichos eventos puede hablarse, sin embargo, de ruptura de la unidad o siquiera de la conexidad, pues mal puede romperse lo que no existe. En efecto, lo que realmente ocurre es que surge una nueva actuación procesal.

6.8. La quiebra y otros hechos punibles conexos: Habiéndosele asignado a la jurisdicción penal ordinaria, la competencia para conocer del delito de quiebra y las ilicitudes a él conexas (cfr. art 72-1-a del C. de P.P., modificado por el décimo de la ley 81 de 1.993), se estableció para el primero, como condición de procedibilidad (cfr. art. 29, último párrafo, del C. de P.P., modificado por el primero de la Ley 81 de 1.993), la exigencia de que la providencia extrapenal declaratoria de la quiebra se encontrara debidamente ejecutoriada.

Habida cuenta de que tal mandato podía llegar a imposibilitar la persecución penal respecto de los hechos punibles conexos a la quiebra, el ordinal séptimo del artículo 90 del Código abrió la posibilidad de investigar separadamente, antes de la ejecutoria de la prealudida decisión extrapenal, las infracciones no sujetas a la prenombrada condición de procedibilidad, imponiéndole al efecto, al Juez Civil correspondiente, la obligación de compulsar las copias necesarias para ello.

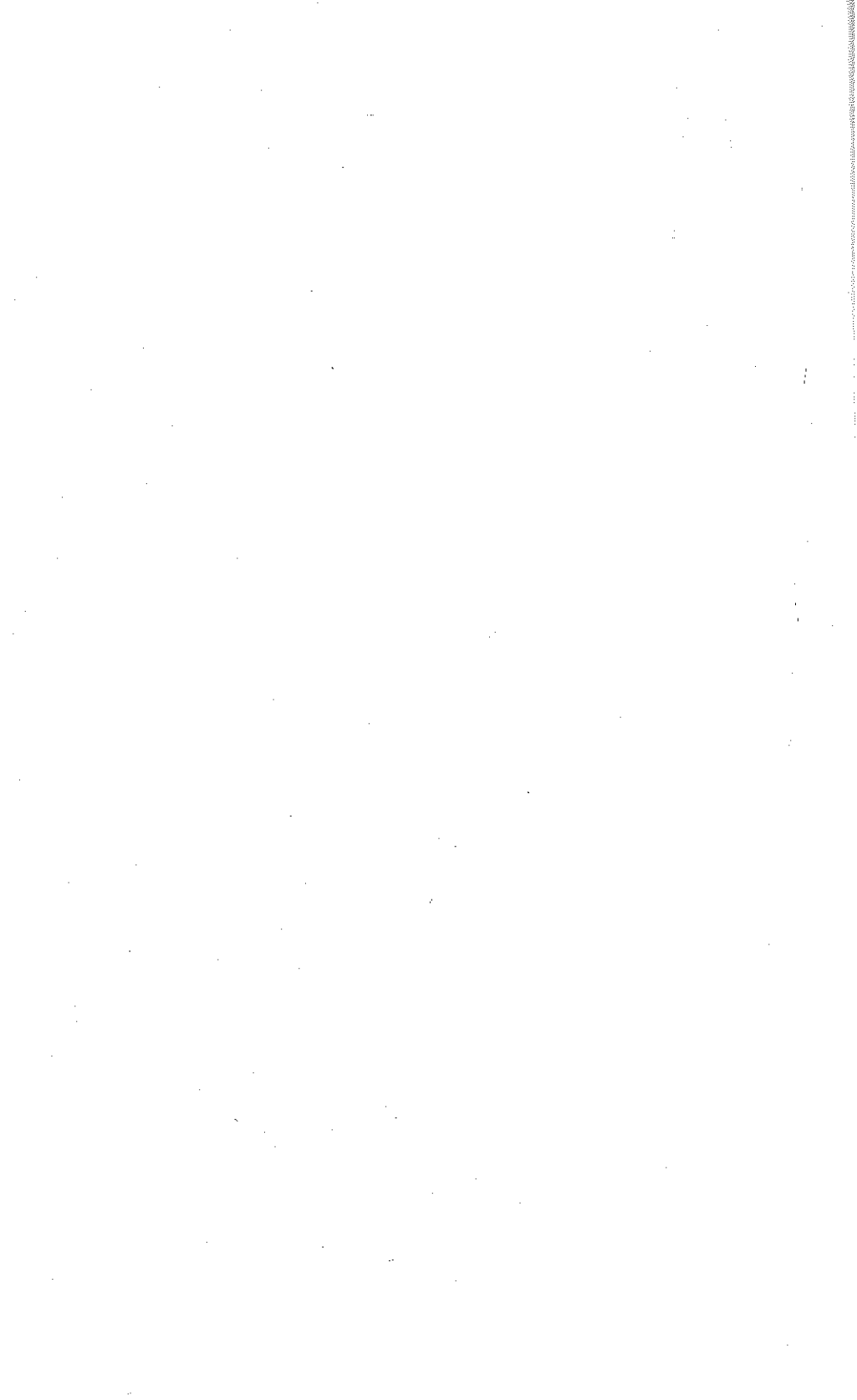
Como es obvio, la ruptura no apunta en este caso hacia la unidad de proceso sino hacia la conexidad.

7. El desconocimiento del principio y sus consecuencias

A partir de las ideas centrales hasta ahora expuestas, no parece osado concluir que **el principio de unidad de proceso sólo puede violarse o desconocerse, cuando se acude a una excepción por fragmentación o por concentración no autorizadas legalmente, es decir, cuando indebidamente se separa lo que debería estar unido o se une lo que debería estar separado.**

Aunque es evidente que cualquiera de dichas desviaciones incide en forma directa sobre la legalidad del proceso, nuestro legislador -siempre cicatero a la hora de tutelar tan inestimable instrumento- ha establecido, sin embargo, en el inciso final del párrafo segundo del artículo 88 del código, que **«la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales.»**

Tal previsión -obviamente emparentada con el llamado **principio de trascendencia** que gobierna las nulidades (cfr, art 308-2 del C. de P.P.)- impide que en el limitado contexto de este escrito pueda encararse un examen pormenorizado del asunto, pues ello reclama, aparte de una obligada referencia a la teoría general de la nulidad, un minucioso análisis de plurales y complejas hipótesis concretas, que es necesario postergar para otra oportunidad.



LA EQUIDAD DE LA DECISION JUDICIAL

*Darío González Vásquez**

«Los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley». (artículo 230 C.N.).

«El buen Juez prefiere la Justicia a la Ley» (Dworkin, Ronald. El imperio de la Justicia, p. 20).

1. Aclaración previa

Consideramos necesario esclarecer la elección del título que encabeza estas reflexiones, Todo el trabajo jurisdiccional debe estar inspirado por la idea de equidad, pero es en el momento de la decisión, y en ella misma, cuando esta calidad de la justicia debe inspirar todo el proceso intelectual y material que culmina con la sentencia, siendo incorporado el elemento equidad, junto con las consideraciones lógicas, psicológicas, sociológicas y jurídicas que, amalgamadas con aquella conformaron lo que en el ámbito procesal recibe el nombre de sentencia y genéricamente hablando para reconocer su vigencia durante todo el proceso, decisión judicial.

* Profesor de Derecho Probatorio en la Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

2. *Carácter utópico del par: Justicia-Equidad*

Propuesta como pareja inescindible y soporte obligado del trabajo judicial, el dúo justicia-equidad tiene características de utopía, entendida esta noción como paradigma de la labor judicial, realizable previos, el transcurrir de un amplio lapso y la incorporación de la obligación de orientar el escrutinio de los comportamientos jurídicos con observancia de este principio general del Derecho: El Derecho debe ser justo, y su aplicación equitativa¹. De esta manera es preciso dejar sentado que debe ser permanente aspiración del Juez materializar en su fallo, la justicia calificada por la equidad, puesto que la noción de utopía con la que caracterizamos el fenómeno, no significa imposibilidad de realización o idea inalcanzable, todo lo contrario, es inspiración concretable así deba transcurrir mucho tiempo y sean muchos los esfuerzos que el Juez (hombre) deba agotar.

3. *Noción de equidad*

No ha sido superada aún la elaboración de Aristóteles sobre la equidad sintetizada en las palabras siguientes: «Lo equitativo y lo justo son una misma cosa, siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor. La dificultad está en que lo equitativo siendo lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa de la justicia rigurosamente legal»². Más adelante en su obra, el Estagirita precisará que la equidad facilita la aplicación de la ley al caso concreto particularizado en aquellas partes en las que el legislador es general, previa la consideración de las singularidades del supuesto fáctico examinado. En este preciso sitio y a fin de desbrozar claramente el horizonte de la equidad, se hace necesario eliminar dos (2) confusiones:

- a) **La equidad como indulgencia:** Es frecuente aludir a la equidad como indulgencia, caridad, conmiseración, etc.

1. Valenciano Restrepo, Hernán. *Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho*. Editorial Temis S.A., Santafé de Bogotá, Colombia, 1993, p. 92.

2. Aristóteles. *Moral a Nicómaco*. Ed. Espasa-Calpe S.A. Madrid, 6ª edición, págs. 127 ss.

Pobre servicio prestará a la justicia un entendimiento tal de la equidad, que no es cosa distinta a un llamado al «Suum cuique tribuere», consideradas las particularidades que cada caso comporta.

- b) **Equidad como igualdad:** No obstante la procedencia etimológica de la voz latina equidad (aequa aequum), en el escudriñamiento de su familia lingüística, encontramos el significado que más claramente le acomoda («armonía entre cosa diversas»)³. Con la aclaración anterior, el papel de la equidad se concretará en hacer justicia considerando las diferencias, o, si se nos permite: ser igual (justo), entre diferentes (equitativo).
- c) **La equidad en la Constitución Nacional:** El trabajo de la Asamblea Constituyente que culminó con la Norma Fundamental que hoy nos rige, permitió que, en la Comisión 4ª. de dicho organismo se aprobara por unanimidad la siguiente fórmula sobre la equidad:

«Principio de Equidad. Las decisiones de los jueces consultarán el principio de equidad»⁴.

No obstante la claridad meridiana de la fórmula aprobada en la versión definitiva del texto constitucional, aparece como referencia sobre la materia el artículo 230, el cual debe ser entendido a la luz del artículo 13 que siendo consagratorio del derecho fundamental a la igualdad expresa de modo más certero, los alcances que deben otorgarse a la equidad de la decisión judicial. Por su parte, el artículo 2º. C.N. introduce la justicia como uno de los fines esenciales del Estado, suma de preceptos, que nos permite iterar: El derecho debe ser justo y su aplicación equitativa».

Ahora bien, consideramos que la expresión «criterio auxiliar» con la que se refiere el artículo 230 C.N. el Instituto de la Equidad, en vez de suscitar la idea de

3. Mateos, Agustín. Etimologías Latinas, p. 114.

4. Gacetas Constitucionales Nº 38, 54, 65.

elemento secundario, pauta sucedánea, debe ser considerada como soporte, fundamento, idea inspiradora, calificaciones que solo son predicables de los principios generales del derecho.

4. *Funciones de la Equidad*

Con fundamento en la óptica aristotélica, pueden predicarse de la equidad las siguientes funciones:

a) **Función integradora:**

La equidad permite aplicar justicia con inspiración en el querer del legislador permeando íntegramente la tarea jurídica del «animus» del legislador, función que permitirá calificar como coherente la decisión.

b) **Función creadora:**

De dos maneras cumple su función la equidad como generadora de derecho, de un lado, permitiendo la elaboración al juez del dispositivo legal cuya ausencia comprueba al decidir, y, de otro, prefiriendo la justicia al derecho cuando este no realiza el «suum cuique» por medio de su inaplicación (artículo 4º, C.N.)⁵

c) **Función mejoradora:**

El derecho como obra humana será siempre perfectible, el juez con apoyo en la equidad debe mejorarlo posibilitando que las particularidades del caso sean previstas por el derecho o creando los elementos de la norma que mejor se ajustarán a las especificidades del evento juzgado.

5. Considérese adicionalmente que toda decisión implica la tarea de construir una norma que desata el conflicto, elaborada ad hoc con el empleo de todos los materiales normativos que conciernan a la materia de decisión.

d) **Función interpretadora:**

Teniendo como norte el principio de equidad inextricablemente emparentado con la idea de justicia, y conocido el querer del legislador, puede el operador jurídico desentrañar el derecho aplicable al caso concreto dimensionando todas sus consecuencias.

5. *Cómo introducir la equidad en la decisión judicial?*

De múltiples modos se hará presente la equidad en la decisión; con el propósito exclusivo de significar que no se trata, la equidad, de un mero concepto filosófico, sino que, por el contrario, puede expresarse en la labor cotidiana de sentenciar, enunciamos algunas de las más claras manifestaciones de la equidad en el ámbito aludido:

- a) Partiendo de la concepción aristotélica, es lo primero que el juez sea conciente de la singularidad de cada caso, al punto que la utilización para decidir de los precedentes judiciales sólo tendrá un simple valor orientador, pues cada supuesto sub judicio es de tal manera particular que exigirá del funcionario el ejercicio a plenitud de sus facultades imaginativas y creativas.
- b) Constituye también factor que introduce la equidad a la decisión, la consideración de la responsabilidad en el surgimiento del conflicto, o la pregunta: Quién ha dado lugar al nacimiento de la controversia?

COMO SE HACE PRESENTE LA «EQUIDAD» EN LA DECISION JUDICIAL?

Con el propósito exclusivo de iterar la idea referente a que la equidad no es meramente un concepto ideológico y, muy por el contrario, debe expresarse en la sentencia, ensayamos una propuesta encaminada a sugerir a los operadores judiciales los

procedimientos de comprobación que utilizarán para cumplir con el propósito atrás señalado. Con el mismo carácter tentativo se enuncian algunas hipótesis en las cuales urge la presencia de la equidad sintetizada en la siguiente expresión «La sentencia debe tener más juez que ley».

Mensores de la equidad

1. Después de haber confrontado la existencia de la plena prueba, presupuesto de toda determinación y, antes de elegir una decisión, debe el juez componer mentalmente las medidas siguientes:

a). **Juicio de razonabilidad:**

Respondería a los siguientes interrogantes: Puede la decisión ser observada, o se refiere a hechos imposibles?

b). **Juicio de proporcionalidad:**

Su realización implicaría formular las cuestiones siguientes: Cubre la decisión las peticiones formuladas, y, da solución a las diferentes expresiones del conflicto?

c). **Juicio acerca del impacto de la determinación:**

Dos preguntas exige esta confrontación. De un lado, frente al caso sub-lite, en qué grado la decisión armoniza la relación conflictual sometida al escrutinio de la justicia, y de otro, ha cumplido el juez con los fines del derecho, pacificando el ámbito social en que se ha realizado su intervención?

2. Esta propuesta de recuperación de la equidad para el trabajo judicial, termina con una enunciación de los supuestos en los cuales consideramos es imperativa la presencia de la equidad, como el reclamo por la vigencia del trabajo judicial (del hombre), ante la necesaria generalidad de la ley:

a). En toda hipótesis en la que el prudente juicio del funcionario o la discrecionalidad judicial tenga cabida, se

hace imprescindible la presencia de la equidad. Casos de esta índole son abundantes en nuestra legislación:

- 1). Art. 38 N° 1. C.P.C. (decisión de procesos en equidad).
 - 2). Art. 119 C.P.C. (términos judiciales).
 - 3). Art. 179 C.P.C. (discrecionalidad en el decreto oficioso de pruebas).
 - 4). L. 153/87, Art. 5° (interpretación de la ley a partir de la equidad natural).
 - 5). Art. 961 C.C (discriminación de las prestaciones mutuas).
 - 6). Art. 61 C.P. (criterios para la fijación de la pena)
 - 7). Art. 106 C.P (indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente).
 - 8). Art 781 C.Co. (equidad en la celebración y ejecución de los contratos comerciales).
- b). Todos los supuestos en los que alguna circunstancia quede librada a la recta interpretación del juez, constituyen también terreno propicio para la presencia del hombre vía la equidad.

A modo de conclusión: insistimos sobre la necesidad de eliminar para la cabal comprensión de la equidad la idea de la permisibilidad del criterio arbitrario y caprichoso del juez. En su lugar entiéndase que la equidad es la participación del hombre en la aplicación de la norma, integrando a la decisión las circunstancias que el carácter general de la actividad legislativa debió dejar por fuera, permitiéndose de este modo que para cada caso se elabore una decisión que consulte la peculiaridad de cada hipótesis fáctica.



ESBOZOS ENCAMINADOS HACIA LA ELABORACION DE UNA TEORIA GENERAL DEL ACTO PROCESAL

PRIMERA PARTE

*Guillermo Montoya Pérez**

0. Preliminares.

0.1. Una nota de aclaración inicial.

Frente a la existencia del acto procesal, como realidad incuestionable, la doctrina aborda el estudio del tema en una forma asistemática y descarga toda la fuerza de análisis en las afectaciones de validez; voces esporádicas reclaman la elaboración de una teoría general como punto de partida para abordar toda la problemática. En respuesta, una corriente estima que la teoría general del acto procesal debe partir de la teoría general del acto jurídico; otra corriente, por el contrario, estima que la teoría general del acto procesal nada tiene en común con la teoría general del acto jurídico y por lo tanto ha de construirse independiente y autónomamente. No faltan voces que no encuentran importancia en el tema y consideran como meras elucubraciones académicas las disquisiciones sobre el punto.

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

La ponencia parte de la necesidad de elaborar una teoría general del acto procesal teniendo como punto de referencia la teoría general del acto jurídico permitido que, valga la pena aclararlo, no puede confundirse con la teoría general del acto jurídico permitido de carácter civil o comercial.

0.2. Toma de Posición Conceptual

Para el esbozo de una teoría general, y para su elaboración misma, es necesario tomar posición sobre algunos puntos:

0.2.1. La teoría como tal no puede esbozarse ni elaborarse dentro de un marco normativo determinado porque pierde la calidad de teoría.

0.2.2. Es necesario establecer si los conceptos de acto jurídico y negocio jurídico pueden emplearse como sinónimos o si por el contrario hay diferencia entre ellos. La ponencia los considera diferentes porque estima que el acto es género en tanto que el negocio es especie de aquél; lo anterior, porque frente a la clasificación de los hechos como supuestos o soportes de la realidad mundanal, se acogen las siguientes clasificaciones:

0.2.2.1. Hechos Ajurídicos: No producen ningún efecto jurídico.

Jurídicos: Producen efectos jurídicos.

0.2.2.2. Hechos Jurídicos:

Naturales: Proviene de la naturaleza o de un ente sin voluntad.

Voluntarios: Proviene de la voluntad de un ente.

-Actos-

0.2.2.3. Hechos Jurídicos Actos Voluntarios: Actos admitidos por la normatividad.

Actos: Actos reprobados por la normatividad.

0.2.2.4. Actos Permitidos:

Simple Actos: Actos admitidos por la normatividad cuya prestación no tiene una estimación económica.

Negocios Jurídicos: Actos admitidos por la normatividad cuya prestación tiene una estimación económica.

0.2.3. De las clasificaciones anteriores se pueden sacar tres importantes conclusiones:

0.2.3.1. El Acto Jurídico es genero en tanto que el negocio jurídico es especie; y, por lo tanto diferentes en su concepción y estructura.

0.2.3.2. La diferenciación no se encuentra como lo pregonan algunos autores en la finalidad perseguida por el sujeto emisor de la voluntad, sino en la simple evaluación económica de la prestación vinculada a la emisión de la voluntad; así, por ejemplo: La voluntad que expresa el ánimo de reconocer a una persona como hija es acto jurídico; en tanto que la voluntad que expresa el ánimo de vender un determinado bien es un negocio jurídico.

Sobre las concepciones que asemejan o diferencian, desde otros puntos de vista, los conceptos de acto y negocio jurídico se remite a lo anotado por el doctor Juan Carlos Gaviria en la ponencia presentada el 18 del abril de 1995 en la reunión del Centro de Estudios Procesales (principalmente en el punto N° 3).

0.2.3.3. Al agrupar los actos permitidos y los delictuales como especies del hecho jurídico voluntario, la teoría general del acto jurídico se reduce a tres simples enunciados comunes:

0.2.3.3.1. La manifestación de voluntad es causa eficiente del acto jurídico; por lo tanto la ausencia de voluntad impide la formación del acto jurídico.

0.2.3.3.2. El acto es jurídico en tanto que produce efectos jurídicos.

0.2.3.3.3. El acto jurídico emana de un ente al que la normatividad le ha otorgado la capacidad para hacerlo. El ente puede ser persona o simple patrimonio autónomo.

0.2.4. Si la teoría general del acto jurídico se reduce a los tres enunciados atrás anotados, se hace necesario entonces precisar que la teoría general que tradicionalmente se pregona se refiere sólo a los actos permitidos y casi siempre se circunscribe a una o dos disciplinas jurídicas: La civil o la comercial.

A medida que se desciende frente a las categorías disciplina-rias el carácter general se va reduciendo: por ejemplo, de una teoría general del acto jurídico se pasa a otra teoría de los Actos Jurídicos permitidos y dentro de ésta se puede estructurar otra teoría de los Actos Jurídicos permitidos de carácter disciplinario (civil, comercial, agrario, familiar, procesal, etc.) y dentro del acto procesal surgirá otra teoría general respecto de la disciplina misma (derecho procesal, civil, penal, familiar, agrario, comercial, etc.). A parte de tantas «teorías generales», existen también las llamadas teorías particulares de cada uno de los actos.

Si bien es cierto que lo técnico sería hablar de una teoría particular del acto procesal, la ponencia utilizará el término general para señalar los aspectos comunes a todos los actos procesales.

0.3. Breves consideraciones sobre una Teoría «General» del Acto Jurídico Permitido.

0.3.1. Concepto.

Se entiende por Acto Jurídico Permitido la manifestación de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos acogidos por el legislador.

0.3.2. Elementos para la Existencia.

Sólo dos elementos son necesarios para que se estructure un acto jurídico permitido:

0.3.2.1. La manifestación de voluntad.

0.3.2.2. El fin perseguido (objeto en la concepción contemporánea del acto).

0.3.2.3. La causa es elemento no aceptado unánimemente por la doctrina. La ponencia se declara anticausalista porque lo que así se ha denominado o hace parte de la voluntad (motivo determinante) o es el mismo objeto o fin perseguido.

0.3.2.4. No puede mirarse el elemento «solemnidad» como necesario en una teoría general porque no todos los actos son solemnes. Este elemento será propio de una teoría más restringida (particular).

La falta de uno de los dos elementos, atrás mencionados: manifestación de voluntad y objeto, impide la formación del acto jurídico permitido (igual ocurre cuando para un determinado acto se exigen otros elementos estructurales).

0.3.2.5. Frente a la manifestación de voluntad el acto goza de la presunción de existencia y bajo ella se tendrá el acto jurídico permitido con existencia aparente, apariencia que trasciende a realidad cuando en un ejercicio jurídico, se determina que se han dado los elementos estructurales: o apariencia que se destruye para observar la nada jurídica (la inexistencia) que no es más que la comprobación del vano intento de estructurar un acto.

Tratándose de la falta de voluntad se abre el campo propicio para el análisis de una figura jurídica importante: la simulación.

Importa precisar que la inexistencia no requiere, en sí misma declaración judicial que la consagra porque ella se estructura de hecho pero en la medida en que existan intereses opuestos frente al acto aparente, la decisión judicial es imperativa - a nadie le es dado hacerse justicia por su propia mano teniendo en cuenta que tal decisión tiene carácter declarativo y jamás constitutivo.

0.3.3. Elementos para la Validez.

A más de los elementos para la existencia, el acto jurídico permitido debe reunir otros elementos que le den un mayor contenido: Son los llamados elementos para la validez del acto.

En una teoría general del acto jurídico permitido los elementos para la validez son:

0.3.3.1. Capacidad de ejercicio del sujeto emisor de la voluntad o emisión de la voluntad por intermedio del representante.

0.3.3.2. Manifestación de voluntad exenta de vicios - error, fuerza y dolo.

0.3.3.3. Objeto lícito en cuanto que haya concordancia con el ordenamiento jurídico porque bien puede permitirse el acto genéricamente hablando, pero frente a determinadas circunstancias no admitirse como válido, por ejemplo: un ordenamiento jurídico permite la compraventa pero frente a cónyuges la prohíbe; si marido y mujer celebran el acto, este queda afectado en su validez por objeto ilícito.

0.3.3.4. Para los causalistas es elemento de validez, la causa lícita; la posición asumida por la ponencia en el sentido de no reconocer autonomía a la causa como elemento estructural obliga, en consecuencia, a rechazar como elemento de validez la causa lícita.

0.3.3.5. A veces, se pueden exigir ciertas formalidades, no esenciales, complementarias del acto jurídico para la validez del mismo. Tal evento escapa a la teoría general.

0.3.3.6. La falta de uno de los elementos de validez no impide la formación del acto, sólo lo coloca en posibilidad de aniquilarlo.

El acto, ya se ha dicho, goza de presunción de existencia; así mismo aquel goza de presunción de validez, presunción que se confirma si se dan todos los elementos de validez o presunción que se desvirtúa si no se encuentra uno o varios de tales elementos.

La declaración de nulidad requiere intervención judicial; puede ocurrir que las partes, ante la presencia de la afectación, decidan aniquilar el acto y tal acuerdo es perfectamente válido sin perjuicio de los derechos de terceros. El manejo de la nulidad puede darse en dos categorías: absoluta y relativa. La primera originada en la incapacidad absoluta y en el objeto ilícito; la segunda originada en la incapacidad relativa y en las afectaciones de la voluntad. Los regímenes de ellas varían en cuanto a legitimados para alegarlos, tiempo para proponerlas y en cuanto a los efectos surgidos de su declaratoria.

0.3.4. De la Inoponibilidad.

Por regla general, todo acto jurídico permitido produce efectos entre las partes intervinientes y no respecto de terceros (res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest); pero todo tercero también por regla general, está en el deber de respetar los actos jurídicos. Excepcionalmente los terceros pueden desconocer o impugnar actos jurídicos cuando estos les causan perjuicios.

Las razones de inoponibilidad pueden surgir de:

0.3.4.1. La inobservancia de los requisitos de publicidad (ver por ejemplo en la Legislación Colombiana los artículos 1758, 1762, 2637, 1766; 1960 y 1959 del Código Civil; artículo 621 del Código de Comercio; artículo 44 del Decreto 1250 de 1.970).

0.3.4.2. La inobservancia de los requisitos de existencia y algunos de validez (aquellos que originan nulidad absoluta).

0.3.4.3. La necesidad de protección a los derechos de los terceros (caso de la simulación, pretensión pauliana y salvaguardia de los derechos del verdadero dueño ante la venta de cosa ajena).

0.3.5. De los Efectos Generales del Acto Jurídico Permitido.

Los efectos pueden darse respecto de las partes y respecto de terceros.

0.3.5.1. Respecto de las Partes.

Los efectos generales se concretan en postulados que orientan el desarrollo y ejecución de los actos. Esos postulados son tres:

0.3.5.1.1. Postulado de la Normatividad.

Se expresa diciendo que el acto es una ley para las partes.

0.3.5.1.2. Postulado de la Buena Fé.

Se expresa diciendo que los emisores de la voluntad deben comportarse con lealtad para lograr la finalidad perseguida.

0.3.5.1.3. Postulado de la Diligencia.

Se expresa diciendo que los emisores de la voluntad deben comportarse con prudencia, con diligencia, con cuidado.

0.3.5.2. Respeto de Terceros.

Los efectos generales del acto jurídico permitido, respecto de terceros, se manejan en tres vertientes:

0.3.5.2.1. En la Oponibilidad, como regla general.

0.3.5.2.2. En la Inoponibilidad, como excepción (ver lo anotado en el aparte **0.3.4.**).

0.3.5.2.3. En la extensión que la ley impone o que permite a las partes hacer respecto de terceros como por ejemplo: en los compromisos unilaterales, en la estipulación para otro y los actos colectivos.

0.3.6. De la Suspensión de los Efectos del Acto Jurídico Permitido.

Lo normal es que una vez celebrado el acto Jurídico permitido se produzcan los efectos propios del él, pero excepcionalmente pueden suspenderse en razón de las modalidades suspensivas (Plazo y condición) o de una imposibilidad transitoria o de la excepción de contrato no cumplido.

0.3.7. De algunos asuntos importantes propios del acto Jurídico Permitido.

Estos aspectos importantes se pueden agrupar en siete acciones (verbos) frente al acto:

0.3.7.1. Calificar el Acto Jurídico.

No es más que determinar si el Acto Jurídico aparente existe válidamente y si es oponible a terceros.

0.3.7.2. Integrar el Acto Jurídico.

Consiste en determinar la escala normativa que va a regular el acto.

0.3.7.3. Interpretar el Acto Jurídico.

Acción consistente en establecer la real intención de las partes a través de las reglas y principios lógico - jurídicos.

0.3.7.4. Conservar el Acto Jurídico.

Pese a que para algunos doctrinantes esta acción es autónoma, ello no es cierto; la conservación es una consecuencia propia de la interpretación y consiste en buscar, a través de ésta, mantener el Acto Jurídico abandonando otra posibilidad que lleve a la aniquilación del acto.

0.3.7.5. Clasificar el Acto Jurídico.

Es un ejercicio de agrupación de actos en razón de algunos rasgos comunes para efectos prácticos de manejo y comprensión.

0.3.7.6. Revisar el Acto Jurídico.

No es acción propia de una teoría general porque sólo puede predicarse de algunos actos jurídicos: negocios jurídicos de tracto sucesivo.

0.3.7.7. Convertir el Acto Jurídico.

Consiste (de ser posible, porque sobre el punto se especula) en que un acto jurídico por una circunstancia especial deje de ser lo que es para adquirir los elementos de otro acto.

0.3.8. De la Disolución del Acto Jurídico Permitido.

De los actos se busca realizar los efectos perseguidos pero pueden no obtenerse, a más de las afectaciones de existencia, validez y oponibilidad, cuando se presentan circunstancias especiales que deshacen el acto, que lo disuelven. Tales:

0.3.8.1. La disolución voluntaria, por mutuo acuerdo o por decisión unilateral.

0.3.8.2. La disolución judicial, por operancia de la resolución por incumplimiento o por prosperidad de la pretensión pauliana.

0.3.8.3. La disolución originada en hechos, por operancia de las modalidades extintivas (plazo o condición) o por imposibilidad en la ejecución.

0.3.9. Del Agotamiento y Terminación del acto Jurídico.

Realizadas las prestaciones propias del Acto Jurídico éste se agota, desaparece como hecho jurídico y pasa a ser simple hecho histórico. El agotamiento (pago de la prestación) no es medio exclusivo de terminación del acto; cada ordenamiento jurídico señala los diversos medios de extinción de las obligaciones y en la medida en que ellas operen el acto jurídico se termina.

1. De las Teorías Generales del Acto Procesal en la Doctrina.

Para precisar el panorama y como punto especial de referencia, importa esquematizar el tratamiento que a la teoría le dan algunos doctrinantes:

1.1. Tratamiento del Doctor Hernando Devis Echandía.

1.1.1. Nociones generales de acto Procesal.

1.1.2. Requisitos del Acto Procesal.

1.1.3. Importancia y efectos de las formas procesales.

1.1.4. Clases de Actos Procesales.

1.1.5. De los vicios de los Actos Procesales.

1.2. Tratamiento de los Doctores Eugenio Prieto Mesa y Beatriz Quintero de P.

1.2.1. Las situaciones jurídicas procesales.

1.2.2. Los Actos Procesales.

1.2.3. Estructura del Acto Procesal.

1.2.4. Clasificación de los Actos Procesales.

1.2.5. Valoración de los Actos Procesales.

1.2.6. Defectos de los Actos Procesales.

1.3. Tratamiento del Doctor Dante Barrios de Angelis.

1.3.1. Concepto de Actos Procesales.

1.3.2. Composición y clasificación de los Actos Procesales.

1.3.3. Valoración de los Actos Procesales.

2. *De la Teoría General del Acto Procesal en la Legislación Colombiana.*

Por las mismas razones dadas en el punto 1. se mira el esquema de la teoría que aparece en el Código de Procedimiento Civil Colombiano, advirtiendo que de general tiene muy poco.

2.1. Demanda y contestación.

2.2. Actuación.

2.3. Términos.

2.4. Expedientes.

2.5. Incidentes.

3. *Propuesta -esbozo- para elaborar una Teoría General del Acto Procesal.*

3.1. Un Esquema General.

Se intentan desarrollar los temas referidos en la exposición sobre el Acto Jurídico permitido (puntos 0.3.1. a 0.3.9.) en relación con el Acto Procesal.

3.2. Primeras Aproximaciones.

3.2.1. Concepto de Acto Procesal.

El Acto Jurídico Procesal es la manifestación de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos, en el proceso, acogidos por la norma procesal.

Obsérvese que frente al concepto general (0.3.1.) aparecen en la conceptualización procesal dos precisiones: El fin tiene como norte el proceso y el acogimiento normativo proviene de la normatividad específica.

3.2.2. Elementos de Existencia del Acto Procesal.

Siendo el Acto Jurídico Procesal una especie del Acto Jurídico Permitido, tiene que contener los elementos esenciales de éste y, además, tendrá otros en otros que lo tornan en especie. Como Acto Jurídico Permitido se estructura como la manifestación de voluntad orientada a producir Efectos Jurídicos (manifestación de voluntad y objeto); pero como especie, el Acto Procesal para serlo requiere producirse de cara al proceso y darse en la forma señalada por la norma procesal.

3.2.2.1. Enumeración.

Lo anterior nos permite enlistar los elementos esenciales del Acto Procesal:

3.2.2.1.1 Manifestación de voluntad.

3.2.2.1.2. Objeto.

3.2.2.1.3. Proceso como referente marco.

3.2.2.1.4. Solemnidades.

3.2.2.2. Consideraciones.

3.2.2.2.1. La falta de uno cualquiera de los elementos da lugar a la inexistencia del acto.

3.2.2.2.2. El acto goza de la presunción de existencia y hasta tanto no se confronte la realidad, se tendrá como acto aparente, de parte o de terceros o de oficio en cualquier momento, aún con posterioridad a la terminación del proceso. Lo anterior porque la nada jurídica no ata ni produce efectos.

3.2.2.3. Precisiones.

3.2.2.3.1. En cuanto a los sujetos emisores de voluntad.

En sentido estricto, puede afirmarse que sólo pueden ser emisores de voluntad procesal las partes y el Juez; ello porque las voluntades de terceros llegan a producir efectos en el proceso por incorporación que en última instancia hace el Juez.

En un sentido amplio se puede hablar de actos procesales provenientes de terceros.

Es viable, en materia procesal, la emisión de voluntad jurídica procesal por parte de entes, diferentes a las personas (individuales o colectivas), entes que reciben el nombre genérico de patrimonios autónomos.

3.2.2.3.2. En cuanto a la forma procesal.

Basta en este punto transcribir dos partes del texto de los profesores Eugenio Prieto Mesa y Beatriz Quintero de Prieto:

«El acto procesal es esencialmente formal, el acto procesal es forma. La ley procesal traza de antemano a cada acto un esquema formal, un arquetipo al cual tiene que adecuarse, so pena de ineficacia.

Por forma del acto procesal debe entenderse no sólo el aspecto del mecanismo, su trazo dentro del procedimiento, esa concreción como debe expresarse, sino además su ubicación en el tiempo y en el espacio procesales».

Las formas procesales no pueden dejarse al capricho de las partes o del juez se trazan por la ley procesal y son, en general, de orden público, no disponibles, no negociables. Responden a una necesidad de orden y de certeza y su observancia no significa un prurito de formalismo sino una garantía para el justiciable. Es el

significado del debido proceso que con tanto fervor se defiende en ocasiones y en otras se olvida, cuando se reacciona contra el formalismo legalmente predeterminado como garantía».

3.2.2.3.3. En cuanto a la importancia de la teoría de la Inexistencia.

Anota el profesor Lino Enrique Palacio:

«Nulidad e Inexistencia. - a) Frente a los actos procesales nulos (de nulidad relativa) sólo corresponde diferenciar la categoría de los denominados actos procesales inexistentes. Estos últimos, cuyo análisis ha sido objeto de una abundante literatura, suelen caracterizarse como aquellos actos que se hallan desprovistos de los requisitos mínimos indispensables para su configuración Jurídica. Ejemplo de actos inexistentes serían la sentencia dictada por un funcionario ajeno a la magistratura, o pronunciada oralmente, o carente de la parte dispositiva, o provista de un dispositivo imposible o absurdo, etcétera.

Por nuestra parte pensamos, con Imaz, que la inexistencia no apunta a la validez del acto, es decir a su coherencia con los elementos y requisitos que la ley le impone, sino a su vigencia, o sea a la posibilidad de su efectivo acatamiento. Si este último resulta impracticable significa que media, con respecto al acto, una repulsa axiológica que lo priva de vigencia y lo descalifica como acto jurídico existente.

b) El interés práctico de la distinción entre actos nulos e inexistentes reside en la forma y plazo en que pueden o deben repararse las consecuencias de unos y otros. Se ha interpretado, en ese orden de consideraciones, que mientras la sentencia afectada de nulidad es susceptible de convalidarse al tener lugar la preclusión o renuncia de las impugnaciones que caben contra ella, la sentencia inexistente carece de toda posibilidad de pasar en autoridad de cosa juzgada, y, si fuere necesario, pueden ser objeto de impugnación sin límite temporal alguno, incluso mediante el ejercicio de una simple pretensión declarativa de la inexistencia».

3.2.3. Elementos de validez del Acto procesal

EL DERECHO INGLES Y SUS CARACTERISTICAS SINGULARES

*Alfonso García Sierra**

El derecho inglés no se expresa por medio de normas de carácter general, de origen legislativo, pero tampoco es consuetudinario. Es un derecho jurisprudencial (case Law) que evoluciona al ritmo cambiante de los tiempos, ajustándose a las vertientes económicas y sociales que caracterizan cada época.

Gracias a ello, el Common Law adapta su interpretación a las necesidades económicas y a las circunstancias cada vez más cambiantes del mundo contemporáneo.

Para el jurista inglés, la elaboración de la norma escrita, o «codificación», rompe en forma abrupta con la tradición, pues estima que la continuidad histórica de «su» derecho, constituye la demostración palmaria de la adaptabilidad del cuerpo social a la costumbre, como resultado de una larga evolución, que ningún salto revolucionario ha podido perturbar.

En efecto, la norma jurídica, o «legal rule», no constituye un mandato escrito emanado del legislador, sino la aplicación

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal.

particular que por vía de jurisprudencia realiza el juez frente a un caso concreto.

Ahora bien, superada la época de la conquista de Inglaterra por los Normandos, acontecimiento que trajo como consecuencia la aparición del feudalismo en ese país, durante el siglo XV empieza a elaborarse el Common Law, sistema jurídico que da cuenta de las cualidades sui generis del pueblo inglés y de sus juristas.

Como se acaba de insinuar, el Common Law es el derecho común a toda Inglaterra, que surgió por oposición a las costumbres locales que habían sido impuestas por Guillermo el Conquistador, cuya finalidad era cuidarse de la constitución de feudos poderosos que rivalizasen con su poderío militar, conduciéndolo a su debilitamiento y ulterior extinción.

Este derecho se aplica, en primer lugar, por los Tribunales de Wetminster, y sus elementos los toma no sólo de los diferentes usos locales de Inglaterra, sino también del Derecho Romano.

Pero, como resultado apodíctico de la rutina que se enseñoreó de los hombres que administraban justicia, se fué abriendo paso un sistema rival, que a la postre iría a suplantarlo al Common Law. Ese derecho es el que se conoce como la «Equity», que hizo su aparición porque los Tribunales de Wetminster en la mayoría de las veces no impartían una solución de manera justa a los litigios, debido a la limitación que el proceso le imponía al juez del Common Law, quien actuaba como un simple árbitro de la contienda surgida entre los particulares.

Por eso, con frecuencia los litigantes a quienes los Tribunales del Common Law no administraban justicia en forma recta, se veían compelidos a acudir directamente ante el rey, lo que era aceptado de buen grado por los integrantes de dichos tribunales, ya que su razón de ser derivaba, precisamente, del hecho de que las partes trabadas en contienda pudiesen recurrir ante el monarca, en casos excepcionales, para tratar de obtener una solución recta al diferendo planteado.

Empero, cuando los particulares acudían a la jurisdicción real, porque la solución del litigio había sido inicua en primera instancia, el recurso propuesto debía pasar previamente por las manos del

Canciller, quien era el confesor del rey, y su cargo de origen eclesiástico.

Como se infiere claramente de lo anterior, así con su conciencia ya «guiada» de antemano por el Canciller, el monarca daba la solución definitiva al caso impugnado.

Razones de orden político y jurídico influían para que los soberanos mirasen con mayor agrado las decisiones tomadas por el Canciller. Entre las primeras se hallaba la de un poder real que descansaba, en parte, en las decisiones de su Canciller, en armonía con los postulados del derecho canónico, que dejaba de un lado la intervención de un jurado laico, cuya independencia constituiría un factor que iba a marchar en contravía del absolutismo real.

Por el aspecto jurídico, omitir la aplicación de las categorías del «derecho privado» que eran connaturales al derecho continental romano, y dar paso a brocados jurídicos, tales como «*Quod principet placuit, legis habet vigorem*», significaba, de una parte, soslayar los peligros que entrañaban los procedimientos, considerados como revolucionarios en su época; y, por la otra agradar al monarca, que en esa forma avizoraba su perpetuación en el trono.

Bajo dicha impronta actuaron simultáneamente los Tribunales del Common Law y la Equity, hasta el período comprendido entre los años 1.873-1.875, cuando se fusionaron en virtud de las Judicature Acts, expedidas en los citados años.

De allí en adelante, la función de los Tribunales se diferenciaba tanto por razón de la competencia *rationae materiae*, como por el procedimiento a seguir: la oralidad que caracterizaba al Common Law; y el procedimiento escrito que escogió el Tribunal de la denominada Equity.

En la actualidad el procedimiento inglés se ha simplificado en extremo. En efecto, las posiciones opuestas del demandante y del demandado se analizan cuidadosamente de antemano por el juez, y en una audiencia oral se formulan los aspectos del litigio sobre los cuales están en desacuerdo las partes, lo que resulta similar a nuestra audiencia conciliatoria en materia civil. En el curso de la misma audiencia se interroga a los testigos que presentan las

partes por medio de sus respectivos mandatarios judiciales, y, sin que se formen farragosos, y en veces confusos expedientes, la decisión se profiere en forma inmediata.

Así, sin extremar formalismos, casi siempre estériles y dilatorios, se observa estrictamente el procedimiento, como manifestación soberana de la voluntad popular.

Y en lo atinente al cumplimiento de la sentencia emitida, para el jurista inglés resulta exótico que la parte obligada pueda burlar el pago de la condena impuesta en la misma, haciendo alarde abusivo de ostentación económica frente a quien fuera su contraparte, pues el que de mala fé incumple un mandato expedido por el Tribunal, gozará de bastante tiempo para arrepentirse de su conducta tras los muros de la cárcel.

Fuera de las particularidades pergeñadas en las líneas anteriores, sobre la administración de justicia inglesa, es pertinente anotar lo siguiente:

a) En Inglaterra no existe «Constitución» escrita;

b) Tampoco tienen Ministerio de Justicia;

c) El Ministerio Público es una institución ajena a la jurisdicción inglesa, pues los jueces lo consideran como una injerencia indebida del ejecutivo en la administración de justicia;

d) Las sentencias de los jueces ingleses carecen de motivación, pues constituyen mandatos que no es necesario justificar; y

e) Contra las decisiones de la Corte de Apelación (dividida en tres secciones) se recurre ante la Cámara de los Lores, y el recurso se decide por Lores que han desempeñado previamente funciones judiciales.

El autor de estos apuntes, extractados, de la obra de René David, titulada «Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos», estima que al no tener los ingleses una constitución escrita, por sustracción de materia no tiene vigencia la denominada Acción de Tutela, pero lo que sí resulta un axioma es que los DERECHOS FUNDAMENTALES de la persona humana sí se respetan allí por convicción.

ALGUNAS NOCIONES ACERCA DEL NEGOCIO JURIDICO

*Juan Carlos Gaviria Gómez**

1. *Introducción*

El propósito de la Escuela Pandectista arraigada en Alemania en el Siglo XIX de abordar el estudio del derecho en forma científica, valiéndose para ello del Derecho Romano, supliendo así la ausencia de legislación, trajo consigo la consagración de una nueva categoría jurídica a la que se denominó negocio jurídico, y que se pretendió desligar del concepto de acto jurídico.

Si bien el término (negocio jurídico) ya había sido utilizado por autores como Nettelbladt (Siglo XVIII), el concepto técnico se le atribuye a Gustav Hugo, y a partir de ese momento es desarrollado y perfeccionado por juristas como Savigny y Thibaut, encontrando consagración normativa en el Código Civil Alemán.

Con la nueva categoría, la dogmática jurídica pretendió trascender el concepto específico del contrato y superar la noción del acto jurídico a la que se calificaba de genérica y equívoca, ya que en un sentido estricto abarcaba figuras jurídicamente heterogéneas.

* Miembro del Centro de Estudios de Derecho procesal, y profesor de Derecho en las Universidades de Medellín y Antioquia.

Como lo explica Francesco Galgano, el proceso de abstracción, que en Francia se había detenido con la codificación de la categoría general del contrato, prosigue en Alemania más allá del contrato. Si el contrato evoca al menos la imagen de una duplicidad de sujetos y como referente económico el acto de intercambio, el negocio jurídico que es pensable como acto de un solo individuo, alcanza de la manera más completa la unidad del sujeto del derecho.

Pero mientras que la doctrina nacional¹ apenas tímidamente comienza a aludir a la categoría en referencia, sin deslindarla en forma clara del acto jurídico, la italiana, para sólo citar un caso, ya discute la vigencia del concepto del negocio jurídico y la posibilidad real de construir una teoría general en torno del mismo. Fundamentalmente se ha cuestionado la dificultad de distinguir los actos negociales de los no negociales, la falta de unidad de los tipos de negocios que dificulta la construcción de reglas generales, la abstracción y formalismo en que cae la teoría, haciéndola aparecer alejada de la realidad. Inclusive la posibilidad de retornar a la construcción de una teoría general en torno del contrato pregonada por parte de la doctrina, ha merecido reparos de quienes aducen la obsolescencia de esta figura ante la aparición en el tráfico jurídico de nuevas categorías como el contrato forzado,² las condiciones negociales generales³ o el contenido normativamente impuesto.⁴

El Código de Comercio, más por una pretensión de estar a tono con la doctrina y legislación extranjeras que por una real convicción o coherencia, alude a la categoría del negocio jurídico, pero sin delimitar su estructura, su naturaleza, su función. Para citar un caso, el Art. 822 del Código de Comercio establece como los principios que gobiernan los actos y contratos de derecho civil, sus efectos, su interpretación se aplican a los negocios jurídicos mercantiles, con lo cual se crea la confusión acerca de si se trata de una simple sustitución nominal (negocio jurídico por acto jurídico) o de una nueva y verdadera categoría, evento en el cual

1. Inclusive es apenas la época en que las universidades del país comienzan a referirse a una materia específica -la Teoría General del Negocio Jurídico-, con deslinde propio de la que tradicionalmente fue denominada "Obligaciones".
2. Contrato cuya celebración es impuesta por el ordenamiento jurídico (v. g. seguro obligatorio tratándose de los vehículos automotores).
3. Problema relativo al contrato de adhesión.
4. Donde el ordenamiento jurídico determina el contenido de un contrato particular, restringiendo la posibilidad de los particulares de señalar las cláusulas integrantes del mismo.

se hacía necesario –sin pretender exigir del legislador definiciones– establecer unos principios propios que rigieran el nuevo concepto.

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 y entender determinadas figuras jurídicas que han hecho tránsito en el derecho procesal desde su perspectiva y dinámica, si es que acaso resulta posible desentrañarlas.

La delimitación del concepto del negocio jurídico y por ende la posibilidad de deslindarlo del acto jurídico, así como la posibilidad de construir una teoría general sobre el mismo, constituirán los puntos a abordar a continuación.

2. El concepto del Negocio Jurídico

La disimilitud de opiniones en relación con la naturaleza y estructura del negocio jurídico, ha constituido uno de los principales pilares de las críticas que en torno del mismo se han formulado.

Windscheid llega a afirmar para justificar dichas diferencias que "el científico está autorizado para construir este concepto como crea oportuno, con tal que no se ponga en contradicción con el lenguaje".

Aceptando la disimilitud de concepciones acerca de una misma figura jurídica, explicables entre otras razones por la influencia de un pensamiento filosófico-político determinado que se trasluce en cada autor, es lo cierto que para que la misma pueda tener arraigo universal, ha de contar con unos principios o parámetros comunes. Descartar dichos puntos de convergencia sería negar la posibilidad de elaboración de una teoría que tuviera la pretensión de ostentar carácter general.

En aras de encarar la búsqueda del punto de convergencia, que permita aceptar la posibilidad científica del concepto, parece

aconsejable hacer referencia a dos doctrinas que, partiendo de postulados radicalmente opuestos, encaran el estudio de la misma figura jurídica.

En primer lugar, y acorde con una concepción que pudiera catalogarse históricamente como tradicional el negocio jurídico (v.g. Savigny, o en la doctrina nacional Ospina Fernández) ha sido concebido como una manifestación o declaración de voluntad dirigida en forma consciente a la producción de efectos jurídicos.

Desde este punto de vista la esencia, la sustancia del negocio jurídico es la voluntad y la función del ordenamiento jurídico debe dirigirse a la defensa de ésta. La protección del agente antes que la del destinatario de la declaración o la de terceros constituye el pilar de esta concepción, para la cual el eje sobre el que debe girar el ordenamiento jurídico es el individuo, a quien por naturaleza se le debe garantizar el derecho a la libertad.

Diametralmente opuesta, y por ello apropiada para el propósito que se pretende lograr, resulta la concepción que del negocio jurídico tiene el autor italiano Emilio Betti. Para este autor la calificación formal del negocio jurídico inspirada en el "dogma de la voluntad" no recoge su esencia. La esencia del negocio jurídico, en cambio reside en la autonomía, en la autorregulación de intereses en las relaciones privadas; autorregulación en la cual el individuo no debe limitarse a querer, sino más bien a disponer, a actuar objetivamente. Con el negocio jurídico como lo expresa el mismo Betti, se señala un criterio de conducta, se establece una relación de valor normativo, concluyendo que el negocio jurídico es "el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros, y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo".

Mirado el negocio jurídico desde esta concepción se encuentra que su naturaleza es preceptiva, predominando el elemento objetivo (la declaración). Así, el negocio jurídico se concibe como un instrumento que brinda seguridad en el tráfico jurídico, no sólo frente a las partes, sino también frente a terceros.

Como lo expresa el mismo Galgano "se construye un nuevo concepto de negocio jurídico, que coloca en un segundo plano a

la voluntad y la relevancia preeminente al comportamiento como dato objetivo reconocible en la vida de relación".

Para mayor claridad, mientras que desde la primera perspectiva es necesario adentrarse en la conciencia individual para establecer lo que el agente o los agentes quisieron, desde la segunda perspectiva, tal análisis se abandona, resultando determinante el resultado obtenido (declaración), teniéndose en cuenta el significado usual de éste.

Emilio Betti explica la diferencia entre las dos concepciones, así:

"Mientras que la voluntad como quera que se la entienda, es siempre algo interno inseparable de la persona, y por tanto algo incontrolable, el precepto es conceptualmente algo establecido, expresado exteriormente en el medio social y en consecuencia controlable sin posibilidad de equívoco".

Y más adelante:

"En realidad, la voluntad como hecho síquico interno se ha determinado ya antes; se agota, como hemos dicho, con la declaración o el comportamiento, y en ellos queda absorbida. Por el contrario, el precepto de autonomía privada surge por primera vez con la declaración y con el comportamiento, y, desde entonces, alcanza existencia como entidad duradera, exterior y desprendida de la persona del autor. Opera para el futuro viviendo su propia vida, independientemente de la voluntad que lo ha engendrado y, acaso, oponiéndose".

Significa lo anterior, que si desde la primera concepción resulta imposible admitir declaraciones no queridas en su contenido, desde la segunda ello resulta perfectamente posible (piénsese en la reserva mental), pues la voluntad del agente se agota en el momento en que se expide la declaración.

Queda así demostrado como la esencia, la naturaleza, los elementos del negocio jurídico y por ende la interpretación de éste resultan disímiles según la concepción que en torno del mismo se asuma.

Sin embargo, las concepciones particulares del negocio jurídico antes expuestas, que aparecen como irreconciliables, tienen un punto de convergencia, que puede constituir el pilar para delimitar la noción desde cualquier perspectiva, a saber: el principio de la autonomía privada.

Autonomía privada entendida como poder atribuido a las personas para la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas.

Considérese al negocio jurídico como acto de voluntad o acéptese su naturaleza preceptiva es lo cierto que la categoría sólo encuentra explicación y sustento en el principio de la autonomía privada, constituyéndose en el instrumento de desarrollo de la misma. Como lo expresa Federico de Castro y Bravo la categoría del negocio jurídico constituye la expresión dogmática del reconocimiento de la autonomía privada.

Si bien el carácter institucional del negocio jurídico puede resultar en un comienzo discutible, el del principio de la autonomía privada resulta incuestionable.

En efecto, el principio constituye uno de los pilares del Derecho Privado, con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano (Art. 16 y 1.602 del C.C.C.), y si se quiere con fundamento en la misma Constitución Nacional en cuanto consagra como derecho fundamental el inherente al desarrollo de la libre personalidad.

Obviamente el mayor o menor grado de reconocimiento del principio de la autonomía privada por parte del ordenamiento jurídico dependerá de los principios político económicos vigentes en un momento y en una sociedad determinada, pero sin que pueda aceptarse su total supresión.

Como lo afirma FERNANDO HINESTROZA, el negocio jurídico (y se podría agregar el principio de la autonomía privada) como todo concepto jurídico está sometido a la relatividad histórica, lo que hace que su significado y alcance varíen al compás de la mentalidad y las prácticas de los tiempos sucesivos, especialmente por lo que respecta a los dictados políticos de la sociedad.

Teniendo en cuenta el marco de referencia anterior e intentando conciliar las concepciones opuestas, tomando para el efecto elementos que subyacen en la esencia del negocio jurídico con prescindencia del momento histórico que se atraviere, se podría afirmar que el negocio jurídico se presentará cuando en ejercicio del principio de la autonomía privada uno o más sujetos en forma consciente efectúa una declaración (de voluntad) por virtud de la cual regulan para sí intereses privados.

No será por lo tanto posible concebir un negocio jurídico en el que no se dicten normas que regulen relaciones entre particulares (tal es el alcance de la autonomía), y donde el proceso que da lugar a las mismas no se haya afrontado en forma voluntaria. Normas entendidas como reglas de conducta con un contenido particular y concreto y que lógicamente deben ser analizadas bajo un cariz diferente de las normas jurídicas propiamente dichas (preceptos de contenido general, abstracto y obra del órgano legislativo).

3. Su distinción con el acto jurídico

La categoría del negocio jurídico hace parte del estudio de la estructura lógica de la norma jurídica, constituyéndose ésta, en principio, en el vehículo idóneo para separar el concepto del negocio jurídico de otras categorías como el acto jurídico, que también son constitutivas de supuestos jurídicos.

En efecto, entendiendo que la norma jurídica se encuentra conformada por un supuesto jurídico y una consecuencia, y que el supuesto jurídico es el hecho al que el derecho atribuye trascendencia jurídica, resulta posible entrar a analizar las diferentes clases de hechos que son relevantes para el Derecho.

Desde una primera perspectiva, los supuestos jurídicos han sido agrupados en dos categorías diferentes: aquellos en que el individuo obra voluntariamente y su voluntad está encaminada a producir efectos jurídicos, y aquellos en los cuales el individuo no obra voluntariamente o si lo hace no busca en forma consciente producir consecuencias jurídicas.

A la primera categoría corresponden los actos jurídicos; a la segunda, los hechos jurídicos. Desde esta concepción sería hecho jurídico y no acto jurídico el delito para sólo citar un caso.

Esta ha sido la posición tradicional asumida por la doctrina francesa, que ha sido reacia a admitir la existencia de una categoría diferente, lo cual es sólo comprensible en la medida en que se le asigna un significado especial, particular, al acto jurídico.

Sin embargo, y regresando a Windscheid, estimo que se puede acudir a un concepto, siempre y cuando no esté en contradicción con el lenguaje. Desde el punto de vista de éste (del lenguaje) resultaría indiscutible que el delito, retomando el ejemplo opuesto, es acto y acto al que el derecho le atribuye consecuencias jurídicas, es decir verdaderos actos jurídicos, de lo cual se concluye que el término, acto jurídico, desde la perspectiva que pretende ser utilizada resulta ambiguo, equívoco, discordante, analizado a la luz de la semántica.

Puede distinguirse una segunda concepción del problema en la cual se intenta una categorización diferente de los supuestos jurídicos. Así se distinguen como supuestos:

- Los hechos de la naturaleza o hechos del hombre en los que la voluntad no interviene a los que el derecho atribuye consecuencias y a los que se denominan hechos jurídicos.
- Aquellos eventos en los cuales el derecho considera el actuar **voluntario** del hombre y a los que designa como actos jurídicos.

Dentro de éstos se distinguen a su vez:

- Aquellas hipótesis en las que al derecho le interesa que el individuo haya obrado con el fin de producir efectos

jurídicos (desde una perspectiva) o que el individuo esté regulando por sí mismo los intereses propios en las relaciones con otros (desde otra perspectiva), supuestos que se designan como negocios jurídicos.

- Las hipótesis en que al derecho no le interesan los criterios referidos en el numeral anterior, casos que se designan genéricamente como actos no negociales (actúa la voluntad pero sin buscar efectos jurídicos o sin que se presente autorregulación de intereses).

Desde esta perspectiva que estimo correcta, es claro el deslinde entre los conceptos de acto jurídico y negocio jurídico, colocándose en una relación género-especie; y no teniendo sentido en mi sentir la construcción de una teoría general del acto jurídico, que implicaría en principio distinguir los actos jurídicos ilícitos de los actos jurídicos lícitos y que conllevaría a englobar dentro de estos últimos figuras tan disímiles que impedirían la determinación de unos principios comunes que reportaran alguna utilidad al estudio del derecho. Recurriendo de nuevo al ejemplo serían pocos los principios comunes a figuras tan diferentes como la ocupación y la compraventa.

Finalmente, y como simple referencia existen autores para quienes el negocio jurídico constituye una categoría independiente del acto jurídico; es decir donde no están colocados los conceptos en la relación género-especie. Así, para Savigny el negocio jurídico será aquel en el que la voluntad tiene por objeto inmediato crear o extinguir una relación jurídica, aunque con ello se proponga conseguir fines no jurídicos (Teoría de las Consecuencias Jurídicas) será acto jurídico todo el que tenga un fin extrajurídico de tal forma que los efectos jurídicos no se tengan en cuenta o sólo se tengan en cuenta en forma secundaria.

4. La Teoría General del Negocio Jurídico

Establecida la posibilidad de encontrar unos puntos básicos de identificación de un negocio jurídico y de deslizar tal concepto

del acto jurídico, es procedente estudiar la posibilidad real de que se construya una teoría general en torno del mismo.

Cuando se alude a la teoría general del negocio jurídico se está haciendo referencia necesariamente a los principios que gobiernan a esta categoría jurídica específica, a los elementos que determinan la existencia y validez de la misma (eficacia en sentido genérico), a las sanciones que se imponen a los negocios jurídicos anómalos, a los criterios que determinan la interpretación de la figura en análisis.

Lo anterior conduce a formularse el siguiente cuestionamiento: puede construirse, o mejor tiene sentido erigir una teoría general del negocio jurídico con prescindencia del ordenamiento jurídico? O al contrario, la utilidad de la teoría general estará determinada por su correspondencia con el ordenamiento jurídico? Lo cual guarda también relación con la pregunta: para qué una teoría general?

Si bien es cierto que la correspondencia entre la teoría general y el ordenamiento jurídico resulta deseable, también lo es que ello normalmente no ocurre. Generalmente la regulación legal parte de la base de una concepción determinada y particular de la categoría jurídica, o ni siquiera resulta coherente frente a la asunción de un tratamiento de la misma (se combinan en forma asistemática teorías que parten de postulados opuestos).

Las conclusiones a las que se arriba según la posición que se asuma frente al interrogante planteado resultan radicalmente opuestas.

Para evidenciar lo afirmado y observar la disimilitud de construcciones que se pueden lograr, considero pertinente abordar el análisis de los elementos del negocio jurídico desde las dos perspectivas (construcción de la teoría con base en el ordenamiento jurídico y construcción de la teoría con prescindencia del ordenamiento jurídico).

La primera posibilidad obligaría para la construcción de la teoría al estudio del C.C.C. (Art. 1494 y ss. y especialmente el Art. 1.502) y permitiría concluir grosso modo que son elementos del negocio jurídico, necesarios para lograr su existencia y validez los siguientes:

1. **La manifestación de voluntad**, entendiéndose por tal la exteriorización del querer o voluntad real del agente, que supone libertad en el sujeto que emite la declaración. La manifestación de voluntad se erige en requisito de existencia del negocio jurídico, la libertad en presupuesto de validez. De tal forma que cuando ésta se encuentre afectada (error, fuerza o dolo) el negocio jurídico podrá ser invalidado. (Art. 1.502, 1.508 a 1.516 del C.C.C.).
2. **La capacidad de ejercicio** del agente (requisito de validez del negocio jurídico), entendiéndose por tal la aptitud para ejercer directamente, vale decir sin necesidad de la intervención de representante, los derechos y contraer en forma directa obligaciones (producto de la celebración de negocios jurídicos). (Art. 1.503 y 1.504 C.C.C.).
3. **El objeto**, (requisito de existencia) comprendiendo por tal y siguiendo a GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ el contenido específico del negocio, determinado por las regulaciones voluntarias de los agentes o en su defecto por las normas destinadas a completar o suplir la voluntad deficiente o faltante. Contenido del negocio jurídico que debe ser posible, que debe encontrarse debidamente determinado y que debe para no repercutir en la validez del negocio tener el carácter de lícito, vale decir que no contraría una norma imperativa, el orden público o las buenas costumbres (concebidos estos dos conceptos desde un punto de vista virtual y no legal). (Art. 1.517 a 1.523 del C.C.C.).
4. **La causa**, entendida como el móvil o motivo determinante de la celebración del contrato (causa impulsiva); móvil que no sólo debe ser lícito sino también real, para no afectar la validez del negocio. (Art. 1.524 C.C.C.).
5. **La solemnidad** referida obviamente a los negocios jurídicos no consensuales (mejor negocios jurídicos no

informales) y que constituye el medio específico para manifestar la voluntad.

La segunda posibilidad obligaría a asumir una construcción eminentemente lógica del concepto (negocio jurídico). Paradigma de la misma (sin que se quiera significar conformidad con la misma) resulta la concepción que del negocio jurídico tiene Emilio Betti.

Para el autor italiano es necesario distinguir los elementos, de los presupuestos del negocio jurídico.

Elementos del negocio jurídico serían:

1. La forma que respondería al interrogante de cómo es el negocio jurídico (declaración o comportamiento).
2. El contenido que respondería al interrogante de qué cosa es el negocio jurídico concreto, vale decir lo que el negocio jurídico es intrínsecamente considerado, la reglamentación de intereses que contiene.
3. La causa que respondería al interrogante de por qué es el negocio jurídico, vale decir cuál es su función económico-social.

Presupuestos del negocio jurídico serían:

1. La capacidad entendida como capacidad de obrar.
2. La legitimación comprendiendo por tal la competencia para alcanzar los efectos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, lo cual resulta de una específica posición del sujeto respecto de los intereses que se trata de regular (quién y frente a quién puede concluirse correctamente el negocio jurídico).
3. La idoneidad del objeto que hace alusión a la aptitud de los intereses sobre los que el negocio jurídico vierte para recibir la reglamentación práctica que se propone (cualidad de los intereses con respecto a las normas jurídicas p. e. imposibilidad de constituir hipotecas sobre bienes muebles).

El simple cotejo de los dos esquemas sucintamente esbozados (mírese sólo el concepto de causa en uno y otro) permite entender la magnitud de las diferencias y la importancia de asumir una u otra posición frente al cuestionamiento formulado.

Personalmente considero que la construcción de una teoría general, si se quiere abordar el estudio del derecho en forma científica, debe afrontarse con prescindencia del ordenamiento jurídico. Ello aunque en principio parezca contradictorio facilita la labor de entendimiento de la normatividad y la posibilidad de formular una crítica razonable a la misma. Las legislaciones se modifican, las teorías generales en su esencia permanecen.

6. Conclusiones

De lo expuesto puedo concluir que:

1. Es posible y más que posible pertinente, distinguir las categorías de negocio jurídico y acto jurídico, pero aceptada la distinción entre el negocio jurídico y el acto jurídico resulta difícil y poco útil construir una teoría general del acto jurídico, atendiendo a la generalidad y vaguedad de los principios que la estructurarían.
2. La categoría del negocio jurídico no tiene una acepción única pero sí un sustrato general o común que se encuentra en el principio de la autonomía privada, que constituye el punto de partida para la construcción de una teoría general.
3. Aceptada la posibilidad de construir una teoría general en torno del negocio jurídico se hace necesario determinar la posibilidad y utilidad de que la misma se construya con prescindencia del ordenamiento jurídico, pues de la respuesta que se le dé a tal interrogante dependerán los principios, los elementos, las sanciones, los criterios interpretativos que va a regir la categoría general.

Como lo afirma Federico de Castro y Bravo: "El trazar líneas generales del negocio jurídico, destacar el signi-

ficado de sus elementos y poner de relieve su fundamento, es una tarea necesaria para ver en su conjunto y apreciar bien el significado institucional de la autonomía privada".

Sólo la adopción de una posición frente a la problemática propuesta va a determinar la posibilidad de entender y tratar ciertas figuras propias del derecho civil (transacción, desistimiento, allanamiento e inclusive el apoderamiento) que han incursionado al derecho procesal, desde la perspectiva de la teoría general del negocio jurídico.

Obras consultadas

BETTI, Emilio, "Teoría General del Negocio Jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "El Negocio Jurídico", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985.

DE LOS MOZOS, José Luis, "El Negocio Jurídico", Editorial Montecorvo S.S., Madrid, 1987.

DIEZ PICASSO, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993.

GALGANO, Francesco, "El Negocio Jurídico", Editorial Tiranto lo Blanch, Valencia, 1992.

HATTENHAUER, Hans, "Conceptos Fundamentales de Derecho Civil", Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1987.

HINESTROZA, Fernando, "Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada".

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y otro, "Teoría general de los Actos o Negocios Jurídicos", Editorial Temis, Bogotá, 1987.

VALENCIA RESTREPO, Hernán, "Derecho Privado Romano", Editorial Temis, Bogotá, 1986.

APROXIMACION A LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA DESDE LA TEORIA GENERAL DEL PROCESO

*Hernán Darío Benítez Naranjo
Javier Botero Martínez*

0. Introducción. 1. La Consagración Constitucional como punto de partida. 1.1. Fundamentos políticos, antropológicos y constitucionales. 2. La J.E.I. frente a los criterios tradicionales de jurisdicción en el derecho procesal. 2.1. La naturaleza de la jurisdicción en la J.E.I. 2.2. La J.E.I. y las garantías subjetivas de la jurisdicción. 2.3. La J.E.I. y las cualidades especiales de la jurisdicción. 2.4. La J.E.I. y los poderes de la jurisdicción. 2.4.1. Poder de decisión. 2.4.2. Poder de «imperium». 2.4.3. Poder de instrumentación y de coerción. 3. La J.E.I. y la teoría de los equivalentes jurisdiccionales. 3.1. Antecedentes de la teoría de los equivalentes jurisdiccionales. 3.2. La regulación de la J.E.I. y los equivalentes jurisdiccionales.

0. Introducción

El tema de las jurisdicciones especiales, y sobre todo, la jurisdicción Especial Indígena está generando polémica y expectativa, en la medida en que avanza su desarrollo constitucional.

Aunque se trata de referir esa jurisdicción especial a la teoría general del proceso, y determinar cuáles pueden ser las posibilidades de relación entre una y otra, si la teoría general del proceso es apta para suministrar categorías que permitan comprender la primera, toda vez que los conceptos de jurisdicción y función jurisdiccional ostentan una innegable raigambre procesal.

Para ello se procedió de la siguiente manera: se asumió como punto de partida la consagración constitucional en el artículo 246, el cual fue evaluado a través de sus fundamentos políticos, antropológicos y constitucionales, para luego pasar a su descomposición conceptual.

Posteriormente se ha echado mano a los criterios tradicionales de jurisdicción, y se han confrontado con el concepto que de jurisdicción Especial Indígena se asume en la Constitución.

Se recurrió especialmente a los criterios para determinar la naturaleza, a las garantías subjetivas, las cualidades especiales y los poderes de la jurisdicción.

Finalmente se ha examinado la Jurisdicción Especial Indígena desde la perspectiva de los equivalentes jurisdiccionales, y se han formulado algunas conclusiones.

1. La consagración constitucional como punto de partida

1.1. Fundamentos políticos, antropológicos y constitucionales

La jurisdicción especial indígena (que en adelante y para abreviar distinguiremos con las letras J.E.I.) está consagrada en el artículo 246 de la Constitución Política dentro del Capítulo V, titulado «De las Jurisdicciones Especiales», que a su vez se halla comprendido en el título VIII «De la Rama Judicial». O sea que por su posición en el texto podemos asumir que la función es la misma tanto para la jurisdicción ordinaria (Capítulo II) como para las jurisdicciones especiales.

Ahora bien, todo lo anterior se sostiene, así en el artículo 116 no se diga expresamente que las jurisdicciones especiales «administrar justicia» y en consecuencia no aparezca la J.E.I. al lado de los organismos destinados a ello, ni encaje dentro de las tipologías de entidades que ejercen funciones judiciales (Congreso, autoridades administrativas, particulares).

Políticamente, la Jurisdicción Especial Indígena obedece aparentemente a las reivindicaciones ejercidas por los pueblos indígenas que ganarían un espacio dentro del marco constitucional y legal que les permitiría una inserción real en el marco de una Colombia que respeta la diversidad étnica y cultural y profesa la democracia participativa y el pluralismo (Artículo 1 de la Constitución Política).

Decimos «aparentemente» porque desde la perspectiva antropológica se advierte una tensión entre el texto del artículo 7 de la C.P. que tienen el rango de principio y el artículo 246, ya que en éste último se condiciona el ejercicio de «las funciones jurisdiccionales» a la conformidad con la Constitución y las leyes de la República. En efecto «la diversidad que generosamente se avala al principio de la Carta termina distorsionada, convertida en semejanza al delimitar un perímetro de contacto con la sociedad nacional, donde para relacionarse con ella, hay que partir de sus principios dictados, de lo que se parezca, o al menos de lo inocuo que sin parecerse, tampoco contraría. Es una diversidad impedida para manifestarse en lo contrario, una pseudodiversidad»¹. Lo anterior conduce a lo que se ha dado en llamar «aporías de la costumbre»², en las cuales la manifestación (uso) y la regla que subyace en ella se reputa racional por la legislación hegemónica, siempre y cuando ésta resulte reiterándola, de donde lo que resulta reforzado no es la costumbre autóctona sino la legislación nacional que operaría como un tautológico mecanismo de aculturación.

1. BENITEZ Naranjo, Hernán Darío. Jurisdicción Especial Indígena y antropología jurídica. Apuntes para una reglamentación. Ponencia presentada ante el VII Congreso de Antropología en Colombia, Universidad de Antioquia. 1994. No publicado.

2. DIEZ Picazo, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Ariel. Barcelona (España). 1975.

Podría verse también en la consagración de la Jurisdicción Especial Indígena «una tendencia a desconfiar de la eficacia de la justicia del Estado de Derecho, significada en los Tribunales compuestos por juristas, para derivar los conflictos que deben tener una solución hacia personas que sin formar parte de aquella estructura, admitase o no su conocimiento técnico del Derecho, están presumiblemente más preparadas para receptor lo que se ha denominado el derecho viviente del pueblo»³; en síntesis la desconfianza frente a la justicia de Estado conduciría a la creación de este tipo de mecanismos.

Podemos concluir en este punto que la Jurisdicción Especial Indígena desde la perspectiva constitucional y política se sitúa en una concepción mixta: como órgano (el texto habla de «autoridades») que cumple una función y como instancia de la sociedad civil para tramitar conflictos no susceptibles de solución a través de los medios estatales de composición de conflictos.

Tal conclusión estaría reforzada por el artículo 30 del proyecto de la ley estatutaria de la administración de justicia que ubica la jurisdicción indígena al lado de los jueces de paz. La jurisdicción disciplinaria, la constitucional, la de lo contencioso administrativo y la ordinaria bajo el título «Del ejercicio de la Función Jurisdiccional por la Rama Judicial». Ya en el artículo 24 de la C.P. se ha dicho que la función jurisdiccional se ejerce por las corporaciones y personas investidas legalmente para hacerlo según se precisa en el estatuto mencionado, si bien se habla no de Jurisdicción Especial Indígena sino de «Jurisdicciones Indígenas» y se remite su regulación a ley especial.⁴

Conforme se ha examinado en otra parte¹, aparecen varios conceptos que se hace forzoso resaltar de entrada:

-Autoridades de los pueblos indígenas: la secuencia histórica nos permite ver desde el siglo pasado, alcaldes indígenas, capitán fundador y teniente, cabildos, consejos, lo que inevita-

3. DIAZ, Clemente A. Instituciones de Derecho Procesal. Tomo II. Volumen A. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1972.

4. PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. Seminario de derecho y la justicia. Ministerio de Justicia y del Derecho, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Año 1, número 12. Santafé de Bogotá. Agosto 30 de 1994.

blemente hace pensar en autoridades administrativas, o asimiladas a ellas, las cuales sin embargo, han desarrollado tareas judiciales, en vista de regulaciones excluyentes de la legislación general de la nación, como la ley 89 de 1890. En las comunidades no aculturadas la fuente de autoridad puede encarnarse en formas autóctonas.

En la práctica, las autoridades que ejercen la función judicial o son muy parecidas a las administrativas, o resultan inclasificables debido a la proporción en que se presenta en ellas el elemento cultural autóctono.

Lo que es «pueblo» tampoco ha sido regulado a cabalidad por la legislación especializada, dada la dificultad, por no decir la imposibilidad, de reducir un concepto sociológico que tiene una peculiar resonancia cultural para cada etnia. Acaso la mejor definición legal la ha dado, paradójicamente, el actual Código de Minas en su artículo 124: «Se entiende por comunidad o parcialidad indígena el grupo o conjunto de grupos de carácter amerindio, con identificación con su pasado aborigen, que mantiene rasgos, usos y valores propios de su cultura tradicional, y formas internas de gobierno y control social que lo distinguan de otras comunidades sociales».

Obsérvese que se dice comunidad o parcialidad, y es que al igual que lo que ocurre con las autoridades, tampoco hay un referente terminológico y/o cualitativo unificado (se ha hablado de indígenas, tribus, incipientes sociedades, grupos, etnias).

Ejercicio de funciones jurisdiccionales: es tema que toca directamente con la siguiente sección y que prácticamente se constituye en eje de este trabajo, de manera que se analizará allí.

El propio ámbito territorial, tampoco resulta fácil de establecer. La ley de ordenamiento territorial debe, en teoría, ocuparse de este asunto y determinar cual es el espacio geográfico en el que las autoridades indígenas de las más de ochenta etnias con que cuenta nuestro país, han de actuar, y si ese espacio geográfico coincide y hasta qué punto, con los conceptos de identidad territorial indígena (artículo 329 de la C.P.), territorio indígena (artículo 330 ibídem) y ámbito territorial (expresión resultante del mismo 246). Este problema no es ajeno al de la división territorial

judicial (artículo 257 - 1 de la C.P) en el que la ley deberá hacer la correspondiente claridad.

En lo que respecta a las **propias normas y procedimientos**, posibles de aplicarse mientras no contraríen la Constitución y las leyes de la República, digamos que la expresión «norma» ha de entenderse «como un criterio de decisión al cual se acude en la práctica para detener un conflicto»⁵. Esta norma será en no pocas ocasiones, consuetudinaria, y más que como fuente de conocimiento, debe estudiarse como fuente de producción (personas o grupos de los que tradicionalmente proviene) aspecto que se descuida en la teoría general del derecho, que parte del supuesto de la pertenencia a la misma base cultural. El texto hace lugar a las costumbres *praeter legem* y *secundum legem*, excluyendo expresamente la *contra legem* (ahí queda el problema de cómo respetar la libertad cultural de que habla el artículo 7, cuando las propias normas sean costumbre *contra legem*).

2. *La J.E.I. frente a los criterios tradicionales de jurisdicción en el Derecho Procesal*⁵

2.1. La naturaleza de la jurisdicción en las J.E.I.

Recogiendo lo dicho anteriormente, la C.P. ha adscrito en el artículo 246 unas «funciones jurisdiccionales» a unas «autoridades de los pueblos indígenas» que se asimilan a las administrativas de la cultura hegemónica, o resultan inclasificables debido a la presencia de elementos culturales autóctonos, que les dan un carácter híbrido.

Lo primero que llama la atención en este asunto es la falta de correspondencia entre órgano y función: la naturaleza de la función (jurisdiccional) no corresponde a la naturaleza (imprecisa) de las autoridades encargadas de ejercerla (autoridades de los pueblos indígenas). Si, desde la perspectiva tradicional de la

5. QUINTERO, Beatriz. PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tomo II. Temis. Santafé de Bogotá. 1992.

doctrina occidental del estado de derecho, se asume la clasificación de esas autoridades en alguna de las ramas del poder público, se observa con perplejidad que encajan un poco en todas, que un órgano híbrido realiza varios tipos de funciones. Paradójicamente, estos serían los elementos diferenciales de la Jurisdicción Especial Indígena. Solo para constatar su impotencia, pasemos revista a los criterios tradicionales.

El criterio orgánico resulta aquí más inadecuado que de ordinario para fijar la naturaleza de la Jurisdicción Especial Indígena. Si se rechaza estando en presencia de un órgano jurisdiccional plenamente identificado (magistratura), por las tareas administrativas que éste desempeña, qué no decir en el caso de la Jurisdicción Especial Indígena.

En el caso del criterio funcional, si, tómesese la definición que se tome, el contenido de la función y su fin último son la aplicación del derecho, tal vez se ajuste mejor este criterio que el anterior, pues al erigirse el derecho estatal en el referente máximo, que se expresa en la Constitución y las leyes, y al excluir todo lo que les sea contrario, subsume a lo que se reconoce como jurídico en cada etnia. Pero queda por explicar cómo a la luz de un «derecho interno» de cada comunidad, pueden asumir alguna posición válida, nociones como tribunales independientes, proceso (repárese en que el texto del 246 utiliza la expresión «procedimientos»), justa composición de los litigios, y lo que es más definitivo, el cuestionamiento de semejante procedimiento tautológico, pues resulta innecesario, como no sea por describir una pirueta demagógica que pretenda apaciguar los ánimos de los afectados en su identidad cultural.

El criterio formal también resulta forzado. Aunque el artículo apoya la terceidad, queda por definir el papel de aquélla entre aquellos grupos donde la autocomposición se utilice en ciertos casos, o se prefiera de plano a la heterocomposición; qué decir de los otros elementos formales, como la resolución con fuerza de cosa juzgada, el desarrollo de un procedimiento en contradictorio, etc. que francamente no tiene cabida en tales situaciones.

2.2. La J.E.I. y las garantías subjetivas de la jurisdicción

Las categorías de independencia, juez legal y juez técnico, carecen completamente de sentido frente a unas autoridades de naturaleza indefinida (lo que nos conduce de vuelta al problema del órgano), cuya competencia no está asignada de modo determinado por la ley, y que actúan de espaldas a la técnica jurídica de la sociedad hegemónica y de las que no se puede decir que operan como jueces legos, decidiendo en equidad, pues ésta responde a una determinada concepción cultural occidental. Lo que es lógico y lo que es ético, lo que es prudente y lo que es justo, tiene sentido dentro de un horizonte cultural particular.

2.3. La J.E.I. y las cualidades especiales de la jurisdicción

Respecto de la unidad, difícilmente podría verse en la Jurisdicción Especial Indígena, una parte de la magistratura formal, que hace un cuerpo único con ella, y mucho menos una manifestación de la misma, por su carácter especial.

En cuanto a la exclusividad, queda a la ley que establezca la coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional determinar si esas «autoridades» son o no son órganos para la actuación de la ley, y de qué clase. Si los llamados equivalentes jurisdiccionales en sentido tradicional, «chocan contra la exclusividad de la jurisdicción»⁵ con mucha más razón lo hará la Jurisdicción Especial Indígena. La soberanía entendida en su concepción tradicional de soberanía nacional, riñe con este modelo de jurisdicción especial, que se aviene mejor con el concepto de soberanía popular del artículo 3 de la C.P.⁵⁻⁶

2.4. La J.E.I. y los poderes de la jurisdicción

2.4.1. El poder de decisión. A partir de su contenido (motivación a través de la lógica jurídica y/o judicial) y sus formas (resoluciones judiciales) resulta problemático predicar la existencia

6. QUINTERO, Beatriz. El Derecho Procesal en la Constitución de 1991. Revista Temas Procesales, número 16. Medellín Colombia. Mayo de 1993.

de un poder de decisión entendido al modo tradicional, en la Jurisdicción Especial Indígena. Sabemos que no existe, aun dentro del orbe occidental, una sola lógica; otra cosa es que existan unos procesos cerebrales comunes a todos los hombres para asociar conceptos e ideas que asuman, de acuerdo con cada cultura, una configuración que pueda llamarse en cada caso, lógica. En otras palabras, para la Jurisdicción Especial Indígena puede hablarse de un poder de decisión, pero las categorías de ese poder de decisión no guardan coincidencia absoluta con el modelo occidental específico que propone la teoría general del proceso.

2.4.2. Poder de «imperium». En la Jurisdicción Especial Indígena, dicho poder es casi inexistente, ya que lo llamado por la doctrina internacional «actos compulsorios» pueden asumir la forma de una arbitrariedad o una violación de los derechos humanos. De otro lado está el carácter vicario de las funciones judiciales que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas: como sus propias normas están condicionadas a lo que digan las normas propias de otra cultura, y por ende, las autoridades encargadas de aplicarlas, el poder de ejecución de la autoridad indígena está condicionado por el de la autoridad estatal convencional.

2.4.3. Poder de instrumentación y poder de coerción. No se sabe hasta qué punto se pueda llegar a considerar a las actuaciones de las autoridades indígenas en ejercicio de una función jurisdiccional, «procesales», y en consecuencia, hasta dónde pueda hablarse de una previsión minuciosa de los actos procesales, de la diferenciación entre un proceso escrito y un proceso oral, y por ende de la existencia de instrumentos públicos o de protocolización de lo actuado. Del poder de coerción se puede decir otro tanto, pues orbita en torno a la idea de proceso, hoy por hoy completamente ajena a las autoridades indígenas.

3. La J.E.I. y la teoría de los equivalentes jurisdiccionales

3.1. Antecedentes de la teoría de los equivalentes jurisdiccionales

El tema de los equivalentes jurisdiccionales se halla ausente con frecuencia, en los tratados de derecho procesal. Entre los autores que se refieren a él destacamos:

CARNELUTTI,⁷ en términos de «un reconocimiento», para la composición de conflictos asignados a otros ordenamientos, de los mandatos jurídicos pronunciados según las reglas de éstos, o sea en la atribución de eficacia jurídica de los mandatos mismos», vale decir, existen actos encaminados a alcanzar la misma finalidad de la jurisdicción, que están determinados por un interés no estatal en cuanto a la composición de los conflictos. Previo el lleno de unos requisitos, el estado le reconoce a esos actos, eficacia e idoneidad.

Para este autor, los supuestos de la teoría se pueden encontrar en:

- * Un estado fuerte, que sirve de punto de partida y asidero del ordenamiento jurídico y procesal.
- * La existencia de un ordenamiento jurídico ilimitado, apto para regular todo tipo de conflicto posible.
- * La existencia de un ordenamiento jurídico procesal capaz de componer todos los litigios, sin distinción de sujetos, objetos, o causa.
- * El menor interés del Estado en cierto tipo de conflictos (en los casos de sentencia extranjera) o sea, la cualidad del conflicto.

7. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Uteha, Argentina, Buenos Aires. 1994.

- * El mandato jurídico (contenido en la sentencia extranjera) no ha de estar en pugna con las leyes prohibitivas, el orden público o las buenas costumbres del estado.
- * La eficacia del mandato jurídico pende de una decisión de los jueces del estado respectivo (homologación).
- * La existencia de un orden jurídico y procesal paralelo (sentencias extranjeras, procesos eclesiásticos, transacción, renuncia, reconocimiento, conciliación).

CLEMENTE A. DIAZ,³ rompe con el esquema de Carnelutti, y restringe los sucedáneos jurisdiccionales al arbitraje y a los órganos administrativos con funciones jurisdiccionales. No se muestra partidario de las jurisdicciones especiales, cuando funcionan como organismos de carácter administrativo que sustituyen absolutamente al órgano jurisdiccional, aun cuando reconoce las limitaciones del «juez jurista» y cierto estado de falencia de la jurisdicción. Aunque conserva la fe en las instituciones jurisdiccionales, ésta no resulta tan inmovible como la del maestro italiano. Nótese además que la teoría de DIAZ hace más énfasis en el juez que en el proceso.

BEATRIZ QUINTERO ha desplazado el problema sobre el principio de exclusividad de la función jurisdiccional, en un texto al que ya se ha aludido.⁶ Distingue la autora entre «poder paralelo al estado» (iglesia, «poder indígena») y equivalente jurisdiccional. El primero resulta rechazado, en virtud del concepto tradicional de soberanía, que se transmite a la función jurisdiccional; el segundo resulta de contrariar la correspondencia entre órgano y función jurisdiccional.

3.2. Regulación de la J.E.I. y los equivalentes jurisdiccionales

Volvamos al texto del 246 de la Constitución. Si se miran los criterios expuestos por los doctrinantes mencionados, no resulta muy difícil darse cuenta de que el legislador erigió una jurisdicción especial sobre algunos elementos de los equivalentes jurisdiccionales, sin que se pueda afirmar tajantemente que la Jurisdicción Especial Indígena es un equivalente jurisdiccional.

En efecto, los elementos sustraídos al equivalente jurisdiccional serían:

- * La concesión de un poder de decisión (*iudicium*), con un poder de *imperium* subordinado a la conformidad con la Constitución y las leyes, lo cual supone una homologación. En la práctica, ello ya se conformó con la sentencia de tutela T-234, de mayo 30 de 1994,⁸ que ordenó al cabildo indígena del Tambo, municipio de Coyaima, «nuevamente (a) tomar la decisión a que haya lugar por los hechos que se imputan...». La tutela se distorsiona como mecanismo de homologación, y la doctrina de los derechos humanos se convierte en perturbadora de la cultura autóctona, arrastrando el consabido daño cultural y poniendo en jaque la diversidad de que trata el artículo 7 de la Constitución.
- * La asistencia de un poder jurídico paralelo (normas y procedimientos) aplicable en cuanto demuestre su conformidad con la ley, es decir ese orden es vicario del hegemónico, de ningún modo un poder paralelo.
- * Indirectamente hay una opción por un estado y un ordenamiento jurídico capaces de resolver cualquier conflicto, en la medida en que se prescinde de las diferencias culturales (el contacto de culturas se funda sola y erróneamente, en las semejanzas).

Pero al lado de esos elementos, se presenta la falta de correspondencia entre el órgano (autoridades indígenas) y la función (jurisdiccional); en la práctica, las autoridades indígenas legislan, juzgan y ejecutan y en consecuencia no puede interpretarse, por el mero contraste de la redacción del artículo 246, que la expresión tenga un alcance que se agote en la esfera administrativa; de la misma manera, el proyecto de la ley estatutaria de la Administración de Justicia, apunta, como ya se comentó, a concluir que la Jurisdicción Especial Indígena integra más que desplaza la actividad del órgano jurisdiccional. Todo lo anterior contribuye a

8. SENTENCIA T-234. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional. Mayo 30 de 1994.

dotar a la Jurisdicción Especial Indígena de una fisonomía híbrida y peculiar, que traerá, a la hora del desarrollo legislativo, y el tránsito de éste a la práctica, más de una dificultad.

Conclusiones

1. La Jurisdicción Especial Indígena es una institución híbrida, integrada por categorías políticas, antropológicas, de derecho constitucional y procesal.
2. La Jurisdicción Especial Indígena no resulta subsumible en los criterios tradicionales de jurisdicción de que se sirven el derecho procesal y la teoría general del proceso, como son: naturaleza, garantías subjetivas, cualidades especiales y poderes, ya que acusa una falta de correspondencia entre órgano y función y no puede estructurarse desde una magistratura formal, una estructura procesal convencional, y una lógica ajustada a ellas.
3. La Jurisdicción especial Indígena participa de muchos elementos de los llamados equivalentes jurisdiccionales, sin ser uno de ellos. Las autoridades indígenas no son órganos exclusivamente administrativos, no constituye un poder paralelo, e integran a la vez la rama jurisdiccional.
4. Es necesario que la ley regule las competencias de estas autoridades indígenas y la circunscripción territorial en que han de desempeñarse las funciones jurisdiccionales.