

1

HERNANDO DEVIS ECHANDIA
HORACIO MONTOYA GIL
EUGENIO PRIETO MESA
RODRIGO VELILLA GOMEZ
JUAN GUILLERMO VELASQUEZ
JAIME SOTO GOMEZ
ALFONSO ORTIZ RODRIGUEZ
BEATRIZ QUINTERO DE P.
GILBERTO MARTINEZ RAVE
JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

DIEZ TEMAS PROCESALES





HERNANDO DEVIS ECHANDIA
HORACIO MONTOYA GIL
EUGENIO PRIETO MESA
RODRIGO VELILLA GOMEZ
JUAN GUILLERMO VELASQUEZ
JAIME SOTO GOMEZ
ALFONSO ORTIZ RODRIGUEZ
BEATRIZ QUINTERO DE P.
GILBERTO MARTINEZ RAVE
JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

DIEZ TEMAS PROCESALES

Conferencias dictadas en el
Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín

Edición facsimilar: 1990

Primera edición: agosto de 1981

Carátula: Oscar Moreno

Impresión: L. Vieco e Hijos Ltda.

Derechos reservados: Colección Pequeño Foro. Apartado aéreo 27779 Bogotá
Señal Editora. Apartado aéreo 66748 Medellín

Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín, presidido por
José Fernando Ramírez Gómez

Prohibida la reproducción total o parcial.

**DIEZ TEMAS
PROCESALES**

EL OBJETO DEL DERECHO PROCESAL

Eugenio Prieto Mesa
Profesor Universitario

Exordio:

Al iniciar, a obscuras casi, el estudio sobre *El Objeto del Derecho Procesal*, tema que acepté como meta investigativa, hallé que mis escasos conocimientos en estas disciplinas me servían tan solo para perderme ascendentemente en una serie de confusiones que todavía no he logrado difumar siquiera medianamente. Esta confesión sincera es apenas el írrito precio que ofrezco pagar por su atención.

Bien, porque de entrada, mi falta de instrucción se encargó de presentarme un aparente axioma originado en un simple criterio nominativo-gramatical que aflora del título que le he dado a este trabajo y que me condujo a concluir, con ligereza, que el objeto del derecho procesal radicaba únicamente en el proceso mismo, criterio que por lo demás conocí vertido como verdadero por muchos insignes doctrinantes para quienes dicha conclusión es una verdad inconcusa, no susceptible de dudas.

O bien, porque compuesta la expresión "*Derecho Procesal*" de dos voces, una sustantiva y otra calificativa, me azaetó la idea de que mal podría escrutar su objeto si como tarea inicial, necesariamente propedéutica, no lograba conclusiones o apreciaciones ciertas sobre el significado de la palabra "*derecho*". Aprender la esencia del género y luego captar el distintivo delimitante de la especie, fueron prolegómenos que aprecié necesarios en la búsqueda de mi propósito.

Pero la fase contraria, tocante con la necesidad o futilidad de escrutar la sustancia del vocablo "*derecho*", también me atrajo como posición delusoria. Y así, por la singracia de mi pobre versación, colegí en principio, que el estudioso del *Derecho Procesal* no tenía por qué hacer indagaciones en ese campo, el cual se hallaba debida e intransferiblemente adscrito a los pensadores de otras disciplinas

como la teoría general del derecho o la jusfilosofía. Que siendo ello así, el *derecho* resulta ser un concepto previo-moldeado en su triple vertiente genética, ontológica y lógica, y por consiguiente ajeno a toda investigación destinada al proceso, inincumbente por ende al procesalista. Y que, redondeando este desarrollo, la esfera de acción del procesalista se concreta exclusiva y forzosamente a la exploración de las propiedades peculiares del adjetivo "*procesal*".

Esta cogitación disyuntiva me hizo temer aún más sobre la gravedad, ilimitación y hondura de la meta propuesta. Por ello supe que la decisión sobre planteamientos de tanta trascendencia, escapaban sin duda al limitado alcance de estas cuartillas, y me determiné a pasar por alto el subyugador atractivo intelectual que representa, descansando sobre el encanto ocioso de esta paralipse. Se escapaban igualmente de ellas la pesquisa y comprensión de otros conceptos de habitual uso para el procesalista, cuales son el acto, el negocio, la capacidad, la relación; por no expresar otros de mayor calado y complejidad como la dikelogía y la deontología que sumergen su vigor en ideaciones más impregnadas de filosofía. Pero sí tuve un atisbo: que el *Derecho Procesal* muestra una vigorosa fuerza en su juventud, y un mar de hipótesis, conjeturas y vacíos en su cortísima tradición; corta, desde luego si se le compara con la que ostenta el Derecho Civil que es bimilenario y que ha podido, a través de sus inúmeros y egregios cultores, decantar sus conocimientos y meditaciones a tal extremo que sus estructuras aparecen hoy casi férrreas e indestronables y que por contera ofrecen pocos resquicios para las mentes nuevas deseosas de innovar en sus predios.

Ello ha contribuído a que el *Derecho Procesal* se halle permanentemente impregnado de fórmulas privadísticas, de vocablos que por su naturaleza no le corresponden, que no le son condignos por ende y que al utilizarlos, las más de las veces, va formando mixturas innecesarias, confusas e inconvenientes. No es que se persiga hacer de los conceptos procesales fórmulas originarias enteramente, o moldes exclusivamente nuevos hasta consumir una sistematización estrictamente peculiar y sola, porque no puede olvidarse, aunque en ocasiones fuese deseable, que su presencia en el campo científico como su ideación formal obedece a la necesidad de erigirse como una especialización en el campo del *derecho*. Pero es imperioso estar alerta respecto de las distintas posiciones multívocas de que lo imbuye el Derecho Civil, por la razón potísima de su anterior existencia secular y porque, en razón de una insorteable secuencia histórica el pensador civilista precede al procesalista. Es sano, en consecuencia y hasta ineluctable, que éste tome de la teoría general y del derecho civil conceptos a préstamo para aplicarlos a su

análisis particular, teniéndolos hasta cierto punto como valor entendido; mas su captación no debe ser ni apresurada ni gratuita: lo primero, puesto que acrecentaría la evidente confusión que entraña toda mezcla y, lo segundo, porque lo convertiría en un simple trasplantador conceptualista. Gráficamente lo ha dicho Aragoneses al exponer: "Pero si bien es cierto que las ciencias particulares han de tomar de una teoría general los conceptos que son comunes a todos los sectores del Derecho, no es menos cierto que ha de devolver a la ciencia común el préstamo recibido más un justo interés".

La relación del Derecho Procesal con el Derecho Material

En cierto modo su presencia histórica postergada es causa de que se le hubiese calificado de *adjetivo*, secundario o simplemente subordinado. Y a esa calificación minimizadora contribuye sin duda la tendencia a desechar el intento —con las limitaciones propias de toda especialización, desde luego— de aprehender la noción esencial del *derecho*. La sola calificación de este vocablo no sirve de mucho, porque apenas sería la muestra de un esquema inocuo. Así, partiendo de la idea de que el *derecho* es un conjunto de normas —permítaseme este rudimentario ejemplo—, podría afirmarse que un conjunto de normas procesales es lo que constituye el Derecho Procesal, con lo cual nada se habría definido en verdad.

Es necesario admitir que en estas superfluas motejaciones no hay realidad axiológica alguna. Como tampoco la hay en la calificación de Derecho sustantivo que se le ha querido contraponer. Una y otra son inválidas si se miran especialmente como dos enteleguias que implican entre sí grado jerárquico.

Solamente por no utilizar otras nominaciones más apropiadas, diré que la ley sustantiva y la adjetiva se integran o entrelazan, pero que cada una de ellas goza de autonomía cuanto a un orden jerárquico. La ley que instituye un mandato como acto de imperio implica dos voluntades equivalentes: el mandato mismo y el proceso que lo actúa. Se ve que son independientes jerárquicamente, aunque mal podrían vivir aisladamente como presencias únicas. Y esa aparente contradicción de autonomía y necesario ligamen, no podría explicarse sino con razones metajurídicas. De todas formas la distinción carece de casta intelectual, al menos en punto a graduación jerárquica: la regla procesal, como el proceso, la acción, la jurisdicción, y cuantos otros conceptos se expongan y vivan con el alarde de ser sustantivos, con un *unicum* insusceptible de ser subordinado.

La clasificación entre derecho sustantivo y adjetivo, con un sospechoso propósito de empequeñecer a éste no parece que tenga un firme sustento científico. Y su escudriñamiento encaja justamente en la delimitación del objeto del derecho procesal.

Uno de los más relievantes aportes de la teoría pura del derecho es la demostración de que las normas jurídicas, desde el ángulo formal, reconocen su fuerza de validez en la particularidad (o situación) de haber sido creadas por el *órgano* y de acuerdo con el *método* específico señalado por una norma jerárquicamente superior.

Pero esta jerarquía no toma su distinción ni descansa en el contenido de las leyes, en sus elementos materiales, sino en la necesidad lógica de admitir como válida y eficaz una primera norma que para Kelsen es la primera constitución.

Este grado superior se reconoce o se asume establecido, al recordar que es característica inconfundible del *derecho* la regulación de su propia creación, “es decir que la vía legislativa (el procedimiento de creación de las normas generales) puede estar determinada a su vez por una norma positiva general”, la cual recibe el nombre de norma constitucional. Kelsen aduce: “La constitución es aplicada por la ley, en el sentido de que el procedimiento legislativo se halla determinado por los preceptos constitucionales, del mismo modo que la ley determina la sentencia judicial que la aplica”.

La comprobación kelseniana tiene cabal vigencia para toda clase de normas, bien sean generales —como las leyes— o individuales —como las sentencias judiciales y los actos administrativos—. La constitución aparte de sus contenidos materiales, instituye cuáles son los *órganos* aptos para crear normas de carácter general y diseña el método o procedimiento que aquéllos deben observar en la realización de tal fin: se consagra así un Poder Legislativo encargado de emitir ese tipo de normas, dispone cómo ellas deben sancionarse y otorga al Ejecutivo la atribución de promulgarlas y reglamentarlas. La constitución asimismo puede definir el procedimiento para realizar su propia reforma y el *órgano* competente para llevarla a cabo.

En Kelsen pues se usa la noción jerárquica de las leyes no como un distintivo de contenido material sino como una necesidad lógica. Y fuera de esta jerarquización exceptiva y necesaria para su sistema, las otras normas son equivalentes cuanto que se encuentran en un mismo grado. Están identificadas en la idea de que la norma es una relación entre antecedente y consecuencia, la cual funciona como un deber ser. Para la escuela sociológica alemana no existen subordinaciones; funda su consideración en que el derecho es algo

viviente, en continua mutación dentro de la sociedad, y que ésta puede elaborar derecho sin el legislador oficial y a veces a pesar de él. Tampoco existe jerarquización para el Realismo Jurídico norteamericano que en la frase "Derecho ha sido lo que el juez decide" hace descansar el sumum de su pensamiento. Aunque la escuela explique que el juez es un intermediario cuya influencia "es limitada por el ambiente, la educación, el adiestramiento y las opiniones políticas", advierte que no es siempre seguro que las leyes del legislador serán cumplidas en la práctica, que una regla no tiene valor ni es viable a menos que sea aceptada por sus destinatarios, que nuevas reglas son creadas continuamente sin participación del legislador oficial; que el juez puede crear nuevas reglas, pero que no es fácil descubrirlo, porque mediante la técnica jurídica puede ser explicada por reglas preexistentes. De hecho, los jueces toman primero una decisión y solo después tratan de encontrar una regla sobre la cual sustentan su determinación. En verdad, concluye esta escuela, no se sabe cómo se hace realmente una sentencia; por ello la investigación y la enseñanza no pueden atenerse exclusivamente al derecho positivo (H. Briseño S.).

El Derecho Procesal es el sector de la ciencia jurídica que se ocupa del "proceso"

Entonces, si la creación de toda norma jurídica obedece a uno o varios procedimientos del órgano estatal dotado de competencia para ello, es dable —desde el punto de vista de la Teoría Pura—, idear el derecho *procesal* como aquel sector de la ciencia jurídica que se ocupa del *proceso* en sentido amplio, entendiendo por tal la actividad que despliegan los órganos del Estado en la creación y aplicación de normas jurídicas generales e individuales. Aftalión, García Olano y Vilanova enseñan: "El orden jurídico, a la vez que determina un *que* (Derecho sustancial) a la conducta general de los súbditos, establece *quien* (órgano) procederá a la determinación de dicha conducta y *como* (procedimiento propiamente dicho) se hará ello. Estos dos últimos aspectos constituyen el Derecho Procesal".

Es así como la actividad desarrollada por los órganos del Estado en la creación y aplicación de normas jurídicas generales e individuales, es susceptible de escindirse en derecho procesal constitucional, derecho procesal legislativo, derecho procesal administrativo y derecho procesal judicial. Empero, esta clasificación no tolera el disciplinamiento científico autónomo de los "procesos" que se gestan en los ámbitos constitucional, legislativo, administrativo o

judicial, independientemente de la fase material que ostentan también esos derechos. Tan solo el derecho procesal "judicial" muestra autonomía suficiente como para ser objeto de un desarrollo particular e independiente de los diferentes sectores en que se divide el llamado derecho material. El estudio del derecho constitucional contiene en sí la materia que podría enunciarse como derecho procesal constitucional y legislativo, los cuales no conllevan entidad bastante que justifique su fraccionamiento como disciplina insular. Parecida solución vale respecto al derecho procesal administrativo, el cual en sentido estricto es el que se pregona con relación a los procedimientos que se ventilan ante los órganos administrativos y difiere de la llamada materia "contencioso-administrativa" la cual está encomendada usualmente a los órganos judiciales.

Aunque un poco inútil la clasificación precedente, sirve de algún modo para evidenciar ciertas confusiones en que incurre la doctrina procesal tradicional. Mirado el problema bajo tal planteamiento se comprende más nítidamente, según *Liebman*, que "no existe diferencia jerárquica alguna entre las normas que determinan el contenido de las relaciones jurídicas comunitarias y las normas que establecen el órgano estatal y los procedimientos mediante los cuales ha de determinarse dicho contenido, y que, por lo tanto, carece de validez la clasificación de las normas jurídicas en *primarias* y *secundarias* (como correlativa de las denominadas materiales, e instrumentales o formales)". *Liebman* agrega: "En el mismo orden de ideas corresponde desechar la subclasificación de las segundas en normas relativas a la *producción* y a la *actuación* jurídicas, según que, respectivamente, regulen el proceso de creación, modificación o extinción normativa, o los modos de actuación, en los casos concretos, del contenido de las normas jurídicas primarias. Tal razonamiento que circunscribe el derecho procesal al ámbito exclusivamente judicial y ubica a las normas procesales dentro de las llamadas normas de actuación, pasa por alto el hecho de que los jueces y tribunales de justicia, en tanto aplican normas generales en los casos concretos, cumplen una actividad jurídica creadora dentro del marco genérico de la ley".

Hay más todavía. Intellectualmente es procedente concebir una ley sustancial con validez y eficacia concretas. Y, paralelamente, una ley procesal que la sirve y realiza, entendiéndola así, de cierta manera, que jerárquicamente aquella se impone a ésta, por dar pábulo a una idea de derivación o instrumentación. Mas, en la dinámica del derecho no acontece así. La ley sustancial o material, en sí misma, como diseño autónomo carece de relieve trascendente. No

desborda su esfera, no se actúa, no se vitaliza sin el proceso y por consiguiente su existencia jurídica es hasta cierto punto inocua. El principio coactivo, inmerso como característica fundamental del derecho, no puede cumplirse sin la ley procesal y entonces su vigencia es abstracta, pétrea e insignificante. Parece ser que algo semejante puede pregonarse de la ley procesal, aunque extraordinariamente en hipótesis lógicamente desechables pero reales, el proceso vive sin la ley sustancial, de guisa embrionaria y deslucida si se quiere, pero como realidad óntica.

Hay un proceso despreciable, pero proceso al fin, cuando sin jurisdicción, sin norma preexistente material, se dispone por quien no tiene autoridad legítima, la ejecución de una persona.

La doctrina más generalizada sin embargo mantiene el empeño de sostener que el derecho procesal se encuentra situado en un plano de inferioridad en relación con el llamado derecho sustancial o material. Se dice que las normas procesales en general y particularmente las que regulan el proceso *carecen de un fin en sí mismas*, pues solo constituyen las reglas aplicables en el periplo que va desde los intereses tutelados por las normas sustanciales hasta su propia realización, configurando un medio para alcanzar dicha realización. Así, los derechos sustanciales serían normas *primarias*, en tanto que las normas procesales serían normas-medio, instrumentales o *secundarias*. Calamandrei informa que el derecho procesal es instrumental y formal. Lo primero, en cuanto la observancia del derecho procesal no es fin en sí mismo sino que sirve como medio para observar el derecho sustancial. Lo segundo, en cuanto el derecho procesal no regula directamente el goce de los bienes de la vida, sino que establece las formas de las actividades que deben agotarse para obtener del Estado la garantía de aquel goce.

Contra esta posición es viable observar: 1) Las normas jurídicas no tienen finalidad. Son únicamente conceptos en virtud de los cuales es posible interpretar una determinada realidad de conducta humana. 2) Ross da el siguiente argumento: El error de semejante razonamiento queda en evidencia no bien se advierte que tampoco es concebible un derecho material cuyas normas sean ajenas a toda idea de *sanción*, y que siendo esta última uno de los modos de ser en que el derecho forzosamente se manifiesta, aparecerá siempre, como dato inexcusable de la experiencia jurídica, la actividad de un órgano tendiente a la individualización de la sanción en el caso concreto, actividad que, por rudimentaria que sea, ha de configurarse jurídicamente como un verdadero proceso. 3) Los jueces para proferir sentencia se valen de una vertebración completa de

normas, la cual vertebración irremisiblemente está integrada por disposiciones contenidas tanto en las leyes sustanciales como en las procesales. Y ambas clases de normas concurren, coordinadas en un pie de igualdad, a definir el sentido jurídico de la norma individual en que la sentencia consiste.

Lo eficaz es que el ordenamiento jurídico en sí mismo no requiere de tales precisiones en punto a la subordinación de normas, en este campo. Nada se logra afirmando que la norma procesal es la que realiza la norma sustancial, porque invirtiendo el razonamiento también podría decirse que la norma sustancial es la que, a través de un proceso, resulta tutelada.

Lo cierto es que esta tendencia discriminatoria ha hecho de los Códigos, en este aspecto, un tremendo haz de confusión cuyo esclarecimiento pleno no se obtendrá sino cuando se imponga definitivamente el equilibrio o igualdad entre ambas normas. Mientras ello acontezca, se seguirá dando tumbos por encontrar su raigambre, con la complicidad de cada doctrinante que contamina de extremos inadmisibles su particular tendencia. Sentís Melendo ha dicho: "...Si para Peguy todo es procedimiento, y si para Goldschmidt todo debería serlo, se da el caso, bien absolutamente contrario, de que al derecho procesal se le niegan tan importantes zonas que, de aceptarse la eliminación, la materia objeto de nuestro estudio, quedaría reducida a su expresión mínima".

Este ímpetu minimizador ha hecho sostener a algunos que no hacen parte del objeto del derecho procesal nociones que en sí mismas, dada su gran dimensión, serían ya un cuerpo bastante para su propio alineamiento. Me refiero a los conceptos de jurisdicción, acción, prueba y cosa juzgada. Sobre la jurisdicción, verbigracia, se ha dicho que no incumbe al derecho procesal, porque es la expresión de uno de los poderes del *Estado*, y siendo ello así, solo puede ser disciplinada por el Derecho Constitucional. Algo análogo ocurre con la acción y su prueba, que se han querido adscribir al derecho civil. Al procesal le corresponderían asuntos de forma, de mecanismo, de ejercicio; algo parecido a lo que los instrumentalistas o procedimentalistas tenían como esquema de su actividad jurídica. Esta táctica peyorativa no ha sido superada del todo; el mismo Couture, para no referirme sino al insigne Maestro, excluyó la jurisdicción del derecho procesal en sus dos primeras ediciones.

Aplicación del método inductivo para delimitar el objeto del Derecho Procesal

Retomando el hilo de mi propósito central se me ocurrió pensar que, aplicando el método inductivo, partiendo de la comprobación o conocimiento particulares para ascender a la generalización, podría llegar por conducto del objeto del proceso al verdadero objeto del derecho procesal y me sumergí en el estudio de este tópico, mas con resultados nefastos o asombrosos. Los criterios tradicionalmente expuestos y aceptados por los doctrinantes, aunque alentados sin duda en razonamientos serios y maduros, me parecieron inconcordantes con la realidad jurídica o con la investigación de las causas últimas de ésta. Influido acaso por el método cartesiano de ir dejando a un lado todo aquello que no constituye esencialmente una necesidad filosófica de permanencia, ontológicamente inconcusa para arribar al *substractum* de lo que es definitivo, fui descartando una por una las distintas representaciones ideológicas en este aspecto. No podrían tomarse como finalidad u objeto del proceso la actuación de la ley, o la defensa del derecho subjetivo, o el castigo del reo o la eficacia o cumplido efecto de los derechos sustanciales como entre nosotros se ha tenido como axioma, como tampoco la justicia, o el descubrimiento de la verdad. Porque si esos diferentes enfoques fuesen veros no existiría dialéctica capaz de explicar ocurrencias como la sentencia injusta, o como la fuerza de la cosa juzgada que cubre —al decir de alguien— “mucho más que la tierra, los errores de los jueces”. Todas aquellas explicaciones son acaso los fines del legislador que vertebra el proceso, y hasta en ocasiones, de la parte que excita su nacimiento, o de la parte que queda asida a él, pero no es en modo alguno la finalidad del proceso. Dónde quedan aquellos conceptos si, aparte de la sentencia injusta, se tiene como verdad histórica, irrefutable, de ocurrencia más múltiple que lo deseado, que la jurisprudencia se muta constantemente. Y si esto es un aserto indebatible, como realmente lo es, en cada supuesto yo preguntaría: ¿cuál sentencia, la anterior o la que la deroga, es la que, con precisión cierta y filosófica, *actuó* la ley, defendió el derecho subjetivo, castigó al reo, aplicó la justicia o encontró la verdad? Ninguna respuesta parece enteramente respetable. Y no lo puede ser si se aprecia, además, que como una especie de aplicación diabólica de la tesis del Eterno Retorno, innúmeras veces se vuelve a la primera sentencia como si en efecto el fallador estuviese compelido absurdamente a una inexorable necesidad de regresión.

Atrae naturalmente la tesis que refiere la finalidad del proceso a la salvaguardia de la justicia mediante el ejercicio de la jurisdic-

ción, como lo propaló Adolf Wach. Pero la casi inasibilidad de esta concepción desprestigia su aprobación, no obstante el anhelo de algunos pensadores de sustentar una ciencia de la justicia, bautizada con un misterioso nombre —*Dikelogía*— que intenta convencer sobre una idiosincrasia científica en la noción de lo justo, que tendría conceptos, sistemas, métodos exactos y comprobaciones experimentales en el ámbito de la justicia. Pero esta aspiración no deja de ser vana y alimentada apenas por la preocupación convulsa que aparece siempre la comprobación de la injusticia.

Tal vez entonces pueda pensarse con Salvatore Satta que es inútil estrujar la mente en la búsqueda de una respuesta, ya que la pregunta obedece sencillamente a una distorsión del problema, o mejor a la ausencia total del problema, porque simplemente el proceso como tal no tiene finalidad.

O es probable también que siendo el proceso juicio y formación de juicio, halle su finalidad en sí mismo. Que solo sea la concreción o estado de una necesidad humana: *juzgar*. Que en el decurso humano, en la vida de relación por primigenia y bárbara que sea, siempre se denota un afán de esquema o de proceso en la imposición de la sanción. Que por consiguiente es una nota identificadora de la vida social. Pero una nota derivada y no precedente o superior al hombre mismo, con lo cual me desvíó de una postulación naturalista del derecho. Nace el proceso porque hay vida de relación, únicamente por ello. Se abre paso como exigencia ineluctable a la condición social del hombre, para que lo concreto se determine. Es en el campo civil, el llamamiento o la postulación que un sujeto hace del ordenamiento jurídico, lo cual equivale en sustancia a la idea de acción.

Si el proceso no tiene un fin especial sino que lleva en sí mismo su finalidad: juzgar. Si el proceso, además, constituye una materia cuyo conocimiento concierne al derecho procesal, convirtiéndose así en uno de sus objetivos, resulta advertido ya que la disciplina que regule, sistematice y construya legalmente la necesidad de juzgar, esto es decir la *jurisdicción*, también es objeto indudable del derecho procesal. A esta conclusión llegará Fenech, por medio de otro razonamiento.

La sugestión conceptual "Derecho Procesal" induce en error acerca del contenido

Al comienzo de estas notas, advertí, de paso, la sugestión con-

ceptual que denotan las palabras y me parece acertado asegurar que buena parte del error interpretativo en el campo delimitante del derecho procesal arraiga en sus propias palabras, y que de éstas se sigue casi como imposición lingüística tener al proceso como su objeto único.

Desde luego que lo tocante con la terminología es primario y básico en toda disciplina, y requiere de mucha precisión, justeza y rigor científico para que no se transforme en fuente de equívocos. La etimología de la palabra "derecho" es tema de permanente indagación y a fe que cada vertiente o auscultamiento lingüístico desemboca en una conceptualización diferente o matizada al menos con un criterio peculiar. La voz latina *jus* se hace derivar de la salutación *veda jos* (salud, salvación, protección), que significó entre los romanos tanto potencia divina, como autoridad o derecho. Mas también se le vincula con *jubere* (mandar), o con *jussum* (mandato), y resulta la radical de jurista, jurisconsulto, juez, jurisdicción, jurado, juicio y jurisprudencia (Briseño Sierra).

Algunos filólogos la hacen provenir del sánscrito *yu-yun* (unir, enlazar, juntar) o del griego *ison* (igual) y todavía no se sabe definitivamente si justicia se origina en *jus* o viceversa. Se enseña más específicamente que el derecho tiene por raíz la sánscrita *RJ*, común a los vocablos *rectum*, *directum*, y a los verbos *dirigere*, *regere*, de los que han surgido las voces *rex* y *regula*.

Es atinado afirmar que en castellano significa recto, gobierno y regla. Y en todos los idiomas arios las nociones de justicia y verdad se atan a rectitud, que obedece a la misma etimología de las palabras *recht*, *right*, *droit*, *diritto* o *direito*.

Estas variaciones y la necesidad de escoger una entre las posibles nociones de derecho, justifican hasta cierto punto que la literatura ofrezca tantas definiciones como autores hay. En ocasiones se atiende a la manifestación experimental de la conducta social; en otras, se abstrae el concepto y se realiza un examen que puede ser simplemente lógico, o que se extiende a lo filosófico y aún a lo metafísico. En realidad, las variadas consideraciones se originan en una toma diferente de perspectivas. Para el sociólogo no es más que un fenómeno que brota en la comunidad. El jurista se basa en los acontecimientos para crear una regla, o muta las reglas para procurar un resultado. El teórico se apoya en sus intuiciones mentales para alcanzar una consistencia ideal de las nociones. La ciencia conexiona sistemáticamente los conceptos, con el propósito de asegurar sus significaciones e influencias. Y la filosofía se propone indagar

el sentido último del Derecho, en relación con la idea integral del ser y de la vida.

Es claro que ninguna de estas actividades agota el contenido de un objeto del conocimiento que tiene tantas proyecciones como puntos de partida se elijan por el observador. Y que en veces parecería que los diferentes investigadores no estuviesen realmente dirigidos a un mismo objeto, aunque en principio así lo denuncien. Así por ejemplo, no parece que se refieran al mismo objeto quienes consideran que el Derecho es una idea metafísica de lo justo y quienes combinan preceptos positivos para obtener conclusiones útiles a sus propósitos materiales.

La cuantificación de la evidencia como método para moldear el objeto del conocimiento

De todas formas, sea cual fuere la tendencia elegida, es imperioso buscar la manera adecuada a determinada finalidad, como acaece en todos los sectores culturales en que a un diseño general siguen una técnica y un método. Los grandes derroteros sociales: individualismo o socialismo, liberalismo o intervencionismo, son diseños políticos que sin la realización técnica constituyen puras ideologías. Y la técnica requiere un método. Y el método cuantifica: es lo que en el derecho se conoce como la terminología.

Ya que las palabras son instrumentos que es forzoso acomodar a cada disciplina, todos los juristas se ocupan del vocabulario. Si una palabra conocida resulta insuficiente, se introduce el término utilizado en otras tareas, como ha sucedido con el vocablo órgano, traído de la biología al derecho. O se toman expresiones de otro idioma, como suele ocurrir frecuentemente con el latín, o con lenguas vivas especialmente en materia mercantil. O, finalmente, se acude a neologismos, o a nuevos significados de palabras en desuso o con significado ya perdido, como hizo Chiovenda con el concepto de la preclusión.

El método pues, consiste en moldear el objeto del conocimiento a través de su nombre. Así se impone una palabra entre todas las que fueren posibles para significar la conexión existente entre la palabra misma y los hechos. Es por ello que el mejor criterio será el que dirija la atención al objeto y luego a su nominación, no al contrario porque resultará funesto. Esta manera de proceder se ha llamado o calificado como cuantificación de la evidencia. Lo que está frente al sujeto se le dimensiona y después se le da un nombre.

El siguiente paso del método será conservar la identidad de la palabra con lo nombrado. Desde luego, este simple enunciado no implica la necesidad de un resultado correcto: tanto porque se usen luego vocablos multívocamente, como porque no se haya cuantificado con acierto.

Desde esta sencilla anotación teórica, es posible comprender que la indeterminable lista de Códigos Procesales, realizados casi con urgencia y no pocas veces con objetivos marcadamente políticos, no son la resultante de un conocimiento sólido, indiscutible, que sirva de sustento a las construcciones positivas y a su constante transformación para adecuarse a las nuevas necesidades sociales. Hay una crisis procesal particularmente en lo que respecta a las relaciones jurídicas entre los sujetos privados. Ello hizo que el mismo Carnelutti levantara su voz, alarmado por haber visto consolidarse en el campo científico la idea de empequeñecer cada vez más a la parte como órgano del proceso en beneficio de los poderes del juez. Esta crisis tiene una doble expresión: insuficiencia de los tribunales ordinarios para atender las demandas, y un creciente descontento por la manera como se sustancian los procesos. Humberto Briseño ha dicho: "Ante este fenómeno, cabe preguntar si el proceso, la verdadera institución procesal que diera nombre a la rama, puede ser todo su contenido, si al lado del proceso aparecen otras figuras y categorías que son ahora como antes, medios de solucionar los conflictos jurídicos interindividuales; en fin, lo procesal se forma con varias manifestaciones, y, en tal caso, cual puede ser su común denominador".

Es probable que al derecho procesal le haya acontecido una especie de cuantificación amplificadora, perjudicial en extremo. Que siendo una rama del derecho con autonomía reciente, se hubiese iniciado dentro del campo de sus temas esenciales y luego, impensadamente, hubiese propasado sus límites extendiéndose a sectores que no le son exclusivos.

No es difícil que este desbordamiento se deba en gran medida a la falta de unidad procesal, por cuanto se han venido creando innecesarias subdivisiones que, disciplinándose hasta cierto punto insularmente, han desvirtuado gravemente los verdaderos conceptos en que el derecho procesal descansa. No cabe en este ensayo una disertación sobre la unidad procesal, tema que por otro lado ya fue estudiado por uno de nuestros compañeros, pero me acojo al criterio vertido por Eduardo B. Carlos, Mario A. Oderigo y Alsina, quienes refiriéndose a la pretendida autonomía en materia penal y civil, lo cual es válido para las otras variantes, han dicho que desde el punto

de vista lógico, en nada difiere el proceso de conocimiento que sigue un juez para la aplicación de un precepto civil, del que sigue otro juzgador para la aplicación de una disposición penal.

Delimitación del Objeto del derecho procesal a través del método empírico

Aparte del método enunciado como cuantificación de la evidencia, o tendencia nominalista, existe el que parte de la realidad concreta que se subsume en la tendencia empírica. Aquél, ya dije, no conlleva necesariamente un resultado correcto. En éste se corre el riesgo de desbordar la propia denominación, de hallar que el contenido del Derecho procesal es más vasto que lo que parece significar su denominación, y que al mismo tiempo existen procesos no susceptibles de ser estudiados dentro de esta ciencia.

Miguel Fenech, a quien seguiré muy de cerca —resumiéndolo— en esta parte final de mi trabajo, anota que en este error se incurre por intentar reducir toda la idea del derecho procesal al proceso y sólo al proceso sin aclarar, por otra parte, en su más íntima esencia qué es el proceso. Sin que se niegue que el proceso es la piedra angular sobre la que se ha de construir el derecho procesal, existen otros conceptos tan importantes como él para determinar el contenido de esta disciplina, tales como la función jurisdiccional y el procedimiento, aunque tal proposición demande un cambio en su denominación.

En una serie de atinadas reflexiones, señala que el significado del proceso es proteico. No es característico del derecho procesal. Por lo tanto, siguiendo el método escolástico, de “el proceso” se ha de llegar a “un proceso”. En su sentido intuitivo, gramatical y lógico es un hecho con desarrollo temporal, es decir que no se agota en el instante mismo de su producción. Siendo intencional, deja de ser hecho para convertirse en acto. Es jurídico además por ser objeto de una ciencia jurídica, y se caracteriza por estar regulado su desarrollo por el Derecho. Si las normas reguladoras pueden dividirse en tres direcciones según que tengan por objeto la función legislativa, la administrativa o la jurisdiccional del Estado, y advirtiendo que las dos primeras son ajenas al derecho procesal, se tendrá que solo puede interesar a éste el tercer tipo de proceso. Se trata, entonces, de un proceso jurisdiccional y su estudio es objeto del Derecho procesal, sin que sea por ello su único objeto.

Desde otro ángulo, en la intersección de la idea de un proceso

natural o intencional, surge un concepto de gran relieve en el mundo del Derecho procesal y que constituye, junto con el proceso y la función jurisdiccional, el objeto de aquella disciplina. Se trata del procedimiento. Esta palabra significa el método de ejecutar algunas cosas. O relacionado con el proceso, en su significado de dimensión temporal, es la norma que regula un acto que se desarrolla en el tiempo. Es a partir de la distinción entre proceso natural y proceso intencional, como se perfila un paralelismo entre proceso y procedimiento, porque el proceso natural destruye toda idea de procedimiento. Ni siquiera idiomáticamente se podría hablar de un procedimiento cósmico o de un procedimiento patológico, pero sí de un proceso cósmico y de un proceso patológico. La palabra procedimiento entraña un contenido intencional, humano, querido. Para que pueda hablarse de procedimiento es necesario que el proceso sea regulable; y para que el proceso sea regulable es preciso que pertenezca a la categoría de los intencionales. Procedimiento y proceso son vocablos independientes, no correlativos. Se conexionan entre sí a partir de la noción de procesos intencionales, constituyendo el proceso una sucesión de actos, y procedimiento, la serie de normas que regulan los actos y su desarrollo.

En sentido estricto puede afirmarse que hay tantos procedimientos como procesos existen. Puede hablarse de procedimientos meta-jurídicos y de procedimientos jurídicos. Dentro de éstos, cabe distinguir los privados de los públicos, que en todo caso estarán constituidos por las normas reguladoras de los procesos privados y públicos respectivamente. Los procesos jurídicos pueden estar regulados implícita o explícitamente por las normas jurídicas. Los que se desarrollan en el campo privado generalmente no están regulados explícitamente, como por ejemplo el proceso de adquisición de un bien raíz. No ocurre lo mismo en el Derecho Público donde, como norma, los procesos han de realizarse según unas determinadas normas de procedimiento, establecidas en la ley en garantía de las modificaciones que en el mundo del derecho pueden producirse con el proceso en sí y con su resultado. Queda inmerso entonces, dentro de esta disciplina, el estudio de los procedimientos jurídicos públicos jurisdiccionales, descartando —por no pertenecerle— el procedimiento legislativo y el administrativo.

Siendo la “jurisdiccionalidad” el toque distintivo del proceso que interesa al derecho procesal, eliminando de su ámbito todos aquellos procesos que no contienen esa nota distintiva, es imprescindible denotar su alcance. La jurisdicción, como potestad soberana del Estado y atributo de la soberanía, es objeto del Derecho Constitucional.

En otro sentido se observa que el Estado se proyecta por medio de sus órganos, los cuales están integrados por personas; el complejo de tales personas, su vinculación, la jerarquía, su distribución en el territorio nacional, su retribución, sus prerrogativas, la adquisición y pérdida del carácter de funcionarios y empleados del Estado, en general el régimen jurídico de las personas que ejercen la función jurisdiccional, corresponde al Derecho Administrativo. Finalmente, otro de sus significados lo constituye la actividad que refleja el ejercicio de la potestad jurisdiccional; es así como, en este aspecto, la jurisdicción se integra en el Derecho procesal en cuanto esta actividad jurisdiccional se aparta de la órbita del derecho constitucional y del derecho administrativo. Es esta actividad jurisdiccional la que da lugar al proceso... jurisdiccional, caracterizándose este proceso justamente porque mediante la serie de actos que lo conforman se ejerce la función jurisdiccional. Por ello se ha dicho con verismo que el proceso es el instrumento de la actividad jurisdiccional.

Hay una relación trascendente entre proceso y procedimiento. Si aquél es una sucesión de actos, éste es el método para la realización cabal de una secuencia de actos. El proceso se perfila como una noción opuesta a lo instantáneo, es una dimensión temporal; el procedimiento, en cambio, está fuera de dicha dimensión, es una regla, algo pensado, es el itinerario que recorre el proceso a cuya norma ha de plegarse éste. El procedimiento es al proceso lo que las instalaciones fijas son al ferrocarril. En rigor, puede haber un proceso irrealizable porque la ley haya omitido la creación de su correspondiente carril o procedimiento.

El procedimiento es el conjunto de reglas que regulan la realización del proceso. Los procedimentalistas se percataron de su importancia y lo convirtieron en objeto único de su dedicación. Por el contrario, el estudio científico del derecho procesal se apoyó en el proceso y abandonó los procedimientos. Se viajó pendularmente del procedimiento al proceso, olvidando acaso que en el centro de dichos extremos debe servir de guía el estudio de la actividad jurisdiccional. Textualmente escribe Fenech: "Siendo el procedimiento... jurisdiccional la medida del proceso... jurisdiccional, nos encontraremos con procesos... jurisdiccionales tantas veces como veamos un proceso que discurre por los trámites y normas de un procedimiento... jurisdiccional reglado por el Derecho que tiene como fin la realización de la actividad jurisdiccional". Y agrega sintetizando el contenido del Derecho procesal que "éste comprende tres grandes ramas, a saber: el estudio de la actividad jurisdiccional, el

estudio de los procedimientos (de estos últimos sólo los jurisdiccionales) y el estudio del proceso”.

La posición de Fenech no agota sin embargo el contenido del derecho procesal. Su linaje publicista hace que su órbita tienda a ensancharse constantemente en la medida en que la jurisdicción se amplía. Fenech lo reconoce así y advierte que dicha disciplina no se detiene en las tres grandes vertientes que su mente brillante logró asir. Su pensamiento será sin duda un mirador refulgente por el cual se podrá detectar un inmenso campo abierto por el que deberán transitar los estudiosos, quienes posiblemente ya no se llamarán practicistas ni procedimentalistas ni procesalistas sino que, quizás, se denominarán jurisdiccionalistas, al paso que el Derecho que nos ocupa no será derecho procesal sino derecho jurisdiccional.

LA PRETENSION - BASES MINIMAS PARA LA FORMULACION DE UNA TEORIA AL RESPECTO

Juan Guillermo Velásquez Gómez
Juez Civil del Circuito de Medellín
Profesor de la Universidad de Medellín

1. *Introducción*

Para un adecuado entendimiento del concepto denominado Pretensión, es importante examinar la noción de la Acción y la evolución que ha tenido que, paradójicamente, en lugar de afianzarla dentro de las directrices del derecho procesal, ha sido reemplazada y superada por el primer concepto enunciado, de modo tal que la pretensión es hoy día de mayor utilidad para los procesalistas que la que pudiera obtenerse de la acción, llegándose inclusive a ubicarse ésta como fenómeno o institución jurídica extraprocesal.

2. *Teoría Monista de la Acción.*

Hasta la primera mitad del siglo pasado la acción venía siendo aceptada, sin oposición, conforme con los postulados del Derecho Romano, esto es, como el derecho sustancial mismo reclamado judicialmente. Justiniano y Celso definen de manera parecida el concepto de acción: "Nihil aliud est actio quam ius persequendi indicto quod sibi debetur", según el primero. "Ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur", para el segundo. La confusión de la acción con el derecho sustancial se comprende mejor si se observa que a la definición de Celso ("el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido") la escuela clásica agregó: "lo que nos es debido o nos pertenece", para que cobijara también las acciones reales.

Blondeau afirmaba en 1850 que "el procedimiento no es sino la colección de formas que han de emplearse en el ejercicio de

nuestros derechos" (1). Y Demolombe advertía que cuando la ley hablaba de derechos y acciones incurría en un pleonismo.

La teoría monista de la acción había sido propugnada por Savigny, y en el siglo actual por Redenti y Satta.

3. *Teoría de la Autonomía de la Acción del Derecho Material.*

La separación de la acción del derecho sustancial parece haber surgido entre los años de 1856-1857, a raíz de las publicaciones de Windscheid y de Muther (*Die Actio des Romischen Civilrecht von Standpunkte des Heutigen Rechts*, y *Zur Lehre von der Romischen Actio, dem Heutigen Klagerecht*, respectivamente), originándose así la conocida polémica que culminó con el reconocimiento de que no existía coincidencia entre el contenido de la acción del Derecho Romano y la pretensión del derecho germánico. La acción, entonces, no podía entenderse como un derecho subjetivo privado que pudiera constituir el objeto del proceso, debiéndose considerar por lo tanto como un derecho subjetivo público que corresponde al ciudadano frente al Estado para que éste le conceda una tutela jurídica. El derecho a la tutela jurídica fue denominado por Wach con el nombre de *Rechtsschutzanspruch*, existiendo en todos los casos en los que se da un derecho subjetivo público que se dirige al mismo tiempo contra el Estado y contra el adversario (contra aquél para el que juez o tribunal ejerza su actividad, y contra éste en cuanto se solicita una determinada prestación de dar, hacer o de no hacer) (2).

El nacimiento de esa teoría ha sido señalado como el punto de partida de la moderna ciencia procesal, llegándose a expresar que la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo (3), surgiendo la autonomía del derecho procesal del derecho civil.

Sin que se pretenda demeritar la trascendental consecuencia de la polémica Windscheid-Muther, y la concepción de Wach, antes que

1. Cita de Alvaro Leal Morales en *Teoría del Proceso Civil* — Biblioteca de Ciencias Jurídicas — Ediciones Tercer Mundo. Bogotá, 1966, pág. 14.

2. Adolf Wach, *Manual de Derecho Procesal Civil*. Vol. I. E.J.E.A., 1977.

3. Expresión de Eduardo Couture en *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición (póstuma). Depalma. 1977 pág. 63

ellos, en 1834, Hasse había intentado una notable crítica a la noción clásica y romanista de la acción. Y también se ha dicho que pese a los destacados estudios elaborados por los indicados juristas, es a Chiovenda a quien se le debe la profundización en el examen de la acción tal como había sido heredada del derecho romano, al publicar su ensayo "L'azione nel sistema dei diritti", en 1903 (4).

4. *Teoría concreta de la Acción*

Admitida la existencia de un derecho público subjetivo por medio del cual se puede pretender el otorgamiento de la tutela jurídica, sin que aquél pueda confundirse con el derecho sustancial, vale decir, reconocida la autonomía de la acción del derecho y, por consiguiente, de la pretensión, se expresó por algunos que el ejercicio de la acción tendría por finalidad alcanzar una sentencia favorable, entendiéndose así que la acción únicamente la podría intentar quien tuviera la razón. Resulta un tanto desconcertante que quienes lucharon en contra de la teoría civilista de la acción, aduciendo la autonomía del derecho procesal como consecuencia de la dicotomía que hacían de la acción para sustraerla del derecho material, fueran precisamente los que supeditaban su ejercicio a la obtención de una sentencia favorable, por lo cual necesariamente tendría que concluirse que si ésta fue desfavorable la acción no existió, lo que constituye un evidente contrasentido.

5. *Teoría abstracta de la Acción.*

Como réplica a la teoría concreta de la acción, surgió la teoría abstracta conforme con la cual la acción no dependía de que se tuviera el derecho o la razón por quien la ejercitara, pues aunque la sentencia fuera desfavorable de todos modos la acción se habría ejercitado. Posiblemente se deba a Degenkolb esta concepción al exponerla en su obra "Einlassungszwang und Urtheilsnorm", publicada en Leipzig en 1877, si bien el húngaro Plosz ya la había mencionado en un trabajo divulgado un año antes, recogido luego en 1880 en su obra "Beiträge zur Theorie des Klagerechts".

Explicaba el primero de los nombrados que era necesario encontrar a la doctrina procesal una base autónoma, objetiva, imparcial,

4. Comentario de Gian Antonio Micheli en Curso de Derecho Procesal Civil. Vol. I. Parte General. E.J.E.A., 1970, pág. 13-14.

que sirviera para explicar igualmente la existencia del proceso con una acción victoriosa o con una acción derrotada, para lo cual era necesario apartarse de la concepción civilística de la acción. Tanto Degenkolb como Plosz buscaron fuera de la litis un fundamento jurídico que justificara el poder de actuar de quien la sentencia demuestra que no tenía derecho, y lo fundaron en el derecho de accionar en juicio, consistente en un derecho subjetivo público, independiente de la correspondencia efectiva de un derecho privado llamado también derecho abstracto, preexistente a la demanda judicial y ejercitado mediante ésta, cuyo derecho compete al actor que se refiera a una norma de Ley existente, esto es, a una efectiva voluntad abstracta de la Ley, al que corresponde un deber del demandado también de carácter público, y que nace del solo hecho de que contra él se proponga una demanda (5).

La teoría abstracta ha sido, a su vez, venero de otras muchas corrientes que respetando sus fundamentos característicos (como son los atinentes a la autonomía de la acción en relación con el derecho material y a que es indiferente que la sentencia que finalmente se adopte sea favorable o desfavorable para el accionante, pues aún en este último caso la acción fue ejercitada), han visto en ella un derecho público subjetivo que podría incluirse dentro de los denominados derechos cívicos (Carnelutti), o cuyo efecto inmediato es la prestación de la jurisdicción (Rocco), o más adecuadamente como un poder jurídico (Couture, Guasp). Por este último aspecto conviene señalar que la acción así considerada queda sometida al ámbito del Derecho Constitucional, más que del Derecho Procesal Civil, amparándose inclusive en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, al disponer en su artículo 10 que "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

Pero debe decirse que no obstante que ese poder jurídico fuera reconocido a todos los individuos de la especie humana, necesariamente deben existir mínimos requisitos para su ejercicio sin los cuales el proceso judicial no puede surgir válidamente y si de todos modos naciera terminaría con una decisión opuesta al fin mismo de la acción, pues no resolvería en ningún sentido respecto del accionante, sino que se inhibiría para hacerlo.

5. Citado por Pedro Aragonés en *Proceso y Derecho Procesal*. Aguilar, 1960, pág. 131.

Esos presupuestos requeridos para que el proceso pueda iniciarse son obviamente anteriores a éste y ajenos al derecho sustancial que el accionante pudiera específicamente pretender. Por esta razón no parece acertado incluir como presupuesto de la acción, como lo hacen algunos estudiosos, el atinente a la no caducidad, cuando la ley ha previsto un término para la presentación de la correspondiente reclamación. Más bien podría encajar como presupuesto de la pretensión, ya que ésta sí se encuentra íntimamente ligada al derecho sustancial. Es evidente que si la no caducidad se tomara como presupuesto de la acción, el ejercicio de ésta significaría el examen previo del derecho material a la cual aquella puede afectar, contrariándose de tal modo la autonomía de la acción respecto de dicho derecho. Parece entonces más acorde con la teoría procesal que ese factor no sea tenido como presupuesto de la acción, sino de la pretensión, lo cual no impide que pueda ser declarada inmediatamente fuere formulada ésta, si así lo permitiera la ley (como sucede en Colombia, Art. 85 del C.P.C.).

Sin glosa alguna pueden considerarse como presupuestos de la acción los siguientes:

- a) La presentación de una demanda con el lleno de los requisitos legales, salvo cuando el proceso pueda iniciarse oficiosamente (aunque en este caso necesariamente se requerirá un acto del juez, sustitutivo del ejercicio de la acción del particular).
- b) La calidad de funcionario judicial competente de la persona ante la cual se presenta la demanda.
- c) La capacidad jurídica del demandante o accionante (o capacidad para ser parte).
- d) La capacidad procesal del demandante o accionante.

Como fácilmente puede apreciarse, ninguno de los presupuestos anteriores son vinculados al derecho material cuya satisfacción se pretenda, siendo controlables sin afectar la autonomía de la acción.

Conclusión de todo lo anotado es la de que si el ejercicio de la acción, mediante la formulación de una demanda, no logra iniciar el proceso, la falla debe buscarse en los presupuestos de aquella, y no en el derecho sustancial.

6. *Elementos de la Acción.*

La depuración del concepto de acción, según lo que hasta ahora se ha expresado, da lugar a que respecto de ella queden perfilados los siguientes elementos característicos:

- a) **Sujetos:** Los sujetos de la acción son el accionante o demandante (activo) y el Estado representado por el juez (pasivo). El demandado no tiene la calidad de sujeto de la acción, puesto que no está obligado a nada ante este poder, sino que solamente se encuentra sujeto o atado a él. "La acción desaparece con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para impedirla ni para satisfacerla" (6). No depende, por consiguiente, que el demandado acepte o no el ejercicio de la acción para que el proceso judicial se inicie, pues únicamente es al juez al que le corresponde adoptar esa decisión, sin consultarle.
- b) **Fines:** La acción persigue con su actuación, la apertura de un proceso judicial, el cual deberá culminar con una sentencia, favorable o desfavorable, pero en todo caso de fondo. La decisión inhibitoria no satisfaría el fin de la acción. En cambio la sentencia desfavorable sí (y obviamente la que le fuere favorable al actor).
- c) **Unidad:** La acción es única. En consecuencia, el ejercicio de la acción solamente origina un proceso y un proceso no puede haber sido originado por más de una acción. El demandante aunque en su demanda invoque varias pretensiones, solamente estará ejercitando una acción.

Siendo, como lo es, un poder jurídico, la unidad de la acción es más reconocible. Esta unidad impide que sea clasificable y menos con base en las ramificaciones o especies del derecho material. De ser así, forzosamente se llegaría nuevamente a la teoría monista, que se creía superada.

7. *La Acción como concepto extraprocesal*

Entendido el derecho de acción como uno de los inherentes al hombre que vive en comunidad, y admitido el ejercicio de la acción como un poder jurídico, debe considerarse que tal concepto puede hallarse sujeto al régimen político existente en el Estado en un momento dado. Así, no resulta insólito encontrar sistemas en los cuales

6. José Chioyenda en Principios de Derecho Procesal Civil. T.I. Ed. Reus. 1922.

no todos los habitantes del territorio tienen el derecho de acudir a los tribunales directamente y en veces ni por interpuesta persona: El extranjero, por ejemplo, en algunas sociedades o en ciertos casos, el menor de edad, el demente, el negro, la mujer, el inhabilitado política o civilmente, etc. Pero esas limitaciones forman parte de la organización constitucional del Estado. Debe reconocerse, sin embargo, que poco a poco las restricciones al derecho de acción van siendo cada vez menores y vinculadas a ciertos aspectos.

Puede afirmarse, entonces, que la acción es controlada desde fuera del proceso judicial y aun antes de que quiera siquiera intentarse. La acción no es un problema de orden procesal sino de orden político.

Bastante razón le asistía a Carnelutti cuando expresaba que la acción era un concepto extraprocesal y que no debía ser estudiado por los procesalistas.

La acción no constituye un problema procesal, y tanto es así que se agota con su ejercicio, es decir, nace para morir instantáneamente.

8. *El concepto de Pretensión*

En el Derecho Procesal actual se tiende a darle plena acogida a la teoría de la Pretensión, para sustituir a la de la acción y desalojarla del campo del proceso. Empero, debe reconocerse que esa tarea no es fácil, pues encuentra el escollo de la utilización tradicional que desde el Derecho Romano y durante mucho tiempo se le ha venido dando a la palabra Acción, y a su confusión con el concepto de Pretensión.

Aragoneses ha explicado de que manera Guasp, recogiendo los estudios que Rosenberg y Carnelutti habían hecho separadamente, los integra para concluir que la pretensión es el concepto fundamental de la idea del proceso civil. Afirma que la actividad jurisdiccional es provocada por un poder que ni por su naturaleza ni por su contenido pertenece a la ciencia del proceso. Ese poder (acción) aunque ciertamente es supuesto de la actividad procesal, es previo a la misma y se encuentra por fuera del mundo del derecho. Para una consideración rigurosamente procesal —dice— resulta necesario abandonar a la doctrina del derecho civil o del derecho político el problema de si existe frente a un particular o frente al Estado un derecho subjetivo a que las reclamaciones judiciales sean atendidas, y lo importante es centrar, en cambio, el tema en el estudio del acto

al que el proceso está condicionado. Admite Guasp que tal acto, que es realmente lo que le interesa al proceso, pueda recibir el nombre técnico de "Acción", pero que más apropiado sería el de "Pretensión procesal". Esta se definiría entonces como la declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración. La pretensión, por consiguiente, no es un derecho sino un acto, y es algo que se hace pero no que se tiene. (7)

Rosenberg había definido ya la pretensión como "la petición dirigida con autoridad de cosa juzgada que se señala por la solicitud presentada, y en cuanto sea necesario, por las circunstancias de hecho propuestas para su fundamento". Para llegar a esa definición sostuvo que para la determinación del concepto de pretensión procesal era decisiva la diferenciación de las tareas del actor de las del juez. Aquel no podía limitarse a someter a éste un conjunto de hechos y dejar a su discreción las consecuencias jurídicas que quisiera sacar de ellos y reconocerle. Advertía Rosenberg que, por el contrario, el actor tiene a su cargo la indicación del objeto y fundamento de la pretensión planteada y la presentación de una pretensión determinada; es decir, debe pretender una consecuencia jurídica determinada y con ello presentar una afirmación de derecho que se realiza a través de una petición fundada mediante la alegación de hechos a los que condiciona la norma, la consecuencia jurídica pretendida (8).

Carnelutti había expresado que las pretensiones que se formulan en los procesos civiles respectivamente por el actor y el demandado son declaraciones de voluntad, formuladas verbalmente o por escrito, apoyadas generalmente en fundamentos legales, mediante las cuales se exigen determinadas prestaciones. Sus principios los enuncia así:

1. La pretensión consiste en la exigencia de que un interés ajeno se subordine al propio. Puede estar fundada racionalmente o carecer de bases jurídicas, sin que deje de ser pretensión.
2. Los fundamentos ideológicos de una pretensión constituyen la razón de ella, por lo que es erróneo confundir la razón de la pretensión con la pretensión misma.

7. Jaime Guasp en Derecho Procesal Civil. T.I. Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, 1977, pág. 217 y ss.

8. Leo Rosenberg en Tratado de Derecho Procesal Civil. T. I. E.J.E.A. 1955. pág. 30.

9. *Naturaleza jurídica de la Pretensión*

La pretensión no es un derecho ni un poder, sino un acto de voluntad que no supone necesariamente que quien lo proponga tenga el derecho objetivo a su favor, pues la pretensión puede ser fundada o infundada. Esta busca un efecto jurídico, pero sin que el que la aduce pueda someter al demandado a su voluntad, ya que dicho sometimiento y su obligatoriedad emanan de la sentencia o declaración del juez.

La pretensión, aunque la formula el demandante y está dirigida contra el demandado, su aceptación o su rechazo queda subordinada a la decisión judicial, pudiendo reconocerse pese a la oposición del demandado o rechazarse no obstante la admisión o el allanamiento de éste. Así, pues, la pretensión no obliga por sí sola, como sí sucede con la acción que al ejercitarse somete al demandado a un proceso judicial, quiéralo o no.

Valga un ejemplo: Si A demanda a B pretendiendo que se declare la nulidad del matrimonio civil existente entre ambos, aunque B responda la demanda y manifieste su complacencia en dicha pretensión, no por esa actitud la nulidad deberá ser declarada por el juez. En este caso, como en muchos otros, el allanamiento del demandado es ineficaz. Puede darse todavía un ejemplo más clarificante de que la pretensión no es un derecho ni un poder y que en todos los casos corresponde al juez aceptarla o rechazarla independientemente del querer de las partes: A pretende que se declare resuelto un contrato de compraventa celebrado con B, por incumplimiento de éste. El demandado contesta la demanda para allanarse a ella. El juez deberá decidir si admite o no este allanamiento, y mientras no lo acepte, el actor y el demandado seguirán vinculados al proceso judicial.

Se ha explicado por la doctrina que el contenido y el alcance de la pretensión puede imponerle o no una carga o prestación al demandado, según el proceso tramitado, pues sólo en los de condena o en los ejecutivos se le impone. No sucede lo mismo en los que únicamente se persigue vincular al demandado a los efectos jurídicos de la pretensión, sin gravarlo con prestación alguna (declarativos puros y constitutivos). Se ha dicho que en estos últimos casos la pretensión no se formula contra el demandado sino frente a éste, quien puede inclusive estar de acuerdo con ella y con la declaración perseguida.

Como acertadamente lo ha considerado Guasp, la pretensión

es una declaración de voluntad, tiene carácter jurídico, con ella se busca la práctica de un determinado acto, y se impone siempre frente a una persona distinta del autor de la pretensión y del órgano jurisdiccional. Es una declaración de voluntad porque es expresión del querer de alguien y no una simple declaración de conocimiento o manifestación de ciencia; no es, sin embargo, un verdadero negocio jurídico, porque los efectos jurídico-procesales que la declaración produce, no están vinculados inmediatamente a ella, sino mediatamente a través de otra voluntad: la del órgano jurisdiccional. Tiene carácter jurídico porque se formula afirmando que lo pedido se halla conforme con lo dispuesto en las normas de derecho objetivo. La invocación de un fundamento jurídico cualquiera forma parte de la pretensión, sin que ello quiera decir que ese fundamento sea cierto y ni siquiera que su autor lo estime de esa manera, pues hay tantas pretensiones fundadas o sinceras como pretensiones infundadas o insinceras. El contenido de la pretensión es específicamente la práctica de un determinado acto por el órgano judicial. Este destinatario es lo que permite distinguir eficazmente la pretensión procesal de la pretensión en sentido civil, la cual es la exigencia frente a cualquier otra persona de una acción u omisión. La pretensión se interpone siempre frente a una persona distinta de su autor y del órgano jurisdiccional a quien va dirigida. Esta contraposición de los sujetos activo y pasivo y del destinatario de la pretensión es también característica del concepto de ésta y sirve en unión de los anteriores para deslindarlo de otras peticiones que no son propiamente una pretensión procesal (9).

10. *Elementos de la Pretensión*

Existe coincidencia en la doctrina para considerar que los elementos de la pretensión pueden reconocerse de la manera siguiente:

- a) **Sujetos:** Representados por el demandante (sujeto activo) y por el demandado (sujeto pasivo). El Estado, representado por el juez, es también sujeto de la pretensión, pero imparcial y con obligación de decidir sobre ella.
- b) **Objeto:** Es la materia o asunto sobre el cual recae la pretensión. Se encuentra representado por la relación jurídica sustancial y por el bien tutelado por ésta. Gráficamente puede darse así: A pretende que B sea condenado a restituírle un inmueble que

9. Jaime Guasp. Ob. cit.

le pertenece a aquél. El objeto de la pretensión estará representado, entonces, por el derecho de propiedad (relación sustancial) y por el inmueble en poder de B (bien tutelado por ese derecho).

c) Causa: La causa de la pretensión está constituida por los hechos sobre los cuales se estructura la relación jurídica sustancial. Los hechos (o causa para pedir) son esenciales en el ordcnamiento procesal donde impere el sistema de la sustanciación (que exige que en la demanda se indique el origen o fuente del derecho material que se reclama —en contraposición al de la individualización que requiere únicamente que se invoque el derecho pretendido—). La expresión de los hechos es útil no solamente por la claridad que le brinda al juez para examinar y decidir sobre la pretensión, sino que además sirven para determinar la carga o el cargo de la prueba. La causa de la pretensión debe exponerse simultáneamente con la pretensión, es decir, en la misma demanda y ante el mismo juez.

d) Razón: La razón de la pretensión está constituida por los hechos (o causa para pedir) que coincidan con la norma jurídica cuya actuación o aplicación se invoca con la pretensión. He aquí un ejemplo: A pretende que B sea condenado a restituírle un inmueble actualmente poseído sin título por éste, pero respecto del cual aquél tiene derecho de propiedad respaldado en escritura pública registrada en la oficina competente antes de haber entrado el demandado en posesión del bien. La razón de la pretensión de A se reconocerá si aparece demostrado que B está poseyendo (primer hecho), que A tiene título de dominio inscrito (segundo hecho), y que determinada norma o normas del Código Civil disponen que si alguien tiene derecho de propiedad debidamente constituido sobre un inmueble puede pretender que quien lo esté poseyendo contra su voluntad sea condenado a restituírsele.

e) Fin: El fin de la pretensión es el de la obtención de una sentencia favorable o coincidente con la pretensión formulada por el demandante en su demanda. Con toda razón ha dicho Rosenberg que si el actor no tuviera una pretensión para satisfacer mediante un proceso judicial, seguramente no pondría en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, ya que su interés es el de alcanzar una decisión o declaración concreta y no abstracta o teórica acerca del contenido de la ley material, ni mucho menos que le sea desfavorable.

11. Tipos de Pretensión

La pretensión puede clasificarse con base en el derecho material que la respalde, o desde el punto de vista de la especie de proceso y de la sentencia judicial.

a) En el primer caso la pretensión puede identificarse de la misma manera que tradicionalmente se ha venido haciendo de la acción. Habrá entonces pretensión real, personal, reivindicatoria, pauliana, publiciana, aquiliana, indemnizatoria, oblicua, rescisoria, o pretensión de nulidad, simulación, o resolución de acto o contrato. La pretensión, por consiguiente, corresponderá al derecho material cuya aplicación se persiga en el proceso.

b) Teniendo en cuenta la especie de proceso que sea idóneo para su examen y declaración, la pretensión derivará de allí su nombre.

I. Pretensión de cognición o de conocimiento: Si busca del órgano judicial una declaración de voluntad. Como no existe certeza procesal de la pretensión, ésta debe ser conocida y examinada por el juez para averiguar si es o no cierta.

La pretensión de cognición es el género de la cual son especies las pretensiones declarativas puras (mediante las cuales se busca la simple declaración de una situación jurídica anterior: por ejemplo, la nulidad de un contrato celebrado por un incapaz absoluto); las pretensiones declarativas constitutivas (que buscan la creación, modificación o extinción de una situación jurídica que antes no existía: por ejemplo, la disolución de una sociedad comercial por causa de desacuerdo entre sus socios); pretensiones declarativas determinativas (por medio de las cuales se persigue que mediante sentencia se determine la prestación debida por una de las partes a la otra, o se disminuya, como estipulada demasiado alta, o se distribuya entre varios interesados, de manera que vale en esta forma como debida desde el comienzo. La pretensión determinativa merece tener identidad aparte para que no se confunda con la constitutiva, cuyos efectos son *ex-nunc*, en tanto que los de aquella se logran *ex-tunc*: por ejemplo, la determinación de nuevo canon de arrendamiento de locales comerciales conforme el artículo 519 del Código de Comercio colombiano); pretensiones declarativas de condena (para imponer una situación jurídica, consistente en una carga u obligación, al demandado o sujeto pasivo: por ejemplo, condena al cumplimiento de un contrato o al pago de una suma de dinero).

II. Pretensión de ejecución: Partiéndose de la certeza de la existencia de un derecho material, acreditada en un título ejecutivo, se busca la realización de una operación física del órgano judicial, conducta con carácter real y no simplemente declarativa o ideal.

La pretensión de ejecución puede ser, según lo recuerda Guasp, para que se entregue al titular un objeto determinado por éste, bien dinero u otra cosa diferente (pretensión ejecutiva de dación); o para que el órgano de la jurisdicción desarrolle una conducta distinta de la de dar, como cuando se pide que ejecute una obra a costa de una persona o que deshaga lo hecho indebidamente (pretensión ejecutiva de transformación) ⁽¹⁰⁾.

III. Pretensión: cuantía: Puede clasificarse la pretensión como de mínima, menor o de mayor.

Debe anotarse que las pretensiones pueden clasificarse de otras maneras, pero las más significativas son las acabadas de indicar.

12. *Presupuestos procesales de la Pretensión*

No obstante que debe reconocerse la disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales respecto de la determinación de los presupuestos procesales de la pretensión (que algunos confunden con los de la acción), parece adecuado considerar que bien pueden mirarse desde dos puntos de vista diferentes: Como requisitos exigidos para que el juez o magistrado pueda entrar a examinar la pretensión (presupuestos de admisibilidad o viabilidad) o como los necesarios para acoger favorablemente la pretensión (presupuestos de eficacia).

a) Presupuestos procesales de viabilidad o admisibilidad de la pretensión: La falta de cualquiera de ellos impide cualquier decisión de fondo sobre la pretensión, vale decir, que provoca la inhibición judicial para resolver acerca de la relación jurídica material sometida a su examen procesal. Son:

1. El interés sustancial para obrar del sujeto activo, con sus calidades de subjetivo, concreto, serio y actual (El sujeto pasivo de la pretensión siempre tendrá interés para oponerse).
2. Correcta formulación de la pretensión (inteligible y consonante con la causa para pedir (hechos) en que se apoye —esto último donde impere el sistema de la sustanciación—).

10. Jaime Guasp. Ob. cit.

3. La debida acumulación de pretensiones (es decir, que las dos o más que se propongan no sean contradictorias o excluyentes entre sí, salvo que se formulen como alternativas o como principales y subsidiarias).
 4. La ausencia de cosa juzgada, transacción, desistimiento, o perención del proceso anterior. En ninguno de estos casos el juez puede resolver sobre la pretensión, ni aún en el mismo sentido en tratándose de la presencia de cosa juzgada; ni acogiendo sus mismos términos en el de la transacción aprobada en otro proceso.
 5. La ausencia de pleito pendiente entre los mismos sujetos y sobre el mismo asunto y en relación con igual pretensión, si aquél prima en el tiempo.
- b) Presupuestos procesales de eficacia de la pretensión: Son indispensables para que la pretensión sea reconocida favorablemente a quien la invoca. Son:
1. Que la pretensión sea posible legal, física y moralmente.
 2. Que sea idónea (Una pretensión de cognición no puede ser declarada o reconocida favorablemente en un proceso de ejecución).
 3. Que el derecho material pretendido exista y se pruebe.
 4. Que la razón de la pretensión se acredite.
 5. Que exista legitimación en la causa tanto del demandante (activa) como del demandado (pasiva).

LA TUTELA JURIDICA SUSTANCIAL Y PROCESAL

Jaime Soto Gómez
Magistrado del Tribunal
Superior de Medellín

I. *Noción de tutelas jurídicas*

La doctrina y la jurisprudencia dan como elementos o condiciones de éxito de la pretensión o de sentencia favorable: la tutela de la acción por una norma sustancial, la legitimación en causa (o para obrar) y el interés para obrar (o necesidad de tutela jurídica, en sentido que se dirá). (Jurisprudencia Civil 1975, pág. 124; N° 124 de la Ley (1976), pág. 26; Hernando Morales M., Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, 6ª ed., 1973, pág. 139).

Tales fuentes omiten el elemento probatorio.

Couture dice que “no es fácil hacer una enumeración precisa de ... los presupuestos de una sentencia favorable. La lista se halla aún en sus comienzos y no ha adquirido pleno desenvolvimiento”; y agrega, refiriéndose a ciertos ejemplos, que “en los casos propuestos son presupuestos de esta índole una correcta invocación del derecho y la prueba del mismo en los casos en que la ley pone sobre el pretensor la carga de probar los hechos constitutivos de la pretensión” (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, 3ª ed., póst., 1973, págs. 109 y 110), lo cual se explica porque los hechos y la petición son los principales elementos de la demanda; y posteriormente cita como presupuesto de lo mismo el interés para obrar (pág. 483).

Y el profesor Azula Camacho en otras palabras, adopta el principio tradicional de tener el derecho, reclamarlo debidamente y probar los hechos respectivos, diciendo: a) la existencia del derecho; b) la prueba del derecho; c) enunciar en la demanda los hechos (quizá en un sentido más amplio: presentar demanda apta). (Manual de Derecho Procesal - Teoría del Proceso, 1979, pág. 33).

En el concepto inicialmente citado se observa la inclusión de

tutela de la acción por norma sustancial, o sea norma sustancial que declare el derecho reclamado por el demandante. Son ejemplos de ausencia de tutela jurídica: los esponsales, obligación natural por causa distinta de prescripción, el juego y la apuesta.

Con todo, no basta la existencia de la norma abstracta, sino que también se den elementos de la subsistencia del efecto de la norma, como son la inexistencia de caducidad y de cosa juzgada.

Todos estos elementos quedan comprendidos en el concepto de existencia del derecho en el demandante, expresado por Couture y Azula Camacho, que se resuelve en tutela jurídica vigente.

Pero existe también un concepto procesal de tutela jurídica, en el sentido de la actividad del Estado ejecutada por el juez en función de la definición del derecho reclamado.

Nos concretaremos a ella.

II. *La Tutela Jurídica Procesal*

Noción

Según Couture, especialmente para la escuela alemana, la tutela jurídica, en este sentido, es la satisfacción efectiva del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas; pero debemos agregar, por nuestra cuenta: mediante la intervención judicial.

Mas él agrega que también son fines del derecho "el acceso efectivo a los valores jurídicos: en el mundo social: la justicia, la seguridad, el orden, cierto tipo de libertad humana".

La paz injusta no es un fin del derecho, como no hay justicia sin seguridad, ni orden sin libertad.

La tutela jurídica, como efectividad del goce de los derechos, supone la vigencia de todos los valores armoniosamente combinados.

¿Cómo sirve el derecho a eso? ¿La ciencia que lo establece cómo coopera en la efectividad real de la tutela jurídica?

Proceso y conducta

Derecho y conducta.

Conducta es el acto del hombre que interesa al derecho: vivir honestamente, no lesionar a nadie y dar a cada uno lo suyo.

Derecho es la norma que ordena: Vive honestamente, no lesiones a nadie y da a cada uno lo suyo.

El expresa el principio de la libertad jurídica como "el precepto de que toda persona está facultada para optar entre la ejecución y la omisión de lo que, estando jurídicamente permitido, no está jurídicamente ordenado": vgr., la libertad de asociación (art. 44 de la Const. Nal.), la de demandar o no.

Enuncia como principio ontológico jurídico de identidad que lo no prohibido jurídicamente es lo jurídicamente permitido: vgr., los particulares pueden hacer todo lo no prohibido legalmente (art. 20 de la Const. Nal.).

Si el acto es jurídicamente impuesto, su omisión genera sanción: esto genera el proceso.

Derecho y proceso.

Los actos del proceso se encaminan a enderezar la conducta que omitió algo obligatorio o ejecutó algo prohibido: infringió una norma.

Exceptuando casos de sentencias constitutivas, como de nulidad de matrimonio y de divorcio, el derecho se puede realizar fuera del proceso.

La fórmula de la norma jurídica es: dado A (hipótesis), debe ser B (conducta); y la fórmula de la norma jurídica procesal es: dado A, debe ser B; y, si no lo fuere, puede ser C (coerción); pero para llegar a la coerción se requiere P (proceso), de tal suerte que la relación es: dado A, debe ser B, y, si no lo fuere, puede ser C, mediante P.

Proceso y tutela jurídica.

Couture dice que la necesidad de tutela jurídica no es presupuesto del proceso, que el interés de actuar solo es presupuesto de sentencia favorable.

Proposiciones relativas a la esencia del proceso.

El derecho procesal es ciencia aplicada. Comprende un conjunto de reglas técnicas tendientes a obtener un fin: suministra a la ciencia del derecho medios para lograr su fin.

Para algunos intérpretes tal fin puede ser autónomo; pero para el art. 4º de nuestro C. P. C. él es la realización del derecho sustancial.

Proposiciones Lógicas de Derecho Procesal

a) Ejercicio del Derecho - En relación con interés privado quien tiene derecho a demandar tiene también la facultad de no hacerlo. Si no fuera así, el demandar no sería facultad.

Si la ley ordena demandar, la omisión se sanciona con pérdida del derecho, no con demanda de oficio, según proposición ontológica de "libertad de demandar", que se verá.

b) Cumplimiento del Deber - La parte que tiene el deber de demandar tiene también el derecho de hacerlo, pero no de omitirlo.

La ley establece medios para hacerlo y sanciones para la omisión.

c) Ejercicio de la Defensa - La parte que tiene el derecho de defenderse tiene también la facultad de no hacerlo.

d) Eficacia de las Pruebas - No puede haber dos pruebas igualmente eficaces que prueben dos hechos jurídicamente excluyentes, en unos mismos lugar y tiempo.

Cuando parece configurarse lo contrario, realmente una prueba desvirtúa lo que aparentemente acredita la otra, como ocurre cuando se prueba la simulación, por ejemplo.

e) Eficacia de la Cosa Juzgada - No pueden ser válidas dos sentencias contradictorias, en unos mismos lugar y tiempo.

Con todo, veremos que dentro del derecho colombiano no es válido este concepto de Couture, con respecto a sentencias de condena: "También por aplicación del principio de no contradicción, una conducta no puede ser permitida y prohibida al mismo tiempo. Lo que una sentencia declara no puede ser válidamente negado por otra. La cosa juzgada es, como se ha dicho, óbice de procedibilidad para un juicio ulterior. El segundo proceso es jurídicamente innecesario. La no existencia de cosa juzgada anterior es un presupuesto procesal. La segunda no es cosa juzgada" (ob. cit., pág. 487).

Atrás pusimos la cosa juzgada como excepción perentoria, enervante de la tutela jurídica. El Dr. Devis E. la presenta como elemento determinante de sentencia inhibitoria, poniendo como requisito de sentencia de mérito la inexistencia de cosa juzgada. Para el Dr. Hernán Fabio López Blanco "es perentoria en esencia, ya que ataca directamente el derecho alegado por el demandante" (Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano - Parte General, 1974, pág. 339). (Para Hugo Rocco consolida el derecho de una parte indirectamente, porque agota la jurisdicción del Estado).

Pero los arts. 335 y 509 de nuestro C. P. C. no permiten proponer tal excepción dentro del proceso ejecutivo, lo cual implica quiebra del principio general, como se dijo atrás.

En el derecho colombiano el conflicto entre dos cosas juzgadas contrarias se resuelve en algunos casos por el recurso de revisión, con restricciones, según los arts. 379 y 380, apte. 9, del C. P. C.

El C. P. C. del Vaticano, puesto como código modelo por el panameño Jorge Fábrega P. y por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en el art. 373, contempla entre los vicios que dan lugar al "juicio de casación": "3º, ser la sentencia de apelación contraria a otra sentencia precedentemente pronunciada, entre las mismas partes, siempre que la excepción de cosa juzgada haya sido propuesta o señalada de oficio al menos en el juicio de apelación".

f) Prohibición de un Acto - Si la ley prohíbe un acto procesal, se entienden prohibidos los que dependen de él.

Proposiciones Ontológicas de Derecho Procesal.

Son verdades relacionadas con la esencia del proceso, no meras verdades de razón, como las lógicas, sino, a la vez, verdades experimentales.

Algunos han rebasado el derecho para entrar al patrimonio de la cultura común de nuestro tiempo.

Hé aquí algunos ejemplos.

a) Libertad de Demandar - Nadie puede ser obligado a demandar en asuntos de interés privado.

"El derecho a demandar es un poder jurídico de ejercicio facultativo. La obligación o deber de demandar le quitaría su carácter

de atributo de la libertad, para hacerlo entrar en el ámbito de los poderes jurídicos”.

b) Acceso al Tribunal - A nadie puede negarse el acceso al tribunal para demandar en juicio.

“El derecho a demandar es inherente a la persona humana”, aun en el caso de que no tenga razón. Lo ideal sería que solamente lo hiciera con razón; pero no es posible.

Se explica ello con base en “la admonición de la experiencia” y en que los órganos legislativos no pueden prohibir lo que permiten, ni permitir impunemente lo que prohíben.

c) Derecho de Defensa - Nadie puede ser condenado sin tener oportunidad de ser escuchado.

Si a C (coerción) no se puede llegar sin P (proceso), a P no se puede llegar sin D (defensa).

Siendo la demanda tesis, la defensa antítesis y la sentencia síntesis, si no se ejerce la defensa, la sentencia se convierte en tesis (aunque para el maestro uruguayo sería antítesis).

d) Autoproducción de Prueba - Nadie puede crearse por sí mismo una prueba, en el proceso, a su favor, salvo excepción expresa de la ley, como las cualificaciones admisibles del confesante (art. 200 del C. P. C.) y los juramentos, estimatorio y deferido (arts. 211 y 212 ib.). Los libros de contabilidad son de naturaleza extraprocesal.

La prueba civil es la confirmación de una proposición, mediante una cosa o hecho tomados de la realidad.

Si quien tiene que probar pudiera por sí mismo crear la prueba, el juicio carecería de razón suficiente. Una y otra cosa tendrían el mismo origen: la voluntad del proponente o pretensor. La proposición se juzgaría por la misma voluntad del proponente o pretensor. La proposición se juzgaría por la misma voluntad del proponente y no por la voluntad exterior, idónea para confirmarla.

Con la prueba en contra no ocurre lo mismo: o la voluntad se modifica, reconociendo el error, o la demostración responde a una circunstancia más fuerte que el error: la verdad.

e) Juicio del Juez - Nadie puede ser juez en causa propia.

Todo juicio supone una razón idónea. La razón se tuerce frente a elementos más fuertes que el propio sentido del deber, como el interés o el amor propio. “El interés seduce y exalta lo propio y personal”, dijo nuestro doctrinante Rocha.

Aunque el juicio en causa propia puede ser cierto, por tradición inmemorial, el derecho no quiere que él se emita.

f) Contenido de la Sentencia - La sentencia que no decide la causa no es sentencia.

Esto es fuente de errores frente al derecho colombiano, pues el fallo inhibitorio no es sentencia en sentido abstracto, pero sí en sentido concreto: frente al proceso. No genera cosa juzgada material, pero sí formal.

En sentido absoluto, ontológicamente, el sentido de la sentencia es decidir la causa. Si no la decide, frustra su ser. No vale como acto procesal, sino como hecho procesal.

El proceso se decide por acto de juicio. Sin juicio, en sentido lógico, es decir, sin la aserción de que a tal objeto conviene tal determinación, no hay juicio en sentido jurídico, es decir: definición de un derecho.

Ontológicamente, la omisión del juez de acoger o rechazar la pretensión del demandante priva a la sentencia de su contenido de tal, para efectos de cosa juzgada material, como se dijo, o sea sin perjuicio de la sentencia inhibitoria cuando el derecho colombiano dispone proferirla.

Proposiciones Axiológicas de Derecho Procesal.

Atañen a la función del proceso, a su deber ser como tal. Como las ontológicas, también son verdades de razón, a la vez que de la experiencia.

a) Omisión de cumplir la Imposición Legal - El profesor uruguayo divide las imposiciones ("imperativos", dice) legales en deberes, cargas y obligaciones. Aunque él se refiere solamente a deber, debemos extender el concepto a toda imposición legal.

Así, la parte que omite la conducta procesal que la ley le impone sufre las consecuencias de su omisión.

El fin de la conducta impuesta consiste en hacer efectivos los valores que el derecho debe asegurar.

La omisión de cumplir el deber (vgr., de ser leal como parte, de decir la verdad como testigo, etc.) acarrea responsabilidad penal, civil, administrativa, disciplinaria, etc.

En las cargas procesales la consecuencia del incumplimiento no es la responsabilidad, sino el sacrificio del propio interés.

b) Omisión de Ejercer el Derecho - La parte que omite la conducta procesal que la ley le permite sufre los efectos de su omisión.

Mientras la omisión de cumplir el deber acarrea perjuicio (especie de daño emergente), la del ejercicio del derecho priva de beneficio (especie de lucro cesante).

La conducta de quien omite un deber es antijurídica. La de quien omite el ejercicio de un derecho no, pues es un acto de estimativa del titular del derecho, quien lo ejecutará o no en la medida de su interés material o moral (Como toda conducta, es escogimiento de bienes, en sentido general: el bien real de cumplir la imposición o el bien aparente de la inactividad o la pasividad).

c) Coercibilidad de la Cosa Juzgada - La que impone una conducta es necesariamente coercible.

La imperatividad propia del derecho se hace efectiva mediante la imperatividad propia de la cosa juzgada. Esa imperatividad lo diferencia de la moral y de los usos sociales.

Pero la coercibilidad de la cosa juzgada es contingente, no necesaria. Coercibilidad no es coerción (potencia, no acto). El beneficiado con la cosa juzgada es libre de exigir su cumplimiento o no.

d) Dolo de la Cosa Juzgada - La cosa juzgada obtenida con dolo no vale como tal.

Pero con respecto a dolo del juez, el derecho colombiano solamente lo contempla en la forma de cohecho, como causal 5ª de revisión (art. 380 del C. P. C.), pues otras formas de dolo que contempla corresponden a órganos de la prueba (testigos y peritos) y a sujetos del proceso.

El dolo se opone al juicio. Si se desnaturaliza la tesis o la antítesis, fracasa la síntesis, cuya fuerza compulsiva es la cosa juzgada.

e) Predominio de la cosa juzgada sobre la ley - La conducta determinada en la cosa juzgada prevalece sobre la determinada en la ley (como advertimos en relación con la tutela jurídica sustancial, pues la cosa juzgada la enerva).

Por eso, las partes no pueden seguir discutiendo el alcance de la ley.

Aunque sea errónea, la cosa juzgada prevalece sobre aquélla.

LA RELACION JURIDICA PROCESAL

Rodrigo Velilla Gómez
Profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana

La Relación Jurídica Procesal es una de las tantas teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica del proceso. Al lado de la Teoría de la Relación Jurídica Procesal encontramos otras que también pretenden explicar la naturaleza jurídica del proceso, entre ellas tenemos: La que lo explica como un Contrato, de origen romano; la que lo explica como un Cuasicontrato, sostenida por Ulpiano; la que lo explica como una Institución, atribuida a Jaime Guasp; la que explica el proceso como una Situación Jurídica, sostenida por Goldschmidt; la que explica el proceso como una Empresa sustentada por Oderigo; la que lo explica como un Servicio Público defendida por Jéze y Duguit.

Origen de la teoría

Los autores de la teoría que explica el proceso como una Relación Jurídica son genuinamente alemanes: Hegel es quien primero se refiere a ella. Oscar Von Bulow es quien por primera vez la desenvuelve, y la defienden, reforman y combaten Hollweg, Kohler, Wach, todos ellos alemanes. Posteriormente trasciende a Italia donde es defendida y sostenida por Chiofenda, Rocco, Calamandrei. También es sostenida por Rafael de Pina y Eduardo Pallares. En Colombia es defendida por Devis E., Hernando Morales M., Alvaro Leal Morales, etc.

Concepto de la teoría

El proceso “es una Relación Jurídica que determina facultades, deberes y derechos recíprocos que ponen en mutua comunicación a las partes y al tribunal”.

El proceso como toda relación jurídica tiene sujetos.

Sobre este punto no ha habido acuerdo en la doctrina, principalmente en los orígenes de la teoría. La discusión sobre los sujetos que integran la Relación Jurídica Procesal ha dado lugar a corrientes o variantes.

Kohler sostiene que la relación jurídica procesal se integra entre las partes, esto es, únicamente entre demandante y demandado recíprocamente. En consecuencia, excluye como sujeto de dicha relación al Estado.

Hellwig afirma que entre los sujetos que integran la Relación Jurídica Procesal se encuentran: El Estado, el demandante y el demandado. Dichas relaciones jurídicas aparecen formadas así: La primera entre el juez y el demandante recíprocamente, y una segunda entre el juez y el demandado recíprocamente. Se deduce en consecuencia que este autor no es partidario de la relación jurídica que pueda haber entre las partes, esto es, entre el demandante y el demandado recíprocamente.

Una tercera y última posición, es la de quienes sostienen que la relación se constituye por tres sujetos, a saber: el Estado, el demandante y el demandado, entre quienes surgen relaciones jurídicas recíprocamente. Es la posición de *Wach*, seguido por *Chioven-da*, *Couture*, etc. Esta última posición al parecer es la más aceptada por la moderna teoría del Derecho Procesal.

Una de las principales características de la Relación Jurídica Procesal, se ha afirmado que es la *complejidad*. Se dice que es compleja por la multiplicidad de deberes, derechos, facultades y cargas que surgen de las respectivas relaciones jurídicas que conforman la Relación Jurídica Procesal.

A continuación veremos cuáles son las relaciones jurídicas que conforman la Relación Jurídica Procesal.

Relaciones Jurídicas que integran la Relación Procesal

La primera es la que existe entre el Estado y el funcionario que lo representa.

Una segunda relación es la que aparece entre el Estado y el demandante.

Una tercera relación es la que surge entre el Estado y el demandado.

Una cuarta relación es la que media entre las partes, esto es, entre el demandante y el demandado.

Si en verdad se presentan o surgen esas relaciones jurídicas que se enunciaron, y si la Relación Jurídica Procesal supone derechos, deberes y facultades recíprocas, se preguntará entonces ¿cuáles son esos derechos, deberes o facultades que vinculan o unen recíprocamente a los sujetos de dichas Relaciones Jurídicas?

Los derechos que unen o vinculan a los sujetos de la primera relación jurídica, esto es, al Estado y al funcionario, relación jurídica denominada por Rocco de "Derecho Público Judicial", son los propios de la relación de trabajo. En efecto, hay un deber de prestar el servicio público por parte del juez, hay una obligación de parte del Estado de pagar la correspondiente remuneración. El funcionario y más concretamente el juez, se encuentra con respecto al Estado en una relación de subordinación como sujeto de esa relación laboral que se presenta frente al Estado como patrón, el cual como tal le impone órdenes. Ese conjunto de derechos, obligaciones y deberes constituyen ni más ni menos que una relación jurídica que, aunque bien podría admitirse como dice Rocco que es judicial, carece de relevancia para el estudio que nos proponemos porque, valga la pena decirlo, dicha relación jurídica es extrajudicial (Extraprocesal).

Relación Jurídica de Acción

Entre los sujetos de la segunda relación jurídica, esto es, entre el Estado y el demandante también se puede predicar la existencia de una serie de nexos o vínculos jurídicos que los unen, dando por tanto lugar a una serie de derechos, deberes y cargas que los vinculan produciendo en consecuencia otra Relación Jurídica.

La Relación Jurídica que se forma entre el Estado y el demandante es la comúnmente denominada Relación Jurídica de Acción. Nace en virtud de una reclamación que por medio de una demanda hace el actor a fin de que el Estado administre justicia o se pronuncie sobre una pretensión. Este derecho que tiene el particular de acudir al Estado a pedirle que administre justicia se explica diciendo que es el precio o contraprestación que paga el Estado por haber prohibido la justicia por propia mano y por haberse au-

toatribuido el Estado en consecuencia, la facultad exclusiva de administrar justicia.

Ese derecho que tiene el actor casi que podría decirse es innato a la persona misma. Frente a este derecho que por lo demás, es de consagración constitucional, el Estado tiene el correlativo deber jurídico de administrar justicia. Ese correlativo deber jurídico que tiene el Estado de administrar justicia se inicia por parte del Estado con el deber que tiene el juez de recibirle la demanda, de proveer sobre su admisión, de decretar las pruebas, de darle el impulso procesal al proceso, etc.

El juez, quien representa al Estado desde el punto de vista legal, está sometido a una serie de sanciones civiles, penales y disciplinarias como consecuencia del incumplimiento de dichos deberes. Además de las responsabilidades del juez, creo que no se puede descartar la responsabilidad patrimonial del Estado como resultado del incumplimiento de su deber de administrar justicia.

Aparte de ese derecho de acción que vincula a dichos sujetos, es decir, al demandante con el Estado, estos sujetos también están vinculados por las cargas y deberes jurídicos de orden legal que los unen, bien sea deberes de acción como deberes de omisión. Entre otros de esos deberes tenemos: Por parte del juez en relación con las partes, los que dá cuenta el art. 37 del C. de P. C.; desde el punto de vista de las partes los deberes que menciona el art. 71 del mismo Código.

Además del derecho de acción y de los deberes jurídicos que unen al demandante con el Estado, se presentan también las Cargas Procesales. Las Cargas Procesales, esto es, el imperativo del propio interés, son aquellas conductas que debe ejercitar el demandante frente al Estado si quiere obtener un resultado favorable a su propio interés. Entre otras de las cargas que ejercita el demandante frente al Estado tenemos: La carga de la prueba, la carga de la impugnación, la carga del impulso procesal, la misma carga de la demanda, etc.

Esos nexos o vínculos jurídicos que se dejaron vistos que unen al Estado con el demandante, a saber, el derecho de acción y el correlativo de jurisdicción, esos deberes jurídicos correlativos (los del juez y los de las partes) y esas cargas, originan ni más ni menos que una Relación Jurídica entre el Estado y el demandante.

Esa Relación Jurídica la concebimos como la entiende Alessandro Levi, como: "todo vínculo que une a dos o más sujetos de de-

recho en función de una norma jurídica que regula el comportamiento correlativo y recíproco de los mismos”.

Relación Jurídica de Contradicción

La tercera Relación Jurídica que observamos y a que ya hemos hecho referencia, es decir, la que surge entre el demandado y el Estado, es la que se ha denominado Relación Jurídica de Contradicción. Esta Relación según los autores en nada difiere de la anterior, es decir, de la Relación Jurídica de Acción y por ello se ha sostenido que son como el sello y la cara de una misma moneda, lo que en términos generales podemos admitir.

El primer vínculo que une a estos dos sujetos (demandado-Estado), es pues el Derecho de contradicción en cabeza del demandado y la correlativa obligación de jurisdicción que tiene el Estado de poner en movimiento el aparato judicial para administrar justicia en la cual él también está interesado. El Derecho de Contradicción lo ejerce el demandado frente al Estado y a su vez la jurisdicción la ejerce el Estado, además del demandante, frente al demandado; y en virtud de esa obligación el Estado tiene que recibirle al demandado la contestación de la demanda, oírle las excepciones, resolverle los recursos, las pruebas y admitir y respetarle el ejercicio de los demás derechos procesales.

Además de esos vínculos que unen al Estado con el demandado (contradicción-jurisdicción), dichos sujetos de derecho están unidos también por los deberes procesales que como parte que es, tiene el demandado, de conformidad con el art. 71 del C. de P. C. que valga la pena decir, son comunes con los del demandante.

Fuera de los derechos y deberes jurídicos que vinculan al demandado con el Estado, se producen también nexos jurídicos entre estos sujetos en virtud del ejercicio de las cargas que ejerce el demandado en el curso del proceso, como la impulsión del proceso que la ejerce el demandado frente al Estado, la carga de la prueba, la misma carga de la impugnación, etc.

Nadie discutirá ni se atrevería a negar que esta serie de vínculos jurídicos de contradicción y jurisdicción, de deberes jurídicos y de cargas jurídicas, constituyen entre demandado y Estado una verdadera relación jurídica.

Relación Jurídica de Pretensión

Por último, la cuarta Relación Jurídica, tal vez la más criticada y difícil de demostrar es la que se presenta entre las partes, esto es, entre el demandante y el demandado. Es, se podría denominar, la Relación Jurídica de Pretensión.

Ugo Rocco a pesar de que es partidario de la teoría de la Relación Jurídico Procesal parece no admitirla, o por lo menos no se refiere expresamente a ella, pero, de manera muy personal, creo que no se puede remitir a dudas la Relación Jurídica que se presenta entre demandante y demandado.

Si bien es cierto que el destinatario de la acción y de la contradicción es el Estado, también es cierto que el destinatario de la Pretensión del demandante es el demandado, y a su vez, el destinatario de la Pretensión del demandado es el demandante.

Si no se discute como en efecto no se puede discutir que en la formulación de una pretensión extraprocesal emana una relación jurídica, mucho menos puede discutirse o negarse la existencia de la relación jurídica que une a las partes por la formulación de una pretensión procesal, es decir, dentro de un proceso, la que no se desvirtúa por el solo hecho de que ella se presente por intermedio del Estado, se trata ni más ni menos que de un vínculo jurídico que une a dos sujetos de derecho (demandante y demandado), en función de una norma jurídica, como dice Alessandro Levi ya citado.

Si analizamos la Relación Jurídica desde el punto de vista como la entiende el maestro Eduardo J. Couture, forzosamente tenemos que llegar a la conclusión de que entre las partes (demandante y demandado) se forma en realidad una verdadera Relación Jurídica.

Couture afirma que hay en el juicio una Relación Jurídica "en el sentido de ligamen o vínculo que une los diversos actos en procura de su unidad definitiva. Esta relación es doble, de *causalidad* por un lado, de *reciprocidad* por otro". "Existe relación de Causalidad entre los actos porque en el orden de los mismos se señala en forma de consecuencia natural de uno con respecto a otro, el emplazamiento es la consecuencia de la interposición de la demanda, la prueba es consecuencia de la afirmación, la sentencia es consecuencia del contradictorio, la ejecución es consecuencia de la condena, etc."

“La relación de Reciprocidad existe en el sentido de que los nexos o ligámenes de los actos se producen frecuentemente en formas correlativas entre sí: a la caducidad de un derecho corresponde la satisfacción de una expectativa, a la petición corresponde un otorgamiento o una denegación, a la denegación un recurso, al recurso una confirmación o una revocación. Por su lado, las revocaciones o las confirmaciones actúan nuevamente sobre los derechos, sobre las expectativas y sobre las posibilidades, volviendo a accionar sobre sus propias causas. Se habla pues, de una relación jurídica procesal, en el mismo sentido que se habla de relación de familia o relación de vecindad: para significar un orden vinculatorio entre los actos y sus consecuencias, conjunto de nexos o ligámenes de las partes entre sí y de las partes con relación al juez”.

En otras palabras, diría yo, que los actos procesales de las partes (demandante-demandado) están unidos entre sí en una relación de causa a efecto, así, el acto procesal de una parte (que sería la causa), produce como consecuencia (y este es el efecto) otro acto procesal de la contraparte. Así por ejemplo, la perención del proceso que pide el demandado sería el efecto de una causa, a saber, la inactividad procesal del actor que constituye la causa. El incidente de excepciones previas del demandado no es más que el efecto o la consecuencia de una causa, a saber, los vicios de forma de la demanda.

Si desde otro punto de vista analizamos la relación jurídica como la concibe Mortara, citado por Rafael de Pina, como “toda cooperación de voluntades encaminadas a un fin jurídico, con capacidad para alcanzarlo”, tenemos que concluir también que entre demandante y demandado se forma una relación jurídica.

También inferimos la existencia de relaciones jurídicas entre demandante y demandado desde el punto de vista de los deberes jurídicos de acción y de omisión que por ley les son impuestos tanto al actor como al demandado (art. 71 C. de P. C.): las partes tienen el deber de obrar sin temeridad, también tienen el deber jurídico de obrar con lealtad y buena fe procesal, como también tienen el deber de respetarse y de no usar palabras injuriosas la una contra la otra. Nadie dudará que el contenido de estas conductas (deberes jurídicos) impuestas por la ley, tiene como destinatario a la contraparte misma, como tampoco dudaría nadie que estos deberes que unen a las partes constituyen una Relación Jurídica entendiéndolo por tal como el vínculo jurídico que une a dos sujetos de derecho en función de una norma jurídica que en este caso es de carácter procesal.

Si desde otro punto de vista analizamos la definición de pretensión que nos trae el maestro Carnelutti, también inferimos de allí la existencia entre las partes (demandante y demandado) de relaciones jurídicas: Dice Carnelutti que pretensión "es la subordinación del interés ajeno al interés propio". Esa subordinación de que habla Carnelutti entre demandante y demandado no produce una cosa diferente que un ligamen o vínculo jurídico entre dos sujetos de derecho, a saber, el subordinante y el subordinado y dicho vínculo no produce una cosa diferente que una verdadera relación jurídica. Creo que nadie se atrevería a afirmar que una relación entre partes donde se pretende una subordinación en función de normas jurídicas no sea propiamente una relación jurídica.

La integración de todo este conjunto de relaciones jurídicas que median recíprocamente entre el demandante y el Estado, entre el Estado y el demandado y entre el demandante y el demandado, es lo que ha llevado a la conclusión más generalizada por la doctrina moderna del derecho procesal, siguiendo a Bulow, que en realidad la verdadera naturaleza jurídica del proceso es la de una "Relación jurídica Procesal".

Características de la Relación Jurídico - Procesal

I) *Se trata de una Relación de Derecho Público:* Se dice que es de derecho Público, por los fines y por los sujetos que la conforman, como también por las normas jurídicas que la rigen.

Desde el punto de vista de los sujetos, Mortara afirma que ella no se puede clasificar absolutamente dentro de las de Derecho Público, porque ella contiene relaciones de derecho privado que son las que unen al demandante y al demandado, pero que tampoco se puede clasificar absolutamente dentro de las de derecho Privado porque ella contiene relaciones de Derecho Público como son las que unen al demandante con el Estado y al Estado con el demandado. No obstante, afirma el mismo autor que evidentemente prevalece la relación de Derecho Público y que por ello no hay obstáculo en clasificarla como tal. En efecto, es la opinión más generalizada por la doctrina de que se trata de una relación de Derecho Público.

II) *Es Tripartita:* Es decir, está conformada por tres sujetos de derecho, a saber, el Estado, el demandante y el demandado, los cuales están unidos entre sí recíprocamente. La relación del Estado con el juez no la incluimos allí, porque como se dejó visto, aunque

es una relación jurídica ella no tiene relevancia dentro de la Relación jurídico-procesal.

III) *Es de tracto sucesivo*. Así lo afirmó Bulow cuando dijo: "El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso".

Sostiene Calamandrei que "aún en los períodos de inactividad la relación procesal continua existiendo sin modificación y vinculando a los sujetos del proceso, puesto que en el mismo están ya fijadas las reglas y las condiciones a las cuales las ulteriores actividades deberán sujetarse".

Tan cierto es que ni aún la inactividad procesal la extingue, que pese a ella, se siguen produciendo efectos o consecuencias jurídica, como sería por ejemplo la perención, mal llamada caducidad.

IV) *Es Compleja*: Se dice que es compleja la Relación Jurídico - Procesal por la multiplicidad de derechos, deberes, facultades y cargas que se originan de la multiplicidad de Relaciones jurídicas que la conforman. Tal como ya se dejó visto.

V) *Es Colaborante* según Calamandrei: Porque como afirma el autor "a pesar de que las partes litigan, han de someterse a ciertas reglas y principios en su lucha, porque de otra manera no se podría desenvolver el juicio". La compara con la que se establece entre dos equipos de un deporte. "Son enemigos, pretende cada uno de ellos vencer al contrario, pero sólo pueden hacerlo si se someten a las reglas que forman el deporte de que se trate".

VI) *Es autónoma e Independiente*: La autonomía y la independencia se predicen desde puntos de vista diferentes:

Desde el punto de vista de las normas que la gobiernan. Están reguladas por normas procesales, independientes totalmente de las sustantivas.

Desde el punto de vista de la Relación sustancial o material también es independiente la Relación Jurídico - Procesal. Tan cierto es ello, que bien puede existir la Relación sustancial sin la Relación Jurídico - Procesal y viceversa.

Nacimiento y Extinción de la Relación Jurídico - Procesal

En una forma muy personal me he atrevido a comparar la existencia o la vida del hombre mismo con la vida del proceso en

el sentido de que tanto el proceso como el hombre nacen, crecen, se reproducen y mueren.

Nacimiento de la Relación Jurídico - Procesal

En cuanto al nacimiento de la Relación Jurídico - Procesal tenemos que distinguir si se trata de proceso de jurisdicción contenciosa o de jurisdicción voluntaria.

En los procesos de jurisdicción voluntaria también hay relación jurídico - procesal. Ella se constituye con la formación de una sola relación jurídica, la que media entre el demandante y el Estado en virtud del derecho de acción. Por la misma razón de que sólo existe una sola relación jurídica es por lo que la doctrina se ha dado en denominarla Relación Jurídico - Procesal unilateral. Esa Relación jurídico-procesal nace en el momento en que es admitida por el juez la demanda.

Cosa diferente sucede en los procesos de jurisdicción contenciosa donde la Relación Jurídico - Procesal nace en el momento en que el demandado es impuesto del auto admisorio de la demanda, sin importar para nada que comparezca al proceso a hacer valer sus derechos.

En este aspecto discrepamos del maestro Bulow, quien al respecto dice en su obra "Excepciones y presupuestos Procesales" refiriéndose a la Relación jurídico-procesal: "Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas a someterse a los resultados de esta actividad común".

Con esta afirmación no hace otra cosa Bulow que subordinar el nacimiento de la relación jurídico-procesal a la contestación de la demanda, lo que se considera un absurdo porque si así fuera equivaldría a dejar en manos del demandado la determinación del momento oportuno en el cual nace la relación jurídico - procesal, posición que por lo demás, es rechazada por la moderna teoría del Derecho Procesal.

En ese preciso momento que nace la Relación Jurídico-Procesal, nace simultáneamente con ella el proceso en el sentido jurídico estricto de la palabra.

Consecuencias de la integración de la Relación Jurídico-Procesal

La integración de la relación jurídico-procesal y más concretamente del proceso mismo, produce consecuencias jurídicas mayúsculas, entre otras tenemos: Impone al demandado la Carga de la Contestación. Hace procedente la excepción de litispendencia; como norma general interrumpe la prescripción. Sólo a partir de su formación procede la perención del proceso, después de ella sólo es posible reformar la demanda por una sola vez, etc.

Extinción de la Relación Jurídico-Procesal

Si bien es cierto que la Relación jurídico-procesal nace, la verdad es que ella también muere o se extingue.

Las formas de terminar o extinguir el proceso, las subdividimos en formas o maneras normales o típicas y formas o maneras anormales o atípicas.

La forma o manera normal o típica como se extingue el proceso y por ende la Relación jurídico procesal, es mediante la sentencia si se trata de procesos de conocimiento y mediante el pago si se trata de procesos ejecutivos.

Las formas o maneras anormales o atípicas de extinguir el proceso: El Código de Procedimiento Civil en su capítulo respectivo enumera como únicas formas o maneras anormales, el desistimiento, la transacción y la perención. No obstante, tenemos que concluir forzosamente que esas no son las únicas formas o maneras anormales de terminar el proceso, pues al lado de dichos fenómenos jurídicos se presentan otras que también producen los mismos efectos jurídicos, entre otros tenemos: El allanamiento de la demanda, la conciliación tanto en los procesos laborales como en los verbales de que dá cuenta el C. de P. Civil, la reconciliación en los procesos de divorcio y por último, la muerte tanto en los procesos penales como en los procesos de divorcio.

En forma personal, en gracia de discusión creo que también cabría citar como causales o formas anormales de terminar la Relación jurídico-procesal, las providencias por medio de las cuales se declara la prosperidad de las excepciones previas perentorias, como también la que declara la nulidad del proceso cuando ella conlleva la misma notificación del auto admisorio de la demanda.

Críticas a la Teoría de la Relación Jurídico - Procesal.

Dentro de la doctrina encontramos que no todos los autores son partidarios de la teoría que explica el proceso como una Relación jurídico-procesal. Entre otros de los autores que la rechazan o que la califican de infecunda tenemos a Carnelutti, Goldschmidt, Rosemberg, Aragoneses, etc.

Casi todos uniformes en las críticas a ella formuladas. Carnelutti por ejemplo, niega que las relaciones que se producen entre las partes en el proceso sean relaciones jurídicas, "porque una parte no está obligada hacia la otra a comparecer, ni a contestar, ni a testimoniar, ni a emitir pruebas, ni a ninguna otra cosa".

Más o menos en sentido similar se pronuncia Goldschmidt quien sostiene: "A las partes no incumben obligaciones procesales". "Que la obligación del demandado de cooperar con la litiscontestatio, ha sido sustituida por la carga de comparecer y contestar la demanda, la cual se impone al demandado en su propio interés".

El error a mi modo de ver de estos opositores consiste en creer ellos que las relaciones jurídicas tienen que contener necesariamente obligaciones jurídicas, pero se olvidan que los deberes jurídicos y las cargas también producen relaciones jurídicas entre los diversos sujetos de la relación. Será acaso que confunden ellos los términos jurídicos Relación Jurídica y Obligación, pero éstos son muy diferentes, por tanto se precisa como necesaria esta aclaración: Toda obligación crea u origina una relación jurídica, pero no toda relación jurídica constituye una obligación.

Por lo demás, creo que con los razonamientos que se dejaron expuestos al demostrar las diversas relaciones jurídicas que se forman entre el demandante y el Estado, entre el Estado y el demandado y entre el actor y el demandado, quedaron desvirtuadas las infundadas e inmerecidas críticas que se le formulan a la teoría de la Relación Jurídico - Procesal.

Me atrevería en forma personal a compartir la afirmación de que la relación jurídico-procesal no genera obligaciones, pero ello no quita que entre los diversos sujetos existan las relaciones jurídicas que se dejaron vistas, en razón de los deberes jurídicos que los unen, en virtud de las cargas y facultades que a su favor nacen, y con base en los derechos procesales que asisten a las partes.

LAS PARTES EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Alfonso Ortiz Rodríguez
Magistrado del Tribunal Superior de
Medellín. Miembro de la Comisión
Redactora del Código de Procedi-
miento Penal.

1. *Organización del nuevo Proceso Penal*

El nuevo Código de Procedimiento Penal, expedido por Decreto 181 de 1981, organiza el proceso jurisdiccional penal como proceso de partes. Esta estructura aparece impuesta en el Acto Legislativo número 1 de 1979 y en la Ley 6 de ese mismo año. Los artículos 41 y 42 del referido Acto atribuyen la función de investigación y acusación al Fiscal General de la Nación que la ejercerá por sí o por medio de sus agentes. Además debe asegurar la presencia de los presuntos infractores durante las actuaciones procesales. La mencionada Ley, además, le atribuyó la calidad de parte acusadora. La misma Constitución, pues, crea el órgano público de investigación y acusación. Por otra parte, la Ley 6 de 1979 dispuso el reconocimiento de los derechos humanos entre los cuales se encuentra la garantía de defensa. Por eso es indiscutible que en el proceso hay que reconocer la dignidad del procesado y por tanto hay que considerarlo como un sujeto y no como mero objeto de las investigaciones. Como sujeto está dotado de derechos para defenderse de las acusaciones que se le formulen. Por tanto, la defensa se contrapone a la acusación. En el debate probatorio y argumental, público y contradictorio, el juez, con la colaboración de las partes, indagará la verdad de los hechos y aplicará el derecho con la más absoluta imparcialidad y la más clara justicia.

2. *El Concepto de Parte*

El concepto de parte se ha elaborado con base en el derecho substancial o material y con base en el derecho procesal. Conforme a la primera fundamentación, el concepto se elabora a partir de la

identidad entre derecho material y derecho de acción. Así, en el proceso, se afirma, se desarrolla una relación jurídica substancial y las partes son los sujetos de dicha relación. Esto es apenas lógico si el derecho de acción es "el poder inherente al derecho de reaccionar contra la violación o el derecho mismo en su tendencia a la actuación". En esta clásica concepción la parte es el titular del derecho material y del derecho de acción y contraparte quien ha desconocido ese derecho. Por tanto, la parte defiende y esclarece su derecho en juicio.

Cuando se descubrió que el de acción es un derecho autónomo e independiente del derecho material, el concepto de parte se elaboró con criterio netamente procesal. Así se afirmó que parte es el que pide o contra quien se pide en juicio una declaración de derecho. Parte es quien asume la figura de demandante o la de demandado en el proceso. Para el gran maestro Chiovenda, es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley, y aquél frente al cual ésta es demandada. El profesor Ugo Rocco afirma que parte es aquél que estando legitimado para obrar o contradecir, gestiona en nombre propio la realización de una relación jurídica de la que afirma es titular, o bien de una relación jurídica de la que afirma es titular otro sujeto, que puede comparecer o no comparecer en juicio. Conforme a estas nociones, la acción resulta ser el derecho de demandar al Estado y a otro, pero siempre con preeminencia del Estado. Por eso surge una triple relación procesal entre el demandante y el órgano judicial, entre éste y el demandado, y entre el demandante y el demandado. Siempre aparece la noción de parte parcial o parcializada.

El nuevo Código de Procedimiento Penal, por mandato de los artículos 41 y 42 del Acto Legislativo número 1 de 1979 y la Ley 6 del mismo año, establece una parte funcional. Ciertamente, la acusación es una función del Estado cuyo ejercicio corresponde al Fiscal General de la Nación por sí o por medio de sus agentes. En cuanto función, es una manifestación externa de uno de los atributos del Estado y, en tanto, exteriorización de la soberanía. El ejercicio de las funciones estatales corresponde a los órganos públicos que, en cuanto tales, tienen el deber constitucional de proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes como lo prescribe el artículo 16 de la Constitución. Tales funcionarios son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y de las leyes, así como por extralimitación en el ejercicio de sus funciones y por la omisión del ejercicio de las mismas conforme al artículo 20 de la Carta Fundamental. Por esto y porque

es principio general del Estado de Derecho la imparcialidad de sus funcionarios, la parte acusadora en el nuevo Código es imparcial. Así, pues, el órgano público de acusación es parte funcional e imparcial. A esta parte se contraponen la defensa. Esta, encargada a un abogado, es también una función porque la abogacía tiene una función social según lo dispone el artículo 1º del Decreto 196 de 1971. Por eso la parte defensora es parte funcional que discute si en el caso concreto concurren todas las condiciones previstas en el derecho penal material para la aplicación de una pena o una medida de seguridad. Sostiene la inocencia, la menor culpabilidad, la menor punibilidad o la inimputabilidad.

3. *Necesidad de las Partes en el nuevo Proceso*

La existencia de partes en el nuevo proceso es una exigencia de la Constitución y de la Ley 6 de 1979. Esta última ordenó que al Ministerio Fiscal se le otorgara la calidad de parte acusadora. Además dispuso la adecuación a los tratados internacionales sobre derechos humanos y en ellos se encuentra el principio de contradicción. Además ordenó la consagración del principio de lealtad entre las partes. Así, pues, el nuevo proceso, fundado en el principio de contradicción, se organizó como proceso de partes. Era indispensable la organización de las partes, porque el proceso penal democrático, como enseña Segni, es un proceso con dos partes, por lo menos. El acusador constituido como órgano del Estado (Ministerio Público, que es parte, y no juez) y el acusado. Pero en el nuevo proceso no se da una contraposición entre personas sino entre funciones. Por eso no se llaman parte acusadora y parte acusada; sino parte acusadora y parte defensora. Si en el nuevo proceso no hubiera partes, sería imposible organizarlo en armonía con la Constitución y la Ley 6 de 1979.

4. *De la Parte Acusadora*

La parte acusadora aparece reglamentada, principalmente, en los artículos 87 a 90 y 352 a 355. El Fiscal General de la Nación o su agente que formule la acusación es parte acusadora. El primero es acusador legítimo y único en los procesos de competencia de la Corte Suprema de Justicia en única instancia. En los demás casos es acusador legítimo el Agente del Fiscal que lleve a cabo la investigación. Tiene la misma legitimación el Agente que sea especialmente designado por el Fiscal General por sí o por medio de su Di-

rector Seccional para que formule la acusación o continúe como parte acusadora en el proceso ya promovido. Esta legitimación es importante tenerla en cuenta para poder comprender porqué la incompetencia del funcionario de investigación o acusación es causal de nulidad. El Ministerio Fiscal tiene la calidad de parte acusadora desde el momento mismo en que formula acusación. Esta acusación tiene como presupuesto, en el nuevo Código, la existencia de prueba suficiente que permita inferir al funcionario, razonablemente, la existencia probable del hecho típicamente antijurídico; que el procesado es autor o cómplice a título de dolo, preterintención o culpa, o que al momento de realizar el hecho se encontraba en alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 31 del Código Penal. Para establecer estos presupuestos el funcionario necesita ejercer su función investigadora. Por tanto, la investigación que corresponde hacer al órgano público tiene como finalidad establecer esos presupuestos. Pero como tiene el deber de investigar también lo favorable al procesado, su actividad investigativa tiene, también, la finalidad de establecer los presupuestos para ejercer la pretensión de conclusión conforme al artículo 361.

Lo expuesto en el párrafo anterior significa que el Ministerio Fiscal promueve la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, ejerciendo una función de investigación con el fin de formular la pretensión que corresponda, sin más excepción que los casos en que se requiere querrela o petición especial para iniciar la investigación. Significa además, que durante la investigación no hay partes y que, cuando ejerce la pretensión punitiva, es parte acusadora necesaria, de carácter público, encargada por el Estado, a quien representa, de pedir la actuación de dicha pretensión y el resarcimiento de los perjuicios en el proceso jurisdiccional que promueve.

5. *El Ministerio Público es Parte Imparcial*

El Ministerio Público en el nuevo proceso penal es un órgano imparcial. La imparcialidad no significa no ser parte. Esta imparcialidad es una especial motivación consistente en que el acto se orienta por el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa y legalmente. En la ejecución del acto imparcial se excluyen todas las consideraciones subjetivas personales de quien lo ejecuta. En el nuevo proceso penal el Ministerio Público debe guiarse sólo por el afán de acertar para que la justicia y la legalidad resplandezcan. El Ministerio Público en el nuevo proceso cumple una función que tiende a satisfacer una necesidad colectiva en

forma permanente. Por eso tiene el carácter de órgano de servicio público. Así, pues, es órgano administrativo de servicio público que cumple funciones de parte. Por eso es innegable la naturaleza administrativa de las funciones propias del Fiscal General de la Nación y sus Agentes, con las limitaciones resultantes del ámbito procesal en que las ejerce.

6. *De la Parte Defensora*

En la doctrina tradicional frente a la parte acusadora se coloca la parte acusada y luego se hace referencia a los representantes de dichas partes. En el nuevo Código la parte acusadora es ejercida por quien tiene la función constitucional de acusar y la parte defensora es ejercida por quien tiene la función de defensa. Por eso la contraposición es acusación - defensa y no acusador - acusado. Por eso mismo las partes tienen sentido funcional y no material y ni siquiera formal. La función defensora la tienen el procesado y su defensor y por ello integran la parte defensora conforme al artículo 91. Pero el defensor dirige la defensa. Esta parte defensora tiene, para preparar su defensa, la facultad de llevar a cabo su propia investigación autónoma e independiente de la que realiza la parte acusadora como se prevé en el artículo 99. Por eso cabe afirmar que, en el nuevo Código, cada parte tiene el deber de investigar para aportar los presupuestos en que fundará su pretensión ante el juez. En el juzgamiento, la parte defensora debe realizar una actividad enderezada a impedir, mediante comprobaciones y la controversia de los fundamentos de la acusación, la actuación de la pretensión punitiva en su totalidad o a que se realice en medida diferente a la exigida por la parte acusadora. Esto se infiere de los artículos 380, 403, 405 y 408.

7. *El nuevo Proceso exige un cambio de mentalidad*

Frente a la investigación, acusación, defensa y juzgamiento, los funcionarios y los abogados deberán adoptar una nueva actitud. La actividad de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación será eminentemente dinámica y deberán realizarla en equipo. El sentido criminalístico de la investigación los hará investigadores científicos y su labor acusadora los comprometerá con el ejercicio de la pretensión punitiva, pero también estarán comprometidos con el ejercicio de la pretensión de conclusión. Su responsabilidad aumentará con el tiempo. Los abogados defensores deberán conver-

tirse en verdaderos criminalistas dinámicos que realizarán su actividad también en equipo. El juez, elevado y digno, dirigirá los debates con disciplina y orden procurando inferir la certeza de la controversia realizada en su presencia y sin olvidar que puede practicar pruebas de oficio. Estas tres funciones se ejercerán independientemente pero en tan estrecha colaboración que la justicia será absolutamente imparcial. En vez de asombrarnos ante la nueva situación, debemos analizarla y evaluarla para comprenderla en su totalidad. Por eso el nuevo Código genera un cambio de actitud frente a la inmensa tarea de administrar justicia penal.

8. *De las Partes Incidentales especiales*

En el nuevo Código de Procedimiento Penal, según el artículo 105, la persona que, por medio de abogado titulado con tarjeta profesional o autorizado para ejercer la abogacía, promueva un incidente procesal especial tiene la condición de parte incidental. El artículo 104 señala cuales son los incidentes procesales especiales. Conforme a dicha disposición, el originado en la solicitud de desembargo y levantamiento del secuestro; la oposición a tal solicitud y los similares a éstos como la solicitud de embargo y secuestro y la oposición a dicha petición, pueden ser planteados por las partes principales o por cualquier otra persona. En cambio, el originado en la solicitud de devolución de cosas, armas, instrumentos y efectos aprehendidos durante el proceso, o de cauciones, sólo tienen el carácter de incidentes especiales cuando son planteados por persona distinta de las partes principales. Esta distinción es absolutamente necesaria para saber cómo se resuelve la solicitud del procesado o su defensor en el sentido de que se le devuelvan cosas aprehendidas durante el proceso.

La solicitud de desembargo y levantamiento del secuestro y la oposición a la medida de embargo y secuestro en el momento de la diligencia, por ejemplo, se tramitan conforme a los artículos 400 a 402, sean planteados por alguna parte principal o por persona distinta. La solicitud de devolución de cosas, armas, instrumentos y efectos aprehendidos durante el proceso como los señalados en los artículos 282, 283 y 284, si es formulada por persona distinta de las partes principales, se tramita como incidente conforme a los citados artículos 400 a 402. Si la misma solicitud es formulada por alguna parte principal, entonces se procede conforme a los artículos 393 a 395 que son las disposiciones a que remite el inciso final del artículo 106. En esta forma se procede cuando tal

solicitud es formulada por cualquier otra persona durante la investigación. Ello es así porque los incidentes procesales especiales, como tales, sólo pueden plantearse durante el juzgamiento.

Así, el incidente de desembargo sólo puede promoverse durante el juzgamiento, sea quien fuere su promotor. Si un tercero solicita al funcionario de investigación y durante esa etapa la devolución de alguna cosa aprehendida, se procede conforme a los artículos 393 a 395. De la misma manera se procede cuando la solicitud es formulada por el procesado. Pero si aquel tercero presenta su petición en el proceso de juzgamiento, ella se tramita como incidente especial.

9. *Limitaciones a la actividad de las Partes*

Las partes, sean principales o incidentales especiales, deben realizar su actividad con arreglo a las formas de los actos procesales. Tales formas están constituidas por las condiciones de lugar, tiempo y modo con que deben realizarse los actos procesales. Tales formas, prescritas por la ley procedimental, constituyen una limitación a la actividad de las partes y del juez, pero son garantía de seguridad y certeza de cada actuación. Las formas procesales, como enseñaba Montesquieu, son el precio que el ciudadano paga por su libertad. Pellegrino Rossi afirmaba: "no hay justicia sin formalidades, pues de otro modo sería fuerza y violencia". El nuevo Código ha conservado la escritura como formalidad procesal porque es la forma permanente más particular y posible en el grado de la actual tecnología colombiana. Sin embargo, conforme al artículo 190, "en la recolección, práctica y conservación de las pruebas, se podrán emplear los medios mecánicos, electrónicos y técnicos en general, que la ciencia ofrezca a la investigación y que no atenten contra la dignidad humana". También se conserva el juramento para varios actos procesales en razón de la seriedad que le imprime a la actuación y porque así lo exigió la Ley 6 de 1979 que dispuso que el procesado que quiera declarar lo haga bajo juramento y sea interrogado como cualquier testigo. La forma escrita y el juramento se siguen usando en todos los procesos no sólo en Colombia sino en todo el mundo. La forma escrita mantiene inalterable la prueba y da seguridad al derecho invocado. Además el defensor puede examinar fácilmente lo que haga el investigador-acusador y prepararse para la defensa. De lo contrario la defensa sería permanentemente sorprendida y no habría posibilidad de ejercer ningún control objetivo sobre la actuación de ninguna de

las partes ni del juez. Por eso, aunque la actuación en el debate probatorio y argumental es oral, se exige su documentación. Esto facilita, además, el control en la segunda instancia, en la casación y en la revisión.

10. *Conclusión*

El nuevo proceso dice a las partes: vuestro destino está en gran parte en vuestras manos. Servíos de las facultades procesales y cumplid los deberes para defender adecuadamente vuestros puntos de vista. Probad y contraprobad, afirmad y contraafirmad, que mediante la controversia realizada bajo la dirección del juez, se logrará la mayor claridad en cuanto a los hechos y la mayor imparcialidad en la aplicación de la ley.

LIEBMAN Y SU MODERNA CONCEPCION DE LA TEORIA CLASICA DEL PROCESO COMO RELACION JURIDICA

Beatriz Quintero de Prieto
Magistrada del Tribunal Superior de Medellín

En el diario ejercicio de la ciencia del Derecho Procesal, en la brega y en la fatiga, a veces se regresa sobre la historia de los conceptos y también sobre la de las personas que se ligan a ellos porque los han escudriñado afanosamente. Ocurre el fenómeno por ejemplo, con la palabra “proceso”. El término surca toda la edad científica de esta rama del derecho; el proceso es la tarea que justifica todo el engranaje de la jurisdicción; es lo que constantemente hace el juez y sin embargo, en las páginas de todos los libros y tratados se teoriza sobre el asunto, sin que se vislumbre siquiera un acuerdo, acerca del significado de este término, de su naturaleza jurídica.

El fenómeno que se denomina “proceso” no ha sido identificado a suficiencia y entonces, desde Bülow, desde Chiovenda, desde Calamandrei que le sucediera como jefe de la escuela clásica italiana, y hasta Liebman, quien es hoy esa escuela, se ha buscado capturar su esencia, *definiéndolo*.

Bülow en 1868 llamó al proceso “relación jurídica pública”; la doctrina tenía ya antecedentes en Hegel; se ahondó por Köley y Wach; se refutó por Goldschmidt; se difundió en Italia por obra de Chiovenda; adquiere finalmente dinastía y perfiles en el profesor Enrico Tullio Liebman.

Así entonces hoy y para permitir el juicio crítico, se ofrece en traducción prístina del italiano, directamente de la cuarta edición de su “Manuale di Diritto Processuale Civile”, I, giuffré editore, 1980, p. 29 y 32 a 35, capítulo segundo, número 18, acápite “proceso civil”, la concepción de Liebman sobre la naturaleza jurídica del proceso:

“... 18. *Proceso civil*: La acción por medio de la cual se desarrolla en la práctica la función jurisdiccional, se llama *proceso*.

Esta función, en efecto, no se cumple en un solo momento o con un solo acto, sino con una sucesión coordinada de actos que se desenvuelven en el tiempo y que atisban al cumplimiento de un suceso final. Por ello, la idea de un camino hacia una meta y el nombre que se le da al conjunto de actos que adquieren consistencia en el ejercicio de la función. Proceso civil es el que se gesta para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional en materia civil. El sujeto que dirige el proceso y que emite la declaración final, es el órgano jurisdiccional; pero en el proceso colaboran también las partes, las cuales realizan algunos actos que son esenciales e indispensables, empezando por la demanda, que constituye la acción inicial de la cual el proceso toma su origen. Se dice entonces, que quien presenta demanda *incoa, comienza* un proceso. En su conjunto la esencia de esta actividad variada se ordena en el esquema de una demanda que una parte dirige al órgano jurisdiccional en atención a su contraparte, o en relación con su contraparte, a la cual demanda, el *órgano* responde con su providencia; entre esos dos sucesos, uno que abre y el otro que cierra el proceso se desarrolla una acción intermedia más o menos compleja, dirigida toda a preparar y a hacer posible precisamente el pronunciamiento del acto final, desarrollo que se cumple con el contradictorio efectivo o por lo menos virtual de la contraparte. Todos estos dinamismos son minuciosamente regulados por las leyes...

20. *Disciplina legal del proceso*: En la disciplina legal del proceso, dos son los perfiles que tienen relevancia en cuanto dan al proceso una exacta configuración jurídica posibilitando reducir a la unidad los distintos elementos que en todo supuesto concreto concurren a constituirlo; ellos son la relación existente entre sus actos y la que se establece entre sus sujetos. Desde el primer ángulo, se realza, que los actos de un proceso se coligan entre sí como elementos de un todo, como las partes de una unidad que se proyecta en el tiempo. El principio de este vínculo se da por la identidad del fin formal (el resultado final del proceso, *la sentencia*) a cuyo cumplimiento cada acto aporta su contribución, si bien los sujetos que dan vida a los varios actos puedan tener y tengan frecuentemente intereses y finalidades personales diversos y en parte contradictorios (cada parte mira a un contenido distinto de la sentencia, y a ellas se opone la posición neutral del juez). Así los actos son como otras tantas etapas de un camino que se recorre para llegar al trance final en el cual se identifican la meta del itinerario prefijado y también el resultado de la operación total.

El conjunto de los actos en su sucesión y unidad formal toma el nombre técnico de procedimiento.

Desde el segundo ángulo se relievra cómo la *pendencia* del proceso determina la existencia entre sus sujetos de toda una serie de posiciones y correspondencias recíprocas, las cuales son jurídicamente regidas y forman en su reunión una *relación jurídica, la relación jurídica procesal*.

Desde el momento en el cual se incoa el proceso, el órgano que está investido para su conocimiento, y las partes que en él se ven coenvueltas, se encuentran efectivamente en una relación particular que crea entre ellos recíprocos vínculos, con consecuencias jurídicas relievantes. Se trata de una relación de derecho procesal naturalmente, diversa por su contenido de las relaciones de derecho sustancial. La relación descansa en la potestad del órgano judicial de *proveer*, de decir el derecho en connotación con las partes; esta potestad se confiere al órgano directamente por la ley como tarea institucional, pero se vuelve efectiva y se posibilita su ejercicio en concreto solamente como derivación de una demanda judicial que le sea presentada. Desde este momento surge la relación procesal y por eso el *órgano* puede ejercer en concreto la jurisdicción y correlativamente las partes estarán sometidas a los efectos de su ejercicio. Pero, precisamente por eso el juez no puede proveer más allá de los límites de la demanda ni en relación con personas distintas de las partes. El desenvolvimiento del proceso depende pues, en gran medida de la iniciativa de las partes. Son derechos de naturaleza procesal, los poderes que la ley reconoce a las partes para provocar la actividad del juez y la determinación de encaminarla en una u otra dirección. Estos derechos subjetivos son abstractos, refieren exclusivamente a la actividad del juez, no al resultado favorable o desfavorable, el cual dependerá de la convicción del juez sobre lo fundado o infundado de las razones de cada parte y por ende de su juicio sobre el mérito de la causa.

Todas estas posiciones jurídicas positivas (potestades, derechos subjetivos, sujeciones, cargas) se conjuntan en un haz en la relación procesal y representan el tejido jurídico interno del proceso. Esta relación también es una unidad que progresa desde el primero al último acto del proceso, paralelamente con el procedimiento correspondiente. La clara distinción de ella permite escindir el proceso con todo su contenido jurídico, de la relación litigiosa que constituye su objeto. El es el *iudicium* que se distingue de la *res in iudicium deducta*.

Así se ha puesto el fundamento esencial para entender la autonomía del proceso en comparación con la situación jurídica litigiosa y por lo tanto también el carácter abstracto de las posiciones

sujetivas de las partes en el proceso, las cuales se confieren por el legislador con prescindencia del *fundamento*, o razones de mérito de cada una de las partes. El proceso se hace para reconocer la razón a quien la tiene, y precisamente por ello se garantiza a las partes la posibilidad de defender sus propias razones y de enfrentar el debate con armas iguales para hacerlas triunfar.

La relación procesal tiene desde luego requisitos de validez que se llaman *Presupuestos Procesales*: su falta genera invalidación del proceso y, si al defecto no se pone remedio, la imposibilidad para el juez de entrar en el examen de mérito de la causa. El juez deberá entonces declarar en sentencia que no puede juzgar la causa, definiendo apenas como inválido el proceso. *Como ineficaz*. Son presupuestos procesales: la capacidad específica o *competencia* del juez; la *capacidad* de las partes; la *adecuada demanda*; la ausencia de impedimento de litispendencia y de compromiso...”.

Memento:

La parquedad de Liebman es solidez: su concepción patentiza la naturaleza *dinámica* del proceso, el estado de ligamen como fuerza vinculante y hasta la secuencia de instancias proyectivas, expresiones todas utilizadas por los nuevos (Kish, Briseño Sierra...). Distingue dos vínculos, uno como lazo de los actos que, sugerido por la técnica denomina *procedimiento*; otro, como ligamen de los sujetos, que como red vinculante progresa hacia el fin, en cadena forzosa. Utiliza sin pavora un lenguaje que la teoría de la “situación” volvió “tabú” y se sirve de él para expresar ese significado hondo y lleno de contenido: “existencia entre los sujetos de toda una serie de posiciones y correspondencias recíprocas que son las que forman la relación jurídica procesal, como *pendencia*, como haz de posiciones jurídicas (potestades, sujeciones, cargas...) a la manera de un tejido jurídico interno... como *unidad que progresa* del primero al último acto del proceso... Con la claridad que es luz que escinde el proceso como relación abstracta de la relación material que subyace estática, como res deducta, como *situación*, en ese significado de etapa en el desarrollo de un derecho (Goldschmidt), *litigiosa*.

Así, tan moderno, tan vital, el pensamiento clásico, presenta el atractivo doble de la histórica madurez que es sazón y de la remozada idea que es fuerza y vida de cualquier teoría.

LA LEGITIMACION EN LA CAUSA Y EL CONTRATO DE TRANSPORTE

José Fernando Ramírez Gómez

Juez Civil del Circuito de Medellín
Profesor de la Universidad de Antioquia

Inacabada se presenta hoy día la discusión acerca de la legitimación en la causa; mientras que algunos doctrinantes plantean la cuestión como un problema eminentemente procesal, otros más, remiten su tratamiento a los ámbitos de la relación jurídico-sustancial originante del conflicto de intereses que se procura tutelar.

Entre nosotros, Hernando Devis Echandía participa de la primera postura, que en cierta forma también Enrico Allorio. En posición contraria se coloca la Corte Suprema de Justicia, pues en este punto sigue a Chiovenda, bajo cuya tesis explica:

“Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la *legitimatio ad causam* consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva) (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Conviene desde luego advertir, ... que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de “acción” no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de “derecho” de “pretensión”, que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado”.

El punto que es interesante como simple especulación teórica, adquiere visos de apasionante cuando de su elucidación práctica se trata, como bien sucede con la legitimación ad causam del remiten-

te y el destinatario en el desarrollo del contrato de transporte, que es lo que se pretende analizar a través del artículo que nos ocupa.

El Contrato de Transporte.

De conformidad con el artículo 991 del Código de Comercio, el contrato de transporte es aquella convención en que una de las partes se obliga con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstos al destinatario.

El contrato de transporte, según lo informa el texto citado, es eminentemente consensual, como que “se perfecciona por el solo acuerdo de las partes” y aún “por simple adhesión”. Su prueba ocurre conforme a las reglas legales, siendo elementos de convicción aptos los diferentes medios que señala el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, incluida la carta de porte, tal como lo establece el artículo 1.021 del Estatuto Mercantil.

Dentro de la tradicional clasificación que de los contratos se hace, necesariamente tiene que afirmarse que el transporte es bilateral, oneroso, conmutativo y principal. Lo primero por ser fuente de obligaciones para sendos contratantes. El transportador adquiere la obligación, que la doctrina llama de resultado, de “conducir a las personas o a las cosas sanas y salvas al lugar o sitio convenido...” (art. 982 *ibídem*), recibiendo como contraprestación el precio del transporte o flete y los gastos que ocasione la cosa transportada, lo cual constituye la obligación de la otra parte (arts. 981 y 1.009 *ejusdem*). Como cada uno de los contratantes se grava en beneficio del otro y en forma equivalente, necio parece entrar a explicar el aspecto de la onerosidad y la conmutatividad, así como aquello de que es un contrato principal, por cuanto no necesita de otra convención para subsistir.

Ahora, ¿cuáles son las partes del contrato de transporte de cosas? La respuesta nos la da el artículo 1.008 de la obra en cita, diciendo:

“Se tendrán como partes en el contrato de transporte de cosas el transportador, el remitente y el destinatario.

“Por transportador se entenderá la persona que se obliga a conducir las cosas objeto del contrato; por remitente, la que encarga la conducción, por cuenta propia o ajena; y por destinatario, aquella a quien se envían las cosas.

“Una misma persona podrá ser a un mismo tiempo remitente y destinatario”.

Pues bien, como lo define el artículo 1.008, el contrato de transporte tiene una estructura tripersonal, conformada por el transportista, el remitente y el destinatario; desde luego, cuando las dos últimas situaciones jurídicas no recaen en un mismo sujeto. Consagró, entonces, el Código Comercial vigente, la orientación particular que desde antes la doctrina y la legislación externas otorgaban a este acuerdo.

Joaquín Garrigues en su “Curso de Derecho Mercantil”, diáfaramente significa el status de cada una de las partes integrantes del contrato, así:

“El porteador. Es la persona que asume la obligación y la correspondiente responsabilidad del transporte (custodia, conducción y entrega de la mercadería)...

“Remitente o cargador. *Es la persona que en su propio nombre solicita el transporte y frente a la cual el porteador asume la obligación de efectuarlo. Es el acreedor del transporte en su fase constitutiva.* Lo esencial es que actúe en su propio nombre, pues en otro caso remitente sería la persona representada. *En cambio es indiferente que obre por cuenta propia o ajena (el mandatario o el comisionista que en su propio nombre pacten el transporte son remitentes frente al porteador) y que sea o no propietario de las cosas transportadas: la posición jurídica del remitente dentro del contrato de transporte está totalmente desligada del título jurídico que le permite disponer de la cosa (propiedad, posesión, simple tenencia material, etc.).*

“Destinatario o Consignatario. Es la persona a la que han de entregarse las cosas objeto del transporte una vez realizado éste. *Es, pues, el acreedor del transporte en la fase ejecutiva...*”

Surge entonces la figura del destinatario como entidad jurídica diversa del remitente. *Esta tercera persona, aún sin haber intervenido en la conclusión del pacto, adquiere derechos derivados del contrato de transporte* (v. art. 368 del C. de Co.) *y asume las obligaciones correlativas* (v. art. 374). Por eso se dice que el contrato de transporte no agota su acción dentro de la esfera de los contratantes; y en este estado estriba una de sus peculiaridades más saliente”. (Opus cit., Ed. Porrúa S. A., México, 1977, págs. 204 a 208. Subrayas nuestras).

Explica el tratadista mencionado, como también lo ha prego-

nado el Tribunal Superior de Medellín, que con la fórmula del artículo 1.008, se ha querido proteger al destinatario, confiriéndole participación en el cumplimiento del contrato en el cual tiene un interés sumo, puesto que para él no es indiferente el áleas de las mercancías, el tiempo en que lleguen y el valor del flete, que eventualmente puede estar a su cargo, según lo dispuesto por la parte in fine del artículo 1.009. Dejéase así de lado, los tratamientos clásicos de la gestión de negocios, la estipulación por otro o para otro, y simplemente se dijo que el destinatario era parte.

La legitimación de remitente y destinatario.

Si bien es cierto que con la postura del Código de Comercio se superaron algunas dificultades jurídico-prácticas del contrato de transporte, tampoco debe dejarse pasar por alto la aparición de otros embrollos de no poca trascendencia, como lo es el problema de la legitimación en la causa, cuando ante el incumplimiento del transportador por extravío de la mercancía, la parte contraria se ve en la necesidad de elevar alguna reclamación.

Al respecto abundan las tesis: Que el derecho es del remitente porque éste es el propietario de la cosa transportada hasta que ésta no sea recibida por el destinatario, dicen algunos. Que el derecho converge al patrimonio de destinatario y remitente porque ambos son parte del contrato, dicen otros.

En verdad, las tesis en cuestión pecan por la falacia de la fundamentación. La primera porque es indiferente el título jurídico que el remitente exhiba frente a las mercaderías transportadas — como lo anota Garrigues—, ya que lo que se procura hacer valer en caso de pérdida no es el derecho de propiedad, ni otro cualquiera, sino aquellos relativos al contrato de transporte que se dice incumplido. La segunda, porque no obstante la presencia bipersonal de remitente y destinatario, sus derechos no concomitan en el tiempo.

Para el éxito del análisis que afrontamos, no se puede perder de vista, el factor temporo-espacial que es peculiar al contrato de transporte, que en cuanto a su ejecución conlleva un desplazamiento material de las cosas acarreadas, de un lugar a otro, esto es, del sitio del remitente al sitio del destinatario; circunstancia que juega rol especial para la elucidación del derecho de disposición de las mercancías, o “*ius disponendi*”, acudiendo a terminología Romanista, o “*stop page in transitu*”, según el concepto de los modernos anglo-

sajones, porque “El derecho del remitente cesará en el momento en que comience el del destinatario”, tal como lo anota el inciso último del art. 1023 del Código de Comercio.

Nótese con la doctrina foránea, que el remitente es acreedor del transporte en su fase constitutiva; posición que le corresponde al destinatario en la etapa ejecutiva. De suerte que en principio el precio del transporte o flete y los gastos que ocasione el desplazamiento serán de cargo del remitente, pues los derechos y correlativas obligaciones del destinatario están diferidos en el tiempo, quien solo entra a ser solidariamente responsable de esos importes cuando el envío o remesas se hace “a debe”, “entrega contra pago”, “collect on delivery” u otra equivalente, casos en los cuales se requiere que el destinatario haya aceptado el contrato (art. 1.009 del Código de Comercio).

Orientado por el deslinde que se ha dejado por averiguado, el art. 1017 *ibídem*, faculta al remitente, quien todavía es titular del derecho de disposición, para retirar las cosas antes de iniciado el viaje o durante el viaje, siempre que cumpla con sus obligaciones, las cuales repiten los dos párrafos finales de la norma en comentario. Consagra, además, el art. 1.023, que en cierta parte consulta el 1.017, aunque dejando de lado el presupuesto de la controversia, que el remitente puede disponer de la mercancía, a condición de cumplir todas las obligaciones resultantes del contrato de transporte, “sea retirándola del sitio de partida o del de destino, sea deteniéndola durante la ruta, sea disponiendo su entrega en el lugar de destino o durante la ruta a persona distinta del destinatario designado en la carta de porte o en el conocimiento de embarque o sea solicitando su retorno al sitio de partida, siempre que el ejercicio de tal derecho no ocasione perjuicio al transportador ni a otros remitentes y con la obligación de reembolsar los gastos que motive”.

Como ya se había dicho con el inciso final del art. 1.023, “El derecho del remitente cesará en el momento en que comience el del destinatario, conforme al artículo 1.024”. Entonces, visto el contenido de los arts. 1.017 y 1.023 que le conceden “*ius disponendi*” al remitente desde el sitio de partida hasta el de destino, los cuestionamientos no se hacen esperar: Cuándo se radica ese derecho en el patrimonio del destinatario? Cuál es el hito determinante del cambio? Veamos: “Salvo en los casos indicados en el artículo 1.024, el destinatario tiene derecho, desde la llegada de la mercancía al punto de destino, a solicitar del transportador que le entregue la mercancía, contra el pago de las sumas a su cargo, de conformidad con el artículo 1.009 o la aceptación de la factura cambiaria, en su caso, y

al cumplimiento de las condiciones de transporte, indicadas en el contrato de transporte"; agregando la misma norma en el inciso tercero: "Salvo estipulación en contrario, el transportador deberá avisar al destinatario la llegada de la mercancía".

Por manera que, en condiciones normales, es decir, mientras que no se presenten contraórdenes del remitente, como aquellas previstas en el inciso inicial del art. 1.023, el destinatario receptiona el derecho de disposición "desde la llegada de la mercancía al punto de destino" y concretamente desde que el transportador cumple la obligación de "avisar al destinatario la llegada de la mercancía". Momento a partir del cual el remitente pierde las facultades insertas al derecho de disposición, las cuales, desde luego, se trasladan al destinatario. Sin embargo —anota la parte final del art. 1.023—, si el destinatario rehusa la mercancía, o si no es hallado, el remitente recobrará su derecho de disposición.

No obstante lo anterior, que se compadece con el normal transcurrir del contrato de transporte, los derechos sobre las mercancías y con ellos los de deducirle responsabilidad al transportador en caso de incumplimiento de sus obligaciones, se concretan en el destinatario, "si se reconociere por el transportador que la mercancía ha sufrido extravío..." (art. 1.024, inciso cuarto); por supuesto, siempre y cuando con antelación a la ocurrencia del hecho perjudicial, el remitente no hubiera ejercido alguna de las facultades que dimanaban del derecho de disposición.

A decir verdad, el texto legal que nos ocupa (art. 1.024), no hace sino consultar la estructura del contrato de transporte fijada por el art. 1.008. Si el destinatario es el acreedor del transporte en la fase ejecutiva, como que él es el receptor de la mercancía, a quien debe avisársele la llegada para que proceda a recibirla, es decir, es el acreedor de la obligación de resultado que le compete al transportista, quien debe entregar las mercancías sanas y salvas en el lugar de destino, lógico parece concluir que quien está legitimado para elevar cualquier reclamación es el destinatario, pues por sustracción de materia (pérdida de la mercancía), el remitente ya no puede hacer uso de las facultades del art. 1.023, propias del derecho de disposición.

Para mayor claridad, citemos textualmente las normas sustantivas de las cuales emerge el derecho legítimamente: Artículo 1.024 inciso cuarto del Código de Comercio.

"Si se reconociere por el transportador que la mercancía ha sufrido extravío o si a la expiración de un plazo de siete días a

partir del en que haya debido llegar, la mercancía no hubiere llegado, *el destinatario queda autorizado a hacer valer con relación al transportador los derechos resultantes del contrato de transporte*". (Subrayas ex-texto).

Artículo 1.035, *ibídem*:

"El destinatario podrá reclamar la cosa transportada y ejercer contra el transportador sus demás derechos, cuando se hayan pagado el flete y demás gastos del transporte, conforme a artículos anteriores".

Los criterios que se esbozan no son insulares dentro de la interpretación doctrinal y jurisprudencial. Al respecto, basta observar el contenido de la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior de Medellín, el 28 de mayo de 1979, dentro del proceso ordinario de Pintuco S. A. contra Transportes Rafael Salazar, cuya ponencia correspondió a la Dra. Beatriz Quintero de Prieto. Igualmente, se puede consultar la obra "Contratos Comerciales", del Dr. Ramiro Rengifo, quien hace el siguiente comentario.

"Como tanto el destinatario como el remitente son parte del contrato y como el último tiene poder dispositivo sobre la mercancía mientras ella esté en viaje, aparentemente podría decirse que quien en un primer momento tiene acción para exigirle responsabilidad al transportador es el remitente, pero si se analizan con cuidado las respectivas disposiciones del Código de Comercio que refieren el derecho del remitente a ordenar un cambio de ruta o de destinatario, se puede ver que la desatención por el transportador de las órdenes dadas por aquél puede ser un reconocimiento expreso sobre el extravío, lo cual, de conformidad con el artículo 1.024, da derecho al destinatario para accionar contra el transportador", (obra citada, volumen I, Ed. Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1979, pág. 163).

EL PROBLEMA DE LA POSESION O LA TENENCIA DEL PROMITENTE COMPRADOR Y DE LA PROCEDENCIA DE LA DEMANDA REIVINDICATORIA DE LA DE SIMPLE RESTITUCION DE TENENCIA

Hernando Devis Echandía
Tratadista. Profesor Universitario.

La H. Sala de Casación Civil, de nuestra H. Corte Suprema de Justicia, ha tenido jurisprudencias contradictorias en esta materia. En efecto, durante bastante tiempo sostuvo que por falta de real *ánimus domini*, en el momento de recibir el prometiente comprador el bien prometido en compra-venta, pues por la naturaleza de dicho contrato está con él reconociendo el dominio del prometiente vendedor, aquel recibe ese bien en simple tenencia, por lo que no procedo la reivindicación, sino la restitución de aquella; luego, acogió la tesis de que el prometiente comprador tiene el carácter de poseedor, si al no formularse la compra-venta prometida retiene materialmente el bien, por lo que aceptó en tal caso la reivindicación por el prometiente vendedor; últimamente, en sentencia del 24 de junio de 1980 (publicada en la Revista "Derecho Colombiano", No. 224, de agosto 1980, págs. 171 a 186), regresó a la primitiva tesis, con la importante modalidad de distinguir si en el documento de promesa se dice simplemente que se entrega y se recibe el bien, del prometiente vendedor o si, al contrario, en la promesa se estipula "clara y expresamente" que se entrega "en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa".

En efecto, dijo allí la Corte que en el primer caso el comprador "toma conciencia de que el dominio de la cosa no le corresponde aún, que de este derecho no se ha desprendido todavía el prometiente vendedor, a quien por tanto el detentador considera dueño, a tal punto que lo requiere para que le transmita la propiedad ofrecida", se tratará de simple tenedor y la demanda que contra él instaure el prometiente vendedor debe ser "de restitución de carácter personal y no real (cita en este punto la sentencia de 4 de octubre de 1971, G.J. CXXXIX), previa solicitud (en la misma demanda) de "la resolución de ese pacto" o de "la declaración de nulidad", de manera que

“mientras ello no suceda, mientras el contrato se halle vigente no es jurídico que el prometiende vendedor, por la vía de una acción reivindicatoria improcedente, le desconozca por sí y ante sí eficacia jurídica a un pacto del cual surgen determinadas obligaciones”, y agrega que es posible que el demandado haya “entrado en la tenencia de la cosa, ora en virtud de un acto jurídico celebrado con el demandante y que le imponía la obligación de restituírsela al vencimiento de un plazo o al cumplirse una condición, o ya por razón de un contrato acordado con el causante del derecho del actor”, pues “en ambas hipótesis el demandante, para obtener la restitución del bien y por cuanto pretende hacer valer un derecho de crédito y no un derecho real, tiene a su favor la acción que emana del contrato, que es por tanto la que debe instaurar” y no la “acción reivindicatoria” (estas últimas frases las toma de la misma sentencia de 4 de octubre de 1971). En cambio, dice la Corte en el segundo caso (cuando se estipuló clara y expresamente la entrega “en posesión” del bien prometido en compra-venta), la entrega podrá “originar posesión material”, pues entonces “se manifestaría el desprendimiento del ánimo de señor y dueño” por parte del prometiende vendedor en favor del prometiende comprador y habrá “la voluntad de adquirirla por parte del futuro comprador”.

Estamos de acuerdo con la última doctrina, que es la que veníamos sosteniendo (véase nuestro Tomo III, volumen 2o., parte Especial. et. 1978, págs. 513-514, número 205, de nuestro “Compendio de Derecho Procesal”) con la siguiente aclaración:

Para que el demandante en reivindicación pueda ejercitar la “acción personal” o “de crédito” (mejor dicho “la pretensión”), cuando el contrato de promesa de compra-venta se celebró por el demandado, no con ese demandante, sino con “el causante del derecho del autor”, es indispensable que dicho causante le haya cedido o transferido a tal demandante los derechos emanados del contrato de promesa, pues de lo contrario sería imposible para éste ejercitarlos; de manera que si el demandante es comprador o adquirente a otro título del dominio de ese inmueble, por contrato celebrado con el prometiende vendedor, sin que éste le haya cedido los derechos personales y de crédito emanados de tal promesa, no podría el comprador o adquirente demandar la resolución de dicho contrato de promesa, por falta de legitimación en la causa al no ser titular de los derechos emanados de tal contrato ni pretender serlo, por lo cual solamente podrá demandar en reivindicación la restitución, a él, del inmueble, sin que proceda entonces distinguir si en el contrato de promesa se dijo entregar la posesión o sólo la tenencia o simplemente

se mencionó la entrega sin calificarla. Surge entonces una relación de dueño con el poseedor que le desconoce su dominio, diferente de la creada por el contrato de promesa por lo cual el primero puede ejercitar la pretensión reivindicatoria sin pedir resolución del contrato de promesa.

En cambio, si el demandante es el mismo prometiende vendedor o sus herederos que ocupan su posición en el contrato de promesa y el prometiende comprador se reconoce tenedor, es indispensable hacer la comentada distinción, como lo sostiene ahora la Corte y lo veníamos sosteniendo nosotros.

Es indispensable también aclarar otro punto muy importante:

Creemos que cuando la H. Sala de Casación Civil de la Corte dice que “para que *la entrega* de un bien prometido en venta pueda originar posesión material, sería indispensable entonces que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el prometiende vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa”, *no está excluyendo la posibilidad* de que sin haber constado tal manifestación en el documento de promesa, *posteriormente* el prometiende comprador asuma, por un acto propio de su voluntad, el carácter de poseedor, tal como puede hacerlo una persona que inicialmente recibe como arrendatario o tenedor a otro título un inmueble, siempre que a partir de tal momento no reconozca el dominio del prometiende vendedor ni de sus herederos ni de tercera persona, por lo cual en adelante actúe como dueño, con “*animus domini*” y así lo acepte en el proceso al contestar la demanda o posteriormente.

Es decir: la demanda de reivindicación será improcedente sólo en el caso de que el prometiende comprador demandado alegue en el proceso ser simple tenedor y rechace la alegación del demandante de que aquel sea poseedor; pues si expresa o implícitamente ese demandado acepta la calidad de poseedor en el momento de notificársele la demanda o desde antes, queda definido que transformó su inicial tenencia en posesión, por acto de su voluntad y desconociendo el dominio reclamado por el demandante prometiende vendedor o heredero de éste o adquirente del dominio por enajenación u otro título, por lo cual el juzgador no podrá negarse a reconocer tal posesión y por tanto la procedencia de la pretensión reivindicatoria. Más evidente resulta lo anterior, si el demandado reconviene, en ese proceso, para que se declare que ha adquirido por prescripción el dominio del inmueble, por haberlo poseído materialmente durante el tiempo que la ley exige para ello; pero no hace falta tal conducta

para que se le tenga como poseedor, pues basta haber aceptado tal carácter.

Y creemos que lo acabado de exponer concuerda con el pensamiento de la H. Sala de Casación Civil, pues: a) cuando manifiesta que “para que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar posesión material” se requiere decir esto expresamente en el documento, claramente *se refiere a adquirir la posesión en ese momento* y por el solo acto de recibir el bien de parte del prometi-ente vendedor, sin excluir que posteriormente convierta su primitiva tenencia en posesión material; b) más adelante, en la consideración 7ª, dice la sentencia que, en el caso que juzgaba, “quien entonces la recibió como mero tenedor”, invocó esa calidad o categoría “reiteradamente para sustentar su defensa, tanto en la contestación de la demanda, como en todas sus alegaciones posteriores”, lo cual significa que de no haber negado ser poseedor ni alegado ser simple tenedor, otra hubiera sido la situación sustancial y procesal del demandado; c) en el segundo párrafo de la consideración 8ª, se agrega que el prometi-ente vendedor no puede desconocer “*por sí y ante sí* eficacia jurídica a un pacto del cual surgen para él determinadas obligaciones”, lo cual significa que otra sería la situación si el propio prometi-ente comprador y demandado acepta haber asumido la calidad de poseedor material del bien (pues ya no estaría el prometi-ente vendedor desconociéndole la calidad de tenedor y los derechos de prometi-ente comprador por un acto de su simple voluntad o “*por sí y ante sí*”); d) en la consideración décima se agrega que el Tribunal erró al haber considerado que había posesión solamente por “haber encontrado la preexistencia de una relación contractual entre las partes, origen de la tenencia material del predio por el demandado”, lo cual significa que otra cosa hubiera sido si la existencia de la posesión no se hubiera basado en la preexistencia del contrato de promesa de compra-venta, sino en un posterior acto de voluntad del prometi-ente comprador, manifestado con su conducta de haber asumido tal posesión desconociendo el dominio del prometi-ente vendedor y sus causahabientes, conducta que puede probarse por confesión en la contestación de la demanda o en demanda de reconven- ción o en acto posterior del proceso; e) antes (en el penúltimo párrafo de la consideración 5a.), se dice que es fundamentalmente el factor psicológico, del *animus domini*, lo que distingue la posesión de la tenencia y “determinar en un caso dado si está en frente a un poseedor o a un mero tenedor: si detenta la cosa con ánimo de señor o dueño, sin reconocer dominio ajeno, se tratará de un poseedor; si la tiene pero reconociendo sobre ella el dominio de otra persona, será entonces un simple tenedor”, lo cual

significa que bien puede transformarse la tenencia inicial de un prometiende comprador, por su posesión material, al dejar de reconocer dominio al prometiende vendedor o a su causahabiente y al asumir un ánimo de dueño frente a todo el mundo.

La referencia que en la sentencia se hace, dos párrafos después, a que el ánimo de dueño “no solamente debe existir en el fuero interno del sedicente poseedor, sino que además debe aparecer del título mismo en virtud del cual se detente”, significa que si de ese título aparece el reconocimiento de dominio ajeno, *en el momento de recibir el bien existirá simple tenencia*, pero no excluye que posteriormente *se invierta la situación*, convirtiéndose ésta en posesión material, desconociendo el dominio inicialmente reconocido y asumiendo una conducta de dueño o sea con *animus domini* manifestado en la práctica.

Cuando en el número citado, de nuestro “Compendio de Derecho Procesal”, manifestamos que es procedente la demanda de restitución de tenencia, contra el prometiende comprador, si en el documento no se expresó entregarle la posesión, ello no significa que si posteriormente hubo tal transformación de la tenencia en posesión, el punto deba resolverse en la sentencia, pues, como se trata allí expresamos, “se trata de excepción de mérito y por otra parte, el juez, para determinar la pertinencia del procedimiento, debe atenerse a la pretensión formalmente consideradas, es decir, tal como aparece en la demanda”. Lo cual significa nuestro reconocimiento a que puede transformarse una tenencia inicial, en posesión material, y alegarse esto para desvirtuar la pretensión de restitución de simple tenencia ejercitada en la demanda. Luego, por idéntica razón puede demandarse la reivindicación contra un primitivo tenedor que luego por su voluntad se convirtió en poseedor material, al no reconocer a partir de cierto momento el dominio del demandante y al asumir en la práctica una conducta, frente a éste, de señor y dueño o sea poseedor material. Lo cual resulta más claro cuando el título de tenencia fue otorgado por el causahabiente del demandante que no sea heredero de aquel, pues la compra-venta o la permuta, por ejemplo, sólo transfiere derecho de dominio, pero no los derechos personales y de crédito que la promesa de compra-venta pueden otorgarle al vendedor o permutante. En ambos casos, el desconocimiento por el prometiende vendedor, del dominio del prometiende comprador o del cesionario o heredero de éste, con posterioridad a la firma de la promesa, crea una situación jurídica que encaja en la pretensión reivindicatoria directa.

ORIGENES Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

Horacio Montoya Gil

Magistrado del Tribunal Superior de Medellín
Profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana

1. *Introducción.* Han enseñado los estudiosos del derecho procesal que en el derecho romano antiguo la infracción al contrato o a la ley civil eran equivalentes en sus efectos a la transgresión de la ley penal; por ello al deudor moroso se le consideraba como un delincuente. Sin embargo y a pesar de que la acción y el derecho se consideraban sinónimos, esa confusión no perduró mucho tiempo, pues se encontró que el interés a tutelar no era similar en uno y otro caso y por ello se impuso la adopción de normas tutelares diferentes. Con el correr de los tiempos, dados esos distintos intereses y la naturaleza del derecho material cuya aplicación se efectuaría a través de los procedimientos, al lado del proceso civil se vino a reglamentar en forma separada el proceso penal.

No obstante esa separación del proceso civil y del penal, y que se atribuyó a una jurisdicción especial la aplicación de este último, la jurisdicción civil continuó con el conocimiento de los demás asuntos, llamándose justamente por ello *jurisdicción común u ordinaria*. Conocía indistintamente de asuntos regulados por normas de carácter civil, comercial, laboral, administrativo, fiscal, etc. Como evidentemente, dada la naturaleza misma de las normas y los destinatarios de ellas, cada vez se hacía más difícil la aplicación de unos mismos principios, se fueron organizando tipos de procesos acordes con el derecho material a aplicar. Paralelamente se fueron creando *jurisdicciones especiales* o más exactamente diferentes manifestaciones de la jurisdicción del Estado, pues como lo enseña Ludovico Mortara, la jurisdicción, como función soberana del Estado, no puede ser sino una, cualquiera que sea la norma jurídica material o derecho sustancial que el juez aplique en la sentencia (civil, penal, laboral, administrativa, comercial, etc.).

Este capítulo tratará, precisamente, de presentar un bosquejo de cómo se fue separando el proceso laboral del civil. Naturalmente, a tal deslinde precedió una primera diferenciación fundamental

entre el derecho obrero y el derecho común. A este efecto se consignarán a continuación, a manera de síntesis, las enseñanzas y planteamientos expuestos por Couture en el Tomo I de su obra Estudios de Derecho Procesal Civil. Desde luego, para confirmar la validez de sus conclusiones, se harán las referencias del caso a nuestro ordenamiento procesal laboral. Se verán, pues, en su orden: los fundamentos, el método y la técnica del derecho procesal del trabajo.

FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL LABORAL

2. *Ideas políticas en la codificación procesal vigente.* El derecho procesal común del mundo occidental y más concretamente los códigos de procedimiento civil, fueron elaborados en el curso del siglo XIX. Las codificaciones se iniciaron en Francia con su código de 1806; la siguió el Cantón de Ginebra, en 1819; en América se inicia con la codificación de Bolivia de 1833; sigue España con la Ley de Enjuiciamiento de 1855, reformada posteriormente en 1881; luego Italia con su Código de 1865; Austria en 1895, elaborada por Francisco Klein, cuyos principios fundamentales aún no han sido superados, Alemania en 1898, etc. Los demás códigos de América surgen entre la primera y última fechas indicadas.

Ese movimiento codificador, con excepción de los códigos austriaco y alemán, se inspiraron lógicamente en las *ideas políticas y jurídicas* predominantes del momento, las ideas individualistas. En ese tiempo de formación del derecho procesal codificado se consideraba la voluntad privada como soberana; la autoridad del Estado se limitaba a fiscalizar si la lucha dentro del proceso era correcta y se respetaban las formas procesales; el principio de la igualdad de las partes ante la ley fue trasladado al proceso, etc.

3. *Pensamiento social de las leyes procesales.* El derecho procesal liberal individualista parte del supuesto de que los hombres todos son iguales entre sí en el orden jurídico "sin más excepciones que las de sus talentos y las de sus virtudes", según un texto constitucional de la época. Sin embargo, muy pronto se advirtió que en el *orden económico* esa igualdad era meramente teórica.

El crecimiento de la industria fue mostrando rápidamente la existencia de dos categorías opuestas en el orden jurídico. La relación contractual puso en evidencia una parte dominante, dueña de todas las condiciones; y una parte dominada, "paciente de todas las

cláusulas que el empleador quisiera imponer". De allí surgió la necesidad de una reglamentación especial del contrato de trabajo para separarlo del régimen común de los contratos del derecho civil.

Fue entonces cuando empezó a aplicarse la teoría del riesgo creado o de la responsabilidad sin culpa a los accidentes de trabajo; se declaró abolido el principio de la libertad contractual, preconizado por Duguit; se echaron las bases del contrato colectivo de trabajo y se fueron sentando unos principios propios de las relaciones obrero patronales. No obstante estos avances, el derecho procesal permanecía estacionario sobre las bases y fundamentos del sistema individualista del derecho común.

Lógicamente, ese desajuste entre el derecho sustancial y el derecho procesal y que no era exclusivo del derecho obrero, no podía perdurar indefinidamente. Era indispensable superar una etapa más.

4. *La igualdad ante la ley procesal.* Como se dijo, la concepción individualista del derecho trasladó al campo del derecho procesal el principio de la igualdad de los hombres ante la ley; pero tal igualdad, que resultó ser enteramente teórica en el campo del derecho material, vino a traer serios desequilibrios también en el campo procesal, tal como ocurría en el caso del individuo que litiga contra el Estado, el hijo respecto del padre que lo abandona, la mujer ultrajada frente al marido y, en fin, el obrero que controvierte sus derechos ante el industrial, etc.

Fueron justamente esas incongruencias entre las normas sustanciales y las de procedimiento las que dieron origen al derecho contencioso administrativo; a un derecho especial para los menores y, lógicamente, por la fuerza misma de las cosas, al derecho procesal del trabajo.

EL METODO DE ELABORACION

5. *La igualdad por compensación.* Analizando la desigualdad creada en el campo del derecho material, precisamente, por aplicación del principio de la igualdad de los hombres ante la ley, anota Couture que "el sentido del orden jurídico en el proceso es la restauración del equilibrio que debe existir en los individuos ante la ley, mediante compensaciones, reparaciones y privilegios". Considera, pues, el autor que el procedimiento lógico para corregir las desigualdades es el crear otras desigualdades. Por ello concibe el derecho procesal del trabajo como "un derecho elaborado totalmen-

te en el propósito de evitar que el litigante más poderoso pueda desviar y entorpecer los fines de la justicia”.

6. *La jurisdicción especial.* Otra de las fórmulas que vinieron a incidir en la formación del derecho procesal del trabajo consistió en la sustracción de los litigios laborales de la esfera de la competencia de los *jueces comunes*. Los conflictos de intereses derivados de las relaciones del trabajo, por su complejidad, por la naturaleza de los bienes tutelados, por la regulación de la actividad humana, escapaban a los criterios y orientaciones del derecho común relativo a la familia y los bienes, reclamaban la sustracción del común de los procesos y que se les encomendase a jueces especializados para que en su juzgamiento les aplicasen principios e instituciones más adecuadas a la naturaleza misma de esos conflictos.

7. *La equidad.* Como un complemento del método en el desarrollo del sistema del derecho procesal del trabajo, se le dió un amplio margen de aplicación a la *equidad*. En las legislaciones europeas se confiere amplias facultades a los Jueces del Trabajo para solucionar los conflictos de esta clase con arreglo a la equidad, según su libre y discreto entendimiento.

Si entre nosotros no se ha generalizado esa fórmula, es del caso destacar, sin embargo, cómo se ha instituído la equidad como el principio rector que han de observar los Jueces del Trabajo en sus decisiones, tal como lo tiene previsto el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para relieves la importancia que en nuestro sistema legal y doctrinario se ha dado a la equidad basta consultar los comentarios hechos al principio consagrado por el citado artículo 19. Así, se lee en Homologación de 16 de marzo de 1968:

“La equidad constituye, sin duda alguna, la fuente primordial del derecho, entendido el concepto como el de justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva. Se suelen invocar las reglas de equidad y de ordinario se apela a ellas cuando se carece de un ordenamiento jurídico aplicable en concreto a un caso particular. Como regla moral, la equidad es la raíz misma del derecho y así la concibieron los jurisconsultos romanos cuando definieron la justicia como *ars aequo et bono*, el sentimiento de lo bueno y de lo justo, y así también debió entenderla el pretor al morigerar con sus doctrinas la rigidez del derecho quiritarario. Para Bonnecase, la noción de equidad reviste un carácter esencialmente vago, pues viene

a reducirse a la concepción subjetiva que cada uno tiene del derecho y la justicia. Realmente es el sentimiento puro nacido de la conciencia de todo hombre bondadoso y recto, que inclina el ánimo a buscar el equilibrio entre posiciones extremas, la equidistancia entre pretensiones antagónicas, y teniendo la regla un fundamento moral indiscutible, no puede suponerse que su aplicación puede desembocar en la arbitrariedad y el desenfreno.

‘No debe admitirse, sin embargo, que para aplicar los dictados de la equidad, haya de estarse necesariamente en la mitad de los intereses contrapuestos, en una especie de transacción salomónica que divida materialmente en partes iguales el derecho controvertido. Porque el deber del juez que falla en equidad es examinar todas las cuestiones sujetas a su decisión y sopesándolas en conciencia pronunciar su dictamen como se lo indique su imperativo moral’”.

8. *Extensión de los resultados del proceso.* Otra solución ideada en el método de elaboración de este tipo especial de proceso, ha consistido en ampliar o extender los resultados del proceso.

En el derecho común de tipo romano, como lo es el civil, la sentencia surte efectos únicamente entre las partes que han intervenido en el litigio, sin alcanzar a los terceros y sólo por excepción produce efectos “erga omnes”. Así está previsto expresamente dentro de nuestro ordenamiento procedimental civil, tal como puede constatarse en lo dispuesto por el artículo 332.

En el campo del derecho laboral, en cambio, el contrato colectivo de trabajo introdujo sistemas de solución de los conflictos del trabajo que han venido a desbordar los moldes de solución del derecho común. En efecto, al permitir la ley que esa clase de conflictos sean dirimidos por Tribunales de Arbitramento Obligatorios o Voluntarios, lógicamente se viene a aceptar que los efectos del laudo pueden llegar a alcanzar a quienes no han sido parte directa en la controversia. Entre nosotros, esto puede constatarse fácilmente si se consultan las normas del artículo 461 del Código Sustantivo del Trabajo que hablan de los efectos jurídicos y vigencia de los fallos arbitrales y del artículo 140 del Código Procesal del Trabajo que se refiere al mérito del laudo arbitral.

Esa extraña posibilidad de que se den efectos más allá de las partes, que no tendría cabida en la concepción clásica del proceso, obedece a la necesidad de ahorrar el litigio en todos aquellos casos en que un problema jurídico se plantea dentro de unos mismos términos. En estos casos, como que se desnaturaliza la función ju-

risdiccional y la actividad de los Jueces Especiales "va asumiendo contornos de carácter legislativo al tomar un carácter de obligatoriedad y de generalidad que, en la tradicional estructura del principio de división de poderes, sólo era privilegio del órgano legislador", según observación de Couture.

9. *Revisión de los fallos.* También ha previsto el método de creación del derecho procesal del trabajo, la quiebra del principio de la inmutabilidad de las sentencias que pertenece a la esencia misma del sistema jurisdiccional. La cosa juzgada pierde su entidad ante la posibilidad de que un fallo dictado frente a un conflicto colectivo, sea revisable y revocable, ante la modificación de algunos de sus presupuestos.

Este sistema que, según parece se halla consagrado en otros regímenes legislativos a la manera como opera la teoría de la imprevisión y que entre nosotros se aplica en el caso de la denuncia de las convenciones colectivas, no lo autoriza el ordenamiento procesal laboral. Se halla sí consagrado, pero no con la misma filosofía, en el campo del derecho procesal civil bajo la denominación de recurso extraordinario de revisión, considerado justamente como una excepción a la inmutabilidad de la cosa juzgada (arts. 332 inc. final y 379 y ss. del Código de Procedimiento Civil).

10. *Resumen.* Sintetizando: para crear un derecho procesal del trabajo que restituya a las partes su posición teórica de igualdad ante el litigio, precisa Couture, ha sido necesario modificar los cuatro o cinco principios fundamentales del proceso civil común. Graves alteraciones aparecen impuestas en materia de competencia, de conciliación, de contenido de la sentencia y de cosa juzgada.

LA TECNICA DEL DERECHO PROCESAL LABORAL

11. *La competencia.* La primera manifestación de funcionarios especializados en asuntos del trabajo se presentó en Francia con la Ley 18 de marzo de 1806 mediante la cual se establecieron los "Conseils de Prud'hommes". Posteriormente, ya perfeccionados, vino la organización de Tribunales especiales, distintos de los Jueces Ordinarios. Se creó el llamado fuero especial del trabajo para dirimir esa clase especial de conflictos.

No obstante la organización de la Jurisdicción Especial, el sistema de juzgamiento varía según los países, pudiéndose distinguir en esta materia tres orientaciones diferentes, así:

a) Dentro de una primera categoría se encuentran los países que han creado una jurisdicción especial del trabajo para los *conflictos individuales*.

Pertenecen a este grupo Alemania, Bélgica, Chile, España, Italia, Francia, algunos Cantones de Suiza, Checoslovaquia y Yugoslavia.

b) Una segunda categoría otorga a los tribunales o jueces especiales el conocimiento de los conflictos *individuales y colectivos*. Empero distingue los conflictos jurídicos y los conflictos de intereses, permitiendo la separación de los estrictamente *jurídicos* de los *económicos*, atribuyendo a estos últimos la solución por medio de la conciliación y el arbitraje.

Pertenecen a esta orientación Dinamarca, Noruega, Suecia, La Unión Soviética y Venezuela. Y, si nos atenemos a las previsiones de los artículos 2º y 3º del Código Procesal del Trabajo y lo previsto por el Decreto 2017 de 1952, nuestro sistema legal ha de encuadrarse dentro de esta orientación.

c) A una tercera categoría pertenecen aquellos países en los cuales tanto los conflictos individuales como los colectivos, sean de orden jurídico o económico, se ventilan ante los tribunales especiales del trabajo, sin distinción alguna.

Pertenecen a esa orientación México, Portugal y Rumania, etc.

Ahora, si se examina la forma como operan en la práctica las jurisdicciones ordinaria y la especial del trabajo, se advertirá fácilmente en qué medida se alteran los principios del derecho común. Veamos:

De una parte, los tribunales especialmente los encargados de dirimir los conflictos colectivos, dejan de decidir exclusivamente sobre colisiones de derechos para evocar el conocimiento de lo que en el derecho público se conoce como "lesión de interés". Se trata no propiamente de decidir una causa "*secundum lege*" sino más bien de componer un conflicto y dirimirlo en el ámbito discrecional característico del derecho administrativo.

De otra, los funcionarios encargados de este fuero se desprenden de la justicia ordinaria para integrarse con los delegados, asesores y representantes de las partes en el conflicto, los cuales muchas veces se integran como órgano de decisión. Se quiebra así el tradicional principio de la absoluta independencia del juez y las partes.

Además, la ambigua línea de separación entre la jurisdicción ordinaria y la administración asume, en esta jurisdicción, por la penetración de ambas ramas del poder, un aspecto de confusión casi imposible.

12. *La conciliación.* La tradición romana conoció como criterio fundamental de justicia su juricidad. El derecho preexiste como norma de carácter general, hipotético y abstracto; la sentencia, aplicándolo al caso concreto, lo hace especial, coactivo y concreto.

La tradición germánica y justicia medioeval introdujeron la idea de la justicia de conciliación y de avenimiento, caracterizada por el papel del juez el cual actuaba con el propósito de dirimir la controversia dando la solución que considerase más ajustada a la equidad. Con el correr del tiempo fue, precisamente, esta forma de justicia la que vino a influir cada vez más en el procedimiento laboral. Esa fué la intención del Código Napoleónico al crear en forma incipiente la magistratura del trabajo de los "Conseils de Prud'hommes". "El derecho germánico primitivo, dice textualmente Couture, tenía del proceso un sentido análogo de pacificación social y el juez era, ante todo, el árbitro de esa pacificación. Su decisión no aplica el derecho anterior, sino que, ante todo, dirimía el conflicto buscando una solución de equidad más que de derecho estricto. Durante muchos siglos, tanto en la Edad Media española, como en algunas instituciones modernas, por ejemplo, en la conciliación, esta concepción del derecho va a dar testimonio de ciertas sobrevivencias de la particular concepción de la sentencia en el derecho germánico" (Ob. cit. pág. 70).

En el derecho moderno, la tradición germana continúa imponiéndose. Así al lado de la composición judicial que la doctrina llama *heterocomposición* se introdujo el avenimiento por acuerdo de las partes, *autocomposición*. Esta última asume normalmente tres formas: a) La renuncia a la pretensión (desistimiento); b) El reconocimiento de la pretensión (allanamiento) y, c) La transacción. El *desistimiento* es el abandono del actor: un acto abdicativo que consiste en reconocer que se tiene derecho de demandar con posibilidades de éxito; el *allanamiento* es el sometimiento del demandado, y la *transacción* el acuerdo mediante recíprocas concesiones.

La conciliación es tanto el acto procesal que consiste en intentar ante un juez un acuerdo amigable, como el avenimiento que puede ser el resultado de ese acuerdo.

La conciliación (como sinónimo de avenimiento), puede lograrse merced a esas tres formas: o mediante un reconocimiento por parte del actor que evite el proceso; o mediante un acuerdo de partes que lo haga innecesario, por aquello de que la transacción es el subrogado contractual de la sentencia; o porque el demandado comprenda que el actor tiene razón y se rinde ante él.

En armonía con la influencia de la orientación germánica, en el derecho procesal del trabajo se ha impuesto, con pocas excepciones, la conciliación como requisito previo al proceso; pero también se autoriza dentro del mismo, ya en la forma de desistimiento o allanamiento. Frecuentes son los casos en que el demandado se allana y paga en el acto de la conciliación, y también se dan aquellos en que el actor, enterado en el acto de la conciliación de las defensas que le opondrá el demandado, prefiera ahorrarse el proceso a tener que seguirlo en condiciones desventajosas.

Por todo lo que se ha dicho, bien puede sostenerse que la conciliación es el género y la transacción la especie. Siempre que se transa se concilia; no siempre que se concilia se transa.

Entre nosotros, con arreglo al artículo 19 del C. P. del T., la conciliación podrá intentarse en cualquier tiempo, antes o después de presentarse la demanda. Empero, el artículo 23 dice que no procede cuando intervienen personas de derecho público.

Esta característica propia del derecho procesal del trabajo, de que se debe intentar la conciliación antes de la formulación de la demanda o al trabarse la relación procesal, ha ido perdiendo su exclusividad. La doctrina procesal civil tiende a imponerla en todos los procesos y algunos códigos ya la han institucionalizado.

Entre nosotros también esa tendencia se va poniendo de presente, así: en el procedimiento verbal, el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil impone al juez como un deber suyo el procurar el arreglo conciliatorio; la Ley 1ª de 1976, establece como obligatoria la conciliación, tanto para el divorcio como para la separación de cuerpos, sea de carácter contencioso o por mutuo consentimiento, etc.

13. *El contenido de la sentencia.* Las sentencias dictadas por los funcionarios que ejercen esta jurisdicción, especialmente las que se producen por vía de conciliación y arbitraje, son de contenido diferente a las que dictan los jueces comunes:

- a) Comprenden a quienes se hallen en iguales condiciones, aun cuando no hubieren litigado;
- b) Las sentencias rigen las *relaciones existentes* no sólo al momento de ser dictadas (contenido declarativo) sino que también actúan hacia el futuro (contenido constitutivo), como una verdadera ley;
- c) A falta de sentencia, el acuerdo de los sindicatos de intereses opuestos, forma ley para los afiliados, de la misma manera que la sentencia judicial.

Naturalmente, desde el punto de vista teórico, conviene averiguar a qué fenómeno del derecho responden tan singulares resultados, desconocidos en derecho procesal y contractual común.

Lo cierto es que empleadores y empleados aparecen normalmente *representados* por sus sindicatos; si el fallo alcanza a los obreros que no han sido parte en el proceso, ello se debe a esa representación tan especial que los involucra a todos en el resultado final del conflicto.

En el fondo, para explicar este fenómeno ha sido necesario acudir a una *idea de representación* totalmente ajena a los principios del derecho privado.

Respecto, pues, al contenido de tales sentencias se impone el averiguar a qué orden de actividad estatal pertenece ese tipo de resolución: sigue siendo actividad jurisdiccional; o es actividad administrativa; o si, por el contrario, se está en presencia de un acto de orden legislativo?

Para dar una respuesta a este interrogante la doctrina procesal se ha dividido y se han dado opiniones muy diversas, así:

- a) Se ha sostenido por algunos que la sentencia colectiva que fija nuevas condiciones de trabajo, no pierde su natural condición de acto jurisdiccional. Es la misma actividad jurisdiccional regular acomodada a las características mismas de los conflictos.
- b) Otros niegan que se esté en presencia de una actividad jurisdiccional pura. La sentencia asume, en tales casos, un doble aspecto: De un lado, con relación a quienes han participado como parte en el conflicto, ese acto constituiría una verdadera sentencia de carácter jurisdiccional, pero en lo que concierne a los empresarios a quienes obliga sin haber intervenido como partes, se trataría de una actividad legislativa pura. Para los sindicatos, pre-

cisa Couture, la sentencia es un acto jurídico; para los empresarios y obreros, una disposición de orden normativo.

“En el fondo, anota *Calamandrei*, esta duplicidad de aspectos de las decisiones de la Magistratura del Trabajo no es más que una proyección en el campo procesal de la duplicidad de aspectos que en el campo del derecho sustancial presenta el contrato colectivo”.

c) Unos terceros, apartándose de la consideración que mira la sentencia colectiva como una confluencia de elementos jurisdiccionales y legislativos, sostiene que no hay unión, sino creación de una categoría jurídica nueva. La sentencia colectiva, dicen, es algo distinto de todo lo anterior, y constituye por sí sola un nuevo fenómeno jurídico. “La sentencia es algo más que el contrato y la sentencia que todos conocemos, dice Carnelutti; algo que se halla en medio del contrato, la sentencia y la ley, porque tiene de los primeros, la génesis y de la segunda la fuerza; un *tertium genus* que los juristas todavía ignoran, pero que se impondrá a su atención más temprano o más tarde” (Lecciones de Derecho Procesal Civil, T. II, pág. 106)

Couture, luego de un análisis crítico de las anteriores opiniones y algunas variantes más, sostiene que no obstante todas las anomalías que presenta la sentencia que decide un conflicto colectivo del trabajo, ella no pierde su carácter de acto jurisdiccional.

Como conclusión del estudio del método seguido en la elaboración de esta rama del derecho procesal, concluye el autor de estas nociones fundamentales, el derecho procesal del trabajo aparece, en una zona que desborda los confines particulares de la teoría particular del proceso, para emplazarse en una zona fecunda donde afluyen suministrando principios, la teoría general de los actos jurídicos y la misma doctrina del derecho constitucional.

14. *La cosa juzgada*. Se vió cómo en relación a la cosa juzgada, al menos en lo que concierne a la sentencia colectiva, sus principios rectores sufren marcados quebrantos.

En efecto: mientras la sentencia tradicional tiene como características esenciales la inmutabilidad, en materia del trabajo se admite que una sentencia que decide un conflicto puede ser anulada o revocada, aún pasando en cosa juzgada, si va contra un reglamento colectivo que establezca condiciones más favorables al trabajador.

En nuestro sistema legal parecen inspirados en esta tendencia los casos previstos por el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, como que, según lo previene, los árbitros no pueden afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes, y también el artículo 142 del C. P. del Trabajo en el cual se establece que el Tribunal que conozca del recurso de homologación del laudo arbitral, lo anulará y dictará la providencia que lo reemplace, si no se ajusta a los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria o si afectare derechos o facultades reconocidos por la Constitución, por las leyes o por normas convencionales a cualquiera de las partes.

15. *Conclusiones.* Como síntesis de lo expuesto, dice Couture, fácilmente se infiere; el derecho procesal civil de tipo individualista, es insuficiente e injusto para los conflictos derivados de la relación de trabajo.

“Un nuevo derecho procesal, extraño a todos los principios tradicionales, sin exceptuar uno sólo de ellos, ha debido surgir para establecer, mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida, los que ponen su trabajo como sustancia del contrato, y los que se sirven de él para la satisfacción de sus intereses”.

LA INDEMNIZACION CIVIL DE LOS DAÑOS CAUSADOS CON EL DELITO

Gilberto Martínez Rave

Profesor de la Universidad Autónoma Latinoamericana

PRIMERA PARTE

No admite la menor discusión, desde el punto de vista jurídico que el delito, como hecho típico, antijurídico y culpable, es fuente de obligaciones. No sólo porque así expresamente lo contempla el art. 1494 del C. Civil sino porque en forma clara y determinante lo indica el artículo 103 del Código Penal nuevo (decreto 100 de 1980) que entró a regir a partir del 29 de enero de 1981.

Dicen así las normas comentadas:

Art. 1494 del C. C. "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en los cuasi-contratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

Art. 103 del C. P. "El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan".

Por lo tanto, consecuencia lógica y jurídica de la declaración judicial de la comisión de un delito, es la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que con él se ocasionaron.

Es importante hacer claridad, igualmente, en que el *Hecho Punible*, o delito como también se le llama, puede quedar incluido dentro del término genérico que la doctrina civil conoce como hecho dañoso que origina responsabilidad civil. El *Hecho Dañoso*, como generador de obligaciones, es un término genérico y el *Hecho Punible* es un término específico que va incluido en el otro. Por lo tanto todo *Hecho Dañoso* (que incluye el punible o no punible) origina responsabilidad civil. En cambio no todos los hechos *Punibles* son *Hechos Dañosos* y por lo tanto no siempre originan responsabilidad civil.

Para entender esa diferenciación debemos recordar que una es la *Responsabilidad Penal* y otra la *Responsabilidad Civil*. La *Responsabilidad Penal*, que se ha calificado como la obligación de *asumir las consecuencias penales provenientes de la comisión de un hecho punible o delito*, surge cuando en el caso concreto se dan la imputabilidad, la culpabilidad y ahora, según el nuevo código penal, la punibilidad. Generalmente esas consecuencias se concretan en la privación de la libertad o en medidas de seguridad.

En cambio la *responsabilidad civil*, es la obligación que se tiene de *asumir las consecuencias patrimoniales* que se derivan de la comisión de un hecho dañoso, que puede ser o no punible o delito. Y por eso, como se puede observar en las anteriores explicaciones, no todo hecho punible o delito origina responsabilidad civil, pues es necesario que ese hecho haya originado y ocasionado agravios patrimoniales a alguna persona.

No basta que se haya ocasionado el que se ha llamado *daño público*, al desconocer las normas generales de convivencia con el delito sino que es necesario igualmente que se dé el llamado *daño privado*, que afecta concreta y específicamente un derecho o patrimonio ajeno.

Por eso, partiendo de la definición del art. 103 del C. P., debemos dar por establecido que en Colombia no todo delito origina responsabilidad civil. La originan aquellos que ocasionan daños materiales o morales a otra persona. Cuando el objeto jurídico tutelado por la norma penal no es un derecho subjetivo, concreto, de un tercero, que conlleve su lesionamiento no habrá responsabilidad civil por ese hecho penal. Porque allí se exigirá, como en el campo civil, que el hecho para dar origen a la acción civil sea *dañoso*, es decir que ocasione un daño concreto y específico.

No hay *responsabilidad civil*, proveniente de un delito, cuando este afecta por ejemplo "*la existencia y seguridad del Estado*" (arts. 111 a 124 del C. P.), de las conductas previstas en el título "*Contra el Régimen Constitucional*" (arts. 125 a 132 del C. P.), algunas otras conductas que atentan contra la *Administración Pública*, aunque muchas de ellas sí la originan cuando el ofendido es el Estado, como sujeto titular de derechos patrimoniales; otras que atentan contra la *Administración de Justicia*, etc.

Concluimos entonces que para que un hecho punible, delictuoso, origine responsabilidad civil, es necesario que produzca un daño concreto y específico en un patrimonio o derecho ajeno, no necesariamente económico, puesto que el daño también puede ser moral.

Cuando se da un *hecho punible o delito*, que origine un daño concreto y específico, es decir sea un *hecho dañoso*, el perjudicado tiene una acción específica y definida por la ley como *acción civil*, que se traduce en la facultad de acudir al Estado para que lo proteja y obligue al causante a asumir su responsabilidad civil, es decir para que lo indemnice.

Por eso la *acción penal*, que es la facultad que tiene el Estado para iniciar, adelantar y terminar la investigación y juzgamiento de un hecho que se presume delictuoso es pública, indivisible, intrasmisible, no negociable, ya que va encaminada a concretar dentro del proceso el llamado *daño público*.

En cambio, la *acción civil* es el derecho o facultad que tiene el perjudicado con un hecho dañoso (que puede ser punible o no serlo) de solicitar al Estado obligue al responsable a asumir las consecuencias patrimoniales de ese hecho. Se encamina entonces a concretar lo que se ha llamado *daño privado*, patrimonial, que se ocasiona con el delito. Se ha tenido como privada, aunque no lo es absolutamente porque la escuela positiva que hasta hace muy poco fue la que determinó nuestra legislación, estima la indemnización de daños y perjuicios como una consecuencia, una parte de la pena o sanción y por eso es obligación del juez condenar, al dictar sentencia penal, al responsable a indemnizar todos los daños y perjuicios, así no se hubiera solicitado por el ofendido (art. 127-8 del C. P. P.). Es además transmisible, a diferencia de la penal que es personalísima y desaparece o termina con la muerte del procesado, tanto por activa como por pasiva. Es decir, que los continuadores, herederos o sucesores del perjudicado reciben dentro de su patrimonio el derecho a reclamar las consecuencias patrimoniales del hecho punible dañoso.

Así mismo, los continuadores, herederos o sucesores del presunto responsable del hecho punible dañoso, adquieren la obligación de responder patrimonialmente por las consecuencias del hecho punible cometido por su causante, así aquel muera.

Por eso, por ser dos acciones distintas la Penal y la Civil, pueden desenvolverse separadamente. Sin embargo como tienen, cuando se trata de hechos punibles y dañosos, una misma fuente (el delito) las legislaciones han establecido la posibilidad de adelantarlas conjuntamente con el objeto de decidir, en un solo proceso sobre ellas, dándose una notoria economía procesal (pues no es necesario sino un proceso para las dos), un mayor conocimiento, unos mejores elementos de juicio, sobre lo realmente sucedido.

En Colombia, al distribuirse la jurisdicción entre los jueces, se fijó en los civiles la decisión de los conflictos patrimoniales y del Estado Civil de las personas. En los penales, la decisión calificatoria de las conductas señaladas como delitos y la imposición de las correspondientes sanciones. Sin embargo se daban dos excepciones, que parecen compensarse: a) la acción civil proveniente de los delitos podía ser adelantada por un juez penal, que aparecía invadiendo áreas que no son generalmente de su competencia. b) los jueces civiles pueden a su vez invadir áreas penales cuando se les da la competencia para juzgar las conductas punibles que cometen los comerciantes, calificadas como "quiebras".

Por lo tanto era posible adelantar dentro de un proceso penal las dos acciones: la penal y la civil, que se originan en un mismo hecho punible y dañoso. No descarta esta situación la posibilidad de que el perjudicado intente la acción civil proveniente del delito, del hecho punible, independientemente por la jurisdicción civil. Al fin y al cabo es un hecho *dañoso* que es lo que origina la responsabilidad civil y coloca su juzgamiento bajo la jurisdicción de los jueces civiles.

Y utilizamos el término era posible adelantar la acción civil dentro del proceso penal porque así se contempló en las normas del decreto 409 de 1971 y los anteriores códigos de procedimiento penal. Ahora, a partir del mes de enero de 1982, con la vigencia del decreto 181 de 1981, ya no se puede intentar por los perjudicados esa acción civil dentro del proceso penal.

Si los titulares de la acción civil pretenden adelantar esa acción deben acudir a la jurisdicción civil independientemente del proceso penal porque, creo yo que en forma equivocada, se suprimió la parte civil dentro del proceso. Por eso el art. 25 del nuevo Código de Procedimiento Penal establece: "*oportunidad para ejercer la acción civil. El titular de la acción civil podrá, en cualquier momento, ejercerla independientemente del proceso penal ante el juez competente, pero no se proferirá sentencia hasta tanto no se decida el proceso penal*".

Titulares de la Acción Civil dentro del Proceso Penal

El artículo 104 del Código Penal concreta la titularidad de esta acción en las personas perjudicadas con el hecho punible. Por lo tanto debe entenderse que el término perjudicadas está relacionado íntimamente con el lesionamiento o afectación de un derecho subjetivo

o real del reclamante. Es, en síntesis, la concreción legislativa de lo que hemos calificado como *hecho dañoso*, como requisito esencial para dar nacimiento a la responsabilidad civil.

El perjuicio debe ser patrimonial, entendiendo por patrimonio aquel conjunto de derechos y obligaciones que tiene una persona, no sólo desde el punto de vista económico, sino moral. Por eso si el hecho no causa daño económico pero sí afecta los sentimientos, el aspecto subjetivo de la personalidad, su buen nombre, su *good-will*, es decir perjuicios o daños morales, también existe acción indemnizatoria.

Por lo tanto, es titular de la acción civil dentro del proceso penal la persona directamente afectada en su patrimonio, ya económico, ya moral.

Y cuando se utiliza el término persona se está indicando no sólo a la persona natural sino también a la persona jurídica. Si bien es cierto que la persona jurídica no puede ser sujeto activo de un delito, o más concretamente sujeto pasivo de la acción penal, sí puede ser sujeto pasivo del delito, es decir, perjudicado con la infracción penal. Por lo tanto la persona jurídica, debidamente acreditada (certificado de la Cámara de Comercio, etc.), puede obtener la indemnización de los perjuicios que se le causen con un delito, a través lógicamente de su representante legal. Lo ratifica así el art. 24 del C. de P. P.

Pero muchas veces la persona natural desaparece o se inhabilita y como ya vimos que la acción civil es transmisible por activa, los *sucesores* (dice concretamente el art. 104 del C. P.) adquieren el derecho de iniciarla o continuarla. Y queremos hacer hincapié en el término sucesores que parece diferenciarse del que menciona el art. 24 del actual C. de P. Penal como herederos. El término sucesores es más amplio e incluye a los legatarios que parecen no quedar incluidos en el término herederos.

Pero los sucesores adquieren la acción indemnizatoria a falta del titular, por muerte o por incapacidad; por lo tanto mientras no se acredite esta circunstancia la titularidad continuará en cabeza del perjudicado. En ningún caso podrá presentarse enfrentamiento entre el titular y sus sucesores pues éstos no pueden actuar sino a falta del perjudicado directo.

Sobra advertir que en el homicidio, por ejemplo, los herederos actúan como perjudicados directos con la muerte de la víctima y no como herederos o sucesores que reciban la titularidad de la acción civil.

Por último, el *perjuicio*, que da la calidad de dañoso al hecho punible, debe ser directo. El perjudicado indirecto tiene posibilidades de adelantar su acción civil pero no dentro del proceso penal en donde se debaten las consecuencias directas del delito. Tiene la acción civil independiente por la jurisdicción civil.

Contra quién se adelanta la Acción Civil dentro del Proceso Penal

El art. 105 del C. Penal introduce una reforma fundamental dentro de las actuales concepciones en la legislación colombiana.

En principio es el declarado responsable penalmente el que debe asumir la obligación de indemnizar los daños patrimoniales que ocasione. Por eso la responsabilidad penal es un requisito previo indiscutible, para obtener éxito en la acción civil que se intenta por la vía penal. Si la persona no es declarada responsable, es decir si es absuelta o no termina por cualquier otro motivo el proceso con sentencia condenatoria penal, no podrá condenarse dentro de esa misma providencia, dentro de ese mismo proceso a pagar la indemnización de los daños correspondientes. Por lo tanto para que prospere la acción civil, que se ha entendido como subsidiaria, accesoria, a la penal, dentro del proceso penal, tiene que existir declaratoria judicial de responsabilidad penal y es decir sentencia condenatoria. Si no existe no nace la responsabilidad civil dentro del proceso penal o como consecuencia del delito.

Puede que una persona absuelta penalmente sí tenga responsabilidad civil pero ésta ya no se puede ni declarar ni adelantar por la vía penal. Queda abierto el campo por la jurisdicción civil siempre y cuando no se de en la providencia penal alguna de las circunstancias que contempla el art. 26 del nuevo Código de Procedimiento Penal, que modifica notoriamente el actual art. 30.

Esas circunstancias que son las que dan la característica de *cosa juzgada* a la decisión absolutoria penal en el campo civil, son:

- a) Que se declare por el juez que el hecho físico, el hecho fáctico, no existió.
- b) Que se declare igualmente que el hecho dañoso, punible, aunque sí existió *no fue cometido* por la persona a quien se señaló como autor. En este caso, obvio es decirlo, la acción civil queda viva en contra de quien resulte ser el verdadero autor o responsable, y
- c) Que el hecho sí existió, el señalado sí lo cometió, pero actuó en una de las dos circunstancias de justificación (legítima defensa, o en cumplimiento de un deber, en la legislación actual).

Pero según el art. 26 del C. de P. P. que debe entrar a regir en enero de 1982, estas causales serán muchas más: ordinales 1, 2, 3 y 4 del art. 29 del Código Penal (Estricto cumplimiento de un deber legal; cumplimiento de orden de autoridad competente; legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita, o de un cargo público y legítima defensa) y ordinales 1º y 2º del artículo 40 del mismo estatuto (caso fortuito y fuerza mayor) y quien obre bajo insuperable coacción ajena).

Como puede fácilmente deducirse, las causales de absolución penal que hacen tránsito a cosa juzgada en el campo civil se aumentan en el código de procedimiento penal de 1982 en una forma peligrosa ya que muchas de esas circunstancias se valoran y califican diferentemente en el campo penal y en el campo civil. Es más técnica la situación actual.

Obsérvese que las causales contempladas en los numerales 5 del art. 29 del Código Penal (estado de necesidad) y 3º y 4º del art. 40 del mismo estatuto (error de tipo y error de justificación) no originan cosa juzgada y por lo tanto es viable acudir a la jurisdicción civil para reclamar indemnización aunque el juez penal haya absuelto al presunto responsable por estos motivos.

Muchos de los hechos dañosos que se investigan o juzgan como delito pueden no ser punibles y por lo tanto no dar origen a responsabilidad penal. Pero si el hecho es *dañoso*, aunque se declare por el juez penal que no es punible o por situaciones procesales (prescripción, caducidad, falta de pruebas suficientes, etc.) no termina con sentencia condenatoria, no produce *tránsito a cosa juzgada*. Por lo tanto, mientras no haya prescripción de la acción civil (20 años contados a partir de la comisión del hecho, según el art. 108 del C. P.) queda expedita la jurisdicción civil para intentar la indemnización.

Muchas veces los autores del delito o partícipes, o como dice el art. 105 del C. P., *los penalmente responsables*, son varios y han intervenido o participado ya como autores (materiales o intelectuales), como coautores, como cómplices (necesarios o no necesarios). Contra ellos se puede iniciar la acción civil, pues todos y cada uno son responsables por la totalidad de la indemnización. Por eso la ley establece la *solidaridad* entre todos. Solidaridad que se traduce en la oportunidad que tiene el perjudicado, demandante en este caso, para exigir la indemnización de todos o de cualquiera de ellos en su totalidad o parcialmente. Muchas veces se puede intentar la acción contra un cómplice no necesario dejando de lado a los autores in-

telectuales o coautores físicos por considerar que aquél es solvente y capaz de responder económicamente. Pero siempre existe la posibilidad jurídica de demandar a todos.

Esta *solidaridad legal* está regulada por los arts. 1.568 y ss. del C. Civil. Claro está que el pago que haga uno de la obligación excluye a los otros porque lógicamente no podrá presentarse un doble pago. Ahora, la forma como entre ellos se distribuye el pago de la obligación, es decir cómo responden entre ellos los diferentes deudores solidarios, es un problema que no se ventila en el proceso penal. Los arts. 1.568 y ss. del C. Civil fijan la forma de distribución entre ellos, pero sin que esto tenga nada que ver con el perjudicado o tercero que la reclama o exige de cualquiera de ellos o de todos si es el caso.

Clase de perjuicios que se deben indemnizar

Dentro del proceso penal, al igual que dentro del proceso civil independiente que se pueda intentar por el perjudicado, se puede obtener la indemnización de todos los perjuicios sufridos. El C. P., en su art. 103 los concreta más específicamente en *daños materiales* y *daños morales*, recogiendo así las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, que han dividido en esas dos categorías los diferentes daños que se puedan ocasionar con un hecho dañoso.

Por *perjuicios materiales*, o *daños materiales*, como los llama el Código Penal, se ha entendido el lesionamiento económico del perjudicado que resulta del sacrificio de derechos objetivos. A su vez se han dividido, de acuerdo con lo establecido por el art. 1.614 del C. Civil, en *daño emergente*, entendiéndose por tal el empobrecimiento directo que sufre el perjudicado como los gastos que debe atender por médicos, hospitales, drogas, transportes, gastos de inhumación. En los delitos contra el patrimonio lo conformaría el valor del bien o capital indebidamente apropiado. Y en *lucro cesante* que se ha definido como la falta de productividad, de rendimiento, consecuencia del hecho dañoso. Los intereses en el caso de delitos contra el patrimonio, las incapacidades para trabajar en el caso de lesiones personales, lo que deja de recibir el perjudicado por la muerte de la persona que velaba por él económicamente, son algunos de los ejemplos característicos de esta categoría de los perjuicios materiales.

Por *perjuicios morales*, se han entendido aquellos que lesionan principalmente el sentimiento, la afección, los aspectos psicológicos de la persona. Pero éstos se han clasificado en dos grandes grupos:

a) *Morales objetivados*, que son las repercusiones económicas que resultan de esas angustias, dolores, complejos y que por lo tanto son valorables objetivamente. El agente vendedor que pierde agresividad en su labor como consecuencia de una desfiguración facial resultante de un delito. La persona que se dedica a ingerir licor para sobreponerse a la angustia, dolor interno, que le ocasiona la muerte de un ser querido, esposa, hijos, etc. y abandona sus negocios o actividades. La persona que a raíz del complejo, angustia, que le queda por haber sufrido una deformación física, (una cojera, la pérdida de una mano, de un brazo, etc.), sufre notorias mermas en su productividad o rendimiento o que a raíz de la pérdida de un ser querido rebajó notoriamente su productividad, su actividad económica. Son varios de los ejemplos que podríamos citar en caso de personas naturales. En el caso de personas jurídicas podríamos mencionar el lesionamiento al buen nombre, al goodwill de las entidades, que se puede traducir en cifras económicas.

b) *Morales subjetivos*, o como los llama la doctrina *Pretium Doloris* (precio del dolor), que corresponden específicamente a las angustias, dolores íntimos, psicológicos, que se sienten cuando se afectan los sentimientos como en el caso del lesionamiento, la muerte de un ser íntimamente ligado a la persona. Se diferencian de los objetivados porque éstos son evaluables en dinero, en cambio los subjetivos no tienen forma de tasarse. Inclusive por eso muchos tratadistas se han opuesto a que sean indemnizados pues sostienen que el dolor no tiene valor, que la pérdida de un ser querido no puede valorarse y es indebido (amoral dicen algunos) obtener beneficios económicos por ese motivo.

Lo cierto del caso es que entre nosotros nunca se ha podido abrir paso la tesis que sostiene que los perjuicios morales, y más concretamente los subjetivos, no deben indemnizarse. Por el contrario, en las diferentes jurisdicciones (civil, laboral, penal, contencioso administrativa) se acepta la necesidad de indemnizarlos. Las diferencias o discrepancias se han presentado es en el monto y la forma de su valoración.

Concretándonos al campo penal no hay duda que el art. 103 del C. P. ordena atender el pago de la indemnización de los perjuicios materiales y morales, en todas sus clasificaciones y manifestaciones. El art. 127-8 del nuevo C. de P. P. también lo ordena así.

Monto y evaluación de los perjuicios

Corresponde siempre al demandante, en el caso del proceso penal al fiscal acusador aunque también es obligación del juez, acreditar el monto de los perjuicios tanto materiales como morales. De los materiales se ha dicho, como de los morales objetivados, que pueden ser establecidos a través de los elementos de juicio que se aporten al proceso y que de acuerdo con las normas procesales se convierten en uno de los elementos que deben aparecer establecidos por el funcionario investigador. El art. 274-7 del C. de P. P. menciona: "Establecer los daños materiales y morales provenientes del hecho" como uno de los fines de las pruebas que se aportan o recogen en el proceso penal. Por lo tanto dentro del proceso penal se deben aportar elementos de juicio suficientes para que el fallador tenga medios de convicción adecuados para poder fijar el monto.

Daño emergente

Los gastos efectuados para atender los tratamientos médicos, quirúrgicos, de clínicas, drogas, especialistas, aparatos ortopédicos, transporte, enfermeros, etc., deben probarse adecuadamente a fin de que conformen, en los delitos contra la vida y la integridad personal, el *daño emergente* de los perjuicios materiales. En los delitos contra el patrimonio el valor de los bienes o del capital que los representa, debe estar suficientemente acreditado para poder conocer el monto de este aspecto de los perjuicios materiales.

El avalúo del daño emergente es relativamente sencillo, pues establecidos los gastos específicos que se hicieron para atender a las consecuencias del hecho dañoso su valoración es fácil. El monto no tiene limitaciones de ninguna clase. Puede ser muy alto o puede ser muy bajo, de acuerdo con las consecuencias reales del hecho dañoso y los gastos hechos para atender a sus consecuencias.

Lucro cesante

En el avalúo de los perjuicios materiales debe incluirse obviamente el monto de la indemnización que se deba por el lucro cesante. Ya calificamos como tal la falta de rendimiento, de productividad, que sufre el perjudicado como consecuencia directa del hecho dañoso, punible, que se juzga.

Cuando se trata de delitos que permiten tener como base el

patrimonio o valor económico que se fija como daño emergente, el lucro cesante se establece con base en los intereses de ese capital, liquidados al interés legal vigente [hay varios intereses legales vigentes: el civil del 6% anual según los arts. 1617-3 y 2232 del C. Civil. El comercial de acuerdo con el Código de Comercio y Resolución N° 2087 de junio 28 de 1977 expedida por la Superintendencia Bancaria, en la cual se diferencia el de mora (36%) y el corriente bancario (18%)], por el tiempo que transcurra entre la comisión del hecho y el fallo.

Otros delitos que originan lucro cesante, como en el caso de las conductas que atentan contra la vida y la integridad personal, también causan pago de indemnización por este concepto. Pero su evaluación es más difícil.

En el caso de la persona que trabaja con un salario determinable, la incapacidad que sufra como consecuencia de una lesión personal, se traduce como lucro cesante al multiplicar el tiempo que estuvo incapacitado por el salario diario que dejó de devengar. Pero realmente no debe ser así por regla general, porque la indemnización que se reclama es la civil y no la laboral. Por lo tanto el salario puede ser uno de los factores que conforman la productividad, pero no el único.

Otros elementos de productividad pueden tenerse en cuenta para establecer el monto del lucro cesante, como cuando la persona desarrolla diferentes actividades económicas. Mayores dificultades se presentan cuando la persona tiene ingresos que no son fijos, por ejemplo honorarios en algunas profesiones liberales (médicos, abogados, ingenieros, etc.). En estos casos puede intentarse la prueba de la productividad con copia legalizada de la declaración de renta, con testimonios de personas que conozcan la actividad y la rentabilidad del perjudicado o en determinadas ocasiones partiendo del salario mínimo legalmente establecido.

Más complicada es la situación del improductivo. Una persona que no está produciendo en el momento de ser víctima del delito por ser un niño, ama de casa, estar cesante, ser estudiante, etc. La Corte Suprema de Justicia ha establecido jurisprudencialmente que la persona no productiva en el momento del lesionamiento o de la muerte no origina el perjuicio material que corresponde al lucro cesante. No compartimos ese criterio porque estimamos que una cosa es la *improductividad absoluta*, como la del demente, el inválido, el que sufre un impedimento de por vida para producir y otra la *improductividad relativa*, que se refiere a la falta de productividad en el momento de sufrir el daño. El niño, el joven, el estudiante, la

ama de casa, el cesante, son personas que son potencialmente productivas y no están desarrollando en ese momento la actividad económica, pero que pueden desarrollarla posteriormente. Por eso somos partidarios de encontrar fórmulas adecuadas para valorar ese perjuicio, teniendo en cuenta la potencialidad económica, no la productividad actual, sino las posibilidades de hacerlo. Más cercanas en unos (estudiantes universitarios) que en otros (niños pequeños, etc.).

Otro problema actual en relación con el lucro cesante, tanto en el caso de las lesiones personales como del homicidio, es el que se plantea al descontar de la indemnización que se fija como lucro cesante las sumas que organismos de seguridad social como el ISS, las Cajas de Previsión, etc., pagan a los perjudicados como pensiones de viudez, orfandad, o simplemente incapacidad.

Hemos sostenido, desde hace ya varios años, que esas sumas no deben descontarse porque allí no se presenta doble pago, o enriquecimiento sin causa, como algunos lo pretenden. Tanto en el ISS como en las Cajas de Previsión y demás organismos se pagan al afiliado (cuando él es quien sufre la lesión) o a los herederos (cuando el afiliado muere) unas incapacidades o pensiones de viudez y orfandad según el caso, porque el afiliado o trabajador *cotiza semanal* o mensualmente una suma determinada, una prima, para obtener ese beneficio. Es sólo entonces la contraprestación a esas primas lo que origina su pago por parte de la entidad de seguridad social. Y la obligación indemnizatoria surge de una fuente completamente distinta, es decir, de la comisión de un delito o de un hecho dañoso. Descontar lo pagado por el ISS y demás entidades sería un enriquecimiento sin causa para el responsable, pues hay enriquecimiento sin causa cuando aumenta el activo, pero también cuando disminuye el pasivo sin ningún motivo o causa legalmente establecida. Por lo tanto el que el perjudicado reciba distintos beneficios económicos por el mismo hecho no es un doble pago porque las fuentes, los orígenes de esas obligaciones, son distintas. Como sucede cuando una persona paga una póliza de seguros que incluye incapacidad o vida y la persona cobra, por estar cumpliendo con las primas que paga, el monto del seguro. No puede el responsable del delito alegar o descontar esa suma del monto de la indemnización que le corresponde pagar.

Además, en caso de aceptar un doble pago que no lo es, sería al ISS o a la entidad que paga las pensiones a la que corresponde reclamar y recibir esos dineros y no a un tercero, que ni siquiera cotiza para atender al pago de ellas.

Es tan clara esta situación que en el campo laboral, en donde el patrono sí cotiza para cubrir determinados riesgos y está expresamente autorizado para descontar las sumas que haya pagado como indemnización laboral cuando se le reclama la indemnización civil que contempla el art. 206 del C. Sustantivo del Trabajo, se venía descontando todo lo pagado por el ISS pero ahora se cambió de criterio según nueva tesis de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Dice así la providencia, dictada en los juicios laborales ordinarios de *Dalmay del Socorro Diaz vs. Sofasa* (Juzgado 3º Laboral del Cto.), *José Leonidas Zapata Muñoz vs. Futec S. A.* (Juzgado 6º Laboral del Cto.), *María Elena Vargas y otros vs. Empresas Públicas de Medellín* (Juzgado 2º Laboral del Cto.) y otras más: "Cabe observar finalmente que no es dable descontar del monto de las aludidas indemnizaciones lo pagado por el ISS como lo pretende la empresa por las siguientes razones: a) Conforme el art. 83 del acuerdo 155 de 1963 del ISS, aprobado por el decreto 3170 de 1967, cuando el patrono es declarado culpable de la ocurrencia del accidente de trabajo y se le condena al resarcimiento pleno de perjuicios a los damnificados por el siniestro, *el Instituto tiene derecho al reembolso* de las sumas que hubiere satisfecho a aquéllos y su monto es descontable del de la indemnización correspondiente.

Pero si el Instituto *no es parte en el juicio respectivo*, lo previsto en el art. 83 no da base para que *jurisdiccionalmente* se disminuya la carga patrimonial que para el patrono significa la condena al resarcimiento pleno de perjuicios al hallársele culpable del accidente que los ocasionó. Desde luego que él no puede beneficiarse con el aprovechamiento de un valor pecuniario cubierto por persona distinta, *el Instituto* al cual compete de manera exclusiva gestionar el reembolso de lo pagado a título de simple indemnización laboral del accidente, *reclamándolo de quienes lo recibieron bien judicial o extrajudicialmente*"... "Tampoco debe olvidarse que *la culpa y el dolo no son asegurable*s y que al contrario *liberan generalmente de obligación al asegurado*, cuando el siniestro sobreviene por causa de ellos".

Lucro cesante en el homicidio

Aunque los perjuicios que reclaman los herederos cuando muere el causante por falta de quien atendía a sus obligaciones económicas no encajan en forma precisa en lo que se entiende por *lucro*

cesante, se ha extendido hasta allí la interpretación de ese término, dando a entender que son los daños económicos que el perjudicado recibe por la muerte de quien atendía a sus compromisos económicos. La cónyuge, los hijos y personas a quienes legalmente se les debe alimentos (art. 411 del C. C.) que demuestren que con los ingresos de la víctima o causante atendían a su diario subsistir, estudios, actividades, etc. están facultados para reclamar, como lucro cesante, esos perjuicios.

Necesario es demostrar la dependencia económica cuando ella no se encuentre establecida por la ley. Se presume, por existir obligación alimentaria, en el cónyuge y en los hijos menores o que se encuentren en estado de invalidez si son mayores o están estudiando, puesto que la obligación legal de proporcionar estudio debe ser atendida por los padres (art. 413 del C. C.). Otras personas distintas, aunque no sean alimentarios, pueden reclamar estos perjuicios siempre y *cuando demuestren* (ya no se presume como en el otro caso) *la dependencia económica*. Podrán entonces parientes lejanos, concubinos, amantes, amigos, reclamar estos perjuicios si demuestran suficientemente la dependencia o ayuda económica que recibían del causante.

Se han exigido por lo menos dos elementos fundamentales para poder establecer el monto del lucro cesante en el Homicidio. El primero la supervivencia o vida probable de la víctima o el tiempo de la obligación alimentaria. La supervivencia o vida probable se fija generalmente en los procesos penales por los médicos legistas que practican la diligencia de necropsia. A falta de esta prueba se utilizan las tablas de supervivencia que, con base en estudios estadísticos de las compañías de seguros, fija la Superintendencia Bancaria, sección de seguros, para todo el país. Estas tablas dan datos para los *rentistas* (es decir para quienes viven de las rentas y no trabajan, que es un poco más alta) y para los *no rentistas* (es decir los que trabajan, que es un poco más baja) y frente a la edad con que contaba la víctima aparece un número que corresponde a los años de vida que probablemente debe vivir esa persona si no se presentan circunstancias excepcionales.

Tablas de supervivencia o vida probable

Edad actual	Rentista	No rentista
20	52.90	47.74
21	51.97	46.85
22	51.03	45.96

Edad actual	Rentista	No rentista
23	50.10	45.07
24	49.17	44.18
25	48.24	43.29
26	47.31	42.39
27	46.38	41.50
28	45.45	40.61
29	44.52	39.71
30	43.59	38.82
31	42.66	37.92
32	41.73	37.03
33	40.80	36.13
34	39.88	35.24
35	38.96	34.35
36	38.04	33.47
37	37.13	32.59
38	36.22	31.71
39	35.31	30.84
40	34.40	29.96
41	33.50	29.09
42	32.60	28.22
43	31.70	27.36
44	30.81	26.50
45	29.92	25.64
46	29.04	24.80
47	28.17	23.96
48	27.30	23.12
49	26.45	22.30
50	25.60	21.49
51	24.76	20.69
52	23.93	19.90
53	23.11	19.11
54	22.30	18.35
55	21.50	17.59
56	20.72	16.85
57	19.95	16.12
58	19.20	15.41
59	18.46	14.71
60	17.72	14.02
61	16.99	13.34
62	16.26	12.65
63	15.54	11.98

Edad actual	Rentista	No rentista
64	14.84	11.32
65	14.16	10.69
66	13.50	10.07
67	12.86	9.49
68	12.27	8.95
69	11.73	8.46
70	11.21	8.00
71	10.72	7.57
72	10.25	7.16
73	9.78	6.76
74	9.29	6.35
75	8.80	5.94
76	8.31	5.53
77	7.83	5.14
78	7.37	4.77
79	6.94	4.42
80	6.52	4.09
81	6.13	3.79
82	5.75	3.50
83	5.39	3.23
84	5.05	2.97
85	4.72	2.73
86	4.42	2.51
87	4.12	2.30
88	3.85	2.10
89	3.58	1.92
90	3.34	1.76
91	3.10	1.60
92	2.89	1.46
93	2.68	1.33
94	2.49	1.21
95	2.31	1.10
96	2.14	1.00
97	1.98	0.90
98	1.84	0.82
99	1.70	0.74
100	1.58	0.68
101	1.46	0.61
102	1.36	0.56
103	1.26	0.51
104	1.17	0.50

Edad actual	Rentista
105	1.08
106	1.01
107	0.94
108	0.86
109	0.75

El otro elemento fundamental es el producido de la víctima y lo que de allí le correspondía al perjudicado como ingreso o medio para subsistir y atender a sus necesidades. El producido anual de la víctima cuando recibe un salario es relativamente fácil de establecer: El salario mensual multiplicado por doce. Se agrega el valor de las primas que por ley (o convencionalmente si existe convención) se deben pagar por año. Las de servicios, de antigüedad, de clima malsano, etc. Además se debe incluir el monto de un salario por año (o más si hay convención al respecto) como cesantías y los intereses sobre ellas. Por último el valor de las vacaciones que anualmente le correspondan. Como se ve se cuantifica la productividad por el último año de la víctima, teniendo en cuenta las normas laborales o convencionales que fijan contraprestaciones al trabajo.

Los comentarios que hicimos un poco antes sobre los inconvenientes que se presentan cuando la víctima no recibe un salario sino que su producido es indeterminado (profesiones liberales), cuando está cesante, cuando es improductivo relativo o improductivo absoluto, etc. son de aplicación en este caso.

Del producido de la víctima es necesario conocer qué se destinaba en beneficio del perjudicado. Algunos sostienen que se debe descontar un porcentaje del producido total (10 a 20%) que la víctima destinaba para sus propios gastos y que no se convertían en beneficio para el perjudicado. No somos partidarios de esa tesis mientras no se modifique el criterio de que el producido que se tiene en cuenta, es el de la víctima en el momento de la comisión del delito y no en el momento del avalúo o de la sentencia, como apenas empieza a abrirse campo en la jurisdicción civil cuando se condena al pago de indemnizaciones por responsabilidad civil extracontractual.

La devaluación y otra serie de factores que modifican realmente el monto de la indemnización apenas sí se compensarían parcialmente con esa mínima cantidad.

Además debe tenerse en cuenta que las tesis de algunos funcionarios o falladores de que el monto total que produce la víctima, cuando los perjudicados son su cónyuge y sus hijos, debe dividirse entre estos para que cada uno reclame hasta donde le corresponda (viuda, hasta su propia supervivencia porque su obligación alimentaria es permanente, y los hijos hasta la mayoría de edad o tiempo de estudios porque hasta allí llega la obligación alimentaria del padre), no la consideramos acertada ni jurídica porque desde el punto de vista civil los ingresos que corresponden a cuotas de hijos ya mayores acrecen las de los menores y los de la cónyuge. Por lo tanto es indiferente que los hijos lleguen a una mayoría de edad cuando sus participaciones deben acrecer la del cónyuge o sus hermanos menores (art. 1042 C.C.) y se llega a la misma cantidad, a través de varios reclamantes o de uno sólo (aquel a quien le acrecen sus cuotas por falta, mayoría de edad o incapacidad de los otros).

Establecidos los dos elementos esenciales: a) Productividad de la víctima por año, y b) La supervivencia o vida probable, basta utilizar un medio equitativo para fijar el monto total por perjuicios materiales, lucro cesante.

Anteriormente se multiplicaba el producido anual por los años de supervivencia. Pero esa operación era injusta e inequitativa para el responsable porque pagaría de contado y en forma anticipada sumas que el perjudicado iría a recibir mensualmente y por períodos vencidos. Por eso la jurisprudencia aceptó la aplicación de algunas operaciones de matemáticas financieras que permiten descontar los intereses que esas sumas pagadas de contado y anticipadamente deben de producir.

Se utilizaban algunas operaciones difíciles y complicadas que hacían poco prácticos esos procedimientos. Pero rápidamente se abrieron paso unas tablas que el ingeniero Egidio Garuffa, argentino, creó en donde sintetizaba unas operaciones con base en una fórmula elemental. Fue así como, partiendo de un interés del 6% anual (que es el legal civil vigente en Colombia, según los artículos 1617 y 2332 del C. C.), estableció de acuerdo con la supervivencia, cuánto tenía que depositarse en un banco para que se produjera un peso anual.

Y fue colocando al frente de la supervivencia o edad futura calculada un número o factor. Como ese factor corresponde a un peso de productividad de la víctima, basta multiplicarlo por el producido anual y da el monto total de la indemnización por este lucro cesante de los perjuicios materiales.

Pero muchos tratadistas han impugnado el interés del 6% para

descontar de la suma que se debe pagar como indemnización por el pago futuro, alegando que hoy ese interés ya no corresponde a la realidad, que el interés de mora es el 36%, que el corriente es del 18%, que el bancario normal es del 24%, etc. Por eso han pretendido desconocer las tablas de Garuffa, porque parten del interés del 6% anual, y han propugnado por otras tablas que en el fondo aceptan los mismos principios matemáticos de la de Garuffa pero con base en un interés mayor para el descuento. El Consejo de Estado en providencia muy importante fijó su criterio al respecto y de paso logró la oportunidad para hacer algunas correcciones numéricas a las tablas de Garuffa.

Vale la pena conocerla ya que aparece publicada en la revista *Derecho Colombiano*, de septiembre de 1972, N° 129, páginas 299 y siguientes y específicamente en la página 323 concluye con las que estima deben ser aplicadas, teniendo en cuenta el interés que menciona en el encabezamiento de la columna.

Consideramos que mientras los arts. 1617 y 2232 del Código Civil no sean modificados, el interés legal vigente para estos efectos de la indemnización continúa siendo el 6%. Cuando se trata de indemnizaciones regidas por el Código de Comercio ya allí sí se deben aplicar los intereses legales comerciales que son hoy del 18%. Pero en el caso de las indemnizaciones que surgen de los delitos, deben liquidarse con el 6% por ser netamente civiles y regirse por el Código Civil y no por el Comercial.

Tablas de Garuffa

Años de vida probable o supervivencia	Suma que al 6% de interés anual producirá un peso	Suma que al 12% de interés anual producirá un peso	Suma que al 18% de interés anual producirá un peso	Suma que al 24% de interés anual producirá un peso
1	0.943	0.893	0.847	0.806
2	1.833	1.690	1.566	1.457
3	2.673	2.402	2.174	1.981
4	3.465	3.037	2.690	2.404
5	4.212	3.605	3.127	2.745
6	4.917	4.111	3.498	3.020
7	5.582	4.564	3.811	3.242
8	6.210	4.968	4.077	3.421
9	6.802	5.328	4.303	3.565
10	7.360	5.650	4.494	3.682
11	7.887	5.938	4.656	3.776

Años de vida probable o supervivencia	Suma que al 6% de interés anual producirá un peso	Suma que al 12% de interés anual producirá un peso	Suma que al 18% de interés anual producirá un peso	Suma que al 24% de interés anual producirá un peso
12	8.384	6.194	4.793	3.851
13	8.853	6.423	4.909	3.912
14	9.295	6.628	5.008	3.962
15	9.712	6.811	5.091	4.001
16	10.106	6.974	5.162	4.033
17	10.477	7.120	5.222	4.059
18	10.828	7.250	5.273	4.080
19	11.158	7.366	5.316	4.097
20	11.470	7.469	5.353	4.110
21	11.764	7.562	5.384	4.121
22	12.041	7.645	5.410	4.130
23	12.303	7.718	5.432	4.137
24	12.550	7.784	5.451	4.143
25	12.783	7.843	5.467	4.147
26	13.003	7.896	5.480	4.151
27	13.210	7.942	5.492	4.154
28	13.406	7.984	5.502	4.156
29	13.591	8.922	5.510	4.158
30	13.765	8.055	5.517	4.160
31	13.929	8.085	5.523	4.161
32	14.084	8.111	5.528	4.162
33	14.230	8.135	5.532	4.163
34	14.368	8.156	5.535	4.164
35	14.498	8.175	5.539	4.164
36	14.621	8.192	5.541	4.165
37	14.737	8.207	5.543	4.165
38	14.846	8.221	5.545	4.165
39	14.949	8.233	5.547	4.166
40	15.046	8.244	5.548	4.166
41	15.138	8.253	5.549	4.166
42	15.224	8.262	5.550	4.167
43	15.306	8.269	5.551	4.167
44	15.383	8.276	5.552	4.167
45	15.456	8.282	5.552	4.168
46	15.524	8.288	5.553	4.168
47	15.589	8.293	5.553	4.168
48	15.650	8.297	5.553	4.169
49	15.707	8.301	5.554	4.169
50	15.762	8.304	5.554	4.169

Pero el hecho de descontar intereses por el pago *anticipado*, futuro, de una indemnización, llevó a la jurisprudencia a aceptar que la indemnización por *lucro cesante* se divida en dos etapas: la *consolidada*, que se liquida con base en lo ya adeudado por ese concepto, entre el momento en que se presentó el hecho y el del avalúo (o la sentencia), que no tiene ningún descuento por no existir pago futuro sino ya vencido, y la *futura*, que corresponde al tiempo transcurrido entre el momento del avalúo (o de la sentencia, mejor debía ser desde el momento del pago) y la supervivencia fijada a la víctima. Como allí sí se paga anticipado se puede hacer el descuento del interés compuesto aplicando las tablas transcritas.

Algunos agregan que a la *consolidada* se le debían liquidar y agregar intereses al 6% (igualmente compuestos), por estar ya vencida la obligación, así como a la *futura* se le descuenta por pago anticipado.

Modo de utilización de las Tablas Financieras

Con ellas se pretende descontar de las sumas entregadas el valor que corresponde a los intereses compuestos que producirían las sumas pagadas anticipadamente, es decir, antes de su vencimiento y de una vez.

El Consejo de Estado, en la providencia ya indicada, hace estas consideraciones: "*Valor de un capital*. Cuando se quiere anticipar el pago de una deuda cierta, pagadera en un tiempo futuro y determinado, teniendo en cuenta que la cantidad que se pague hasta cuando realmente se haga exigible la obligación, y esa ganancia en justicia correspondería al deudor, es importante determinar el *valor actual* de ese capital o sea la cantidad que a interés se convierta en el capital que se adeuda".

Y agrega: en "*El Formulario del Ingeniero*" de Egidio Garuffa, página 37, se encuentra la fórmula matemática para estos casos, que es así:

$$C = \frac{(1 + r)^n - 1}{r(1 + r)^n}$$

Para facilitar el uso de esta fórmula y evitar las complicaciones de logaritmos, el mismo manual en la página 38 trae las tablas que indican el valor actual o cantidad que debe ponerse en un

banco, al interés del 6% anual, para obtener una renta de un peso anual (\$ 1.00) durante el número de años que allí figuran.

Esa tabla, como ya se indicó, fue materia de corrección en algunas cantidades y se complementó con los factores resultantes de aplicar la misma fórmula pero con un interés mayor (12%, 18% y 24%).

Es bueno aclarar que para efectos de la supervivencia, a la cual se le aplicará el factor de las tablas financieras, es la menor entre las de la víctima y el reclamante, pues si la víctima tiene una supervivencia mayor sólo recibiría ingresos de la víctima durante el tiempo de vida de ésta y si por el contrario la víctima tiene una supervivencia mayor, el reclamante sólo podría recibir ingresos o beneficios de la víctima durante su vida y no durante la vida total de la víctima.

Se debe establecer la supervivencia menor entre la víctima y el perjudicado y es la que se tiene en cuenta para buscar el factor determinante del lucro cesante en las tablas de Garuffa.

Imposibilidad de fijar el monto de los perjuicios materiales

Las dificultades que atrás se indicaron para establecer realmente el monto de los perjuicios colocan muchas veces al perito, que debe rendir el dictamen, o al juez que debe fallar o decidir, en situaciones difíciles. Por eso, en la legislación vigente, el juez puede condenar al pago de la indemnización en forma *concreta* si encuentra suficientes elementos de juicio que le permitan establecer el monto o aceptar el dictamen que le entrega el perito. Pero también, cuando esos elementos de juicio no son suficientes o no encuentra de recibo el dictamen, podía condenar *in-genere*, es decir, en abstracto, imponiendo la obligación de indemnizar, pero sin fijar la cuantía, tal como lo establece el art. 307 del C. de P. Civil. De todas maneras debía condenar al pago de la indemnización, ya fuere *in-genere* o en concreto.

A partir de enero de 1981, según el art. 107 del C. P., el juez penal goza de las prerrogativas de fijar él directamente el monto de esos perjuicios. Aparentemente se pretende evitar el incidente de regulación que hoy en día existe para que cuando la sentencia sea *in-genere* o en abstracto, se acuda al art. 308 del C. de P. Civil para concretar su monto.

Dice así la citada disposición:

“Indemnización por daño material no valorable pecuniariamente. Si el daño material derivado del hecho punible no pudiere avaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito, el juez podrá señalar prudencialmente como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro.

“Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del hecho punible”.

Como se ve se recogen los dos aspectos del perjuicio material, es decir, el daño emergente y el lucro cesante, que el juez tendrá que analizar detenidamente, junto con las otras circunstancias que allí se mencionan, para concluir concretando el monto de la indemnización por perjuicios materiales en sus manifestaciones de daño emergente y lucro cesante.

No puede olvidarse que esa disposición es nueva y que debe aplicarse con suma responsabilidad y cuidado, pues en el momento de escribir este artículo el valor de mil gramos de oro está cerca de los \$ 800.000.00. Los cuatro mil pueden estar valiendo alrededor de \$ 3.200.000.00. Y si este límite se aplica para cada uno de los perjudicados (pueden ser varios), las indemnizaciones se vuelven millonarias e imposibles de pagar. Claro está que la norma establece esos 4.000 gramos, como *límite máximo* y deja al juez la facultad de moverse entre 0 y esa suma para fijar los perjuicios materiales. Se supone que al límite máximo sólo debe llegarse en casos muy extremos, claros y que reúnan condiciones muy excepcionales.

Prudencia, buen tino, responsabilidad, va a exigir esa norma de los falladores que van a ser uso de ella.

Un poco más adelante, al tratar el tema de los perjuicios morales subjetivos, veremos de donde salió el patrón oro para servir como medida de las indemnizaciones.

Perjuicios morales

Estos perjuicios también deben indemnizarse. Tanto en los delitos o hechos punibles como en los hechos dañosos civiles.

El art. 95 del C. P. anterior y el art. 103 del actual, los establecen en forma específica y concreta.

Como la legislación no diferencia se debe entender que engloba las dos clases en que la jurisprudencia y la doctrina los ha dividido, como indicamos un poco atrás, en objetivados y subjetivados o *pretium doloris*.

Los objetivados, por sus características, son aparentemente fáciles de evaluar y se deben aportar al proceso los elementos de juicio necesarios para tasarlos. No obstante, como no es frecuente su ocurrencia o fácil su prueba, son muy pocos los dictámenes que los incluyen. Pero deben incluirse en lo posible.

No hay limitaciones en su monto. Los que se prueben, los que se establezcan se deben indemnizar.

Los subjetivos o pretium doloris. Son los comúnmente llamados perjuicios morales.

Por tratarse de lesionamientos de los sentimientos, de angustias, de factores psicológicos, es muy difícil su valoración. Es casi imposible avaluar en dinero el dolor humano. Ninguna suma es suficiente para compensar la pérdida de un ser querido. Pero sin embargo esa situación puede mitigarse, puede hacerse menos dolorosa, menos angustiosa si se compensa en algo y a través del único medio que existe entre los hombres, ese sufrimiento. La dificultad de evaluar ese perjuicio, que indiscutiblemente existe, no puede servir de disculpa o de beneficio para quien causó el daño.

Pero como no existen elementos objetivos, medibles, tasables, para establecerlos, desde hace mucho tiempo han sostenido la jurisprudencia y doctrinas nacionales y extranjeras, que deben ser evaluados por el juez a su arbitrio. Que no se requiere la intervención de perito, que no es necesario el dictamen.

Por eso corresponde al fallador su fijación, analizando una serie de factores más subjetivos que de otra índole. Pero un poder absoluto y arbitrario del juez, sería peligroso en este campo. Por eso se le ha fijado un límite máximo para que partiendo de cero pueda establecer el monto correspondiente sin sobrepasar el que fija la ley.

El art. 95 del C. Penal anterior establecía que su monto no podía ser superior a los \$ 2.000.00, cifra que era irrisoria. Sin embargo los jueces penales la continúan aplicando con base en una interpretación exegética, creemos que equivocada.

Pero como en ninguna otra norma de la legislación colombiana se fijaban pautas para tasar los perjuicios morales (aunque los menciona el Código de Comercio), los falladores de otras jurisdicciones empezaron a recurrir al art. 95 del C. Penal para fijarlos en procesos civiles, laborales y contencioso administrativos.

Fue así como la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de septiembre 27 de 1974, con ponencia del Dr. Germán Giraldo (corre publicada en la revista *Derecho Colombiano* N° 156 de diciembre de 1974, págs. 583 ss.), empezó a apartarse del criterio de que los perjuicios morales subjetivos en el campo civil debían regularse por el art. 95 del C. Penal y después de algunas consideraciones fijó el límite máximo en \$ 30.000.00 para cada perjudicado. Con esta tesis, que rápidamente se abrió paso en la jurisdicción civil, se apartaba la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de la tesis del H. Consejo de Estado, que seguía sosteniendo que en el campo contencioso administrativo se aplicaba el art. 95 del Código Penal y por lo tanto las indemnizaciones por perjuicios morales se limitaban en \$ 2.000.00 para cada perjudicado.

Ante la acogida de la tesis de la Sala de Casación Civil de la H. Corte, en sus demás salas (con excepción de la penal) los perjuicios morales fueron limitándose arbitrariamente, sin ninguna explicación científica o jurídica, en \$ 30.000.00 por perjudicado.

El Consejo de Estado continuó aplicando su criterio pero ante peticiones constantes y ante la situación de antagonismo creada con la Corte Suprema de Justicia en este aspecto, el Dr. Jorge Valencia Arango en sentencia de febrero 13 de 1978, sacó avante la tesis de seguir aplicando la limitación del art. 95 del C. Penal pero actualizada esa suma al momento del fallo. (*Ver fallos importantes al respecto en la revista Derecho Colombiano, N° 207 de marzo de 1979, págs. 264 y ss.*). Analizadas diferentes formas de actualización de las sumas fijadas, después de descartar el dólar, llegó a la conclusión que los \$ 2.000.00 que fijaba el art. 95 del C. P. valían en 1937, año de su expedición, mil gramos de oro. Que era fácil entonces actualizar el valor de los \$ 2.000.00 de 1937 al momento del fallo. Simplemente lo que valieran mil gramos de oro. Para saber cuánto valen mil gramos de oro hasta officiar al Banco de la República que es el encargado de negociar el oro en Colombia. Su certificación es prueba suficiente.

Y es así como en la actualidad en las jurisdicciones contencioso administrativas y civiles (la H. Corte Suprema no ha tomado

una posición diferente definida) se viene aplicando la limitación de los perjuicios morales subjetivos en el valor de mil gramos de oro en el momento de la sentencia.

Pero en el campo penal, a pesar de que se había propuesto en varias ocasiones, no conocimos fallos que hubieran acogido esta nueva posición que parecía ser más avanzada y equitativa.

Por eso consideramos que cuando el Código Penal que entró a regir en 1981, dice en su art. 106:

“Indemnización por daño moral, no valorable pecuniariamente. Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos de oro. Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida, y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido”, sólo está recogiendo una tendencia doctrinaria y jurisprudencial de incuestionable equidad.

Resta solicitar a los jueces y falladores que hagan uso adecuado, responsable, de esta facultad, de ese poder que el legislador les ha conferido para que se busque el equilibrio adecuado entre las posibilidades del responsable y las pretensiones o derechos del perjudicado.

Consecuencias de la condena indemnizatoria penal

Se pretende que el pago de la indemnización fijada por los perjuicios materiales y morales se pague. Es decir que el perjudicado sea realmente indemnizado.

Indiscutiblemente queda abierto el camino de la ejecución de la sentencia por la jurisdicción civil (arts. 109 C. P., 308 C. P. C. y 207 C. P. P.).

Pero es necesario saber que, como se trata de una sentencia dictada dentro de un proceso penal y con fundamento en un hecho dañoso *punible*, existen consecuencias penales que buscan obtener el pago real y cierto de la indemnización.

Entre nosotros, en el campo penal, se ha abusado de las facilidades que se dan al condenado para que eluda en un porcentaje muy alto el cumplimiento de esas obligaciones. Se abusa o utiliza

indebidamente la norma que abrió una compuerta a la limitación que existía para que los responsables disfrutaran de los subrogados penales sin antes pagar el monto de la indemnización.

Claro que el abuso se complementa con la ingenuidad con que los falladores analizan el estado de insolvencia del condenado. Basta haber dispuesto de todos los bienes, haberlos traspasado, hacerlos figurar a nombre de terceras personas, para aparecer insolventes, incapaz de atender el pago de la indemnización, para que el fallador dé aplicación a esa norma. Encontramos aceptable que los subrogados no queden limitados al pago y que se excepcione al que *realmente* esté en incapacidad de atender al pago de la indemnización, por ser trabajador y vivir únicamente de su trabajo, sin que le quede algo para cumplir esa obligación. Pero aceptar como tales a personas de solvencia anterior al delito suficientemente acreditadas, de capacidad económica notoria antes o después de la sentencia, pero que en un momento dado se insolventaron, es ingenuidad que no autoriza la aplicación de la norma. Otra cosa es que al condenado se le den facilidades para que cumpla esa obligación, que la pague por cuotas, en determinados plazos o con algunas condiciones, teniendo en cuenta las circunstancias. Pero es imposible que se eluda el cumplimiento de esa obligación, sosteniendo el juez penal que se acuda a la jurisdicción civil para la ejecución de la sentencia indemnizatoria, patrocinando así, ante la simulada insolvencia, el incumplimiento de la obligación.

Por eso encontramos adecuada la norma del Código Penal que entró a regir en enero de 1981 cuando dice en el art. 103:

“El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan. Esta obligación prevalece sobre cualquiera otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho y aún respecto de la multa”.

También los arts. 516 y 517 del C. de P. Penal de 1982, que obliga al pago de la indemnización para disfrutar de la condena de ejecución condicional y que concede plazos para el pago.

Se pretende acabar con la costumbre viciosa de declararse el juez incapaz de mantener los bienes del sindicado dentro de su patrimonio, cuando al ordenar las medidas preventivas, o la sentencia, se encuentra con que existen obligaciones del procesado por hechos posteriores a la comisión del delito, que sacan los bienes de la posibilidad de responder por las consecuencias del hecho delictuoso. Letras de cambio, hipotecas, obligaciones alimentarias, obligaciones laborales, simuladas muchas veces, que sólo pretenden burlar los

intereses del perjudicado con el delito. Con esa norma se pone coto a esa situación pues los bienes no podrán distraerse o alejarse del patrimonio del responsable.

El art. 69 del C. Penal de 1981, en concordancia con el 73, dan al juez la facultad de limitar el disfrute de la *condena de ejecución condicional* (el término corresponde a la *condena condicional* del actual C. de P. Penal) y la *libertad condicional* que conforman los dos subrogados penales más importantes, al imponer las siguientes condiciones para disfrutar de ellos: "3aº reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlos".

Los arts. 514, 516 y 517 del C. de P. Penal dicen:

Art. 514. *Aplicación.* Cuando se otorgue la condena de ejecución condicional, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal y se fijará el término dentro del cual el beneficiado debe reparar los daños ocasionados con el hecho punible.

Art. 516. *Ejecución de la pena por no reparación de los daños.* Si el beneficiado con la condena de ejecución condicional no reparare los daños dentro del término que le haya fijado el juez, se ordenará inmediatamente la ejecución de la pena y se procederá como si la sentencia no se hubiere suspendido.

Art. 517. *Prórroga para el pago de perjuicios.* Cuando al beneficiado con la condena de ejecución condicional le hubiere sido imposible cumplir la obligación de reparar los daños dentro del término señalado, el juez, a petición justificada de parte, podrá prorrogar el plazo por una sola vez y por un término no mayor de 120 días. Si no cumpliere, se ejecutará la pena.

Por lo tanto, los nuevos Código Penal y de Procedimiento Penal continúan supeditando la concesión de la *condena de ejecución condicional* y la *libertad condicional*, al pago de la indemnización de los daños y perjuicios, a no ser que se demuestre por el condenado que está en imposibilidad de hacerlo.

Pero esta imposibilidad debe ser absoluta y estar suficientemente acreditada en el proceso. Las imposibilidades relativas, las imposibilidades simuladas, las imposibilidades calculadas, las imposibilidades planeadas, no están incluidas en esa situación, por lo tanto el juez no puede aceptarlas y no debe conceder los subrogados hasta que se pague o se garantice el pago de las indemnizaciones fijadas por los daños cometidos con el delito.

Se pueden conceder plazos, facilidades, cuotas mensuales, descuentos, por parte del juez para el cumplimiento de la obligación, pero de allí a facilitar que se eluda ese cumplimiento, hay mucho trecho o distancia.

Prescripción de la acción indemnizatoria

El art. 108 del C. Penal de 1981 dice textualmente:

“La acción civil proveniente del delito prescribe en veinte (20) años si se ejerce independientemente del proceso penal y en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal, si se adelanta dentro de éste”.

Esta norma pretende corregir definitivamente la difícil situación que se estaba presentando con el art. 101 del anterior código, que remitía al Código Civil para fijar la prescripción de la acción civil indemnizatoria proveniente del delito. El Código Civil en su art. 2358 reenviaba nuevamente al Código Penal, pero al art. 108 que se refería a la prescripción de la pena y no a la prescripción de la acción penal que regulaba el art. 105. Por eso se establecía que la acción penal prescribía en un término completamente distinto a la acción civil. Y esto daba pie para confusiones notorias.

Hoy, al establecer la prescripción de la acción indemnizatoria proveniente del delito en veinte años si se adelanta por la jurisdicción civil, y en el término que prescribe la acción penal si se adelanta en el proceso penal y ante la jurisdicción penal, se clarifica en parte la situación, aunque no totalmente.

El Código de Procedimiento Penal al suprimir la parte civil del proceso penal, que era la forma en que se podía adelantar por el perjudicado la acción civil dentro del proceso penal, ha reducido la prescripción de la acción civil dentro del proceso penal a un solo término, el de 20 años. La otra prescripción ya no se da entre nosotros.

Muy importante, también para calificar distintas tesis que se discutían, el art. 109 del Código Penal de 1981 “*Las causas de extinción de la punibilidad no comprenden las obligaciones civiles derivadas del hecho punible*”.

Queda claro así que si existe un hecho que no es punible por las circunstancias en que se presenta, no por ello deja de tener con-

secuencias civiles. Si el hecho es dañoso aunque no sea punible no desaparece por esa circunstancia la obligación indemnizatoria.

La prescripción fijada por el art. 108 del C. Penal se refiere a la acción que se adelanta contra el directamente responsable, pues consideramos que en relación con el tercero civilmente responsable, que se menciona en el art. 2347 del C. C., sigue regida por el inciso 2º del art. 2358 del Código Civil. Los mencionados en el art. 2356 del C. C. que se refiere a los dueños de cosas utilizadas en actividades peligrosas, continúan regidos por la prescripción ordinaria de 20 años.

Si se trata de una persona jurídica, para efectos de la indemnización civil, la prescripción, aunque se trate de casos de aplicación del art. 2347 del C. C., es la de 20 años, porque ya no se acepta la tesis organicista, pues cada agente compromete directamente a la persona jurídica.

Terceros civilmente responsables de indemnizaciones por hechos punibles

De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, que entrará a regir en 1982, ni el directamente perjudicado con la infracción (pues no se puede constituir en parte civil), ni los terceros civilmente responsables que mencionan los arts. 2347 y siguientes del Código Civil, podrán vincularse dentro del proceso penal.

Claro que responden civilmente pero ante la jurisdicción civil, aparte del proceso penal que se adelanta contra el directamente responsable.

El art. 105 del C. Penal de 1981, dice:

“Quiénes deben indemnizar. Deben reparar los daños a que se refiere el artículo 103 los penalmente responsables, en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar”.

Si analizamos la ley civil, que suponemos es a la que se refiere la última parte de la norma comentada, encontramos en el art. 2347 del C. Civil la enumeración de las personas que civilmente tienen que responder por hechos dañosos cometidos por otras; los padres por los hijos menores, los empresarios por sus subalternos, los artesanos por sus aprendices, los patronos por los trabajadores, etc.

Claro está que la norma no prohíbe que pueda adelantarse

la acción civil indemnizatoria contra el directamente responsable o contra el tercero civilmente responsable, ante la jurisdicción civil, es decir en un proceso civil independiente del penal, pero sí crea situaciones muy inconvenientes.

Ya en el proceso penal, sea que se trate de la etapa investigativa que se va a cumplir ante un fiscal instructor, o en la etapa del juzgamiento que se va a cumplir ante un juez con fundamento en la acusación que haga un fiscal, no se investigarán, conocerán o fallarán aspectos relacionados con la indemnización de perjuicios, o si se hacen será sin la intervención del perjudicado pues no existirá, en el proceso penal colombiano, *la parte civil*.

Consideramos esa posición notoriamente equivocada, pues es tanto o más grave que el error de la comisión redactora anterior, de permitir la intervención del *tercero civilmente responsable dentro del proceso penal*, según proyecto que presentó.

El perjudicado debe tener oportunidad de intervenir en el proceso penal, para debatir y aportar elementos de convicción sobre el monto de los perjuicios sufridos y pretender obtener la indemnización correspondiente.

En el Código de Procedimiento Penal vigente existe un momento procesal específico para la evaluación de los perjuicios ocasionados con el delito. Cuando el proceso ha entrado en la etapa de la causa, una vez abierta a pruebas se ordena el correspondiente dictamen. No existe otro momento procesal para esa evaluación.

En cambio en el Código de Procedimiento Penal que entra a regir en 1982 no hay claridad al respecto. Parece que ese dictamen puede ser solicitado en cualquier momento del proceso, especialmente en el período del juzgamiento. Sin embargo no existe, por ahora, mucha claridad al respecto.

SEGUNDA PARTE

Nuevas formas de liquidar el lucro cesante en las indemnizaciones

Se comentó sobre los procedimientos que entre nosotros se acostumbran para liquidar las indemnizaciones que resultan de hechos dañosos ya sean delictuosos o no.

Al detallar los sistemas utilizados, explicamos el procedimiento que se ha venido aplicando en la Corte Suprema de Justicia, especialmente en la sala de casación civil, y como consecuencia de ello en los tribunales y juzgados de la administración civil de la jurisdicción. Anotamos cómo se han venido utilizando las llamadas *Tablas de Garuffa*, cuál es su procedencia y cuál la manera de aplicación.

Sin embargo, el Consejo de Estado, aparentemente más receptivo que la Corte Suprema de Justicia a las nuevas inquietudes que en este campo se han presentado y que buscan encontrar formas o procedimientos lo más equitativos posibles, ha adoptado otras fórmulas o sistemas. De allí que en sentencias diferentes, entre las que conocemos las dictadas en el expediente 2155 de Marina del Socorro Echeverri vda. de Cárdenas contra la Nación, con fecha noviembre 22 de 1979, la dictada en el expediente 2506 de abril 29 de 1980, en el ordinario indemnizatorio de Ana de Dios Ríos Osorio contra la Nación (publicada en la revista *Foro Colombiano*, número 132 de junio de 1980, bajo el título de *Derechos de la concubina permanente del trabajador*, páginas 555 y siguientes), la dictada en el ordinario indemnizatorio de Mercedes Jurado H. contra el Municipio de Medellín, con fecha noviembre 12 de 1980, ha venido aplicando unas fórmulas diferentes a las tablas de Garuffa, que pretendemos comentar en este artículo y aconsejar su adopción por ser más justas y equitativas.

Como se observa en cada una de las sentencias enunciadas, el Consejo de Estado comienza por dividir la indemnización de los perjuicios materiales, en su manifestación de *lucro cesante*, en dos momentos, etapas o períodos. La primera que denomina *indemnización causada o consolidada o debida*, que corresponde a la que se debe por el tiempo transcurrido entre la fecha del accidente o hecho dañoso y la fecha del fallo (calculada generalmente). La otra la denomina *indemnización futura o anticipada*, y que corresponde a la indemnización que se debe pagar después del fallo y hasta el momento de la supervivencia de la víctima o del perjudicado, según resulta la menor de entre las dos.

Para liquidar la indemnización por perjuicios materiales en su manifestación de *lucro cesante*, deben tenerse en cuenta estos elementos necesarios o indispensables:

1º *La Productividad*. Corresponde al ingreso real que el reclamante o el perjudicado ha dejado de percibir como consecuencia del hecho dañoso, la muerte de la víctima en el homicidio, por

ejemplo. Para obtener esa productividad debe tenerse en cuenta el monto que producía la víctima y distribuirlo proporcionalmente entre el número de perjudicados, es decir, cónyuge, hijos, padres, etc.

El Consejo de Estado ha mantenido su posición de descontar una suma proporcionada, entre el 20 y el 25% de esa productividad total, por considerar que esa parte se dedicaba por la víctima a atender sus propias necesidades, su propia subsistencia. El resto lo distribuye entre los perjudicados teniendo en cuenta las normas de la liquidación de la sociedad conyugal y de la sucesión. Es decir, si uno de los reclamantes es el cónyuge, le adjudica el 50% de lo que queda de la productividad, después de descontarle el 20 o el 25% que la víctima dedicaba a sus propias necesidades. El otro 50% lo reparte entre todos los hijos en la misma proporción. Así se establece el ingreso que deben de percibir todos y cada uno de los reclamantes.

2º *Supervivencia*. La supervivencia o vida probable es otro de los factores determinantes en la liquidación de esta clase de perjuicios. Se establece la supervivencia de la víctima con lo informado por los médicos legistas en la diligencia de necropsia o, a falta de ésta, por las tablas de vida probable o supervivencia que tiene establecidas la *Superintendencia Bancaria*, a través de su sección de Seguros (Según resolución 3025 de Nov. 29 de 1971).

Debe anotarse que cuando quien reclama es un cónyuge, como la obligación alimentaria es de por vida, se tiene en cuenta la supervivencia menor entre la de la víctima y la del cónyuge reclamante. Y esto es de simple lógica: si la víctima iba a vivir más que el perjudicado, éste recibiría beneficios de aquél sólo hasta que estuviera vivo. Si el perjudicado tiene una supervivencia mayor que la víctima, iba a recibir los beneficios sólo mientras ésta estuviera viva. Es decir que la supervivencia menor entre víctima y perjudicado es la que se tiene en cuenta para estos efectos.

Cuando se trata de liquidar perjuicios, lucro cesante, en beneficio de los hijos, se ha sostenido que la indemnización sólo debe abarcar hasta el momento de terminar la obligación alimentaria y no hasta la supervivencia del perjudicado. Y no hay mucha claridad hasta cuándo dura la obligación alimentaria, pues si en verdad se dice que ella termina cuando el hijo llega a la mayoría de edad, según el art. 422 (aunque sólo se menciona al varón) del C. Civil, también es cierto que permanece mientras el padre proporciona estado y educación a su hijo, según el art. 257 del C. C. Por eso hemos creído que la tesis del Consejo de Estado, de aceptar esa

obligación sólo hasta la mayoría de edad, es decir hasta que los hijos cumplan 18 años, debe modificarse y abarcar hasta la edad de los 25 años que es la edad en que normalmente ya los hijos han cumplido su preparación y su estudio y que es la edad hasta la cual el padre debe atender a esos compromisos educacionales de su hijo.

Por eso el Consejo de Estado, antes de liquidar el monto de la indemnización por lucro cesante, tiene en cuenta la supervivencia de la cónyuge y la mayoría de edad de los hijos para determinar el tiempo que debe indemnizarse.

3º Las nuevas fórmulas aplicadas por el Consejo de Estado también requieren de otras informaciones adicionales como son:

a) *Monto mensual de la corrección monetaria.* Indebidamente se *califica* en algunos apartes de las providencias que se mencionaron al principio de este artículo, como *Desvalorización* de la moneda o devaluación. Entendemos por devaluación de la moneda la pérdida del poder adquisitivo de la misma. Por ejemplo, para 1980 se estableció por el Dane esa devaluación en un 26% anual. Sin embargo, lo que se pretende es tener un dato más cierto, concreto, sobre la corrección monetaria.

La corrección monetaria estaba en el 18% anual cuando el Consejo de Estado dictó las providencias que han servido de base a este comentario. Hoy la corrección monetaria es del 21% anual, de acuerdo con el Decreto número 2175 de Sep. 17 de 1980, expedido por el Presidente de la República.

b) *Interés mensual legal.* El 6% anual es el interés legal vigente, que se debe aplicar a todas las obligaciones, tal como expresamente lo establecen los artículos 1617-2 y 2232-2 del Código Civil.

Con los elementos mencionados atrás, el *Consejo de Estado*, consecuente con una tesis de indiscutible equidad que ha mantenido desde hace ya varios años, de que la indemnización se debe liquidar en el *momento del fallo* y no en el momento del daño o accidente, ha aplicado algunas fórmulas que son simples operaciones de matemáticas financieras, y muchos de cuyos elementos se encuentran en las *Tablas Financieras* a interés compuesto, publicadas por Suramericana de Seguros.

Para la Indemnización Causada, Consolidada o Debida, utiliza la siguiente fórmula:

$$S = R \left[\frac{(1 + i)^n - 1}{i} \right]$$

Esta fórmula aparece en las tablas financieras ya citadas, bajo el número tercero, y con la siguiente explicación (pág. 3): "*Montos de un peso pagadero al final de cada período, después de N períodos, a la tasa i por período*".

En la fórmula R es uno, quiere decir corresponde a un peso, por lo tanto basta multiplicar el factor o cifra que resulta de las operaciones que dentro de la fórmula están encerradas entre corchetes, por los pesos mensuales que produce una persona.

Para aplicar la fórmula tenemos:

n = corresponde al número de meses transcurridos entre el hecho dañoso o accidente y la fecha del fallo. Es decir, el número de meses adeudados.

i = Es el interés técnico que llama el Consejo de Estado, y que corresponde al 21% anual como corrección monetaria, más el 6% anual como interés legal.

Es decir el 27% anual que corresponde al 2.25% mensual (en los fallos se utilizó la corrección monetaria del 18%, que era la vigente en ese entonces, pues se modificó, mediante decreto número 2175 de Septiembre 17 de 1980, al 21%).

Es bueno observar que para poder utilizar la fórmula en debida forma, deben convertirse todas las cifras a meses, y no cometer el error de involucrar en las operaciones, informaciones mensuales y anuales. Por eso cuando se mencione interés del 2.25% mensual, en la fórmula debe escribirse 0.0225 que es la traducción en números del 2.25%. Se concluye que es más correcta la operación en meses (aunque también puede aplicarse en años si todas las cifras se anualizan) porque los salarios se pagan en forma mensual y se pretende capitalizarlos en la misma forma, es decir, mensualmente.

Indemnización Futura:

Para la indemnización futura, vale decir la que se va a pagar al cónyuge hasta la supervivencia menor y a los hijos hasta su mayoría de edad (o 25 años, según la tesis que se acepte), a partir

de la fecha del fallo, por cuanto la indemnización anterior ya se liquidó como consolidada, debida o pasada, se aplica otra fórmula que modifica sustancialmente la operación que ahora se ha estado haciendo con las tablas de Garuffa, y que sigue aplicando la Corte Suprema de Justicia en sus diferentes Salas:

La fórmula es la siguiente:

$$P = R \left[\frac{(1 + i)^n - 1}{i + (1 + i)^n} \right]$$

P = el monto de la suma que debe pagarse como indemnización.

R = valor de la renta. Pero aquí se encuentra una de las diferencias fundamentales de la nueva fórmula, cual es que R es el valor del ingreso mensual pero actualizado a la fecha del fallo. Y esto se logra dividiendo a S de la otra fórmula (monto de la indemnización consolidada, pasada o debida, por el número de meses, es decir, por n. Por lo tanto, el R de esta fórmula resulta de S dividido por n de la fórmula anterior.

$$R = \frac{S}{n}$$

i = El interés que se utiliza en esta fórmula no es el del 2.25% mensual sino el interés legal, es decir, del 6% anual puesto que ya no se tiene en cuenta la corrección monetaria, ya que habría que aplicársela también al salario que se iba a liquidar. En síntesis, el interés que se aplica a la indemnización futura para descontarle por pago anticipado, es el compuesto del 6% anual, vale decir el 0.5% mensual, que para la fórmula se escribe 0.005.

Multiplicando el factor que resulta de la parte de la fórmula que está en el corchete, por R, nos da como resultado el monto de la *indemnización futura que debe pagarse*. Debe recordarse que para los efectos de esta fórmula n es el número de meses que transcurren entre el fallo y la supervivencia de la cónyuge o la mayoría de edad de los hijos, cuando éstos reclaman. También aquí las operaciones se hacen en meses, por ser ese el término de pago de los salarios que se pagan anticipados.

En las tablas financieras comunes el número de meses que aparece, para liquidar esa clase de intereses es de 240 (20 años). Por

ello, cuando la supervivencia es mayor, deben hacerse directamente las operaciones o traducir todos los elementos de la fórmula en años. Entonces ya n será el número de años; i será el interés anual del 6% que se anota en la fórmula 0.05.

Tablas Financieras.

Elemento importante, dentro de la aplicación de las nuevas tesis del Consejo de Estado, es el conocimiento y la correcta aplicación de las tablas financieras. Hemos utilizado para este caso las "*Tablas Financieras a Interés Compuesto*" publicadas por la *Compañía Suraamericana de Seguros* y elaboradas por el profesor *Antonio Henao*, en cuya parte introductoria se da una explicación amplia sobre su utilización.

Bajo el título nomenclatura explica el significado de los signos o letras que se van a utilizar. Así: i tasa de interés por cada peso de capital y por cada período de capitalización, a la tasa del interés correspondiente.

A partir de la página 10 trae unas tablas que se determinan por la tasa de interés (encabezan la correspondiente página) y el tiempo que debe utilizarse. En cada hoja aparecen seis columnas que corresponden a factores para diferentes operaciones.

El Consejo de Estado, al aplicar sus nuevas tesis, tiene en cuenta las cifras que aparecen en la columna tres, bajo el nombre "*Acumulación de Montos*", o sea bajo la fórmula $S_n =$ para la *Indemnización Consolidada*, que se explica así en las páginas iniciales: "3) Montos de un peso pagaderos al final de cada período, después de n períodos, a la tasa i por período que se muestra como:

$$S_n = \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Por lo tanto, buscando en las tablas para una tasa del 27% anual (que resulta del 21% como corrección monetaria, más 6% como interés legal), es decir, 2.25% mensual, indicado matemáticamente 0.0225000 en la página 150 de las *Tablas Financieras a Interés compuesto*, encontramos un factor o número de acuerdo con el número de meses que se deben liquidar. En esa página 105, y su reverso la 106, figuran de 1 a 240 meses. Por eso basta buscar frente al número de meses que se pretende liquidar el correspondiente valor (pongamos por ejemplo 20 meses, encontramos en la tercera co-

lumna (Sn) al frente del número 20 el siguiente factor o número: 249115-200-304. Para facilitar las operaciones se tendrán en cuenta sólo las seis primeras cifras, es decir, 24-9115 que corresponde a un peso de productividad, ya que Sn es un peso. Quiere decir que en 20 meses a una tasa del 27% de interés compuesto anual, debe entregarse 24-9115 por cada peso adeudado. Por lo tanto, si la productividad mensual es de \$ 10.000.00, basta multiplicar 10.000.00 por 24-9115, y nos da la indemnización adeudada o consolidada, como la llama el *Consejo de Estado*.

Dedúcese de lo anterior que para no tener que efectuar todas las operaciones, logaritmos que serán necesarios para desarrollar la fórmula, basta saber utilizar las *Tablas Financieras a Interés Compuesto*, en donde encontramos un factor que corresponde, según la tasa de interés, al tiempo que necesitamos. Ese factor lo multiplicamos por el producido o ingreso mensual y nos da la indemnización total, pero lógicamente sólo la consolidada o debida porque para la futura se utiliza otra fórmula.

Indemnización Futura.

De acuerdo con la tesis del Consejo de Estado, ésta corresponde a la indemnización que se paga anticipada, es decir por el período que transcurre en el momento del fallo y la supervivencia correspondiente de la cónyuge o la mayoría de edad de los hijos cuando estos reclaman. Pero como el pago se hace anticipado, es decir de una vez y antes de su vencimiento (ya que la víctima lo recibiría por mesadas y en un tiempo igual a su supervivencia) se le debe descontar el interés compuesto. El interés que se le descuenta es el legal, vale decir del 6% anual, o mejor del 0.5% mensual, que se traduce en las matemáticas 0.005.

¿Y por qué, se preguntarán algunos, en la indemnización consolidada o pasada la tasa es del 27% anual (21% de corrección monetaria y 6% de interés legal o sea del 2.25% mensual) y para la futura sólo del 6% anual o 0.5% mensual? La explicación es lógica. La corrección monetaria no se tiene presente para la indemnización futura, porque debería tenerse en cuenta para aumentarla al salario que se toma como base y luego para descontarla del monto de indemnización. Por lo tanto se elimina del aumento del salario y del monto de la indemnización.

El Consejo de Estado ha aplicado entonces a la *indemnización futura* la siguiente fórmula:

$$P = R \left[\frac{i + (1 + i)^n}{(1 + i)^n - 1} \right]$$

Este factor lo desarrollan las *tablas financieras a interés compuesto*, bajo la columna cinco que titulan *valor actual de un peso por período*. Si estimamos que la rata es del 6% anual, o 5% mensual, buscamos en las tablas el interés 0.005, en la página 19, el factor que corresponde al número de meses que pensamos liquidar, es decir que corren del fallo hasta la supervivencia o la mayoría de edad, según el caso. Si la supervivencia menor (entre la víctima y el perjudicado) es de diez años, o sean 120 meses, buscamos en esa página al frente de 120 y encontramos el factor 90-0734 533-272. Escogemos las primeras seis cifras 90-0734 y la multiplicamos por la productividad mensual y nos da el monto de la indemnización futura.

Pero no se puede olvidar que en este caso ese factor se multiplica no por el producido que la víctima tenía en el momento del accidente u hecho dañoso, sino el actualizado o revaluado al momento del fallo. Basta dividir el monto de la indemnización consolidada por el número de meses a que corresponde, y nos da el promedio mensual de ingresos revaluado o actualizado. Este ingreso se multiplica por el factor correspondiente y nos da el monto de la indemnización futura.

En síntesis: para la aplicación de las fórmulas atrás indicadas y utilizadas por el Consejo de Estado, no es necesario desarrollarlas cuando se tiene la ayuda de las tablas financieras, pues allí encontramos esas operaciones realizadas y que dan como resultado un factor. Basta multiplicar ese factor por la productividad y nos da el monto de la indemnización.

Diferencias fundamentales que se presentan entre las tablas de Garuffa y las tablas que actualmente aplica el Consejo de Estado

Primera: En las tablas de Garuffa sólo se tenía en cuenta el interés del dinero, el 6% anual, para descontarle ese interés compuesto de las sumas que se pagaban anticipadas.

En la fórmula actual, el Consejo de Estado aplica ese mismo interés, más la corrección monetaria, a la indemnización consoli-

dada, debida o pasada. A la futura solamente descuentan el interés compuesto del 6% anual. En la consolidada se aplica en beneficio del perjudicado. En la futura en su perjuicio porque se le descuenta por pago anticipado.

Segunda: Para la indemnización futura las tablas de Garuffa se aplicaban sobre la base del salario inicial, del que tenía la víctima en el momento del hecho dañoso o accidente. En las nuevas fórmulas se parte de un salario actualizado en el momento del fallo, que resulta de dividir el monto de la indemnización debida por el número de meses que se reconocieron.

Tercera: En las tablas de Garuffa se aplica la anualización de las cifras o datos que determinan el factor que debe multiplicarse por la renta. En cambio en las nuevas tablas se utiliza la mensualidad como elemento regulador. Es más equitativa la mensualización porque la capitalización se hace por meses (como efectivamente se reciben los salarios) y no por años como en las tablas de Garuffa.

En resumen, son más favorables para los perjudicados que reclaman, las nuevas tablas que está aplicando el Consejo de Estado, que las anteriores tablas de Garuffa. Y esa mayor favorabilidad resulta de una aplicación más justa y equitativa de principios financieros que pretenden proteger la moneda de la desvalorización de la misma, y efectuar operaciones que permiten conocer ciertamente el valor de determinada suma a través de los meses.

Un ejemplo práctico nos ayudaría a observar la diferencia entre las dos fórmulas: Víctima de un accidente muere *a*, casado con *b* y con tres hijos *c*, *d* y *e*.

- a) es trabajador que devenga el salario mínimo legal (\$ 5.700.00). Tiene 50 años de edad.
- b) está dedicada a los quehaceres domésticos. Tiene 35 años de edad.
- c) el hijo mayor. Tiene 14 años de edad. Está estudiando.
- d) es la segunda hija. Tiene 12 años de edad y está estudiando.
- e) es la tercera hija. Tiene 8 años y está estudiando.

El accidente se presentó el 3 de febrero de 1978; el fallo está previsto para el 3 de junio de 1981.

Cuando la productividad de la víctima resulta de un salario deben tenerse en cuenta los diferentes conceptos que conforman el

ingreso laboral, es decir los beneficios económicos adicionales al salario que la ley ha establecido para el trabajador o empleado.

Si tomamos el caso de una víctima que devenga el salario mínimo y que tiene una cónyuge y tres hijos, tendríamos lo siguiente:

Productividad mensual

Salario mínimo mensual vigente	\$ 5.700.00
Vacaciones legales 1.25 días por mes o sea el 4.17% sobre el salario	237.69
Cesantías proporcionales por mes (2.50 días por mes) o sea el 8.33% sobre el salario	474.81
Intereses sobre las cesantías (1% sobre ellas) o sea el 0.08% sobre el salario	4.74
Prima legal (2.50 días por mes) es decir el 8.33% sobre el salario	474.81
Total que le corresponde por mes como productividad	<hr/> \$ 6.892.05

Es decir que sobre el salario se debe recargar un *veinte con noventa y uno por ciento* (20.91%) como ingresos adicionales que corresponden a las prestaciones legales vigentes por mes.

De \$ 6.892.05 se descuenta el 20% como suma mensual que la víctima dedicaba a atender sus propias necesidades (\$ 1.378.41). Queda como productividad mensual, para repartir entre los perjudicados, \$ 5.513.64.

El 50% corresponde a la cónyuge supérstite, vale decir \$ 2.756.82; el resto, o sea \$ 2.756.82, se distribuye entre los tres hijos, es decir para cada uno \$ 918.94.

Indemnización con el sistema anterior

Indemnización debida o consolidada. Basta multiplicar el ingreso mensual para cada uno por el tiempo transcurrido entre el accidente y el fallo (3 de febrero de 1978 a 3 de junio de 1981, es decir 40 meses).

Cónyuge	b)	2.756.82	por 40	\$ 110.272.80
Hijo	c)	918.94	por 40	\$ 36.757.60
Hijo	d)	918.94	por 40	\$ 36.757.60
Hijo	e)	918.94	por 40	\$ 36.757.60

Total indemnización consolidada del lucro cesante \$ 220.545.60

Indemnización futura. El sistema anterior utilizaba las *Tablas de Garuffa*. Lógicamente la supervivencia menor entre la víctima y el reclamante. La supervivencia de la víctima que tenía 50 años era de 25.60 y la de la reclamante que tenía 35 años es de 38.96, por lo tanto la supervivencia que se tendrá en cuenta es la de 25.60, es decir 26 años. Como ya se le liquidaron como consolidada 3 años le queda una supervivencia de 23 años para las operaciones.

Frente a la supervivencia de 23 años aparece en las *Tablas de Garuffa* el factor 12-303 que multiplicado por \$ 33.081.84 que era la productividad anual para la cónyuge, nos da un monto de \$ 407.005.87.

Hijo C. Cumple los 18 años en 1982. Se le liquidó consolidada y hasta 1981 se le adeuda. Por futura, un año que equivale a \$ 918.94 mensual por 12, quiere decir \$ 11.027.28.

Hijo D. Cumple 18 años en 1984. Le faltan por liquidar de 1981 a 1984, tres años, o sea que su producido de \$ 918.94 mensual se multiplica por 12 y corresponde a \$ 11.027.28 anuales. En las tablas de Garuffa, frente a la supervivencia de 3 años (lo que le falta para la mayoría de edad) aparece el factor 2-673. Por lo tanto basta multiplicar \$ 11.027.28 por 2-673 y nos da \$ 29.475.91.

Hijo E. Cumple los 18 años en 1988. Faltan por liquidarle, como indemnización futura 7 años ya que se le liquidaron como consolidada tres. Su ingreso anual era de \$ 11.027.28 que resulta de multiplicar \$ 918.94 mensual por 12. Frente a la supervivencia de 7 aparece en las Tablas de Garuffa el factor 5-582, es decir que debe recibir una indemnización futura de \$ 132.327.26, que resulta de multiplicar \$ 11.027.28 por el factor 5-582.

Resumiendo tenemos: con el sistema anterior

Cónyuge b)			
Indemnización consolidada	\$ 110.272.80		
Indemnización futura	\$ 407.005.87	Total \$	517.278.67
Hijo c)			
Indemnización consolidada	\$ 36.757.60		
Indemnización futura	\$ 11.027.28	Total \$	47.784.88
Hijo d)			
Indemnización consolidada	\$ 36.757.60		
Indemnización futura	\$ 29.475.91	Total \$	66.233.51
Hijo e)			
Indemnización consolidada	\$ 36.757.60		
Indemnización futura	\$ 132.327.26	Total \$	169.084.86
	Total indemnización	\$	800.381.92

*Indemnización por lucro cesante. Procedimiento nuevo, actual.
Consolidada*

Los mismos elementos informativos:

- Tiempo transcurrido entre accidente y fallo, 40 meses.
- Productividad para cónyuge \$ 2.756.82. Por cada uno de los hijos \$ 918.94.

Cónyuge: Aplicada la fórmula ya señalada atrás tenemos:
 $\$ 2.756.82 \times 63-7861 = 175.846.79.$

Este factor 63-7861, aparece en la página 105 de las Tablas Financieras a interés compuesto, del 2.25% mensual, es decir de 0.0225.

Hijo C. Productividad mensual \$ 918.94 por el mismo factor, es decir 63-7861 que corresponde a la tasa del 2.25% mensual y en 40 meses, total \$ 58.615.59.

Igual cantidad, por ser los mismos factores y productividad, para los otros hijos d) y e).

Total indemnización consolidada: \$ 351.169.35.

Indemnización futura

Al aplicar las fórmulas nuevas debemos tener en cuenta el salario o productividad actualizado, que nos resulta de dividir el monto de la indemnización consolidada para cada uno, por el número de meses (40 en este caso) para obtener esa cifra.

Esa cifra, como productividad actualizada, la multiplicamos por el factor que corresponde a la fórmula del Consejo de Estado para esta clase de indemnizaciones y que se encuentra en la página 19 de las Tablas Financieras de la Suramericana de Seguros, que corresponde a un interés del 6% anual, o sea 0.5% mensual o matemáticamente 0.005.

Para la cónyuge. Su productividad actualizada es de \$ 4.369.16. El factor que tendremos en cuenta es el del interés del 6% anual para 276 meses, o sea 23 años, nos da una indemnización de \$ 758.125.26.

Para el hijo c). Sólo debe liquidarse un año, pues de los cuatro que le faltaban para llegar a la mayoría de edad (18 años) ya se le liquidaron tres. Su productividad mensual de \$ 1.465.38 (actualizada) se multiplica por el factor 11-6189 que aparece en la página 19, columna quinta, frente a 12 meses. Le corresponden \$ 17.026.13.

Para la hija d). Que cumple su mayoría de edad en 1984 se le deben liquidar 3 años, pues los otros tres se le liquidaron como indemnización consolidada. La productividad actualizada para esta hija es de \$ 1.465.38 que se multiplica por el factor 32-8710 que aparece en la página 19 de las tablas financieras frente al número 36, que son los meses que se le deben indemnizar. Nos da para esta hija \$ 48.168.59.

Para el hijo e). Que cumple los 18 años en 1988 y al cual se le reconocieron tres años como consolidada, se le debe indemnizar por 84 meses, o sean siete años. Su productividad actualizada es la misma de sus hermanos. Si buscamos el factor para 84 meses lo encontramos ya en la página 20 de las tablas financieras. Es 68-4530 y lo multiplicamos por su productividad, tenemos por concepto de esta indemnización la suma de \$ 100.309.65.

Total indemnización futura \$ 923.629.54.

Comparando tenemos =

Sistema anterior:

Sistema actual:

Cónyuge			
Indemnización consolidada	110.272.80	Consolidada	175.846.79
Futura	407.005.87	Futura	758.125.26
	<hr/>		<hr/>
	517.278.67		933.972.05
Hijo c)			
Indemnización consolidada	36.757.60	Consolidada	58.615.59
Futura	11.027.28	Futura	17.023.13
	<hr/>		<hr/>
	47.784.88		75.638.72
Hijo d)			
Indemnización consolidada	36.757.60	Consolidada	58.615.59
Futura	29.475.91	Futura	48.168.50
	<hr/>		<hr/>
	66.233.51		106.784.09
Hijo e)			
Indemnización consolidada	36.757.60	Consolidada	58.615.59
Futura	132.327.26	Futura	100.309.65
	<hr/>		<hr/>
	169.084.86		158.925.24
Total indemnización por lucro cesante	800.381.92		1.275.320.10

Diferencia en contra de los obtenidos por el sistema anterior y en relación con el sistema actual \$ 474.938.18.

Por lo tanto es más justo y equitativo el sistema actual que está aplicando el Consejo de Estado y que recoge las tesis y concepciones de tratadistas y doctrinantes extranjeros.

INDICE

Eugenio Prieto Mesa

EL OBJETO DEL DERECHO PROCESAL

5

Exordio, 5. La relación del Derecho Procesal con el Derecho Material, 7. El Derecho Procesal es el sector de la ciencia jurídica que se ocupa del "proceso", 9. Aplicación del método inductivo para delimitar el objeto del Derecho Procesal, 13. La sugestión conceptual "Derecho Procesal" induce en error acerca del contenido, 14. La cuantificación de la evidencia como método para moldear el objeto del conocimiento, 16. Delimitación del Objeto del Derecho Procesal a través del método empírico, 18.

Juan Guillermo Velásquez Gómez

LA PRETENSION. - BASES MINIMAS PARA LA FORMULACION DE UNA TEORIA AL RESPECTO

23

Introducción, 23. Teoría Monista de la Acción, 23. Teoría de la Autonomía de la Acción del Derecho Material, 24. Teoría Concreta de la Acción, 25. Teoría Abstracta de la Acción, 25. Elementos de la Acción, 28. La Acción como concepto extraprocesal, 28. El concepto de Pretensión, 29. Naturaleza jurídica de la Pretensión, 31. Elementos de la Pretensión, 32. Tipos de Pretensión, 34. Presupuestos procesales de la Pretensión, 35.

Jaime Soto Gómez

LA TUTELA JURIDICA SUSTANCIAL Y PROCESAL

37

Noción de Tutelas Jurídicas, 37. La Tutela Jurídica Procesal, 38. Proceso y conducta, 39. Ciencia y técnica del Proceso, 40. Proposiciones Ontológicas de Derecho Procesal, 41. Proposiciones Axiológicas de Derecho Procesal, 43.

Rodrigo Velilla Gómez

LA RELACION JURIDICA PROCESAL

45

Origen de la teoría, 45. Concepto de la teoría, 45. Sujetos de la Relación Jurídica Procesal, 46. Relación Jurídica de Acción, 47. Relación Jurídica de Contradicción, 49. Relación Jurídica de Pretensión, 50. Características de la Relación Jurídico-Procesal, 52. Nacimiento y extinción de la Relación Jurídico-Procesal, 53. Consecuencias de la integración de la Relación Jurídico-Procesal, 55. Críticas a la teoría de la Relación Jurídico-Procesal, 56.

Alfonso Ortiz Rodríguez

LAS PARTES EN EL NUEVO PROCESO PENAL

57

Organización del nuevo Proceso Penal, 57. El concepto de Parte, 57. Necesidad de las Partes en el nuevo proceso, 59. De la Parte Acusadora, 59. El Ministerio Público es Parte Imparcial, 60. De la Parte Defensora, 61. El Nuevo Proceso exige un cambio de mentalidad, 61. De las Partes Incidentales especiales, 62. Limitaciones a la actividad de las Partes, 63.

Beatriz Quintero de Prieto

LIEBMAN Y SU MODERNA CONCEPCION DE LA TEORIA CLASICA DEL PROCESO COMO RELACION JURIDICA

65

José Fernando Ramírez Gómez

LA LEGITIMACION EN LA CAUSA Y EL CONTRATO DE TRANSPORTE

69

El contrato de transporte, 70. La legitimación de remitente y destinatario, 72.

Hernando Devis Echandía

EL PROBLEMA DE LA POSESION O LA TENENCIA DEL PROMETIENTE COMPRADOR Y DE LA PROCEDENCIA DE LA DEMANDA REIVINDICATORIA DE LA DE SIMPLE RESTITUCION DE TENENCIA

77

Horacio Montoya Gil

**ORIGENES Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL
DEL TRABAJO**

83

Fundamentos del Derecho Procesal Laboral, 84. El Método de elaboración, 85. La Técnica del Derecho Procesal Laboral, 88.

Gilberto Martínez Rave

**LA INDEMNIZACION CIVIL DE LOS DAÑOS CAUSADOS CON
EL DELITO**

95

Acción civil: titulares, 98; contra quién se adelanta, 100. Perjuicios: clases, 102; monto y evaluación, daño emergente, lucro cesante, 104. Lucro cesante en el homicidio, 107. Tablas de Garuffa, 113. Modo de utilización de las Tablas Financieras, 115. Perjuicios materiales, 116. Perjuicios morales, 117. Consecuencias de la condena indemnizatoria penal, 120. Prescripción de la acción indemnizatoria, 123. Terceros civilmente responsables de indemnizaciones por hechos punibles, 124.

Nuevas formas de liquidar el lucro cesante en las indemnizaciones, 125. Indemnización futura, 129, 132, 138. Tablas Financieras, 131. Diferencias fundamentales entre las Tablas de Garuffa y las Tablas que aplica actualmente el Consejo de Estado, 133. Indemnización con el sistema anterior, 135. Indemnización por lucro cesante, 137.

Para Señal Editora
imprimió "L. Vieco e Hijos Ltda."
Apartado 4292 Medellín