



ISSN ELECTRÓNICO 2346 - 3473

REVISTA DEL
INSTITUTO COLOMBIANO
DE DERECHO PROCESAL

ISSN ELECTRÓNICO 2346 - 3473

Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

No. 43 • Enero - Junio de 2016

Calle 67 No. 4A - 09 Teléfonos: 310 44 09 - 310 10 91 Fax: 310 44 89

Corrección de estilo: Alejandra Karina Flórez Bayona

Diseño carátula: Diego Tobón

Diseño y diagramación: Héctor Suárez Castro

Impresión y acabados: Panamericana Formas e Impresos S.A.

Quien sólo actúa como impresor

e-mail de atención al usuario: revista@icdp.org.co

Sitio web: <http://www.icdp.org.co/revista/usuarios/index2.php>

Impreso en Colombia 2016

Bogotá, D.C. - Colombia

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

Miguel Enrique Rojas

Abogado consultor con especialización en Derecho Procesal Civil y Doctorado en Derecho, profesor de las Universidades Javeriana, Externado de Colombia, Sergio Arboleda y de Los Andes. Miembro de los Institutos Colombiano de Derecho Procesal, Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Comisión Redactora del Código General del Proceso; Director de la Escuela de Actualización Jurídica. Autor de: Eficacia de la prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad, Lecciones de Derecho Procesal, Código General del Proceso comentado, entre otras obras.

EDITOR

Horacio Cruz Tejada

Abogado y especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia; máster oficial en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid; miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal; hizo parte de la secretaría técnica de la Comisión Redactora del anteproyecto de Código General del Proceso (2003 – 2005); ex director del Área de Derecho Procesal y del Consultorio Jurídico de la Universidad de Los Andes; profesor de cátedra de esta institución y de posgrado en diferentes universidades del país. Miembro de la lista de secretarios de tribunales de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá. Abogado litigante y asesor. Autor de varias publicaciones en derecho procesal, entre las cuales se destacan: Nuevas tendencias del derecho probatorio y El Proceso Civil a partir del Código General del Proceso (coord.), ediciones Uniandes.

COMITÉ CIENTÍFICO

Enrique Letelier Loyola

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Director del Semillero “Sociedad de Debate” de la Universidad de Antofagasta. Miembro colaborador del Grupo de Investigación de Excelencia IUDICIUM (USAL), miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y socio de la Fundación Internacional Latinoamericana (FILA). Académico de la Universidad de Antofagasta. Autor de diversas obras jurídicas. Tratadista internacional.

Hernán Fabio López Blanco

Tratadista Internacional. Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Penal de la misma Universidad y con profundización en Derecho de Seguros en Torino (Italia) en el Centro de Perfeccionamiento Profesional y Técnico de la ONU. Es profesor emérito Universidad Externado de Colombia, miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, miembro de los Institutos Iberoamericano y Colombiano de Derecho Procesal. Tratadista de derecho procesal civil y de seguros.

Jairo Parra Quijano

Abogado de la Universidad Libre, ex rector de la misma Universidad. Es Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, miembro de los Institutos Mundial, Iberoamericano, Panamericano, entre otros. Es profesor Universitario, miembro de la Comisión Redactora y de la Comisión Revisora del Código General del Proceso y Tratadista.

Lorenzo Bujosa Vadell

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor Titular y Catedrático de Derecho Procesal en la misma Universidad. Vicepresidente para España y Portugal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y

de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Asesor del Vicerrector de Investigación y Transferencia de la Universidad de Salamanca. Coordinador del Programa de Doctorado “Administración, Justicia y Hacienda en el Estado Social. Ha disfrutado de estancias de investigación en las Universidades de Kansas (EE. UU), Florencia (Italia) y Tréveris (Alemania). Autor de obras como La protección jurisdiccional de los intereses de grupo; Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español y La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional, así como de otros numerosos trabajos sobre la especialidad jurídico-procesal publicados en libros colectivos y en revistas nacionales y extranjeras. Tratadista internacional.

María Cristina Chen Stanziola

Doctora en Derecho por la Universidad Católica Santa María La Antigua, con la distinción Summa Cum Laude y con los más altos honores. Doctoranda por la Universidad de Salamanca. Maestría en Derecho Mercantil, en la Universidad Santa María La Antigua; Maestría en Derecho Procesal en la Universidad de Panamá; Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas, de la Universidad Politécnica de Madrid, España; Especialista en Mediación en la Universidad de Panamá; Especialista en Docencia Superior Universidad Latina de Panamá. Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia. Autora de diversas obras jurídicas. Abogada por la Universidad de Latina de Panamá, con los más altos honores. Miembro del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y ex Miembro de la Junta Directiva del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. Actualmente, es catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Panamá y abogada litigante. Autora de diversas obras jurídicas. Tratadista internacional.

COMITÉ EDITORIAL

Ana Bejarano Ricaurte

Abogada de la Universidad de Los Andes y maestra en derecho de la Universidad de Harvard. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Investigadora sobre políticas públicas judiciales, institucionalidad judicial, acceso a la administración de justicia y derecho procesal.

Ángela María Buitrago

Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas en la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Penal y Doctora en Derecho y en Sociología de la misma Universidad. Subsecretaria de la comisión del Código Penal Tipo para Iberoamérica, es miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Colombiano, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Colegio de Abogados Penalistas de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca. Es docente de pregrado y postgrado de la Universidad Externado de Colombia en Derecho Penal.

Gabriel Hernández Villarreal

Abogado egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, especialista en Derecho Procesal Civil de la misma Institución, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia y maestría en Derecho Procesal por la Universidad Nacional del Rosario, Argentina, candidato a doctor en Derecho de la misma Universidad. Director de las Especializaciones en Derecho Procesal y en Derecho Probatorio de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario y director de su Área de Derecho Procesal Civil y Probatorio. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente de pregrado y posgrado. Autor de diversas obras jurídicas.

Gerardo Barbosa Castillo

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, y doctorando en Derecho por la misma Universidad. Es abogado litigante y profesor de la Universidad Externado de Colombia, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Jurista Emérito del Colegio de Abogados de Bogotá. Autor de numerosos artículos sobre Derecho Procesal Penal, coautor de la obra “Bien Jurídico y Derechos Fundamentales”, y autor de la obra “Transformaciones del Derecho Procesal Penal: un Análisis Estructural”.

José Fernando Mestre Ordóñez

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor de Teoría General del Proceso y de Derecho Procesal Penal en la misma Universidad. Autor del Libro “La Discrecionalidad para Acusar” y de diversos artículos, conferencias y ponencias. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal y del Centro de Estudios en Criminología y Victimología “Jorge Enrique Gutiérrez Anzola” de la Universidad Javeriana. Abogado Litigante, Socio de M&P Abogados Ltda.

Juan Carlos Guayacán Ortiz

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, doctor y magister en Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y Derecho de la integración, de la Universidad de Roma Tor Vergata. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Se ha desempeñado como docente e investigador en la Universidad Externado de Colombia, abogado consultor y litigante. Actualmente es profesor titular de Derecho Procesal Civil General de la misma Universidad y Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado.

Juan Carlos Naizir Sistac

Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia. LL.M. in International Business Law de Queen Mary and Westfield College University of London en el Reino Unido. Especializado en Derecho Procesal y en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Docente Investigador del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Coautor del libro “El Código de Procedimiento Civil a la luz de la Constitución Política. Jurisprudencia constitucional analizada y comentada”, entre otras publicaciones. Miembro de los Institutos Colombiano de Derecho e Iberoamericano de Derecho Procesal.

Lorenzo Bujosa Vadell (España)

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor Titular y Catedrático de Derecho Procesal en la misma Universidad. Vicepresidente para España y Portugal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Asesor del Vicerrector de Investigación y Transferencia de la Universidad de Salamanca. Coordinador del Programa de Doctorado “Administración, Justicia y Hacienda en el Estado Social. Ha disfrutado de estancias de investigación en las Universidades de Kansas (EE.UU), Florencia (Italia) y Tréveris (Alemania).

Luis Guillermo Acero Gallego

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Procesal Civil de la misma Universidad. Candidato a Magíster de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor titular de la Universidad Externado de Colombia. Abogado asociado de Holland & Knight. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal, y Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. Autor de varios artículos, libros y ponencias sobre temas procesales y probatorios.

Magda Isabel Quintero Pérez

Abogada. Egresada y Especialista en Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, Candidata a Magister en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado. Directora Ejecutiva del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente de la Universidad Libre de Colombia. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal.

María Patricia Balanta

Abogada de la Unidad Central del Valle del Cauca de Tuluá, especialista en Comercio Internacional de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, en Derecho de Familia y en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Es especialista en Derecho Civil (Contratos y Daños) de la Universidad de Salamanca (España) y magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo de la Universidad Autónoma de Occidente en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid. Doctora en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén (España). Es Magistrada Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga.

PARES ACADÉMICOS

Adrián Simons Pino

Magister Internacional en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina. Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Miembro de los Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Peruano de Derecho Mercantil, de las Asociaciones Internacional de Derecho Procesal y Peruana de Derecho Procesal, entre otros. Es profesor en Derecho Procesal en la Universidad de Lima. Autor de varias obras jurídicas.

Carlos Alberto Carbone

Abogado y Doctor en Derecho de la Universidad Nacional del Rosario, cuenta con título de profesor universitario expedido por la Universidad Abierta Interamericana. Vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala IV. Profesor titular por concurso de pregrado y postgrado en Derecho Procesal Civil en las Universidades Nacional del Rosario, Abierta Interamericana, el Centro Educativo Latinoamericano, Católica de Paraguay y otras. Consultor en evaluación de acreditación de proyectos de posgrados en derecho y miembro evaluador de distintas universidades. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Autor y coautor de obrar jurídicas.

Carlos Alberto Colmenares Uribe

Abogado egresado de la Universidad Libre con distinción: summa cum laude, especialista en Derecho Constitucional, en Derecho de Familia, en Derecho penal y Criminología y en Docencia Universitaria de la misma universidad, Magíster de Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Ex decano de la facultad de derecho de la Universidad Libre seccional Cúcuta, Ex rector de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, profesor universitario de pregrado y postgrado, conferenciante nacional e internacional de derecho procesal, Conjuez del Honorable Tribunal Superior de Cúcuta- Sala Civil, Presidente del Capítulo Norte de Santander del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Abogado litigante, director de la firma Colmenares Abogados.

Daniel Peña Valenzuela

Docente titular de la Universidad Externado y Director de Investigación en Comercio Electrónico de la misma universidad. Socio fundador de Peña Mancero Abogados. Autor, entre otros, de los siguientes libros: aspectos legales del comercio electrónico y el internet, responsabilidad en la era digital, el contrato por medios electrónicos, Software libre y Propietario, y de la investigación en curso sobre el valor jurídico (sustancial y procesal) del documento electrónico.

Gluaco Gumerato Ramos

Magister en Derecho de la Pontificia Universidade Católica de São Paulo- Brasil, Magister en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario- Argentina, Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidade São Francisco – Brasil. Profesor visitante y vice-presidente para Brasil del Instituto Panamericano de Derecho Procesal – Argentina. Miembro de Comité Editorial de la Revista Brasileira de Dereito Processual. Autor de números artículos y libros jurídicos.

Juan Manuel Campo Cabal

Doctor en Derecho *Cum Laude* de la Universidad Complutense de Madrid, Licenciado en Derecho de la Universidad Franciscana San Buenaventura de Cali- Colombia título homologado por el Ministerio de Educación de España. Es autor de varios libros y artículos relacionados con el Derecho Administrativo, Derecho Comunitario y Derecho Constitucional, con énfasis en Leyes de Extranjería de España y la Unión Europea.

Juan Pablo Correa Delcasso

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona y Profesor titular acreditado por el Ministerio de Educación y Ciencia. Abogado especializado en derecho procesal civil y mercantil, derecho internacional privado, arbitraje y mediación. Es autor de numerosas monografías y artículos doctrinales publicados tanto en Europa como en Latinoamérica. Profesor en la Universidad de Barcelona, en la Facultad de Derecho de ESADE, en la de la Universidad Libre de Cúcuta y en la Universidad de Toulouse.

Lorena Bachmaier Winter

Doctora en Derecho de la Universidad Complutense (Premio Extraordinario de Doctorado), licenciada en Derecho, en Ciencias Políticas de la misma universidad. Cuenta con Acreditación Nacional para el Cuerpo de Catedráticos

de Universidad. Es profesora titular de la Universidad Complutense en el Departamento de Derecho Procesal. Docente, investigadora y ponente nacional e internacional. Autora de varios libros y monografías jurídicas.

Nicolás Pájaro Moreno

Abogado de la Universidad Externado de Colombia; especialista en derecho comercial y Magíster en derecho privado de la Universidad de los Andes. Profesor de las áreas de derecho privado y procesal de la Universidad de los Andes. Exsecretario técnico de la Comisión Revisora del Proyecto de Ley de Código General del Proceso. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Roberto Omar Berizonce

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, docente especializado en derecho procesal y profesor emérito de la misma Universidad. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Brasil), de la International Association for Procedural Law (Bélgica). Actualmente, es Codirector en la Maestría en Derecho Procesal y Director del Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Plata. Es autor de varias obras jurídicas.

Ulises Canosa Suárez

Abogado de la Universidad Libre. Miembro y Secretario General del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Colegio de Abogados Comercialistas y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Ha sido profesor en las facultades de derecho y en cursos de especialización en las Universidades de los Andes, Externado, Rosario y Libre, entre otras. Fue miembro de la Comisión Redactora y de la Revisora del Código General del Proceso.

CONTENIDO

Editorial	17
<i>Horacio Cruz Tejada</i>	
La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en el proceso monitorio: Una interpretación alternativa.	19
<i>Omar Alfonso Cárdenas Caycedo</i>	
Tutela judicial efectiva no dineraria en el proceso monitorio colombiano	43
<i>Semillero de Derecho Procesal - Universidad Libre, Sede Bogotá</i>	
A verdadeno novo Código de Processo Civil: por uma construção hermenêutica	81
<i>Paulo Junior Trindade dos Santos</i>	
El procedimiento monitorio penal en Chile: Las consecuencias negativas de una innovación legislativa	119
<i>Semillero de Derecho Procesal - Universidad Diego Portales. Chile</i>	
Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal y en acciones por infracción de derechos de propiedad industrial, ¿un camino hacia el prejuzgamiento?	153
<i>José Fernando Sandoval Gutiérrez</i>	
El recurso de apelación y la pretensión impugnaticia	177
<i>Jorge Forero Silva</i>	
Cooperación judicial internacional iberoamericana: La interpretación prejudicial andina: ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?	207
<i>Marcel Tangarife Torres</i>	
El proceso monitorio colombiano a la luz de los modos directos de extinguir las obligaciones	231
<i>Semillero de Derecho Procesal - Institución Universitaria- Centro de Estudios Superiores María Goretti- IU CESMAG. Colombia</i>	

EDITORIAL

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal se complace en ofrecer la edición No 43 de su revista cuya calidad académica ha merecido el reconocimiento del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación COLCIENCIAS como fundamento para elevar su calificación a la categoría B.

En esta ocasión destacados juristas del orden nacional y extranjero abordan el estudio de diversos temas de actualidad jurídica, con elevados estándares de calidad y rigor científico característicos de las publicaciones de esta naturaleza.

En vigor el Código General del Proceso para Colombia son muchas las discusiones que empiezan a surgir en torno a las instituciones jurídicas noveles que se incorporan, así como a su aplicación y efectos prácticos. Por ello en esta edición de la revista se examina bajo la lupa de distintos autores una de las principales innovaciones del nuevo régimen procesal que ha gozado de un amplio desarrollo legislativo y judicial en el contexto latinoamericano: el proceso monitorio.

Así mismo, se incluyen artículos que abordan el estudio de temas de la más alta relevancia jurídica, como el recurso de apelación y la denominada pretensión impugnativa, las medidas cautelares innominadas en el ámbito de la competencia desleal y de la propiedad industrial, la cooperación judicial en el concierto iberoamericano y una visión hermenéutica del proceso civil en Brasil.

Tenemos la firme convicción de que esta edición, lo mismo que las anteriores, es un texto de consulta obligada para estudiosos del derecho procesal en Colombia e Iberoamérica.

Agradecemos a los autores por sus valiosos aportes y por contribuir a la construcción del conocimiento sobre el derecho procesal.

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL PROCESO MONITORIO: UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA*

Omar Alfonso Cárdenas Caycedo**

Resumen

El proceso monitorio ha sido implementado recientemente en la legislación colombiana y ha generado expectativas, debates y discusiones en torno a su futura aplicación. En este sentido, autorizados doctrinantes han concluido que no es exigible la conciliación extrajudicial como un requisito de procedibilidad para interponer una demanda que pretenda dar inicio a un proceso monitorio; postura que se enfrenta al artículo 38 de la Ley 640 de 2001, que no incluyó dentro de los procesos exceptuados del requisito al monitorio. El presente artículo busca sustentar una interpretación alternativa a la imperante entre los estudiosos del proceso monitorio en Colombia frente a la exigencia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en el mentado proceso.

Recibido: noviembre 2 de 2015 - Aprobado: febrero 24 de 2016

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: CÁRDENAS, Omar Alfonso. “La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en el proceso monitorio: una interpretación alternativa”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 43, enero – junio. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 19-42.

** Abogado de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Procesal Civil y Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Conciliador en ejercicio. Curso en “Derecho Comunitario y solución de controversias en la comunidad andina” ofrecido por el Tribunal de Justicia de la comunidad andina. Actualmente Director de Grupo de Investigación CEJA, categoría C en Colciencias, Director de Consultorios Jurídicos y docente en pregrado y posgrado de la Universidad de Nariño. Secretario del Capítulo Nariño del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Palabras clave: proceso monitorio, conciliación extrajudicial, requisito de procedibilidad.

Abstract

The monitory process has recently been implemented in the Colombian legislation, generating expectations, debates and discussions on its future application. In this sense, authorized indoctrinators have concluded that it is not enforceable extrajudicial conciliation as a procedural requirement for a lawsuit that seeks to initiate a monitory process; position that faces the article 38 of law 640 of 2001, which not included within the processes excepted from this requirement, the monitory. This article seeks support an alternative interpretation to prevailing among studios of monitory process in Colombia against the requirement of extrajudicial conciliation as a procedural requirement in the mentioned process.

Keywords: monitory process, extrajudicial conciliation, procedural requirement.

1. Introducción.

El proceso monitorio, introducido en la legislación colombiana¹ a través del Código General del Proceso, requiere un análisis pausado de sus normas

¹ Debe mencionarse que el proceso monitorio se encuentra regulado en varias legislaciones nacionales y comunitarias. Así, por ejemplo, en países como Alemania, Austria, Francia, Italia, España, El Salvador, Venezuela, Honduras, Uruguay, Brasil, Argentina, España, Perú, Chile, Costa Rica, entre otros (Cfr. QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel, BONETT ORTIZ, Samir Alberto. El proceso monitorio. Tendencia del Derecho Procesal Iberoamericano. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 40, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014. p. 352) En el ámbito comunitario debe mencionarse que el proceso monitorio se encuentra regulado en la Unión Europea a través del Reglamento (CE) No. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, se aclara que entre los requisitos de la petición de requerimiento de pago (art. 7 Regl. 1896/2006) se encuentra el carácter transfronterizo del asunto. Ahora bien, en el marco de integración de la Comunidad Andina de Naciones no se encuentra regulado el proceso monitorio, ni para la aplicación por parte de jueces nacionales o internos, ni para su aplicación como una acción especial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). Entre los temas de la “agenda positiva normativa para la integración”, propuesta por el Honorable TJCA como uno de los temas que se deberían regular en el ámbito comunitario andino, no se incluyó esta necesidad de manera expresa (Cfr. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. “Propuestas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de una agenda positiva normativa para la integración”. 2014, Quito. Disponible en: <www.tribunalandino.org.ec> [Consultado en 02-11-2015].

y ejecución práctica² a fin de que su uso responda a las necesidades jurídicas y económicas del país. Pese a que su regulación no es extensa³, pues se concreta principalmente a los artículos 419, 420 y 421 del C.G.P., la expectativa de su funcionamiento impone gestar debates frente a las primeras posturas doctrinales que han surgido en la materia.

El presente artículo pretende plantear un debate en torno a una pregunta concreta: ¿debe agotarse el trámite de la conciliación extrajudicial en Derecho como requisito de procedibilidad para interponer una demanda que pretenda dar inicio a un proceso monitorio en Colombia? El tema, aunque parecería sencillo, tiene varias aristas y autorizada doctrina nacional ha respondido de manera negativa a este interrogante. El presente artículo pretende ofrecer y sustentar una interpretación alternativa que permita responder, contrario a la doctrina imperante, de manera afirmativa.

2. La recepción del proceso monitorio en Colombia.

El proceso monitorio, como *in extenso* se ha expuesto en diversos escenarios académicos, no es nuevo en el contexto internacional⁴. En Colombia, por su parte, el proceso monitorio se implementa en el Código General del Proceso⁵ con el objetivo de dotar a los acreedores de un medio procesal expedito y eficaz

² El proceso monitorio entra en vigencia en todo el territorio colombiano el 1 de enero de 2016. Lo anterior al atender lo dispuesto por el Acuerdo PSAA15-10392 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el cual se expide en virtud de las facultades otorgadas en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P. Por lo tanto, los casos reales se empezarán a avizorar en todo el país a partir de la fecha mencionada.

³ En otras latitudes la regulación es más extensa que en el caso colombiano. A guisa de ejemplo, el Reglamento (CE) No. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo regula el proceso monitorio europeo en un total de treinta y tres artículos (UNIÓN EUROPEA, Parlamento Europeo y el Consejo, Reglamento (CE) No. 1896 del 12 de diciembre de 2006).

⁴ Sobre la historia del proceso monitorio puede consultarse: CORREA DELCASSO, Juan Pablo. El proceso monitorio en el derecho comparado: diez puntos clave para su correcta implementación y desarrollo en los países de América latina. En: El procedimiento monitorio en América latina: pasado, presente y futuro. Primera edición, Bogotá: Temis, 2013. pp. 17-56.

⁵ Sin embargo, algunos apuntan a que en el código judicial de 1873, en su artículo 924, ya se contenía un procedimiento monitorio (Cfr. BORBUA OLASCUAGA, Boris. Acercamiento al Proceso Monitorio. Cartagena: Universidad de Cartagena, 2013. p. 27. Disponible en: <<http://190.25.234.130:8080/jspui/bitstream/11227/1008/1/ACERCAMIENTO%20AL%20PROCESO%20MONITORIO%20EN%20COLOMBIA.pdf>> [Consultado en 02-11-2015].

que les permita el recaudo pronto de una obligación que no ha sido honrada por el deudor y que cumple con los requisitos de ser dineraria, determinada, exigible, de mínima cuantía y de naturaleza contractual⁶; tal como lo establece el artículo 419 del C.G.P.

El proceso monitorio se introduce en Colombia por diferentes razones, entre las cuales se han mencionado: este garantiza el acceso ágil a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva⁷; pretende el amparo con privilegios a favor del acreedor; se constituye en una alternativa facilitadora de la materialización de los derechos; se presenta como una herramienta de apoyo a los pequeños y medianos empresarios⁸; y, por último, se ha destacado como un desarrollo de la celeridad y simplificación de trámites, entre otras bondades⁹.

Ahora bien, dentro de la estructura procesal del monitorio en el C.G.P., el artículo 420 (corregido por el Dec. 1736/2012) establece que el mismo inicia con una demanda con los requisitos allí establecidos. Frente a lo anterior, cabe preguntarse si, como anexo obligatorio a la demanda de que trata el artículo 420 C.G.P., debe arrimarse copia de la constancia de no asistencia o de no acuerdo, expedida por un centro de conciliación debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia para tal efecto; o si los anexos quedan reducidos a los enumerados en el mismo artículo 420 C.G.P.

2.1 La conciliación como requisito de procedibilidad en la normatividad colombiana.

El legislador colombiano ha previsto que el ejercicio del derecho de acción ante las autoridades judiciales, para algunos procesos, requiere de un trámite precedente, consistente en el agotamiento del procedimiento conciliatorio, esto es, a través de una solicitud ante un centro de conciliación debidamente

⁶ En el contexto europeo, el artículo 4° del Reglamento 1896/2006 estableció el proceso monitorio para "(...) el cobro de créditos pecuniarios, de importe determinado, vencidos y exigibles en la fecha en que se presenta la petición de requerimiento europeo de pago".

⁷ Cfr. COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El procedimiento monitorio en Colombia. En: El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro. 1 ed. Bogotá: Temis, 2015. pp.130-133.

⁸ Cfr. CANOSA SUÁREZ, Ulises. Lanzamiento del proyecto de Código. 17 de marzo de 2010. Citado por: PELÁEZ HERNÁNDEZ, Ramón Antonio. Elementos teóricos del proceso. Tomo I. Parte General. Bogotá: Ediciones Doctrina y ley, 2013. p. 248.

⁹ Cfr. COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El proceso monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012. En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad libre de Colombia, 2013. pp. 339-362.

reconocido por el Ministerio de Justicia y del Derecho¹⁰, el cual asigna un conciliador que a su vez cita a las partes a una audiencia de conciliación extrajudicial. Esta básicamente puede concluir con uno de tres resultados¹¹:

- Acuerdo total o parcial: caso en el cual el acta de conciliación se constituye en título ejecutivo y permite su recaudo a través del proceso ejecutivo en caso de incumplimiento.
- No acuerdo: que se presenta cuando las partes citadas y constituidas en audiencia ante el conciliador no alcanzan un acuerdo. En este evento, el conciliador expide constancia, con la cual las partes podrán acudir a demandarse ante la autoridad judicial competente, a través de un proceso generalmente de naturaleza declarativa.
- No asistencia: que se presenta cuando una de las partes no asiste a la audiencia y el conciliador procede, pasados tres días, durante los cuales es posible justificar la inasistencia, a levantar la correspondiente constancia. Tal documento permite a las partes acudir ante el juez competente y ejercer el derecho de acción.

Ahora bien, en materia de asuntos civiles y comerciales la conciliación como requisito de procedibilidad se encuentra regulada en el artículo 38 de la Ley 640 de 2001, el cual fue objeto de modificación por el artículo 621 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso); cuyo texto resulta ineludible transcribir a efectos del presente artículo:

ART. 38. –**Requisito de procedibilidad en asuntos civiles.** <Artículo modificado por del artículo 621 de la Ley 1564 de 2012>: Si la materia de que trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los

¹⁰ Los requisitos y trámites para crear un centro de conciliación pueden consultarse en el Decreto 1829 de 2013, ahora compilado en el Decreto 1069 de 2015.

¹¹ Los tres resultados mencionados son los más comunes, no obstante, la ley y la práctica enseñan que las posibilidades de culminación de un procedimiento conciliatorio son variadas: (i) Constancia de que el asunto no es susceptible de conciliación, la misma permite acudir ante la jurisdicción. (ii) Constancia de que el asunto lleva más de tres de meses sin que se haya realizado la audiencia de conciliación. (iii) Constancia de archivo, que se da cuando la parte manifiesta no continuar con la solicitud, o cuando manifiesta no haber realizado la entrega de la citación y no desear hacerla. (iv) Constancia de aplazamiento, cuando una o todas las partes solicitan el aplazamiento de la audiencia para otro día y hora. Estas posibilidades se encuentran contempladas en la Ley 640 de 2001, Decreto 1829 de 2013, Decreto 1069 de 2015, entre otras normas.

de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados.¹²

Como puede observarse, la norma no hace expresa referencia al proceso monitorio, a pesar de que sí aclara que la conciliación es requisito de procedibilidad para todos los procesos declarativos. Igualmente, plantea unos procesos declarativos exceptuados del requisito (divisorio, expropiación, etc.), sin mencionar al proceso monitorio. Lo anterior permitiría pensar, *ab initio*, que el proceso monitorio requiere de la conciliación como requisito de procedibilidad; sin embargo, en Colombia se han alzado autorizadas y estudiosas voces en contrario, que naturalmente son de obligada referencia.

2.2 Primera postura: la conciliación extrajudicial no es un requisito de procedibilidad.

2.2.1 Los fundamentos de la primera postura: Colmenares y Correa.

El Profesor Carlos Colmenares, quien ha estudiado profundamente el proceso monitorio en Colombia y en el mundo, plantea esta primera tesis, consistente en afirmar que en el trámite del proceso monitorio la conciliación extrajudicial no es un requisito de procedibilidad, situación que apalanca en varios argumentos que se resumen a continuación.

Colmenares considera que el artículo 38 de la Ley 640 de 2001 erró, tal y como quedó modificado por el C.G.P., al no mencionar al proceso monitorio dentro de los procesos excluidos del requisito de procedibilidad. Lo anterior en razón a que el monitorio es un declarativo especial y al atender tal naturaleza debió ser excluido¹³.

¹² COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1564 de 2012.

¹³ “Otro aspecto sobre el que necesariamente hay que reflexionar, es el relacionado con el requisito de procedibilidad respecto del proceso monitorio. Por tratarse de un proceso declarativo, a pesar de que tiene un trámite especial, el legislador debió excluir el requisito de procedibilidad, pero no lo hizo. Como consecuencia se puede presentar un obstáculo sobre la forma como se desarrolla, en el evento de que se aplique exegéticamente la norma que dispone el requisito de procedibilidad para los procesos declarativos” (COLMENARES URIBE, Carlos. Aspectos prácticos del proceso monitorio. En: Memorias del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, septiembre 9, 10 y 11. Bogotá: Universidad Libre – Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2015. p. 533.

Igualmente, plantea que no debe realizarse una interpretación exegética del artículo 38 de la Ley 640 de 2001, en el sentido de considerar que solo los procesos exceptuados allí gozan de tal beneficio. Incluso el autor refiere que, de darse tal entendimiento, se podría llegar al extremo de considerar que un proceso declarativo, en el cual se hayan solicitado medidas cautelares con la demanda, tampoco estaría excluido¹⁴.

Se soporta este argumento en los fundamentos constitucionales del proceso monitorio que, al decir de la Corte Constitucional colombiana, se constituyen principalmente en la tutela judicial efectiva de los derechos sustanciales, a través de una simplificación de los trámites¹⁵. De este modo, plantea el profesor Colmenares, la estructura del proceso monitorio obligaría a que la conciliación no se exija como requisito de procedibilidad, toda vez que ello sería incluirle más trámites, con lo cual iría en contravía del fin primordial que el legislador tuvo al incluirlo en el catálogo de procesos declarativos y, aún más, en contra de las bases constitucionales del mismo. Lo antedicho le permite concluir al citado profesor: “No incluir al proceso monitorio la excepción del requisito de procedibilidad, se trató, indudablemente, de un error involuntario del legislador y puede ser superado, sin necesidad de una nueva ley, si el juez se ocupa de la intención del legislador y la esencia del proceso monitorio, posicionando al juez como el garante de la materialización de la finalidad y naturaleza de este instrumento”¹⁶.

En idéntico sentido se pronuncia el profesor español Correa Delcasso¹⁷, quien no duda en calificar la conciliación obligatoria para el proceso monitorio como inútil, innecesaria y contraproducente¹⁸.

Correa Delcasso plantea la existencia de dos etapas en el proceso monitorio, la primera, a la cual califica de pre contenciosa, en la que se requiere al deudor

¹⁴ Cfr. COLMENARES, Carlos. “Aspectos prácticos del proceso monitorio”. *Ibid.*

¹⁵ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia C- 726 del 24 de septiembre de 2014. Expediente. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. D-10115.

¹⁶ COLMENARES, Carlos. “Aspectos prácticos del proceso monitorio”. *Op. cit.* p. 534.

¹⁷ “La conciliación obligatoria en el proceso monitorio es del todo inútil, por innecesaria, además, de sumamente contraproducente (...)” (CORREA DELCASSO, Juan Pablo. Citado por: COLMENARES, Carlos. “Aspectos prácticos del proceso monitorio”. *Op. cit.* pp. 534-535.

¹⁸ El profesor Correa ha expuesto esta visión negativa de la conciliación en el proceso monitorio en varios escenarios académicos. Es posible consultar su ponencia: CORREA DELCASSO, Juan Pablo. El monitorio en el Derecho Comparado Europeo y Latinoamericano. Ponencia en el X congreso Internacional de Derecho Procesal de Cúcuta – Norte de Santander. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=71iwH9IORCA>> [Consultado en 02-11-2015].

y este debe o pagar o contestar la demanda y exponer los argumentos que le permitan resistir la pretensión del acreedor demandante. Esta primera fase, según el citado autor, no reviste naturaleza jurisdiccional. La segunda fase del proceso monitorio se presenta cuando el deudor-demandado efectivamente se opone a través de la contestación de la demanda, con lo cual abre paso al trámite del proceso declarativo verbal sumario. Esta etapa, al decir del autor, es claramente jurisdiccional¹⁹.

Bajo esta lógica, exigir la conciliación extrajudicial como requisito para acceder al proceso monitorio no evitaría un proceso judicial, sino un mero requerimiento de pago, que se daría en una fase no jurisdiccional. Así lo expone:

“Dicho de otro modo; nos hallaríamos ante la paradoja de que la conciliación previa en el proceso monitorio –la cual, dicho sea de paso, no existe en ninguno de los ordenamientos jurídicos que ha tenido ocasión de analizar el firmante de la presente nota– no lo sería, técnicamente hablando, para evitar un proceso o contienda judicial –como antes se expuso–, sino para evitar, en su caso, que el juez municipal librara un simple requerimiento o mandato de pago que, por esencia, como antes expuesto, pretende precisamente que el deudor “dé razones”. Es decir, se posicione por primera vez frente a la deuda que se le reclama y manifieste si, en su caso, tiene razón alguna que oponer frente al mandato de pago que se dicta en su contra, puesto que, de no tener que oponer razón alguna, como acontece en una gran mayoría de supuestos, no existiría entonces contienda judicial ni, por definición entonces, materia conciliable”²⁰.

Correa Delcasso plantea, no obstante, que una vez presentada la oposición por parte del deudor-demandado y el proceso haya migrado al trámite de un

¹⁹ Cfr. CORREA DELCASSO, Juan Pablo. Citado por: COLMENARES, Carlos. “Aspectos prácticos del proceso monitorio”. Op. cit. pp. 534-535.

²⁰ *Ibíd.* Igualmente, el citado profesor Correa manifiesta: “En conclusión: ni conceptualmente se entiende que, en un proceso monitorio, se celebre una conciliación previa (puesto que puede no haber materia ‘conciliable’ alguna si el deudor se aquieta a la reclamación que se formula en su contra por el acreedor, como acontece en un 90% de los casos en el Derecho comparado), ni en la práctica revista utilidad alguna, puesto que la finalidad del requerimiento o mandato de pago que dicta el juez es, precisamente, la de averiguar, con carácter previo, si el deudor tiene motivo alguno que oponer a la reclamación que se formula (como antes expuesto, puede ser del todo inexistente). Todo ello sin olvidar, claro está, la dilación indebida que semejante trámite pre-procesal, desconocido en el Derecho comparado, comportaría para una tramitación ágil y eficaz de este proceso especial que ha de ser, por definición, lo más rápida y sencilla posible”.

verbal sumario, nada impide que se tramite una etapa procesal conciliatoria al interior del proceso, tal como ocurre en países como España²¹.

Esta posibilidad –la conciliación judicial– sí se encuentra contemplada para el proceso monitorio, siempre y cuando el demandado presente contestación a la demanda. Así las cosas, el artículo 421 inciso 4° del C.G.P. señala que en caso de oposición, el proceso migra al trámite de un verbal sumario, para lo cual ordena acatar lo reglado por el artículo 392 C.G.P., previo el traslado a la parte demandante por el término de cinco (5) días para pedir pruebas adicionales. Revisado el artículo 392 C.G.P., este contempla el trámite del proceso verbal sumario y determina que en una sola audiencia el juez evacuará los trámites señalados en el artículo 372 y 373 C.G.P. El artículo 372 C.G.P. en su numeral 6 prevé expresamente la obligación radicada en cabeza del juez de formular propuestas de conciliación a lo largo de toda la audiencia.

Lo anterior quiere decir, a las claras, que en caso de que el monitorio siga el cauce del proceso verbal sumario en razón de la resistencia a la pretensión ofrecida por el demandado, en la audiencia respectiva podrá intentarse la conciliación judicial que, en caso de resultar efectiva, permitiría la terminación del proceso.

2.2.2 Los argumentos de la primera postura.

Puede concluirse que la primera postura, que considera que la conciliación extrajudicial no debe exigirse para procesos monitorios, plantea los siguientes argumentos:

- a. Argumentos normativos: el artículo 38 de la Ley 640 de 2001 incurrió en una omisión o yerro involuntario al no incluir al proceso monitorio en la lista de procesos respecto de los cuales no es dable exigir el requisito.
- b. Argumentos constitucionales: los principios constitucionales del derecho procesal, como la tutela judicial efectiva, celeridad, debido proceso y acceso a la administración de justicia, permitirían concluir que el proceso monitorio debe tramitarse sin mayores dilaciones.
- c. Argumentos de conveniencia: según los autores expuestos, exigir la conciliación extrajudicial como etapa previa a la formulación de la demanda monitoria, resultaría altamente inconveniente para el trámite expedito que pretende la novedosa figura procesal. Identifican a la conciliación como un trámite engorroso, al decir de Correa Delcasso: “(...) a la par que se ganaría enormemente en economía procesal, puesto que se evitarían los largos y tediosos trámites que prevé la Ley 620 de 2001 (sic), para el inicio de un

²¹ *Ibíd.*

proceso conciliatorio, los cuales dilatarían enormemente la tramitación de un proceso que, por definición, ha de ser rápido y, sencillo, por naturaleza”²².

- d. Argumentos referidos a la estructura del proceso monitorio: según Colmenares y Correa, el proceso monitorio cuenta con una estructura que hace inviable la conciliación previa como requisito, puesto que la primera etapa del proceso plantea una mera solicitud de requerimiento de pago que no tendría, *strictu sensu*, una naturaleza jurisdiccional. Así mismo, el objetivo del proceso a nivel general es la rápida constitución de un título ejecutivo en favor del acreedor, lo cual se vería torpedeado por el requisito de la conciliación extrajudicial.
- e. Argumentos de Derecho comparado: según los cuales, en ninguno de los países en los que está regulado el proceso monitorio se exige tal requisito.

3. Una interpretación alternativa: el proceso monitorio sí requiere el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

Como puede observarse, son claros y muy fuertes los argumentos expuestos por los profesores Colmenares y Correa en contra de exigir el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito para entablar una demanda monitoria en Colombia. El presente artículo pretende presentar una postura y visión alternativas frente a los argumentos antes expuestos.

La defensa de la conciliación extrajudicial para el proceso monitorio parece una labor titánica, por tanto, se propone el debate de cada uno de los argumentos de los citados profesores, para lo cual los agruparemos de la siguiente manera:

3.1 Argumentos normativos.

El primer argumento que puede contrastarse con la posición de los profesores Colmenares y Correa es justamente el texto del artículo 38 de la Ley 640 de 2001 tal y como quedó modificado por el artículo 621 del C.G.P. Este, tras una lectura desprevénida, señala que el requisito no quedó exceptuado para el proceso monitorio.

A pesar de que el argumento puede tildarse de exegético, es claro que el texto normativo plantea una regla general: la conciliación extrajudicial es requisito

²² Ibíd.

para incoar demandas correspondientes a los procesos declarativos. Esto quiere decir que fue voluntad del legislador tratar de evitar los procesos declarativos, dado su trámite generalmente engorroso, para lo cual utilizó la conciliación.

Posteriormente, el legislador plantea un grupo de excepciones, es decir, procesos que, pese a ser calificados como declarativos, no requieren de la conciliación extrajudicial como requisito, y enumera los siguientes: divisorios, expropiación y aquellos donde se demande o sea obligatoria la citación a indeterminados.

Sin embargo, más allá del argumento según el cual la norma textualmente no incluyó al proceso monitorio dentro de los procesos exceptuados de la exigencia del requisito, lo cual de por sí ya es un argumento fuerte pero no suficiente, debe realizarse una interpretación sistemática de las normas contenidas en el C.G.P., con el fin de soportar esta conclusión, la cual se presenta a continuación.

El Libro Tercero del C.G.P. se denomina “Los procesos” y está dividido por secciones; la primera sección corresponde a los “procesos declarativos” y va desde el artículo 368 hasta el artículo 421. El título I regula el proceso verbal (C.G.P., arts. 368 a 389); el título II regula el proceso verbal sumario (C.G.P., arts. 390 a 398). Por su parte el título III regula los procesos declarativos especiales y se subdivide en capítulos por cada proceso así: expropiación (art. 399), deslinde y amojonamiento (400 a 405), divisorio (art. 406 a 418) y monitorio (arts. 419 a 421).

No resulta acertado entonces el argumento, según el cual el legislador pretendía exceptuar del requisito de la conciliación extrajudicial a los procesos declarativos especiales y por accidente olvidó incluir el monitorio. De ser cierta tal tesis, debería afirmarse que también obvió la inclusión del proceso de deslinde y amojonamiento. Dicho de otra manera, de cuatro procesos declarativos especiales, el legislador, a través de la norma, solo excluyó a dos. ¿Deben entenderse los otros dos también excluidos del requisito? La respuesta debe ser negativa.

Una explicación más plausible que el planteamiento de un olvido del legislador de dos de los cuatro procesos declarativos especiales, es la de considerar que efectivamente los procesos no mencionados deben cumplir con la exigencia del requisito.

De lo anterior puede concluirse que el legislador no incurrió en un olvido o yerro, sino que su deseo fue el de fortalecer la conciliación como figura y extenderla al proceso de deslinde y amojonamiento y al novedoso trámite del proceso monitorio, en su calidad de declarativos especiales.

3.2 Argumentos constitucionales.

Los profesores Colmenares y Correa²³ fundamentan su postura en varios principios constitucionales del derecho procesal²⁴ como la tutela judicial efectiva²⁵, celeridad²⁶, debido proceso, acceso a la administración de justicia, etc.

Frente a estos argumentos, debe mencionarse que la conciliación como institución se implantó en Colombia precisamente con el fin de proteger los mismos principios que ahora invocan sus detractores en el proceso monitorio²⁷. Si de

²³ COLMENARES, Carlos. "Aspectos prácticos del proceso monitorio". Op. cit. pp. 534-535.

²⁴ El tema de los principios constitucionales del derecho procesal ha sido estudiado por numerosos autores, especialmente en Colombia a raíz del fenómeno denominado "constitucionalización del derecho", que ha tenido un impulso inusitado desde la Constitución del año 1991. De igual forma ha ocurrido con toda la actividad judicial en torno al tema. Para consultar un estudio completo sobre el tema, ver: RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. Principios Constitucionales del Derecho Procesal. Investigación en torno a la Constitución Política de 1991. Medellín: Editorial Señal Editora, 1999. p. 225. Así mismo, para observar gran parte del desarrollo constitucional en torno al derecho procesal civil, ver: CRUZ TEJADA, Horacio; NAIZIR SISTAC, Juan Carlos. El código de procedimiento civil a la luz de la Constitución Política. Jurisprudencia constitucional analizada y comentada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 408.

²⁵ La Corte Constitucional colombiana la ha definido como: "la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes"(COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia C-1083-2005 del 24 octubre de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería. Exp. D-5686). Así mismo, se la ha calificado como un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte integral del núcleo esencial del debido proceso. Sobre este tema ver entre otras las sentencias: C-426-2002, C-279-13, T-146-10, T-283-13, SU-198-13, T-103-14, T-062-13.

²⁶ La celeridad se ha reconocido igualmente como un principio que integra también el debido proceso (C.N., art. 29). La Corte Constitucional encuentra el fundamento normativo de dicho principio en el artículo 228 constitucional ("los términos procesales se observarán con diligencia") y el artículo 209 como principio de las actuaciones administrativas. Son múltiples los pronunciamientos sobre este principio en las diferentes perspectivas y áreas del derecho procesal, al respecto ver: C-543-11, C-371-11, C-370-12, C-803-00, T-527-09.

²⁷ Al respecto, la Corte Constitucional ha calificado los fines de la conciliación así: "Varios son los fines que se pretende alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber: (i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución

trámites expeditos, económicos y ágiles se trata, la conciliación es, a todas luces, el que obtendría el sitio de honor.

La Constitución Política establece en el artículo 116 los organismos o personas investidas de la facultad de administrar justicia, entre los cuales se menciona a los particulares, quienes ejercen dicha facultad transitoriamente, y señala de manera expresa a los conciliadores y árbitros. Lo anterior ha permitido a la Corte Constitucional señalar en varias sentencias²⁸ que acceder al trámite de la conciliación –procedimiento conciliatorio como lo denomina el Ministerio de Justicia-, implica acceder a una forma de administrar justicia. Dicho en palabras llanas, cuando el particular presenta una solicitud de conciliación y esta es atendida por el centro respectivo, ya se está garantizando su derecho al acceso a la administración de justicia.

La tesis anterior, sostenida continuamente por la Corte Constitucional, se apalanca en una visión amplia del derecho al acceso a la administración de justicia; la Corte comprende que este no se trata únicamente de la posibilidad de acudir a la “justicia judicial”, sino también a las formas de “justicia no judicial”, entre las cuales se encuentran los métodos alternativos de solución de conflictos.

La exigencia de la conciliación extrajudicial en derecho que hace el artículo 38 de la Ley 640 de 2001 para procesos monitorios en nada vulnera el derecho de los particulares al acceso a la administración de justicia. Por el contrario, con la presentación de la solicitud ante el centro de conciliación respectivo, ya está el particular accediendo a una de las formas de justicia autorizadas por la constitución.

La celeridad tampoco se ve afectada. El profesor Correa califica a los trámites propios de la conciliación como “largos y tediosos”²⁹, opinión que contradice varias fuentes oficiales, al menos en Colombia. En primer lugar, la línea institucional en materia de conciliación del Ministerio de Justicia establece a las claras que la informalidad y la celeridad son algunos de sus principios fundantes³⁰. En

de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales” (COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia C-1195-01 del 15 de noviembre de 2001. M.P. Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy. Exp. D-3519).

²⁸ Cfr. COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia C-187-2003 del 4 de marzo de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería. Exp. D-4233. Igualmente, puede consultarse la Sentencia C-1195-2001.

²⁹ Cfr. CORREA DELCASSO, Juan Pablo. Citado por: COLMENARES, Carlos. “Aspectos prácticos del proceso monitorio”. Op. cit. pp. 534-535.

³⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA, Línea institucional de la conciliación. Agosto 10 de 2010, OFI10-27144-DAJ-0310. p. 60. Disponible en: <www.conciliacion.gov.co> [Consultado en 02-11-2015].

segundo lugar, el artículo 20 de la Ley 640 de 2001 establece que el procedimiento conciliatorio no debe durar más de tres meses y, en caso de que este plazo se exceda, podrán las partes solicitar al centro de conciliación la expedición de la constancia respectiva que señale lo ocurrido, con lo cual se entiende agotado el requisito de procedibilidad y se puede acudir libremente ante los jueces comunes (art. 35, Inc. 3, L. 640/2001). Por último, la Corte Constitucional ha reconocido que la conciliación es un trámite rápido y menos oneroso que el judicial³¹, al punto de reconocerlo como una forma de desarrollar de manera efectiva el principio de celeridad³².

El trámite conciliatorio tampoco es complejo. Se limita a la presentación de una solicitud que tradicionalmente se elabora por la parte citante, o que incluso se realiza a través del diligenciamiento de un formato que los centros de conciliación han preestablecido para facilitar el acceso al mecanismo, todo en consonancia con la NTC 5906 ICONTEC de obligatoria adopción para los centros de conciliación del país, tal y como lo introdujo el artículo 45 del Decreto 1829 de 2003, debidamente incorporado al Decreto 1069 de 2015. Posteriormente, el conciliador realiza la citación y se fija fecha y hora para la audiencia.

Por lo tanto, el trámite para nada resulta “engorroso”. Si de requisitos formales se trata, es más compleja la redacción de una demanda monitoria que la confección de una solicitud de conciliación, toda vez que en aquella deben realizarse específicas menciones respecto de la obligación, como que esta no

³¹ “Como mecanismo de acceso a la justicia, la conciliación constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal. Esto resulta obvio si las partes llegan a un acuerdo, pues el conflicto se soluciona en el mínimo tiempo posible. Pero aún en el evento en que no se llegue a un acuerdo, la conciliación permite reducir los asuntos objeto de controversia a aquellos que realmente resultan relevantes y desestimula que el litigio se extienda a temas secundarios o a puntos en los que las partes coinciden, con lo cual el eventual proceso judicial resultará menos oneroso en términos de tiempo y recursos al poderse concentrar en los principales aspectos del conflicto” (CORTE CONSTITUCIONAL. C-1195-01).

³² “En cuarto lugar, la conciliación favorece la realización del debido proceso (art. 29), en la medida que reduce el riesgo de dilaciones injustificadas en la resolución del conflicto. Tal como lo ha reconocido la abundante jurisprudencia de esta Corporación, el debido proceso involucra, amén de otras prerrogativas ampliamente analizadas, el derecho a recibir una pronta y cumplida justicia y como quiera que la conciliación prejudicial ofrece, precisamente, una oportunidad para resolver el conflicto de manera expedita, rápida y sin dilaciones, desarrolla el mandato establecido por la Carta en su artículo 29” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195-2001).

depende de una contraprestación no cumplida del acreedor, situación que a las personas no conecedoras del saber jurídico les puede resultar profundamente extraña.

Adicionalmente, los centros de conciliación se encuentran facultados para utilizar medios tecnológicos a través de la conciliación virtual, siempre que se cumplan los requisitos mínimos señalados por el Ministerio de Justicia³³. Ello garantiza incluso la posibilidad de realizar la audiencia sin la presencia física de las partes, a través de una comparecencia “virtual”, todo en consonancia con el acceso efectivo a esta forma de justicia y la celeridad.

Lo anterior para concluir que el trámite conciliatorio dista mucho de ser engorroso y largo, a lo que habría que sumar que los ciudadanos más humildes pueden acudir a los centros de conciliación gratuitos organizados por entidades públicas o por facultades de Derecho.

La tutela judicial efectiva, por su parte, tampoco se ve vulnerada por el trámite de la conciliación, por cuanto este pretende el acercamiento de las partes en una audiencia con el fin de tratar de encontrar un acuerdo, el cual, una vez alcanzado, constituye título ejecutivo y permite su recaudo a través del proceso ejecutivo. En cambio, si no existiere acuerdo o las partes no asistieren, quedarán libres para iniciar la acción judicial pertinente. Como se avizora, la tutela judicial no se ve restringida, más aún cuando a través de la conciliación es posible obtener el cumplimiento de los derechos sustanciales de una forma más expedita y económica que en un proceso judicial.

Podría pensarse, tal vez, que el trámite conciliatorio resulta riesgoso para el ejercicio a tiempo de los derechos del futuro demandante. No obstante, tal situación dista mucho de la realidad: el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 afirma que la presentación de la solicitud de conciliación suspende el término de prescripción y hace inoperante la caducidad, términos que solo se reanudan una vez culminada la audiencia. Por esta vía, entonces, tampoco se vería afectada la tutela judicial efectiva.

Fuerza concluir que la exigencia del trámite de la conciliación extrajudicial como requisito para interponer la demanda que da inicio a un proceso monitorio no violenta, sino que desarrolla, los citados principios constitucionales del derecho procesal.

³³ MINISTERIO DE JUSTICIA, Banco Mundial. Manual operativo de la conciliación virtual: “Diagnóstico en temas de justicia a fin de determinar la estrategia para fortalecer los servicios de resolución pacífica de conflictos para los pobres existentes”. Bogotá, junio 8 de 2012. Disponible en: <www.conciliacion.gov.co> [Consultado en 02-11-2015].

3.2.1 La libertad configurativa del legislador.

La Corte Constitucional colombiana en múltiples pronunciamientos³⁴ ha establecido que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración legislativa en materia de acciones, trámites y procesos judiciales, siempre y cuando se enmarque dentro de criterios de proporcionalidad y razonabilidad, no se violenten derechos fundamentales y la regulación garantice el derecho al acceso a la administración de justicia, defensa, contradicción, imparcialidad, primacía del derecho sustancial, juez natural, publicidad y, en general, el debido proceso.

La exigencia realizada por el artículo 38 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 621 del C.G.P., entendido textual y sistemáticamente, no vulnera el principio de celeridad, tutela judicial, debido proceso, acceso a la administración de justicia, entre otros, tal como quedó visto. Dicho de otro modo, no vulnera derechos fundamentales de las partes ni afecta su núcleo duro. Así las cosas, no existe un argumento constitucional fuerte que permita a los jueces colombianos interpretar en contra del texto claro de la norma: es el legislador quien, en ejercicio de la libertad configurativa, decidió imponer el requisito de la conciliación prejudicial a los procesos monitorios.

La misma Corte Constitucional en la Sentencia C-726-14, en la que se estudió la constitucionalidad de las normas que regulan el proceso monitorio, reconoció que dicho trámite está cobijado por la libertad configurativa del legislador; sin encontrar, al menos en los cargos y normas estudiadas, vulneraciones a derechos fundamentales, a la proporcionalidad, razonabilidad y al debido proceso. Sin embargo, el máximo Tribunal no hizo referencia alguna al requisito de procedibilidad mencionado en el artículo 38 de la Ley 640 de 2001.

3.3 Argumentos de conveniencia.

Determinar el grado de conveniencia de la conciliación extrajudicial en Derecho como requisito de procedibilidad de los procesos monitorios resulta a lo sumo complejo, pues se requiere de un estudio o trabajo de campo una vez el proceso se esté aplicando en todo el país. Sin embargo, existen algunas razones

³⁴ Este principio ha sido desarrollado en materia de derecho procesal en diferentes áreas (civil, laboral, etc.), al respecto consultar las siguientes sentencias: C-437-13, C-319-13, C-319-13, C-279-13, C-370-12, C-371-11, C-203-11, C-124-11, C-227-09. La Corte Constitucional desarrolló el principio de libertad de configuración para el proceso monitorio en la Sentencia C-726-14.

que emergen de las mismas normas y de la aplicación de la conciliación en otros procesos, que permiten asegurar que su exigencia en procesos monitorios sí resulta conveniente:

En primer lugar, el procedimiento conciliatorio permitiría a la parte acreedora lograr un título ejecutivo sin tener que acudir ante un juez. Si bien el proceso monitorio es expedito, resulta claro que requiere de la presentación de una demanda, el correspondiente reparto, la expedición del auto contentivo del requerimiento de pago y las diligencias de notificación, que siempre consumen tiempo y recursos de la rama judicial y de la parte actora. En cambio, al fijar el artículo 38 de la Ley 640 de 2001 la conciliación extrajudicial como requisito para el proceso monitorio, es altamente probable que un buen número de asuntos alcancen el título ejecutivo en tal fase, sin que deban acudir ante la rama judicial, aún a través del proceso monitorio. Indudable es que un proceso menos en un juzgado, así sea monitorio, es terreno ganado a la congestión judicial.

En segundo lugar, el procedimiento conciliatorio es ágil y permite agotarse en máximo tres meses según lo señala la ley. Por lo tanto, no se está sometiendo al futuro demandante de un proceso monitorio a un trámite engorroso o que vaya a dilatar tremendamente la satisfacción de su pretensión, sino que, por el contrario, se le exige cursar un trámite expedito y muchas veces eficaz, como es la conciliación en Colombia. Lo antedicho permite calificar la figura como altamente exitosa, toda vez que, según estadísticas oficiales, entre el cuarenta y cincuenta por ciento de las solicitudes de conciliación culminan en un acta de acuerdo total o parcial; de estas un porcentaje cercano al noventa por ciento son cumplidas por las partes según los registros disponibles. La anterior información se sintetiza en la siguiente tabla³⁵:

³⁵ Tabla construida a partir de la información de estadísticas oficiales en materia de conciliación en Colombia, publicada por el Ministerio de Justicia en la página web: www.conciliacion.gov.co, para los años 2010 a 2015. La información con la nota “No publicada” hace referencia a que los datos respectivos no se encuentran para consulta del público en el portal web mencionado.

La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en el proceso monitorio

	Solicitudes presentadas	Actas de acuerdo parcial o total	Constancia de no acuerdo, no asistencia o asunto no conciliable	Otros resultados	Actas de acuerdo tramitadas en menos de tres meses	Porcentaje de cumplimiento de las actas de acuerdo
2014	85.908	42.573 (40,55%)	36.873 (42,92%)	6.462 (7,52%)	No publicado*	No publicado*
2013	90.731	39.842 (43,91%)	42.581 (46,93%)	8.308 (9,15%)	92,08%	87,52%
2012	85137	33.062 (38,83%)	42.126 (49,48%)	9.949 (11,68%)	91,53%	89,81%
2011	71.084	30.883 (43,44%)	34.050 (47,9%)	6.151 (8,65%)	89,48%	No publicado*
2010	63.662	27.440 (43,10%)	28.917 (45,42%)	7.305 (11,47%)	91,11%	No publicado*

*Los datos marcados con asterisco no han sido publicados por el Ministerio de Justicia en el portal www.conciliacion.gov.co

En consecuencia, el acreedor, que de manera previa al proceso monitorio debe acudir a la conciliación, acude a una institución de rápido trámite (1 a 3 meses), claramente efectiva (aproximadamente 40 a 50% de acuerdos) y con una tasa de cumplimiento alta registrada en los años disponibles (aproximadamente del 90% para los años 2012 y 2013).

Finalmente, si de conveniencia se trata, debe recordarse que el artículo 590 del Código General del Proceso, vigente desde el 1 de octubre de 2012, señala que en cualquier proceso, cuando con la demanda se incluya o acompañe la solicitud de medidas cautelares, la conciliación prejudicial no es exigible como requisito. Por lo tanto, si un acreedor califica de inconveniente, demorada o compleja la conciliación previa al proceso monitorio, le bastará con interponer la demanda y solicitar la práctica de las cautelas autorizadas para los procesos declarativos, lo cual será suficiente para obviar el requisito de procedibilidad.

3.4 Argumentos referidos a la estructura del proceso monitorio.

Sin entrar a discutir la estructura del proceso monitorio y la división en una fase no jurisdiccional y otra que sí lo es, puede afirmarse que las dos fases del trámite se realizan ante una instancia judicial; es decir, al aceptar la tesis del profesor Decasso, que plantea que el auto que requiere el pago no es un etapa jurisdiccional propiamente dicha, resulta irrefutable que la misma es ejecutada por un juez de la República.

La anterior afirmación parece obvia, sin embargo guarda una importancia radical en el presente asunto. La exigencia de la conciliación extrajudicial de manera previa al proceso monitorio, no resulta exagerada si se tiene en cuenta que se realiza por otra persona o institución distinta al juez o a la misma rama judicial. En efecto, la conciliación se realiza ante centros de conciliación, notarías y otros funcionarios, distintos del juez que tramita el proceso. En resumen, de aceptarse la tesis según la cual el requerimiento de pago es una fase no jurisdiccional, es perfectamente viable exigir a la parte, antes de acudir al proceso monitorio, agotar otra fase no jurisdiccional previa pero ante otro organismo.

La importancia del agotamiento de la fase conciliatoria de manera previa radica en que el conciliador es un tercero capacitado que interviene en el conflicto de manera positiva y en caso de lograr acuerdo evita que el conflicto llegue ante un juez, con lo cual, se pretermite incluso la fase correspondiente al requerimiento de pago. Lo anterior, sin duda, coadyuva a la descongestión judicial de manera efectiva.

El exigir la conciliación previa a procesos monitorios no afecta su estructura, puesto que, fracasada aquella etapa, el proceso monitorio debe tramitarse tal y como lo ha diseñado el legislador, sin que la existencia de la conciliación trastoque sus normas. Esta situación se realza al afirmar que, en caso de que el demandante solicite medidas cautelares, queda relevado de cumplir con el requisito de intentar la conciliación y puede acudir directamente al proceso monitorio.

Por último, si se acude a la finalidad del proceso monitorio, cual es la de constituir de manera expedita un título ejecutivo para una obligación que carece de este, debe afirmarse que la conciliación en nada choca con esta finalidad, toda vez que conduce, en caso de acuerdo, a idéntico fin.

3.5 Argumentos de Derecho comparado: Política legislativa y el proceso monitorio laboral en España y Chile.

La doctrina autorizada en el tema coincide en afirmar que la conciliación extrajudicial no se exige como requisito en ningún país de aquellos que tienen proceso monitorio, específicamente para la presentación de una demanda que dé apertura a este.

Empero, debe realizarse un análisis que se ha pasado por alto y que resulta trascendente. Al revisar la legislación de diferentes países, el proceso monitorio se suele incluir dentro de los catálogos de procesos, unas veces como declarativo, otras como declarativo especial y otras como ejecutivo. El caso venezolano, en

el contexto latino, es un claro ejemplo de un proceso monitorio calificado como ejecutivo.

Podría pensarse, *prima facie*, que la decisión del legislador de calificar el proceso monitorio como declarativo, declarativo especial o ejecutivo, es una decisión intrascendente, de mera técnica legislativa e incluso de pareceres. Aquí se propone una visión distinta, consistente en plantear que en los eventos en los cuales el legislador decide calificar un proceso como declarativo, especial o ejecutivo, toma una decisión política y jurídica que genera unas determinadas consecuencias.

El legislador colombiano, que pudo escoger otras clasificaciones del proceso monitorio, con otras consecuencias, decidió incluirlo en los procesos declarativos especiales, a sabiendas de que ello genera unos efectos jurídicos específicos. La más relevante es justamente la exigencia de la conciliación extrajudicial como requisito para interponer la demanda, con algunas excepciones ya mencionadas en este documento. Existen, sin embargo, otras consecuencias a raíz de haber calificado al proceso monitorio como declarativo, entre las que cabe mencionar: (i) El proceso monitorio queda sujeto a las medidas cautelares propias de los procesos declarativos, contenidas en el artículo 590 del C.G.P. (ii) La presentación de la demanda de un proceso monitorio no exige la presentación de un específico documento, como se exige para los procesos ejecutivos (título ejecutivo). (iii) En caso de oposición, el proceso migra al trámite de un verbal sumario manteniendo armonía en las clases de medidas cautelares que se pueden decretar. (iv) Solo en caso de que el demandado no se oponga, o lo haga parcialmente, una vez dictada la sentencia que reconoce la obligación, el proceso migra a un ejecutivo y abre paso a las medidas cautelares propias de dicho trámite.

Bien habría podido el legislador colombiano calificar al proceso monitorio como ejecutivo, tal y como ocurre en la república bolivariana de Venezuela, con ello se habría tomado una decisión de conveniencia que habría impactado al trámite: no se exigiría la conciliación prejudicial, gozaría de las medidas cautelares propias de los ejecutivos, etc. Pero el legislador colombiano, por una razón o por otra, se abstuvo de asignarle al monitorio el rótulo de ejecutivo y prefirió incluirlo en los declarativos especiales.

No se comparte la tesis que pretende irradiar una consecuencia propia de los procesos ejecutivos (la no exigencia de conciliación extrajudicial previa) al proceso monitorio, al apelar a su naturaleza; con ello se desconocería la decisión de política legislativa que se tomó en Colombia de clasificar al monitorio como un proceso declarativo.

Por último, debe afirmarse que otras legislaciones sí han adoptado la conciliación como un requisito previo al trámite del proceso monitorio. El artículo

101 de la Ley 36 de 2011, reguladora de la jurisdicción social en España, regula el proceso monitorio laboral y exige como requisito adjunto a la demanda la “(...) documentación justificativa de haber intentado la previa mediación o conciliación cuando estas sean exigibles”, situación que ha sido objeto de análisis igualmente en la doctrina³⁶. En el contexto latinoamericano, la legislación chilena estableció el proceso monitorio laboral en el artículo 496 de la Ley 20.087, con el requisito de haber realizado “reclamo ante la Inspección del Trabajo que corresponda, la que deberá fijar día y hora para la realización del comparendo respectiva (...) La citación al comparendo de conciliación ante la Inspección del Trabajo se hará mediante carta certificada (...)”, situación ratificada por el artículo 499 de la misma norma³⁷. En conclusión, el requisito de la conciliación en procesos monitorios no es del todo extraño en legislaciones foráneas.

4. La conciliación prejudicial en el proceso monitorio: un debate legislativo.

La lectura pausada del artículo 38 de la Ley 640 de 2001 parece arrojar una conclusión clara: el proceso monitorio no quedó excluido del requisito de conciliación extrajudicial. Autorizadas y estudiosas voces desde la academia han levantado su voz de recelo contra esta interpretación y han propuesto inteligentes argumentos para plantear que el posible demandante de un proceso monitorio está relevado de acreditar el cumplimiento del requisito.

Estas posturas pueden contar con toda la solidez argumentativa que lleve, en un futuro incluso no muy lejano, a que el legislador modifique nuevamente el artículo 38 de la Ley 640 de 2001 e incluya en la lista de procesos declarativos exceptuados al monitorio. Mientras ello ocurre, existen igualmente fuertes argumentos que permiten sostener que agotar el trámite de la conciliación prejudicial es requisito de procedibilidad para el trámite de procesos monitorios. La postura, entonces, según la cual el proceso monitorio no requiere de conciliación previa, alimenta el debate para un posible y futuro cambio, pero no refleja el contenido del artículo 38 de la Ley 640 de 2001, tal como quedó redactado.

³⁶ Cfr. PRECIADO DOMÉNECH, Carlos Hugo. El nuevo procedimiento monitorio laboral. pp. 3, 17, 26. Disponible en: <http://www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=70> [Consultado en 02-11-2015]. Igualmente puede consultarse: MARTÍN JIMÉNEZ, Carlos Manuel. Teoría y práctica del proceso monitorio: comentarios y formularios. Valladolid: Lex Nova, 2011. p. 466.

³⁷ Cfr. ACOSTA JARA, Daniela Estefanía; CASTILLO RETAMAL, Roberto Alejandro. El procedimiento monitorio laboral chileno, visión crítica. Universidad de Chile, 2012. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113622/de-acosta_d.pdf?sequence=1 [Consultado en 02-11-2015].

5. Conclusiones.

Existe una postura defendida por autorizados estudiosos del proceso monitorio que interpretan el artículo 38 de la Ley 640 de 2001 en el sentido de que el citado proceso no requiere de la conciliación extrajudicial como requisito previo.

No obstante, en este artículo se presenta una postura alternativa o diferente que defiende la estructura normativa del artículo 38 de la Ley 640 de 2001, que considera que nada de incorrecto hay en obedecer al texto de este artículo; por ende, se plantea que la conciliación extrajudicial es obligatoria para el trámite de los procesos monitorios y es esta la postura que el autor recomienda seguir a los operadores judiciales.

El debate planteado y los inteligentes argumentos expuestos por los profesores Colmenares y Correa pueden alimentar una posible reforma legislativa que elimine el requisito de la conciliación extrajudicial para los procesos monitorios. Sin embargo, mientras dicha reforma no mire la luz y el texto del artículo 38 de la Ley 640 de 2001 permanezca como está, debe concluirse que el proceso monitorio no hace parte de los procesos exceptuados del tal requisito con base en los argumentos expuestos a lo largo de este artículo.

Igualmente, se concluye que el requisito de procedibilidad no debe exigirse para los procesos monitorios cuando el demandante presente solicitud de medidas cautelares en conjunto con la demanda, las cuales se encuentran autorizadas para dicho proceso.

A nivel de Derecho comparado puede concluirse que si bien existe una tendencia, bastante marcada por cierto, a no exigir el requisito de procedibilidad en los procesos monitorios, existen algunos casos en los que sí se ha dispuesto como obligatorio agotar el requisito; específicamente, se hace referencia al proceso monitorio laboral en Chile y España.

El legislador colombiano decidió calificar el proceso monitorio como un declarativo especial, con lo cual este asume características propias de dichos procesos, como lo correspondiente a las medidas cautelares y la exigencia del agotamiento del procedimiento conciliatorio como requisito de procedibilidad.

En pro de la exigencia de la conciliación como requisito de procedibilidad en procesos monitorios, es dable esgrimir la protección y desarrollo de algunos principios constitucionales del Derecho procesal integrantes del debido proceso; así, por ejemplo, el acceso a la administración de justicia, celeridad, y la tutela judicial efectiva.

Bibliografía.

ACOSTA JARA, Daniela Estefanía; CASTILLO RETAMAL, Roberto Alejandro. El procedimiento monitorio laboral chileno, visión crítica. Universidad de Chile, 2012. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113622/de-acosta_d.pdf?sequence=1> [Consultado en 02-11-2015]

BORBÚA OLASCUAGA, Boris. Acercamiento al Proceso Monitorio. Cartagena: Universidad de Cartagena, 2013. Disponible en: <<http://190.25.234.130:8080/jspui/bitstream/11227/1008/1/ACERCAMIENTO%20AL%20PROCESO%20MONITORIO%20EN%20COLOMBIA>> [Consultado en 02-11-2015].

COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El procedimiento monitorio en Colombia. En: El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro". 1 ed. Bogotá: Temis, 2015.

----- El proceso monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012. En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad libre de Colombia, 2013.

----- Aspectos prácticos del proceso monitorio. En: Memorias del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, septiembre 9,10 y 11. Bogotá: Universidad Libre – Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

COLOMBIA, Consejo Superior de la Judicatura, sala administrativa. Acuerdo PSAA15-10392 del 1 de octubre de 2015.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia C- 726 del 24 de septiembre de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. Exp. D-10115.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia C-1083-2005 del 24 octubre de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería. Exp. D-5686.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia C-187-2003 del 4 de marzo de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería. Exp. D-4233.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia C-1195-01 del 15 de noviembre de 2001. M.P. Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy. Exp. D-3519.

CORREA DELCASSO, Juan Pablo. El proceso monitorio en el derecho comparado: diez puntos clave para su correcta implementación y desarrollo en los países de América latina. En: El procedimiento monitorio en América latina: pasado, presente y futuro. Primera edición, Bogotá: Temis, 2013.

----- El monitorio en el Derecho Comparado Europeo y Latinoamericano. Ponencia en el X congreso Internacional de Derecho Procesal de Cúcuta – Norte de Santander. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=71iwH9IORCA>> [Consultado en 02-11-2015].

CRUZ TEJADA, Horacio; NAIZIR SISTAC, Juan Carlos. El código de procedimiento civil a la luz de la Constitución Política. Jurisprudencia constitucional analizada y comentada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

MARTÍN JIMÉNEZ, Carlos Manuel. Teoría y práctica del proceso monitorio: comentarios y formularios. Valladolid: Lex Nova, 2011.

La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en el proceso monitorio

MINISTERIO DE JUSTICIA, Banco Mundial. Manual operativo de la conciliación virtual: “Diagnóstico en temas de justicia a fin de determinar la estrategia para fortalecer los servicios de resolución pacífica de conflictos para los pobres existentes”. Bogotá, junio 8 de 2012. Disponible en: <www.conciliacion.gov.co> [Consultado en 02-11-2015].

MINISTERIO DE JUSTICIA, Línea institucional de la conciliación. Agosto 10 de 2010, OFI10-27144-DAJ-0310. Disponible en: <www.conciliacion.gov.co> [Consultado en 02-11-2015].

PELÁEZ HERNÁNDEZ, Ramón Antonio. Elementos teóricos del proceso. Tomo I. Parte General. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2013.

PRECIADO DOMÉNECH, Carlos Hugo. El nuevo procedimiento monitorio laboral. Disponible en: <<http://www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=70>> [Consultado en 02-11-2015].

QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel, BONETT ORTIZ, Samir Alberto. El proceso monitorio. Tendencia del Derecho Procesal Iberoamericano”. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 40, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014.

RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. Principios Constitucionales del Derecho Procesal. Investigación en torno a la constitución política de 1991. Medellín: Editorial Señal Editora, 1999.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Propuestas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de una agenda positiva normativa para la integración. 2014, Quito. Disponible en: <www.tribunalandino.org.ec> [Consultado en 02-11-2015].

UNIÓN EUROPEA, Parlamento Europeo y el Consejo, Reglamento (CE) No. 1896 del 12 de diciembre de 2006.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA NO DINERARIA EN EL PROCESO MONITORIO COLOMBIANO*

Semillero de Derecho Procesal - Universidad Libre, Sede Bogotá
José Joaquín Rodríguez Arévalo^I | Kelly Johana Merchán Bejarano^{II}
Sebastián Gómez Alarcón (Ponente)^{III}
Coordinador del semillero: Armando Augusto Quintero González^{IV}

Resumen

Sin lugar a dudas el proceso monitorio fue incorporado a buena hora dentro de nuestro ordenamiento jurídico procesal, por tanto beneficiará a los miembros de la población menos favorecida con un escenario de litigio sumario, flexible y breve. Esto evitará juicios interminables y engorrosos en aquellos eventos en los que los ciudadanos hayan configurado con sus deudores obligaciones en dinero, determinadas

Recibido: septiembre 11 de 2015 - Aprobado: febrero 29 de 2016

* Artículo Inédito.

Para citar el artículo: GÓMEZ, Sebastián; RODRÍGUEZ, José Joaquín; MERCHÁN, Kelly Johana. "Tutela judicial efectiva no dineraria en el proceso monitorio colombiano". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 43, enero – junio. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 43-80.

Investigación presentada en el XVI Concurso Internacional de Semilleros de Derecho Procesal, que se llevó a cabo en el marco del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal en la ciudad de Pereira, en el mes de Septiembre del 2015 y con el cual se obtuvo el segundo lugar en dicho certamen. La ponencia fue escogida entre los mejores memoriales escritos.

^I Estudiante de cuarto año de Derecho de la Universidad Libre - Bogotá. Miembro del semillero de investigación "Procesos Constitucionales y Activismo judicial" del Centro de Investigaciones. Ganador del 13° Concurso Universitario de Derecho Humanos de la Defensoría del Pueblo. Representante de la Universidad Libre en la 21st Annual Inter-American Human Rights Moot Court Competition. Email: joaquinrodriguezarevalo@gmail.com.

y exigibles, que emanen de una relación jurídico comercial y que no superen la mínima cuantía.

Con las anteriores características, fue creado el proceso monitorio en Colombia, por lo que se advierten varios puntos de interés para los estudiosos del Derecho procesal, como la viabilidad del mencionado proceso judicial para obligaciones extracontractuales, la eventual timidez del legislador al configurar este proceso declarativo para asuntos que no superen la mínima cuantía y asuntos procedimentales como la prohibición de la notificación por emplazamiento, entre otros.

El presente trabajo de investigación busca responder las siguientes preguntas: *¿se necesita en Colombia un proceso monitorio para crear títulos ejecutivos de obligaciones de hacer y dar-entregar?*; además, de ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, *¿sufriría alguna modificación el procedimiento establecido por el artículo 421 del C.G.P. en los casos en que se demande la constitución de títulos ejecutivos por obligaciones de hacer o dar-entregar?*; finalmente, *¿con el actual proceso monitorio regulado por el C.G.P., es posible constituir títulos ejecutivos dinerarios por obligaciones de dar-entregar y/o hacer por medio de subrogados pecuniarios?*

Palabras clave: obligaciones de dar y hacer, subrogados pecuniarios, acreedores, proceso monitorio.

Abstract

The monitory process was, without any doubt, integrated just in time in our legal system, since it will benefit the poor population with summary, flexible and brief litigation, which will avoid endless and cumbersome trials in those events where are citizens that have

ⁱⁱ Estudiante de cuarto año de Derecho de la Universidad Libre. Bogotá. Miembro del Semillero representante de la Universidad Libre ante el concurso de semillero del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Email: kelly.bejarano2@gmail.com

ⁱⁱⁱ Estudiante de cuarto año de Derecho de la Universidad Libre - Bogotá. Ponente en las XVII Jornadas de Derecho Procesal Adolfo Mina Balanta. Ponente ante el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho "Semilleros de Derecho Procesal". Email: gomezalarcons@gmail.com.

^{iv} Abogado Universidad Libre. Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Magister de la Maestría en Derecho con Énfasis en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado de la misma Universidad. Docente Universidad Libre, Seccional Bogotá. Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre. Email: quintero-gonzalez@gmail.com.

configured financial, determinate and enforceable obligations, with a legal negotiated source under the small amount range.

Whit the characteristics and benefits given above, the monitory process was created in Colombia, but they raise as well interesting topics worth studying, like its application to non-negotiated obligations, the eventual legislator shyness when set it to the small amount range, also, procedural issues like prohibiting the emplacement notification, among others.

The present investigation project pretends with to answer the next questions: is needed in Colombia a monitory process to create executive titles of doing or giving-delivering obligations?; also, If the answer is affirmative, would it change the process established by the article 421 of the "C.G.P." in the case that its demanded the executive titles constitution for doing or giving-delivering obligations?; Finally, with the actual monitory process regulated by the C.G.P., it is possible to build executive money titles for doing or giving-delivering obligations and / or do through pecuniary surrogates?

Key words: giving-delivering obligations, pecuniary surrogates, debtors, monitory process.

1. Introducción.

El éxito que ha logrado el proceso monitorio en diversos países tanto europeos¹ como iberoamericanos² lo hace uno de los procesos más utilizados en el ámbito civil y da lugar a su inclusión en el ordenamiento jurídico colombiano. Esta consagración se materializó con la expedición del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, con el objetivo de brindar a los ciudadanos una herramienta más expedita y eficaz que los actuales procesos judiciales. Así lo

¹ En España, de los 420.599 procesos monitorios en 2007 se pasó a 895.875 en 2010, es decir, en cuatro años se han duplicado el número de procesos monitorios. Datos extraídos de la Memoria del Consejo General del Poder Judicial aprobada por el Pleno el 21 de mayo de 2011. <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder_judicial> [consultado el 29 de mayo de 2015]. Por su lado, en 2008 en Italia se han tramitado cerca de un millón de procesos monitorios, en Francia se ha superado el millón doscientos mil y en Alemania se ha llegado a la cifra de ocho millones. Datos tomados de PICÓ I JUNOY, Joan. El proceso monitorio, una visión española y europea pensada en Colombia. 1a ed. En: XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C., Universidad Libre de Colombia, septiembre 2012. p. 1022.

² "La introducción del proceso monitorio en países latinoamericanos ya es una realidad muy consolidada en el tiempo, caso de Uruguay o Brasil". Ibid.

deja ver el profesor Ulises Canosa cuando indicó que “[e]ste nuevo proceso [en Colombia], para obligaciones en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible, que sean de mínima cuantía, es una medida de acceso a la justicia para acreedores de pequeñas y medianas cuantías que no pueden o acostumbran, por diversas razones, documentar sus créditos en títulos ejecutivos y que con las alternativas procesales actuales, difíciles, demoradas y costosas, prefieren darlo todo por perdido”³. Es esta la razón por la que el propósito del proceso monitorio es servir para la creación rápida de un título ejecutivo respecto de aquellas personas que son acreedoras de una obligación crediticia no contenida en un documento que la haga judicialmente exigible, o que, al existir el documento, este les resulte precario para su cobro por la vía ejecutiva. Dicho de otra manera, el proceso monitorio podrá evitar el desarrollo de un proceso de conocimiento más largo y dispendioso.

Por lo anterior, el proceso monitorio da muestra de ser un mecanismo judicial para la tutela del crédito⁴ o, de mejor manera, se encuadra como medida para la tutela privilegiada del mismo⁵ en razón a que su estructura procedimental promete una protección ágil y rápida del derecho del acreedor que ampara de forma eficaz la obligación crediticia.

El proceso monitorio a su vez puede ser entendido como el desarrollo de la tutela judicial efectiva en cabeza del Estado y sus ordenamientos jurídicos procesales, así como la materialización del deber de garantizar los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, el derecho a la protección judicial y el derecho al patrimonio. En este sentido, la administración de justicia debe propender por la satisfacción real y efectiva de los derechos reconocidos en el derecho sustancial, mediante la utilización de procesos que faciliten la materialización de los derechos de los ciudadanos. El proceso monitorio es un mecanismo que busca cumplir con estos propósitos⁶.

³ CANOSA SUÁREZ, Ulises. El proceso monitorio. En: Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 (julio 12), Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad comentado, con artículos explicativos de miembros del ICDP, Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014. p. 362.

⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. El proceso monitorio una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. ed. n° 37. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, junio de 2011. p. 2.

⁵ CANOSA SUÁREZ. Op. cit. p. 361.

⁶ *Ibíd.*

Con el mencionado mecanismo, los acreedores de obligaciones de tipo dinerario que no cuentan con un título ejecutivo ven un proceso que en armonía con la tutela judicial efectiva protege judicialmente su crédito. De lo que se desprende que los acreedores de obligaciones no dinerarias (en particular, por ser objeto de nuestro trabajo, de prestaciones de hacer y dar-entregar) no encuentran reflejado en el proceso monitorio colombiano un mecanismo que proteja su crédito, pues con el Código General del Proceso las obligaciones dinerarias serán las únicas con las que podrán constituirse los títulos ejecutivos con ayuda de este proceso judicial⁷.

Se busca, entonces, que este proceso ágil y de fácil acceso se amplíe a estos acreedores de obligaciones de hacer, con el fin de maximizar la tutela judicial efectiva, en razón a que esta posibilidad facilitaría el acceso de las personas a la justicia y el reconocimiento efectivo de sus derechos de forma más fácil que si se hiciera por el proceso declarativo clásico, en todo caso más largo, formal y poco accesible para quien no cuenta con los medios económicos para emprender un proceso ordinario.

Entendemos que el objetivo planteado referente a la ampliación del proceso monitorio a todo tipo de obligaciones crediticias es un proceso que se debe surtir por medio de una reforma de tipo legal en el Congreso de la República de Colombia y cierto es que dicha reforma puede demorarse en llegar a la espera tal vez de un posicionamiento y fortalecimiento de dicho proceso, que permitirá determinar la efectividad o posibles fallas del proceso monitorio.

En todo caso, nos proponemos establecer si el Estado colombiano requiere que el proceso monitorio permita la creación de títulos ejecutivos contentivos de obligaciones de hacer. Luego, de ser asertiva la respuesta al anterior interrogante, continuaremos con el estudio del procedimiento establecido por el legislador al proceso monitorio colombiano con el propósito de identificar cuáles serían las variaciones que dicho proceso debe tener para poder finalizar con un título que preste mérito ejecutivo por una obligación de hacer.

Por último, se expondrán unas pequeñas reflexiones finales tendientes a generar alternativas para obtener títulos ejecutivos que se originen en obligaciones de dar-entregar y/o hacer de imposible cumplimiento mientras se surten los cambios legislativos correspondientes.

⁷ El artículo 419 del Código General del Proceso consagra de manera expresa que será procedente el proceso monitorio respecto de "Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio con sujeción a las disposiciones de este Capítulo" (subrayado es nuestro).

2. Aspectos metodológicos de la investigación.

2.1 Las preguntas de investigación.

En el trabajo que el lector tiene en sus manos, la investigación busca responder las siguientes preguntas:

¿Se necesita en Colombia un proceso monitorio para crear títulos ejecutivos con obligaciones de hacer y dar-entregar?

De ser positiva la respuesta a la pregunta anterior, ¿sufriría alguna modificación el procedimiento establecido por el artículo 421 del Código General del Proceso en los casos en que se demande la constitución de títulos ejecutivos por obligaciones de hacer y dar-entregar?

Además, ¿con el actual proceso monitorio regulado por el Código General del Proceso, es posible constituir títulos ejecutivos dinerarios por obligaciones de dar-entregar y/o hacer por medio de subrogados pecuniarios?

2.2 La estrategia metodológica.

A la presente investigación se le aplicará un enfoque tanto básico jurídico o documental, así como socio jurídico. El primer enfoque señalado se utilizará como soporte para desarrollar los aspectos conceptuales y teóricos del proceso monitorio colombiano y el proceso monitorio comparado, de igual forma será tomado para analizar ciertos aspectos de la teoría de las obligaciones y su implicación en el proceso monitorio, lo cual le dará al trabajo un enfoque interdisciplinario entre el Derecho procesal y el Derecho civil.

3. Breve historia del proceso monitorio.

La etimología de la palabra “monitorio”, proviene de la raíz latina *monitorius* que significa advertencia, que sirve para avisar o amonestar⁸. Su origen como figura jurídica se remonta a la Edad Media en la Península Itálica, hacia el siglo XIII con el *preceptum o mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, cuando los juristas italianos del mencionado siglo se preguntaron por la situación de aquellos acreedores que no cuentan con un documento que reúna las condiciones de un título ejecutivo; esto es, que sea claro, expreso, exigible y

⁸ Diccionario de la lengua española, monitorio, 2014. <<http://dle.rae.es/id?=pefka8s>> [Consultado el miércoles 9 de marzo de 2015].

que de prueba de la existencia de una obligación contra el deudor⁹. Para estos acreedores se creó el proceso monitorio que se desplegó por toda Europa y que ha empezado a llegar a los países iberoamericanos desde la segunda mitad del siglo XX¹⁰. La razón de esta tendencia de implementación del proceso monitorio radica, al igual que en el siglo XVIII –época posterior a la Revolución Francesa de 1789–, en la necesidad de procesos judiciales “que verdaderamente garanticen la efectividad de los derechos sustanciales, con acceso, rapidez y eficacia (...) desterrando obstáculos excesivos o irrazonables, sin desmedro del derecho al debido proceso”¹¹. En últimas, lo que se quiso con este proceso declarativo fue evitar un juicio plenario para tener la posibilidad de constituir un título ejecutivo rápido y eficaz, es decir, el proceso monitorio es considerado como una alternativa al proceso ordinario, debido a que este es formalista y extenso.

4. ¿Qué es el proceso monitorio?

El proceso monitorio se ha clasificado en Colombia dentro de los procesos declarativos especiales porque su finalidad es la creación de un título ejecutivo, se encuentra, entonces, dentro de las medidas de tutela privilegiada del crédito del Código General del Proceso. En otras palabras, su finalidad es garantizar la tutela judicial efectiva, sin la necesidad de agotar o realizar todas las etapas del proceso ordinario o declarativo para obtener sentencia que declare el derecho en controversia¹².

Este también ha sido catalogado en otras latitudes del mundo como un proceso plenario, dado que la solución que se dé al conflicto dentro de este proceso tendrá efectos de cosa juzgada en caso de incomparecencia del deudor¹³. Así lo ha determinado el profesor Correa Delcasso cuando define

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones del derecho procesal civil. Serie clásicos del Derecho Procesal Civil. Volumen 3. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002. p. 149.

¹⁰ PICÓ I JUNOY. El proceso monitorio, una visión española y europea pensando en Colombia. Op. cit., p. 1023.

¹¹ QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel y BONETT ORTIZB, Samir Alberto. El proceso Monitorio. Tendencia del derecho procesal iberoamericano. En: XXIV Jornadas Iberoamericanas De Derecho Procesal, Panamá, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2014. p. 350.

¹² PICÓ I JUNOY. El proceso monitorio, una visión española y europea pensando en Colombia. Op. cit., p. 1024.

¹³ COLMENARES URIBE, Carlos. El Proceso de la Estructura Monitoria. Cúcuta: Litografía Nueva Granada, 2011. pp. 14-15.

el proceso monitorio como un “proceso especial, plenario rápido, que tiende mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determine la ley¹⁴.

Según Piero Calamandrei, el proceso monitorio es aquel por medio del cual, con la simple petición escrita del acreedor, el juez competente libra, sin oír al deudor, una orden condicionada de pago con advertencia de que el deudor puede hacer oposición dentro del término establecido. La orden de pago debería considerarse como un inicio de ejecución ya que el juez no busca con esta declarar el derecho, sino que parte de entender su existencia y ordena su ejecución¹⁵.

Dicho lo anterior, se puede deducir que el proceso monitorio tiene varias finalidades, entre las cuales encontramos¹⁶:

1. Potenciar la tutela judicial efectiva.
2. Crear de manera rápida un título ejecutivo.
3. Reducir la cantidad de procesos declarativos para contribuir de forma indirecta a mejorar la rapidez con que se resuelven estos procesos.

De otro lado, como característica esencial del proceso monitorio se observa la inversión de la iniciativa del contradictorio, por medio de la cual, presentada la solicitud para que se requiera al deudor que haga efectiva una obligación, al demandado se le condena provisionalmente sin ser oído¹⁷. Sin embargo, aquel bien puede hacer oposición a este llamado, como a su vez puede no oponerse y guardar silencio, caso en el cual se emitirá una decisión (sentencia), con lo cual se documenta la obligación aludida por el acreedor y en contra del deudor. Por lo tanto, es la parte pasiva la que –al atender a la realidad- decide si es necesario abrir el contradictorio frente a la solicitud del demandante, en caso de no hacerlo, se itera, se procederá como acaba de explicarse.

La legislación de los diferentes países que utilizan el proceso monitorio presenta algunas diferencias en cuanto a su estructura y características, pues si bien el proceso monitorio tuvo su origen en Italia y de allí se expandió por

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ CALAMANDREI, Piero. *El Procedimiento Monitorio*. Traducción de Santiago Sentis Meledo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. p. 52 y 53.

¹⁶ PICÓ I JUNOY. *El proceso monitorio una visión española y europea de la tutela rápida del crédito*. *Op. cit.*, p. 2.

¹⁷ ALVARADO VELLOSO, Adolfo A. *Lecciones de derecho procesal adaptadas a la legislación procesal civil y penal de la Provincia de Buenos Aires*. Editorial Astrea: 2015, p. 722.

Europa, no todos los países regulan de la misma manera este proceso. Las principales diferencias que consagran las legislaciones radican en que el proceso monitorio puede ser puro, documentario, limitado o ilimitado¹⁸:

1. **Puro:** en este caso no es obligatorio para el acreedor aportar junto a la demanda pruebas documentales, ya que es suficiente la simple afirmación de la existencia de la deuda para que se produzca un requerimiento de pago.
2. **Documental:** se caracteriza por la obligación de aportar un título documental, del cual pueda inferirse la existencia de una obligación expresa, clara y exigible¹⁹.
3. **Limitado:** se da cuando las pretensiones que se llevan a conocimiento de la jurisdicción para que sean tramitadas mediante proceso monitorio no pueden exceder determinada cantidad dineraria. Suele ser el tipo de proceso monitorio recomendado para aquellos Estados que van a regularlo por primera vez, como el Estado colombiano.
4. **Ilimitado:** en este caso, por medio del proceso monitorio se podrá tutelar cualquier tipo de reclamación dineraria, sin límite económico alguno. Esto ocurre en países como España que iniciaron con un proceso monitorio limitado y con el tiempo se fue expandiendo hasta ser ilimitado²⁰.

En conclusión, el proceso monitorio procura la creación rápida de un título ejecutivo para aquellos casos en que el acreedor no disponga de un instrumento ejecutivo o título ejecutivo para fundamentar sus derechos²¹. En el mismo sentido, lo explica el profesor Tomás y Valiente al afirmar que “el acreedor insatisfecho que no poseyese un título ejecutivo y no se resignaba a acudir al proceso ordinario, se presentaba ante el juez y solicitaba de él la emisión del *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*. Si el juez accedía la petición del acreedor (y para ello ni siquiera necesitaba aportar una prueba documental del crédito), emitía el *mandatum*, orden de pago dirigida contra el deudor (...)”²².

¹⁸ PICÓ I JUNOY. El proceso monitorio una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. Op. cit., p.12.

¹⁹ CALAMANDREI. Op. cit., p. 209.

²⁰ Ibíd.

²¹ CORREA DELCASSO, Juan Pablo. El proceso monitorio. J.M BOSCH. Editor. Barcelona, 1998. p. 272.

²² GÓMEZ OROSCO, José Alejandro. Introducción al Proceso Monitorio: Constitucionalización y Oralidad del Derecho Civil. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.LTDA, 2014. p. 55.

5. El proceso monitorio en Colombia.

Al igual que se expuso anteriormente, el proceso monitorio en Colombia ha sido consagrado como un procedimiento sencillo, por medio del cual se documenta una obligación clara expresa y exigible sin la penuria de emprender un proceso judicial de conocimiento, siempre que el deudor no plantee oposición. Es procedente en la actualidad para quien pretenda el pago de una obligación en dinero de naturaleza contractual, determinada y exigible.

Este proceso en Colombia fue incorporado al ordenamiento jurídico con la expedición del Código General del Proceso (en adelante C.G.P.), Ley 1564 de 2012, en su Capítulo IV y artículos 419, 420 y 421²³. Es un proceso puro y limitado, dado que el artículo 419 del C.G.P. establece que solo podrá hacer uso del proceso monitorio quien pretenda el pago de una obligación que sea de mínima cuantía²⁴. De igual forma, para acceder a este no es obligatorio presentar prueba documental, según lo dispuesto en el numeral 6°, inciso 2°, del artículo 420 del C.G.P.

En lo que respecta a su trámite, si presentada la solicitud por parte del demandante se llegare a ejercer oposición por parte del demandado, la solución al conflicto se surtirá por medio de un proceso verbal sumario dentro del mismo expediente, en otros términos, no habrá necesidad de interponer una nueva demanda declarativa, dado que cuando surge oposición por parte del deudor, se abre paso a la fase cognocitiva. El demandado, fuera de oponerse, también tiene la opción de pagar, esto es, honrar la obligación, en cuyo caso se terminará el proceso. También podrá no oponerse al guardar silencio. Lo declarado por el demandante dará prueba de la existencia y monto de la obligación cuando no haya objeción del demandado, de igual forma, al silencio del demandado se le dará la connotación de aceptación, de esta manera quedará establecida la obligación y, por lo tanto, se tornarán superfluas otras pruebas²⁵.

Además, en el proceso monitorio solo se reconocerán obligaciones dinerarias, ya sea en moneda nacional o extranjera, por lo cual se excluyen de este pedimento obligaciones de dar o entregar especies muebles o bienes de género distintos de dinero, de hacer, o de no hacer, ni pretensiones complejas que acumulen las aspiraciones de dinero con alguna de estas otras²⁶.

²³ Ley 1564 de 2012. (Julio 12). “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

²⁴ Consagrada en el artículo 25 del C.G.P., cuantía que no puede superar los 40 SMLMV, es de única instancia y no será necesario abogado.

²⁵ CANOSA SUÁREZ. Op. cit., p. 373.

²⁶ *Ibíd.*

La obligación, que como ya se dijo debe ser en dinero, tendrá que ser determinada por una simple operación matemática junto con los respectivos intereses de mora o plazo. Además, debe ser exigible, lo que significa que la obligación puede hacerse efectiva cuando el plazo se haya vencido o se haya cumplido la condición pactada.

El proceso monitorio no podrá utilizarse para cobrar perjuicios de naturaleza extracontractual que sean cuantificados unilateralmente, dado que los conflictos de esta naturaleza deberán surtirse por medio de proceso declarativo. Finalmente, el proceso monitorio en Colombia requiere de notificación personal al demandado y no admite el emplazamiento de este, ni el nombramiento de curador *ad litem*, por obvias razones. De igual manera, tampoco permite la intervención de terceros, la utilización de excepciones previas o la demanda de reconvencción por el demandado; lo primero, con el propósito de garantizar el debido proceso del llamado a juicio, y lo último, en miras a evitar que se desquicie su finalidad: celeridad y eficacia²⁷.

6. Estudio del proceso monitorio en el Derecho comparado.

Si bien es cierto que el proceso monitorio sirve en primera medida para constituir un título ejecutivo de una prestación cierta y exigible de dar cantidades de dinero, esto no implica que no pueda ser usado para la ejecución de obligaciones de dar un bien inmueble o mueble, de hacer o no hacer, como lo veremos seguidamente.

6.1 Italia.

En Italia desde el año 1992 se estableció en el artículo 637 del Código de Procedimiento Civil la “*ingiunzione*”, que consiste en un procedimiento monitorio documental. La petición realizada debe soportarse con pruebas. Si se trata de documentos especiales como letras de cambio o pagarés, se puede solicitar la ejecución provisional de la obligación. Por esto no es suficiente la oposición simple y llana, *contrariu sensu* del monitorio puro, así, debe mediar prueba documental que la deberá sustentar en la audiencia de conocimiento encargada de resolver la procedencia de la oposición, por lo que se entiende que la carga de la prueba queda en cabeza del deudor²⁸. Si no se presenta oposición

²⁷ CANOSA SUÁREZ. Op. cit., p. 377.

²⁸ RENDETI, E. Derecho procesal civil. t. II, núm. 188, Buenos Aires, 1957. p. 220.

dentro de los 40 días siguientes a la notificación, el requerimiento de pago será definitivo y el deudor podrá ser ejecutado.

Este proceso, también denominado de inyunción, sirve para el cobro de sumas de dinero, cosas fungibles o entrega de cosas muebles determinadas.

Las estadísticas son claras a la hora de mostrarnos el incremento en la utilización de este proceso, pues en 1985 los juzgados y tribunales civiles italianos expidieron 272.837 mandatos de pago, cifra que en el año 1993 aumentó a 970.784 mandatos de pago²⁹. Más recientemente, hasta el año 2008, se han tramitado cerca de un millón de procesos monitorios³⁰.

6.2 Uruguay.

Los antecedentes del proceso monitorio en Uruguay datan del Código de Procedimiento Civil de 1878³¹, ahora derogado, que contenía respecto a los juicios sumarios especiales la “entrega de la cosa” y la “entrega efectiva de la herencia”, procesos que poseían una estructura monitoria y que contemplaban la inversión del contradictorio.

Es así que el Código General del Proceso vigente (L. 15.982), en su libro II y específicamente capítulo IV, reglamenta los “procesos de estructura monitoria”, que a su vez incluyen el “proceso ejecutivo” frente al cobro de sumas de dinero y que establecen un “procedimiento monitorio”. Para iniciar un proceso monitorio se requerirá documento auténtico o autenticado notarialmente en la etapa preliminar respectiva, excepto cuando se trate de un contrato que pueda ser probado por medio de testigos.

6.2.1 Ejecución del proceso monitorio en Uruguay.

Cuando se pida la ejecución, el juez decretará embargo hasta hacerse efectiva la cantidad reclamada, los intereses y costas del proceso. A partir del auto que decreta el embargo, el ejecutado tendrá un plazo de 10 días para oponerse con los medios de prueba necesarios para desvirtuar la pretensión del accionante. De

²⁹ DELCASSO CORREA, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. *En*: Revista Xuridica Galega. 2014. <<http://rexurga.net/pdf/COL164.pdf>> [Consultado en septiembre 1 de 2014].

³⁰ PICÓ I JUNOY. El Proceso Monitorio, una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. *Op. Cit.*, p. 2.

³¹ NICASTRO SEOANE, Gustavo. Los otros procesos monitorios en el código general del proceso uruguayo. *En*: Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá D.C - Colombia, 2014. pp. 789 y ss.

igual manera, si no se presenta la oposición, se pasará a la vía de apremio, que consiste en el proceso judicial encaminado a satisfacer la obligación.

Del mismo modo, la ley uruguaya vigente contempla otros tipos de procesos monitorios respecto a diferentes obligaciones, a saber:

1. Entrega de la cosa. Hace referencia a cosas “que no sean dinero y que se deban por virtud de la ley, el testamento, el contrato, el acto administrativo, o la declaración unilateral de la voluntad”, contenido en el artículo 364, inciso 1 del Código General del proceso de Uruguay frente a esto Lagarmilla señala que:

si este instituto no existiera en nuestra ley, resultarían poco menos que burlados los derechos de aquel que tuviera un contrato por el cual el deudor debía entregarle una cosa cierta y determinada, por cuanto no estando semejante documento garantizado por la vía ejecutiva, el acreedor tendría que recurrir forzosamente a la vía ordinaria para exigir el cumplimiento de la obligación de la otra parte contratante, con grave perjuicio para su derecho, pues estaría obligado a soportar los dispendios y la lentitud del juicio declarativo. Era, por otra parte, una consecuencia jurídica dar virtud ejecutiva a un documento cuyo objeto fuera cantidad de dinero líquida y exigible, y no hacer extensiva la misma, por lo menos a los documentos que tuvieran por objeto cosas ciertas y determinadas³².

2. Entrega efectiva de la herencia. Se presenta cuando un tercero impide que el heredero ejerza la posesión de bienes hereditarios sin invocar ningún derecho sobre ellos, así lo señala el artículo 365 del Código en comento. Del mismo modo la jurisprudencia uruguaya ha desarrollado los requisitos esenciales para su procedencia, estos son³³:

- a. Que exista un sucesor, sin que sea necesario la declaratoria de herederos;
- b. Que al tercero que se resiste a la entrega de los bienes no le conste que el actor reviste la calidad de heredero
- c. Que el tercero no accione ningún derecho sobre los bienes hereditarios.

De lo anterior se desprende que solo podrá acudir a este procedimiento cuando el tercero no invoque ningún derecho sobre los bienes hereditarios.

³² Citado por ELIZALDE, Jorge Luis, Regimen Procesal del juicio sumario de entrega de la cosa. *En*: Revista de Técnica Forense, No 8, Instituto de Técnica Forense, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999. p. 75.

³³ Sentencia No 73 de 1993 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno, publicada en Revista Uruguaya de Derecho de Familia, No 11, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996. pp. 23 y 24.

- 3. Pacto comisorio.** Situación, según el artículo 366 del Código General del proceso uruguayo, en la que “se demanda la resolución de un contrato en cumplimiento del pacto comisorio convenido. En la providencia inicial se dispondrá, si se justifica por el actor la caída en mora del demandado, la resolución del contrato. Dicha resolución quedará sin efecto si el pago del precio se realiza el día hábil siguiente a la notificación al demandado de aquella resolución”.

De una mejor manera Barrios de Ángelis explica sobre el trámite del pacto comisorio, bajo la figura procesal del monitorio, que si la decisión resulta favorable al accionante, la resolución del contrato se verifica con la sentencia y antes de la notificación del demandado. En esta, además de que el deudor se entere de la demanda en su contra, también se notifica de la sentencia que dispuso la resolución, salvo que el deudor pague dentro de las 24 horas siguientes a su notificación, lo que deja sin efecto la sentencia constitutiva dictada³⁴.

- 4. Escritura forzada.** En este proceso se busca el cumplimiento de la obligación de escriturar, establecida en las promesas de enajenación de inmuebles a plazos o equivalentes, o de casas de comercio, conforme lo enseña el artículo 367 de la ley procesal uruguayo.

Además de lo anterior, se posibilitó que por medio del monitorio se cancelara cualquier contrato de hipoteca, lo cual es un logro que, de acuerdo a Tarigo, es una vía que preserva las garantías del debido proceso y a la vez establece un procedimiento rápido y eficaz para obtener la cancelación de la hipoteca, que muchas veces no es lograda por vías extrajudiciales³⁵.

- 5. Resolución de contrato de promesa.** Por este medio “se demanda la resolución por falta de pago de promesas de enajenación de inmuebles a plazos o casas de comercio inscritas en los registros respectivos”. Se dispondrá de la resolución previa constitución en mora del demandado y previa intimación de pago (art. 368).

Para que proceda dicho proceso se requiere:

³⁴ “Reunión científica sobre pacto comisorio con la participación de integrantes de los Institutos de Derecho Procesal y Derecho Civil”. Versión corregida de las disertaciones realizadas en el Banco Hipotecario del Uruguay el 17 de abril de 1996. *En*: Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No, 1996, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo. p. 264.

³⁵ TARIGO, Enrique. Conveniencia de instituir otro monitorio: el de cancelación judicial de la hipoteca. *En*: Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No 3, 1999, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo. pp. 403 a 405.

- a. Previa constitución en mora del promitente comprador; y
- b. La intimación de pago previa.

6. Separación de cuerpos y divorcio. Procederá cuando el actor justifique las exigencias y requisitos del Código Civil uruguayo³⁶ y concurra una de las causales previstas³⁷.

7. Cesación de condominio de origen contractual. Se realiza por proceso monitorio cuando cualquiera de los copropietarios, al acreditar el dominio y afirmar la imposibilidad de división, exige la venta y reparto del precio que se obtenga, contenido en el artículo 370 del Código General del Proceso.

Los requisitos para que proceda son:

- a. El condominio debe ser de origen contractual.
- b. El accionante debe acreditar que es uno de los copropietarios y aportar la escritura pública debidamente inscrita en el registro respectivo.
- c. El actor debe invocar 1) imposibilidad de dividir el bien o los bienes en condominio. 2) necesidad de proceder a su venta para posteriormente dividir el capital líquido entre el valor de las cuotas parte de los comuneros³⁸.

8. Procesos de desalojo en general. Procede frente a inmuebles, tanto urbanos como rurales. Son aplicables los artículos 345 a 360 del Código Procesal uruguayo.

Esto permite vislumbrar la preponderancia y confianza que se le ha otorgado al monitorio como una forma de hacer más expeditos los procesos de diversa naturaleza³⁹, perfectamente viable para obligaciones de cualquier tipo.

A manera de conclusión nos unimos a lo dicho por el tratadista Nicastro Seoane al señalar como un éxito la implementación del procedimiento monitorio, en especial en procesos de desalojo, ejecutivos y entrega de la cosa, tanto así que aproximadamente en el 95,3% de los procesos con procedimientos monitorios no se presentan excepciones, lo cual deriva en que “el proceso se inicia con un

³⁶ Código General del Proceso de Uruguay. Ley 15.982. Promulgada el 18 de octubre de 1988 ARTS 153, 167 y 185.

³⁷ *Ibíd.* Artículo 148. Numerales 2 y 7.

³⁸ TARIGO, Enrique. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Tomo IV, 2a edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998. pp. 356 y 357.

³⁹ VESCOVI, Enrique. Las modernas tendencias del proceso civil contemporáneo. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No 2, 1998, Fundación de cultura Universitaria, Montevideo. pp. 119 y ss.

escrito y puede terminar con el proveimiento inicial⁴⁰. De esta manera se logran los postulados de garantismo y justicia con eficiencia y celeridad⁴¹.

6.3 Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica.

En el año de 1957 con las primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal de Montevideo se crea el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y es en las cuartas jornadas en Venezuela de marzo de 1967 donde se planteó la propuesta de crear una normatividad procesal unificada para Iberoamérica. Posteriormente, en las VI Jornadas de Derecho procesal en Guatemala de 1981 y las VII Jornadas en Ecuador, fue analizado el anteproyecto de Código Modelo Procesal Civil. En 1988, el mencionado anteproyecto, junto con sus antecedentes y exposición de motivos, se publicó en Montevideo y su texto fue nuevamente considerado el mismo año en las XI Jornadas celebradas en Río de Janeiro⁴².

6.3.1 Proceso de estructura monitoria en el Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica.

En este código se consagró la estructura monitoria no solo para la ejecución de títulos extrajudiciales como los títulos ejecutivos, sino para los judiciales que se constituyen por medio de sentencia en proceso de conocimiento. Igualmente, ha sido contemplado para procesos de desalojo o desahucio, entrega de la cosa, entrega de la herencia, resolución por falta de pago y escrituración judicial de promesas inscritas en el respectivo registro⁴³.

Existe una categoría del proceso monitorio denominada como proceso monitorio con etapa preparatoria, en la que para que el juez dicte sentencia y ordene el cumplimiento de la prestación, se deberá surtir una etapa preliminar para acreditar su existencia. Así, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, como excepción al presupuesto documental, incluye el “caso de entrega de la cosa, derivada de contrato del que resulte la obligación de dar, si

⁴⁰ LANDONI, Ángel. El Código General del Proceso a dieciséis años de su vigencia. *En*: Revista Judicatura, No 44, Publicación Oficial de la Asociación de Magistrados del Uruguay, Montevideo, Mayo de 2006. p. 225.

⁴¹ NICASTRO SEOANE. *Op. cit.*, p. 835.

⁴² MARTÍNEZ, Óscar José. El procedimiento monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/30.pdf>> [Consultado en mayo 26 de 2014]. pp. 535.

⁴³ COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. Estructura Monitoria y la Hipoteca. *En*: Memorias XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Cartagena de Indias, 2010. p. 1068.

se trata de contrato que no requiere documentación y en etapa preliminar, que se seguirá por la vía incidental, podrá establecerse la prueba de la existencia del contrato y su cumplimiento por parte del actor”.

El artículo 312.1 del Código Procesal Civil para Iberoamérica establece que “requerirá documento auténtico o autenticado judicialmente en la etapa preliminar respectiva” y deja claro que es un proceso monitorio documental⁴⁴, así, del mismo modo la oposición del deudor debe estar fundada en los hechos y el derecho y debe buscar abrir un proceso de conocimiento para determinar si la oposición alegada por el deudor demuestra la falta de fundamento del mandato o si, por el contrario, este debe ser mantenido y hecho ejecutorio⁴⁵.

Respecto de su trámite y características, este proceso es similar al contemplado por la legislación uruguaya, ya que es un monitorio documental, en el que es requisito indispensable anexar a la demanda escrito que acredite la existencia de la obligación al momento de exponer la demanda en este proceso. Aquí, el juez dicta sentencia y acepta las pretensiones del accionante y a su vez el deudor podrá oponerse en el plazo de 10 días, aportar las pruebas y abrir el contradictorio con las formalidades de un juicio declarativo ordinario. El deudor también podrá guardar silencio, lo que daría como resultado la constitución de título ejecutivo y pasaría a la vía de apremio o podría satisfacer la obligación y generar la terminación del proceso⁴⁶.

6.4 El Salvador.

Este tipo de proceso se encuentra consagrado a partir del artículo 489 del Código de Procedimiento Civil del Salvador y se inicia con la presentación de la solicitud monitoria por parte de quien pretenda el pago de deuda en dinero, líquida, vencida y exigible.

Se deberá allegar cualquier soporte que justifique un principio de prueba suficiente, ya sea de creación unilateral, pero que contenga sello o firma del deudor. Es requisito indispensable la identificación del deudor, junto con el domicilio para la debida notificación personal, de igual forma, se debe mencionar

⁴⁴ QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel y BONETT ORTIZ, Samir Alberto. El proceso monitorio. Tendencia del derecho procesal iberoamericano. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal No 40, 2014, p 345-363.

⁴⁵ PONZ, Manuel Alberto. El proceso monitorio. En: Revista del Colegio de Abogados de la Plata, 1978. pp. 233, 270 y 273.

⁴⁶ COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El Procedimiento Monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2013. pp. 122-123.

el origen y cuantía de la deuda. En el caso de no incluirse los anteriores requisitos, la demanda será rechazada sin lugar a apelación.

Si la demanda cumple los requisitos anteriormente mencionados, será aceptada la solicitud y se dará traslado al deudor por veinte días para que se oponga o satisfaga la obligación, de esta manera, se dará por terminado el proceso⁴⁷.

Se puede iniciar proceso monitorio para satisfacer obligaciones de hacer, de no hacer y de dar cosa específica. La obligación debe constar en documento y se podrá pretender exclusivamente el cumplimiento de las anteriores obligaciones sin que se pueda sustituir la petición por su equivalente en dinero, excepto cuando haya manifestación expresa del solicitante o exista absoluta imposibilidad del cumplimiento específico⁴⁸. Lo anterior le da la posibilidad al solicitante de exigir entre el equivalente en dinero o la entrega de un bien, servicio o producto de características y prestaciones semejantes a las del original.

6.5 Venezuela.

Desde 1990 se implementó el proceso por intimación como categoría especial del proceso ejecutivo, en el artículo 640 del Código de Procedimiento Civil venezolano fue consagrada la posibilidad de perseguir el pago de una suma líquida de dinero o la entrega de cierta cantidad de cosas fungibles o de una cosa mueble determinada, caso en el cual el deudor tiene 10 días para que pague o entregue la cosa⁴⁹.

En este sentido, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia afirmó que "(...) El procedimiento por intimación se admite siempre que el demandado persiga el pago de una suma líquida y exigible de dinero o la entrega de cantidad cierta de cosas fungibles o de una cosa mueble determinada, lo que significa que solo procede cuando se trate de acciones de condena que persigan el cumplimiento de obligaciones de dar que conste en prueba documental (...)”⁵⁰.

⁴⁷ BARAHONA MAGAÑA, Sonia Elizabeth. El proceso Monitorio en el Código Procesal Civil y Mercantil. Tesis de pregrado. Universidad del Salvador. El Salvador, 2010. pp. 36 y ss.

⁴⁸ Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador. Decreto No.: 712. Promulgada el 18 de septiembre de 2008. Artículo 597.

⁴⁹ Código de Procedimiento Civil de la República de Venezuela. Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de 18 de septiembre de 1990.

⁵⁰ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia N° RC-1382 de fecha 24-11-2004, caso Multiservicios Lesluis. C.A. contra Antonio Juguera Román. EXP. 04-0464, con ponencia del Dr. Tulio Álvarez.

6.6 Conclusiones del estudio legal comparado.

Se puede evidenciar en el anterior análisis de derecho comparado del proceso monitorio que las obligaciones de crédito de cualquier naturaleza (dar, hacer, no hacer) ya se tramitan por este proceso en procura de satisfacer el cumplimiento de obligaciones de diversa índole, lo cual redundaría en beneficio de lo enseñado por el profesor Fernando Hinestrosa: “el derecho se preocupa por la tutela adecuada del crédito y (...) está atento a proporcionar al acreedor los instrumentos óptimos para su satisfacción cabal”⁵¹. Esto nos lleva a afianzar la tesis propuesta por la investigación dirigida a que cualquier acreedor de obligaciones de crédito, sin importar su naturaleza, pueda acceder al proceso monitorio colombiano cuando así lo requiera, lo cual tiene como derrotero una justicia ágil con acceso para todos y con una solución al conflicto en un término razonable. Todo, habida cuenta de que resulta de inexorable importancia contar con procesos expeditos y modernos que resuelvan prontamente la controversia y, por supuesto, sin desmedro de las garantías procesales.

7. Breves consideraciones a la Sentencia C-726 de 2014.

Es relevante estudiar los planteamientos que del proceso monitorio realizó la Corte Constitucional mediante Sentencia C-724 de 2014, en la que actuó como magistrada sustanciadora Martha Victoria SÁCHICA Méndez, la cual se invita a consultar. Si bien la Corte Constitucional en dicha providencia hace mención a obligaciones diferentes a las dinerarias cuando se propuso conceptualizar únicamente estas, entendemos que su objetivo no fue el de visualizar el proceso monitorio como un instrumento que permitiera el cobro de prestaciones de dar-entregar y/o hacer. Lo anterior, dado que al estudiar la procedencia de dicho proceso, contenida en el artículo 419 del C.G.P., en relación a que la obligación tiene que ser estrictamente dineraria, la Corte definió esta como una cantidad de dinero en moneda de curso legal y, paso siguiente, pensando en desarrollar su afirmación, la ejemplificó como la entrega material de un bien o una obligación de hacer o no hacer. En otras palabras, el desembrollo no corresponde o guarda concordancia con la definición inicial dada de dinero en moneda de curso legal.

Fuera de lo anterior, la mención a este tipo de obligaciones no dinerarias se encuentra enmarcada dentro del *obiter dicta* de la sentencia, pues este

⁵¹ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y Vicisitudes. Tercera edición. Tomo I. Bogotá-Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 79.

involuntario descuido en la aclaración de la expresión dineraria tuvo por objetivo contextualizar acerca de la naturaleza jurídica del proceso monitorio, lo que no genera una estrecha relación entre tal mención y el planteamiento del problema relativo a determinar si se vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa del deudor.

Consideramos así, que el planteamiento de la Corte Constitucional no da solución a nuestra pregunta problema ni la resuelve negativamente, pero bien puede ser entendido como la puerta de entrada al debate acerca de si el proceso monitorio es procedente para obligaciones no dinerarias.

8. Sesiones de debate del Código General del Proceso en el Congreso de la República y tutela judicial efectiva.

El proyecto de ley del Código General del Proceso, con publicación en el Congreso de la República en marzo 29 de 2011 mediante gaceta 119/11 Cámara, incluía en el artículo 419, relativo a la procedencia del proceso monitorio, que este solo podía conocer de obligaciones de tipo dinerario, determinadas y exigibles, que fueran de mínima o menor cuantía. Dicha estipulación normativa se mantuvo a lo largo del primer y segundo debate (gacetas 250/11 y 745/11). Solo fue hasta el tercer debate (gaceta 114/12 primera ponencia senado) que el proceso monitorio fue reformado para limitarse a obligaciones en dinero de naturaleza contractual y únicamente de mínima cuantía. Dicha reforma se fundamenta en que el proceso monitorio está diseñado para “el ciudadano de a pie” para asegurar su acceso a la administración de justicia, lo cual atiende ante todo a la realidad colombiana⁵². Pero fue en esas mismas sesiones de debate para la expedición del C.G.P. en el Congreso de la República donde se desatiende que la realidad colombiana no está delimitada únicamente a sectores comerciales que manejen cantidades líquidas de dinero. Por el contrario, en la realidad colombiana existen otros sectores poblacionales⁵³, cuyos conflictos pueden no ser exclusivamente dinerarios, como bien se debió advertir en un código de procedimiento civil hecho con la participación democrática de todos los sectores del país.

Dicho lo anterior, la exclusión de obligaciones no dinerarias del proceso monitorio por parte del Congreso de la República no cuenta o no posee una

⁵² Gaceta 114/12, primera ponencia Senado, 28 de marzo del 2012.

⁵³ Colombia cuenta con una población total nacional de 44.977.758, de la cual la población rural es del 24,63%, según estadísticas del DANE a junio 30 de 2009.

adecuada motivación, ya que el objetivo del proceso monitorio se ve afectado cuando se excluyen de su competencia obligaciones de dar-entregar o hacer, sin que medie un interés de precaución, prudencia o discreción como sí sucede con la exclusión provisional de obligaciones de menor o mayor cuantía y que provengan de relaciones extracontractuales. Lo anterior, dado que las pretensiones de satisfacción de obligaciones dinerarias se presentan en mayor medida respecto de las obligaciones no dinerarias, por lo que no se necesita prudencia o discreción para un proceso que ya conoce de la mayoría de obligaciones, toda vez que aquel que puede lo más, también puede lo menos.

Pero el hecho de que las obligaciones no dinerarias sean menos en comparación con las obligaciones dinerarias no significa que las primeras no sean una cantidad representativa y por ello deban ser excluidas del proceso monitorio, dado que aquellos acreedores de obligaciones de dar-entregar o hacer tiene también derecho a la tutela judicial efectiva de sus créditos, lo que implica para el individuo ciertas garantías consistentes en:

- a. Exigir ante los jueces el amparo o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos.
- b. Recibir de los jueces la atención oportuna de sus pretensiones en condiciones de igualdad.
- c. Gozar, en condiciones de igualdad, del tratamiento procesal adecuado con sujeción a los ritos preestablecidos y con plena observancia de las garantías procesales previstas en la constitución y las leyes.
- d. Obtener, en tiempo razonable, un pronunciamiento judicial que resuelva su reclamación.
- e. Alcanzar en cuanto sea posible el cumplimiento efectivo de la decisión judicial⁵⁴.

Posición semejante posee la Corte Constitucional cuando entiende que el derecho al acceso a la administración de justicia hace referencia a la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte de un proceso para que se resuelvan de fondo sus pretensiones mediante procedimientos adecuados, idóneos y efectivos que se desarrollen en un tiempo razonable con las garantías propias de un debido proceso, así como el derecho a que subsista en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales (acciones y recursos), para la efectiva resolución de los conflictos⁵⁵.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

A partir de las anteriores precisiones y al tener en cuenta que el sistema judicial colombiano atraviesa por una situación compleja, en el entendido de que los procesos judiciales actuales no son procesos que se terminen dentro de un plazo razonable⁵⁶, se colige cómo el Congreso de la República dejó desprotegidos de un mecanismo ágil a los ciudadanos de obligaciones no dinerarias. Es decir, este permitió que quien fuera titular de una obligación de dar-entregar o hacer, que sea de mínima cuantía y que no cuente con un título ejecutivo, pueda ver afectado su derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que el proceso al que pueden acceder, cual es un proceso cognoscitivo, resulta en la mayoría de ocasiones más oneroso que el derecho mismo en discusión que se pretende hacer valer. De esta manera, al no encontrar los medios judiciales adecuados, es posible que se prefiera renunciar a exigir el cumplimiento de una obligación no dineraria.

Es por esto que la exclusión de obligaciones no dinerarias del proceso monitorio desatiende a la observancia y cumplimiento de los principios y valores defendidos por la Constitución Política, los cuales no pueden ser desconocidos por el legislador, en tanto la libertad de configuración legislativa posee límites o restricciones como la dignidad humana, la justicia, la igualdad y el orden justos, entre otros.

9. Necesidad de un proceso monitorio en Colombia para crear títulos por obligaciones de dar-entregar y hacer.

Como se puede inferir de lo dicho hasta aquí, respecto de la primera pregunta problema formulada, esto es, si es necesario un proceso monitorio para obligaciones de hacer y dar-entregar en Colombia, hemos llegado a una respuesta afirmativa, ya que se puede evidenciar del análisis del derecho comparado propuesto con relación al proceso monitorio, que las obligaciones de crédito de naturaleza de dar-entregar y hacer son garantizadas con el monitorio en diversos países del mundo; al parecer, porque entienden que igual protección del crédito requieren los acreedores de obligaciones dinerarias como los de otra naturaleza.

Seguramente la timidez que se observó por parte del legislador colombiano sobre este tópico obedeció a lo novicio de tal institución procesal en nuestro ordenamiento jurídico. Esto demuestra que el proceso monitorio puede y debe ser extendido tanto para la constitución de títulos ejecutivos por obligaciones de hacer o dar-entregar, así como para el pago de las mismas. Además, por no existir razones constitucionales que impidan implementar la propuesta que en

⁵⁶ Gaceta del Congreso 250/11 Primer debate cámara del 11 de mayo de 2011.

esta ocasión formulamos, como lo es que no haya cosa juzgada constitucional respecto del canon que dispone la procedencia del procedimiento monitorio colombiano, aunque se haya revisado en Sentencia C-726 de 2014, en razón a que no fue objeto de estudio lo aquí expuesto, entendemos igualmente necesario que se de apertura a la limitada procedencia del proceso monitorio en lo tocante a las obligaciones objeto de documentación.

Valga señalar que se realizó una búsqueda de datos estadísticos concretos en los que se pudiera constatar la demanda de la sociedad colombiana respecto de procesos declarativos de mínima cuantía con el propósito de documentar obligaciones no dinerarias, empero, los únicos compendios de sentencias que se hallaron fueron encontrados en las relatorías de la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los cuales solamente conocen de recursos de casación y apelación de asuntos necesariamente de mayor cuantía. Además, los juzgados municipales (los cuales conocen de los procesos de mínima cuantía de manera exclusiva, importantes para nuestro trabajo) no clasifican en sus estadísticas esta clase de asuntos de manera independiente, sino que los aglomeran por tipologías genéricas⁵⁷, lo que hizo imposible demostrar de manera factual la necesidad social de nuestra propuesta⁵⁸. Sin embargo, partimos de entender válida y real la afirmación (sin muestras concretas de estudios estadísticos) hecha por el Congreso de la República al exponer los motivos del proyecto de ley que finalmente terminó en lo que hoy se conoce como el Código General del Proceso, en el entendido de que el ciudadano común requería de un proceso monitorio para documentar sus réditos dinerarios de mínima cuantía (hasta 40 SMLMV), para extenderla, con apoyo de las reglas de la experiencia, como tesis válida en el campo de las obligaciones no dinerarias.

En suma, aún con el impase ya indicado, consideramos, con apoyo en la investigación documental realizada, que cualquier persona acreedora de obligaciones de crédito dinerarias o de dar-entregar o hacer sin título ejecutivo debe tener la posibilidad de acceder al proceso monitorio cuando pretenda documentar prestaciones distintas a las otorgadas en sumas dinerarias y tener como derrotero una justicia expedita con acceso para todos y con una solución al conflicto en un plazo razonable. Lo anterior porque, sin querer redundar sobre el asunto, resulta de inexorable importancia contar con procesos ágiles y modernos que resuelvan prontamente las controversias que se suscitan entre los ciudadanos, por supuesto, sin desmedro de las garantías procesales de los llamados a juicios.

⁵⁷ Los juzgados consultados relacionan de manera general los procesos ordinarios, ejecutivos, agrarios, abreviados, verbales, entre otros, que tienen bajo su conocimiento.

⁵⁸ Se pueden consultar las estadísticas reportadas por cada despacho judicial en Colombia en el siguiente link: <<https://www.ramajudicial.gov.co/portal/sobre-la-rama/estadisticas-judiciales>>.

10. Modificación del proceso monitorio para la procedencia de obligaciones de dar-entregar y hacer.

Con el objetivo de dar respuesta al interrogante planteado referente a determinar si la estructura del actual proceso monitorio sufriría alguna modificación al integrar las obligaciones de dar cosas muebles u obligaciones de hacer, al reflexionar sobre el asunto hemos concluido que son dos los eventuales cambios que debería sufrir el procedimiento del proceso monitorio colombiano: el primero radica en el tiempo (término judicial) que le deberá otorgar el juez al deudor para que este pague o cumpla la obligación; el segundo obedece a permitir que en la ejecución de la sentencia, a continuación del declarativo especial y a través del procedimiento establecido en el artículo 306 del Código General del Proceso (C. G. P.), y en particular en el momento de formular el demandante la solicitud de que habla la normativa en comento, el acreedor pueda acumular pretensiones con el propósito de que, iniciada la ejecución de la sentencia por la obligación *in natura* y esta no sea honrada por el deudor, el proceso no se termine, sino que se cobren, ahora, los perjuicios compensatorios.

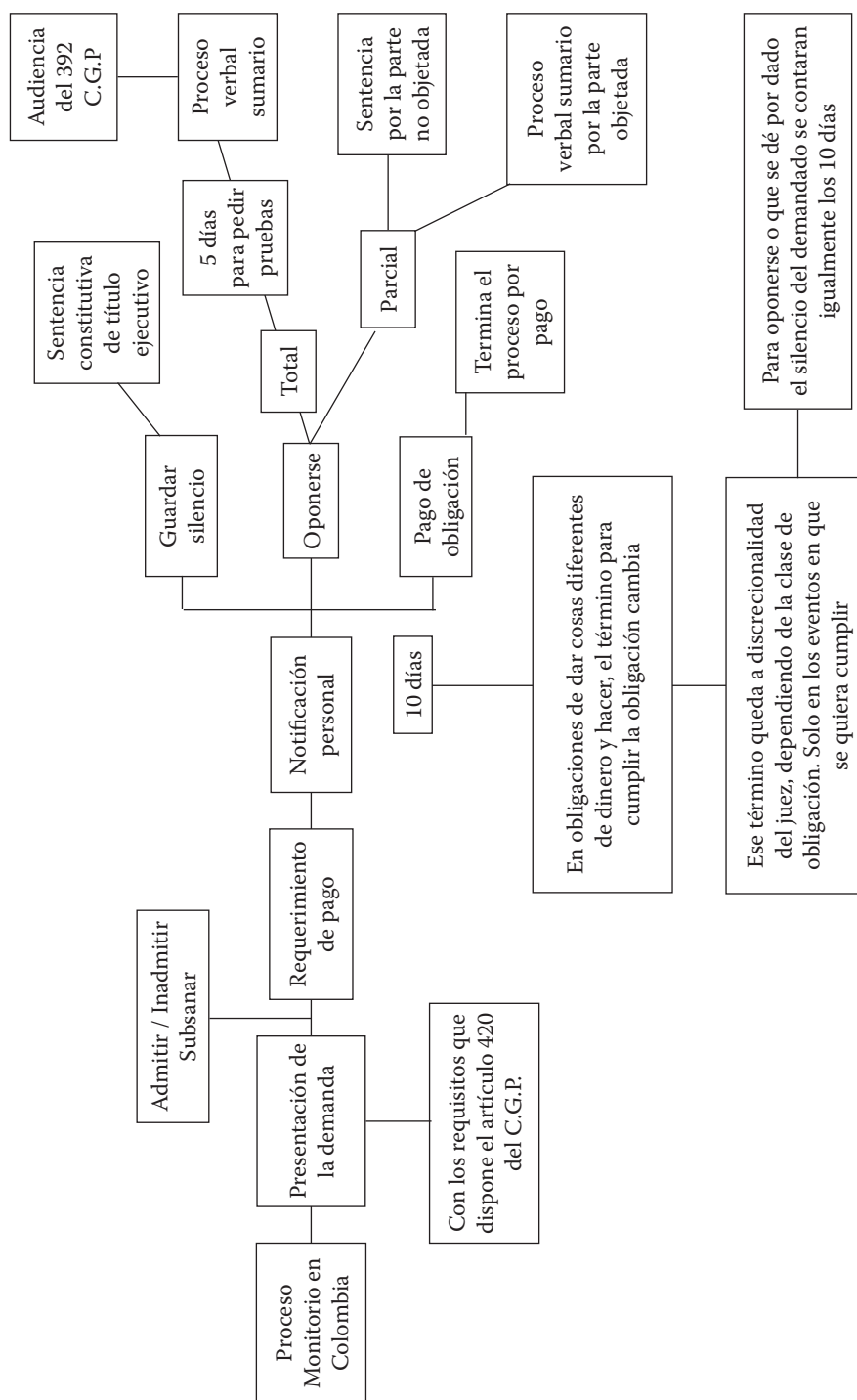
La razón de la primera modificación propuesta parte de la naturaleza de las obligaciones de dar cosas distintas a dinero y hacer, pues sucede que en ocasiones la prestación puede tomar más tiempo que el estipulado en el proceso monitorio en razón de las calidades que debe contener la obligación. Así lo ha entendido el C.G.P. al estipular que el pago de obligaciones (en el proceso ejecutivo) de dar u obligaciones de hacer se hará en el plazo prudencial o razonable que el juez determine⁵⁹.

De lo anterior se desprende que en el proceso monitorio el plazo para que el deudor pague queda a discrecionalidad del juez con base en su buen saber y con atención al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

Es importante aclarar que el plazo que otorgue el juez, diferente a los 10 días estipulados actualmente, solo deberá operar cuando el deudor vaya a cumplir con la obligación, es decir, cuando vaya a honrar la prestación; pues para que se entienda que el demandado guardó silencio o para que este se pueda oponer, se seguirán contando los 10 días estipulados por ley.

Para mayor claridad acerca de los momentos procesales en que se debe surtir dicha modificación hemos graficado el proceso monitorio mediante un mapa conceptual y señalado en él la única reforma necesaria:

⁵⁹ Ley 1564 de 2012. (Julio 12). “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012; artículos 432 y 433.



De otro lado, respecto de la segunda propuesta de modificación, partimos de advertir que en el evento en que se constituyan títulos ejecutivos por obligaciones de dar-entregar y/o hacer con la utilización del proceso monitorio y el acreedor al hacer uso del artículo 306 del Código General del Proceso no pueda sino “solicitar la ejecución con base en la sentencia”, en tanto formulada la solicitud “el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutive de la sentencia”. Surge, entonces, el problema para el acreedor en cuanto a la aplicación de las mismas normas del proceso ejecutivo iniciado por semejantes obligaciones, lo que necesariamente, al presentarse la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, generaría la terminación del procedimiento de ejecución de la sentencia al no poder acumularse pretensiones subsidiarias dirigidas al pago de la prestación de hacer y dar-entregar en su equivalente en dinero (subrogado pecuniario).

En ese orden de ideas, será necesario que el legislador incluya, en el inciso tercero del artículo 421 del Código General del Proceso, la posibilidad para el acreedor de iniciar la ejecución de la sentencia del proceso monitorio de conformidad con lo reglado en el artículo 306 de la misma codificación, pero esta debe permitirle incluir en la solicitud pretensiones dirigidas a ser subsidiarias para que, en el evento en que el deudor no honre la obligación primigenia, el proceso no se termine como lo indica el artículo 428 del Código General del Proceso, sino que continúe con la ejecución por perjuicios.

En síntesis, son dos los cambios que seguramente sufrirá el proceso monitorio una vez nuestra legislación incluya la constitución de títulos ejecutivos por obligaciones no dinerarias: el primero, se refiere al término judicial para que el deudor pueda honrar su obligación *in natura*, tiempo que deberá ser establecido por el juez y que no modifica el término legal de los 10 días en los demás eventos que se pueden presentar en este proceso, como lo son, el término para asignar las consecuencias jurídicas por haber guardado silencio el demandado o el pertinente para proponer excepciones de mérito o, lo que es lo mismo, ejercer su derecho de defensa.

Finalmente, el segundo punto procedimental en el que deberá modificarse el proceso monitorio es el contenido y procedencia de la solicitud que debe presentarse para iniciar el proceso ejecutivo a continuación del declarativo, en el entendido en que dicha solicitud permita incluir pretensiones subsidiarias respecto de la obligación de dar-entregar y hacer reconocida en la sentencia y en particular en su equivalente en dinero, con el propósito de que, adelantado el proceso de ejecución, este no se vea frustrado al momento de exigirse el cumplimiento de la prestación al deudor y, una vez no haya sido honrada, el juez no tenga otra opción sino la de terminar el proceso. Con todo lo anterior, nos proponemos dotar al acreedor de herramientas para que, al iniciar la ejecución

de su título ejecutivo/sentencia, pueda acumular pretensiones en la solicitud con el propósito de iniciar la ejecución de perjuicios de manera subsidiaria, una vez se haga imposible la ejecución principal.

11. Aplicación del proceso monitorio regulado por el Código General del Proceso con ocasión de obligaciones de dar-entregar y hacer a través de subrogados pecuniarios.

Si bien es cierto que el proceso monitorio en Colombia, incorporado por el Código General del Proceso, no contempla la posibilidad de constituir títulos ejecutivos provenientes de obligaciones de dar-entregar y hacer, consideramos que es viable su utilización para la creación de estos en los eventos en que dichas obligaciones sean física o moralmente imposibles (C.C., art. 1518). Lo anterior, si se tiene en cuenta el tratamiento que el legislador le da al interior del proceso ejecutivo a las obligaciones distintas de las dinerarias. Como se verá, también es posible replicar dicho tratamiento en los procesos de conocimiento.

La esencia del negocio jurídico es la relación donde el deudor está obligado a determinado comportamiento (hacer, no hacer, dar) y el acreedor es beneficiario de este, aquí la ley es el medio coactivo que, en caso de requerirse, servirá para satisfacer la prestación *in natura*, de ser posible su cumplimiento, o en dinero con ayuda del subrogado pecuniario de la prestación (perjuicios compensatorios).

Así las cosas, en el momento en que el deudor no cumpla la prestación pactada, se ve sometido a ser ejecutado forzosamente para el cumplimiento de la misma por parte del acreedor. Esto porque la obligación jurídica trae inserto el componente de coacción que de no existir dejaría solamente a la buena voluntad del deudor el cumplimiento de la obligación y estaríamos en el campo de las obligaciones naturales, solo susceptibles de cumplimiento voluntario, razón por la que el Estado le otorga al acreedor la facultad de valerse de medios para compeler o forzar al deudor renuente a pagar y con ello evitar el incumplimiento perenne del deudor.

Compartimos, así, las afirmaciones hechas por el profesor Ulises Canosa cuando enseña que “la posibilidad de exigir el cumplimiento o ejecución es una característica fundamental de la obligación, que le da categoría, tanto en el campo moral, como en el jurídico. Para el efecto, los ordenamientos procesales deben garantizar una tutela judicial efectiva al acreedor, porque si el deudor

a su antojo puede dejar de cumplir, no existe un vínculo obligatorio, sino una simple liberalidad, una contingencia de buena voluntad o generosidad”⁶⁰.

Por consiguiente, los elementos esenciales de la obligación, esto es, el débito y la responsabilidad, generan en el deudor el temor de verse expuesto a las acciones judiciales por parte del acreedor. De igual forma, otorgan a este último la tranquilidad de encontrar un amparo a sus intereses, *in natura* o mediante el subrogado pecuniario, y de poder cobrar los perjuicios derivados del incumplimiento.

Brinz fue el primero en plantear la teoría del débito y la responsabilidad como elementos funcionales de la obligación, la responsabilidad patrimonial del deudor es lo fundamental en la relación crediticia y da el derecho al acreedor de perseguir ese patrimonio en caso de incumplimiento⁶¹. Desde el Derecho Justiniano se abrió la posibilidad para el acreedor de demandar la ejecución específica y, en nuestro Derecho actual, esta posibilidad se encuentra acompañada de la facultad de que se cumpla la obligación de diferentes formas⁶².

Frente al incumplimiento del deudor de obligaciones no dinerarias, no solamente subsiste la obligación con la misma prestación de ser aún factible su ejecución, sino que también perdura la obligación convertida en dinero, en otras palabras, el acreedor tiene la posibilidad de pretender desde un principio el equivalente pecuniario ante el fracaso o la dificultad de la ejecución *in natura*. En los ordenamientos de tradición romanista la ejecución específica constituye una primera opción, naturalmente desde que sea factible y persista el interés del acreedor en el débito primario⁶³.

Por lo anterior, es natural que el Derecho se preocupe por la tutela adecuada de los derechos de crédito y que esté atento a proporcionar al acreedor los instrumentos óptimos para su satisfacción cabal. En este sentido, no tiene por qué extrañar la tendencia a considerar de antemano la posibilidad de ejecución coactiva específica de prestación, “el proceso debe dar a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que tiene derecho a obtener, en cuanto ello sea prácticamente posible”⁶⁴. Así como es esta la manera natural de satisfacer el interés del acreedor, también se puede satisfacer la obligación por el equivalente pecuniario de la cosa o del servicio en qué consiste el objeto de la relación.

⁶⁰ CANOSA SUÁREZ. Op. cit. p. 361.

⁶¹ BARASSI LUDOVICO. Teoria generale delle obbligazioni. I, cit. p. 24 y s.

⁶² HINESTROSA. Op. cit. p. 263.

⁶³ Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit, Roma, 1995. p. 185 y ss, y 194 y ss.; ID Bogotá, 1997.

⁶⁴ *Ibíd.*

La razón que nos lleva a realizar un estudio tanto de las obligaciones, y con esto de los deberes y derechos de quienes forman parte de una relación jurídica, así como de los medios por los cuales se pueden hacer exigibles las prestaciones contenidas en la obligación, obedece al interés de que estas obligaciones crediticias no se conviertan en obligaciones meramente naturales o que únicamente puedan ser reconocidas en el escenario del proceso declarativo.

Clara es nuestra intención de evitar que las obligaciones que surgen entre los particulares con prestaciones de dar-entregar y hacer, desprovistas de título ejecutivo, se conviertan en obligaciones de compleja constitución que les impida acudir ante el proceso ejecutivo para que se les satisfaga su derecho y que la única opción consecuente sea la de acudir a un proceso declarativo a todas luces más extenso, oneroso y desgastante para quien no cuenta con los medios económicos y de tiempo necesarios en este tipo de proceso. Por lo anterior es que en muchos de estos casos se prefiere abandonar el derecho de acción y dejar que la obligación quede a la liberalidad del deudor.

Para los ciudadanos que se encuentran en esta situación fue pensado el proceso monitorio, que llega como un proceso que garantiza el crédito y maximiza la tutela judicial efectiva, al entender que el cumplimiento de las obligaciones tiene gran relevancia social y económica. En palabras de Galgano: “cuando mayor sea el porcentaje de las obligaciones cumplidas, tanto mayor será el beneficio para todo el sistema económico, ya que cumplir las obligaciones significa incrementar la circulación de la riqueza, aumentar la producción de bienes y servicios, en una palabra, contribuir al desarrollo económico”⁶⁵. En últimas, porque “[l]a paz social y la convivencia ciudadana pacífica también tienen como presupuesto necesario la existencia de un amparo de justicia que garantice un mecanismo eficiente y efectivo en la solución de las controversias”⁶⁶.

Pero el amparo del proceso monitorio en Colombia se concreta, hasta ahora, a las obligaciones dinerarias y evita así que quienes fueran titulares de créditos con prestaciones de dar y hacer pudieran hacer efectivos sus derechos en el proceso monitorio, es decir, genera que algunas de estas deudas no contenidas en un título ejecutivo se vuelvan eventualmente obligaciones naturales, toda vez que acudir al proceso declarativo puede resultarles más oneroso que el derecho en discusión.

Por lo anterior, se pretende que el proceso monitorio se amplíe a las obligaciones crediticias de dar-entregar y hacer y proteja el derecho que tiene todo acreedor de que le sea satisfecho su derecho. Sin embargo, mientras se de la

⁶⁵ HINESTROSA. Op. cit. p.151.

⁶⁶ Gaceta 188 de 2012 – acta de comisión Senado, abril 10 de 2012.

reforma legislativa que se demanda, se le deberá permitir al acreedor pretender el cumplimiento de la obligación no dineraria por medio de subrogados pecuniarios cuando la obligación inicial esté en imposibilidad de cumplirse, así se actúa de acuerdo con lo estipulado en el Código General del Proceso en lo referente a la naturaleza dineraria de dicho proceso.

El fundamento de nuestra propuesta lo encontramos en lo expuesto por Fernando Hinestrosa cuando afirma que:

es comprensible que en determinadas circunstancias particulares, o en un ambiente y en una determinada tradición de derecho, sea preferible, individualmente o por el sistema, a conversión de la prestación *in natura* a una suma de dinero, y así el mecanismo procesal ha llegado a ser sencillo y ágil para que la satisfacción del deudor se logre en dinero (débito secundario, subrogado pecuniario) [...] el hecho de que el dinero sea el común denominador de todos los valores patrimoniales y de que sea cómodo remitirse a él para determinar el monto de prestación, no implica que allá haya de llegarse necesariamente en la hipótesis de incumplimiento; antes de adoptar esta postura sería indispensable considerar la posibilidad de la ejecución específica, el equilibrio de las partes, el interés del acreedor, el interés público. En últimas, la ejecución específica no ha de estar excluida sino cuando media una imposibilidad material, moral o jurídica, sea a causa de la naturaleza de la obligación, sea a causa de grandes dificultades materiales, sea a causa de una imposibilidad jurídica de ejecutarla⁶⁷.

En Colombia no es extraño el tema del subrogado pecuniario, en tanto que se aplica en los procesos ejecutivos por obligaciones de dar bienes distintos a dinero, así como por prestaciones de hacer. Tal institución, es visible en los artículos 491 a 495 y 499 a 504 del Código de Procedimiento Civil o los artículos 426 a 429 y 432 a 435 del Código General del Proceso, los cuales contemplan la posibilidad para el acreedor de evitar la terminación del proceso de ejecución en el evento en que se libre mandamiento ejecutivo por las prestaciones referidas y al demandado ejecutado le sea imposible cumplirlas. En otros términos, existe la tutela por el equivalente pecuniario, ya que el Estado no puede dejar de dar protección a quien tiene un derecho de crédito incumplido, lo que genera que su deber de protección esté dirigido a la tutela de los derechos que podían ser transformados en dinero⁶⁸.

⁶⁷ HINESTROSA. Op. cit., p. 271.

⁶⁸ OBANDO BLANCO, Víctor. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia. Lima: Palestra Editores, 2002.

Así lo ha dejado ver la judicatura cuando al interpretar el marco normativo en comento ha señalado que:

también aparece reglada la posibilidad a favor del acreedor, al momento de volverse imposible la obligación insatisfecha o perder para él todo interés, de optar por sustituir la prestación debida, o sea, este último puede dejar de lado la acreencia original y procurar en lugar de ella, la imposición de perjuicios como así se estipula en el artículo 1610 del Código Civil, al manifestar que: “Si la obligación es de hacer y deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor....: 3. Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”. Regla jurídica que encuentra eco en el artículo 495 de la ley de procedimientos. Desde luego, ante esta última hipótesis, habrá de acreditarse tanto la obligación original como las condiciones que le habiliten escoger la vía sustitutiva, y es el accionante quien soporta la carga de adosar a la demanda aquellos mínimos requisitos y documentos que atestan el compromiso a cargo de la persona convocada a proceso en el extremo pasivo⁶⁹.

Empero, la pregunta que sigue, entonces, se centra en responder si nuestro ordenamiento jurídico permite aplicar el subrogado pecuniario en procesos declarativos, en tanto que el monitorio es considerado uno de ellos. Con ese propósito traemos a colación la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia adiada el 3 de noviembre de 1977, en la que esa Corporación se propuso determinar si la posibilidad de pretender el pago de perjuicios compensatorios (subrogado pecuniario) en los procesos ordinarios era viable en Colombia. Luego de analizar de manera panorámica las disposiciones consagradas en los artículos 1546, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615 del Código Civil, así como el artículo 991 de las Ley 105 de 1931 (antiguo Código Judicial) y el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil (norma similar al artículo 428 del Código General del Proceso), esta concluyó que “[l]as disposiciones transcritas se refieren por igual a todas clases de obligaciones, sean de dar, hacer o no hacer, genéricas o específicas, de medio o de resultado. Y si son aplicables al proceso de ejecución, con tanto mayor fundamento lo son al ordinario, con cuya sentencia se persigue constituir un título ejecutivo”⁷⁰.

Por ese sendero, si el fundamento del legislador para permitir la subrogación pecuniaria en el proceso ejecutivo obedece a la imposibilidad de pagar la obligación *in natura* no dineraria y, de igual forma, el Estado debe permitir la

⁶⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil. Sentencia de 28 de febrero de 2006. Exp. 2099. MP. Eluin Guillermo Abreo Triviño.

⁷⁰ Cfr. PINEDA RODRÍGUEZ, Alfonso y otro. El título Ejecutivo y los Procesos Ejecutivos. Octava Edición. Bogotá: Leyer, 2011. pp. 232-237 (pie de página 3).

satisfacción del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, no existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico ninguna razón constitucional ni legal que impida la subrogación pecuniaria directamente dentro de procesos declarativos, como ya se vio, por lo que no hay prohibición tampoco respecto de hacerlo en el proceso monitorio contemplado en el Código General del Proceso.

Así las cosas, si el artículo 419 del Código General del Proceso señala que procederá el proceso monitorio para “quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía”, puede afirmarse que cualquier ciudadano podrá buscar la constitución de un título ejecutivo a través de este proceso judicial aun cuando la obligación primigenia sea de aquellas distintas a las dinerarias, siempre y cuando se busque subrogarla por una dineraria.

Se sostiene lo anterior, en tanto el legislador es claro en establecer que “quien pretenda el pago de una obligación en dinero” podrá acudir al monitorio, por lo que el juez no podrá rechazar la demanda cuando la pretensión sea el pago de la obligación dineraria, aun cuando el fundamento fáctico deje ver la eventual existencia de una obligación distinta a la dineraria, pero el demandante haga uso del subrogado pecuniario por imposibilidad de su cumplimiento.

Naturalmente, la obligación a subrogar debe provenir de un negocio jurídico celebrado entre las partes en litigio, debe ser de mínima cuantía, exigible y de imposible cumplimiento. Pero, una vez superados dichos presupuestos, es procedente el proceso monitorio.

La obligación, aunque sea presentada como subrogado pecuniario, puede ser determinada, en tanto el juramento estimatorio contemplado en el artículo 206 del Código General del Proceso permitirá que el demandante estime en dinero el pago de la obligación que en principio era distinta a dinero. De ser objetado, será entonces el dictamen pericial el encargado de establecer la cuantía de la prestación.

En ese orden de ideas, el procedimiento establecido en el artículo 421 del Código General del Proceso es totalmente aplicable en este caso, ya que, de no existir oposición, el juez tendrá que declarar la constitución del título ejecutivo por dicha obligación dineraria solicitada en la demanda. Ahora, de generarse oposición, entre otros aspectos, podrá debatirse la imposibilidad de cumplimiento física o moral de la prestación primigenia, de suerte que, de acreditarse tal condición por el extremo activo de la relación procesal, también tendrá que terminar el proceso con sentencia que constituya el título ejecutivo, pero, de salir avante la oposición, se terminará el proceso para que sea entonces el proceso declarativo la única vía.

Aunque parezca un doble recorrido el que eventualmente el demandante deba adelantar (proceso monitorio y proceso declarativo), lo cierto es que nuestra propuesta será una solución en muchos casos, en tanto que, al partir de la buena fe y lealtad de las partes, se podrán constituir títulos ejecutivos, conforme a lo señalado hasta aquí, en todos aquellos casos de mínima cuantía en los que no sea posible honrar las obligaciones distintas a las dinerarias.

12. Conclusiones.

El proceso monitorio como una institución innovadora fue incorporado en la legislación jurídico procesal colombiana con el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, gracias al buen desarrollo y aplicación que este ha tenido en distintos países del mundo. Es por eso que el legislador lo instituyó para que fuese una herramienta más efectiva y eficaz para la satisfacción y protección de los derechos de los acreedores de obligaciones dinerarias, de aquí que determinó su límite de aplicación a obligaciones contractuales y que no superen la mínima cuantía.

La estructura del proceso monitorio lo caracteriza como un proceso célere que brinda la posibilidad de constituir títulos ejecutivos a quienes no lo poseen a través de un proceso simple y económico. Es aquí donde vemos los beneficios que este proceso ofrece para efectos de materialización de derechos a la sociedad colombiana, de tal suerte que nos cuestionamos sobre la desprotección evidente de aquellos acreedores de obligaciones de tipo no dinerarias que no se encuentran amparados por el ámbito de conocimiento del proceso monitorio.

Es de lo anterior que surge la primera pregunta de nuestra investigación realizada, la cual busca determinar si en Colombia se necesita un proceso monitorio que constituya títulos ejecutivos por obligaciones de dar-entregar y hacer, a lo que respondemos afirmativamente y soportamos nuestra respuesta en:

1. El análisis del Derecho comparado, en donde encontramos que en países como Alemania, Austria e Italia el proceso monitorio no solo es empleado para reclamar el pago de obligaciones dinerarias, sino también para entrega de cosa mueble determinada y entrega de cosa fungible. Ya en Latinoamérica encontramos que en Venezuela, Uruguay y el Salvador aplican un proceso monitorio abierto a otro tipo de obligaciones no dinerarias (dar, hacer o no hacer), de esa manera protegen a todos los acreedores en iguales condiciones.
2. En el estudio realizado a la Sentencia C-726 del año 2014, en la que la Corte Constitucional sostuvo que “el proceso monitorio solo conoce de obligaciones dinerarias, es decir, obligaciones de hacer o de dar-entregar”. De este estudio

finalmente advertimos, además de la incongruencia en los planteamientos, que estos se encuentran en el *obiter dicta* de la sentencia, de esta manera, quedan sin una respuesta definitiva nuestros cuestionamientos.

3. En el estudio de las gacetas del Congreso en la que se desarrollaron los debates acerca de la expedición del Código General del Proceso, de la cual advertimos que no se motivó la inclusión o no de obligaciones de dar-entregar o de hacer dentro del ámbito de aplicación del proceso monitorio.
4. En el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto es una base en la cual se edifica el Estado Social y Democrático de Derecho, el cual reconoce a los ciudadanos la facultad de acceder a la justicia con garantías de igualdad para el reconocimiento, protección y restablecimiento de sus derechos, todo en observancia del debido proceso.
5. En el derecho a la tutela judicial del crédito, en tanto el cumplimiento de las obligaciones, de cualquier naturaleza, es un derecho que posee toda persona y debe propender por su materialización a través de acciones legales idóneas para asegurar la efectividad del crédito.

Pues bien, tras haber obtenido una respuesta afirmativa a la primera pregunta, nos preguntamos si la inclusión de obligaciones no dinerarias en el proceso monitorio implicaría una reforma o modificación en dicho proceso cuando se pretenda la constitución de títulos ejecutivos por obligaciones de dar-entregar o hacer. Dado el estudio realizado, advertimos que en efecto son necesarias dos reformas al procedimiento, en los siguientes términos:

1. Esta reforma hace referencia al término judicial adoptado para que el deudor pague la obligación, toda vez que el C.G.P. establece 10 días para efectuar el cumplimiento de la obligación. Evidenciamos, entonces, que pudiera llegar a resultar insuficiente este término, dada la naturaleza misma de las obligaciones de tipo no dinerarias, por lo cual acudimos a la discrecionalidad judicial, en observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para la fijación del plazo que el juez considere prudente, necesario y suficiente para la realización del pago de la obligación de dar-entregar o hacer.
2. Es necesaria una modificación en cuanto al contenido y la procedencia de la solicitud que se debe presentar para iniciar el proceso ejecutivo a continuación del proceso monitorio, en la medida en que esa solicitud pueda admitir pretensiones subsidiarias por el equivalente en dinero de la obligación de dar-entregar y hacer, de tal forma que pueda ser aceptada en la sentencia. Todo con el objeto de que la sentencia permita incluir pretensiones subsidiarias para efectivizar aún más el pago del título ejecutivo obtenido, ante la imposibilidad del deudor de cumplir la obligación principal.

Por último, nuestra investigación se propuso responder si, en efecto, a través del proceso monitorio actual se pueden constituir títulos ejecutivos dinerarios derivados de subrogados pecuniarios de obligaciones de dar-entregar o hacer. Al obtener un resultado positivo, pues, observamos que es posible y que se realizaría en cabal cumplimiento de la disposición normativa del artículo 419 de C.G.P., toda vez que dicho artículo exige que a través del proceso monitorio se debe pretender el pago de una obligación dineraria. En este entendido, el acreedor de obligaciones no dinerarias podrá acceder al proceso monitorio actual para que le sea constituido un título ejecutivo dinerario por el equivalente en dinero de su obligación original de dar-entregar o hacer.

Ideamos esto con el propósito de otorgar herramientas de aplicación directa y concreta, pues comprendemos que para la ampliación o implementación de la propuesta hecha en esta investigación se requiere, además de tiempo, un posicionamiento del proceso monitorio en Colombia. De esta forma, no esperamos que los derechos de crédito de los acreedores de obligaciones no dinerarias queden sin protección, *contrario sensu*, a través de esta alternativa del subrogado pecuniario de la obligación de dar-entregar o hacer pretendemos que todo acreedor de obligaciones de cualquier naturaleza acceda a la administración de justicia para que sus derechos sean declarados y de tal forma exigibles.

Cada propuesta planteada por esta investigación fue sometida, por medio de una encuesta, realizada a operadores judiciales, docentes universitarios y abogados litigantes especializados en el área de derecho procesal, a una detallada valoración con la intención de evidenciar su acogida y factibilidad de aplicación. Esta dio como resultado los siguientes porcentajes sobre cada uno de los interrogantes propuestos:

- De la primera pregunta planteada respecto a la necesidad de ampliar el proceso monitorio para acreedores de obligaciones de dar-entregar o hacer, obtuvimos una respuesta afirmativa del 84% en el muestreo general.
- Respecto de la segunda pregunta, nos encontramos con un 61% de aceptación, que demuestra la aquiescencia por parte de las personas encuestadas, en relación a la reforma planteada al término judicial establecido para el cumplimiento de la obligación. Por otro lado, tenemos un 80% de personas a favor de la reforma de la posibilidad de una pretensión subsidiaria de subrogado pecuniario para la ejecución de sentencias judiciales sobre obligaciones de dar-entregar o hacer.
- En cuanto a la tercera pregunta, evidenciamos un 88% de aprobación sobre la alternativa para los acreedores de obligaciones no dinerarias de que hagan cumplir su acreencia con el proceso monitorio actual a través de un subrogado pecuniario.

Finalmente, por medio de estos planteamientos celebramos la consagración del proceso monitorio en el Código General del Proceso, ya que como semilleros de investigación nuestra tarea es generar conocimiento aplicable a las problemáticas sociales, en las cuales el Derecho es un instrumento de solución en términos de justicia, por lo cual, la motivación que incentiva nuestras propuestas no es otra que aportar al crecimiento de una institución innovadora que brinda un sin número de beneficios a los ciudadanos.

Bibliografía

Doctrina

ALSINA, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. t V, Bs, As., Ediar, 1962.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo A. Lecciones de derecho procesal, adaptadas a la legislación procesal civil y penal de la Provincia de Buenos Aires. Editorial Astrea, 2015.

COLMENARES URIBE, Carlos. El Proceso de la Estructura Monitoria. Cúcuta: Litografía Nueva Granada, 2011.

CALAMANDREI, Piero. El Procedimiento Monitorio. Traducción por Santiago Sentis Meledo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1946.

----- El procedimiento monitorio en América Latina, pasado, presente y futuro. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A. 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones del derecho procesal civil. Serie clásicos del Derecho Procesal Civil. Volumen 3. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2002.

GÓMEZ OROZCO, José Alejandro. Introducción al Proceso Monitorio: Constitucionalización y Oralidad del Derecho Civil. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., 2014.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes. Tomo I. Tercera edición. Bogotá-Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.

MARTÍNEZ, Oscar José. El procedimiento monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/692/30.pdf>> [Consultado en mayo 26 de 2014].

OBANDO BLANCO, Víctor. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia. Lima: Palestra Editores, 2002.

Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit. Roma, 1995. pp. 185 y ss., y 194 y ss.; ID Bogotá, 1997.

RENDETI, E., Derecho procesal civil. Tomo II, num. 188. Buenos Aires: 1957.

TARIGO, Enrique. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Tomo IV. 2a edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1998.

Artículos de revista y memorias

CANOSA SUÁREZ, Ulises. El proceso monitorio. En: Código General del Proceso, ley 1564 de 2012 (julio 12), Decreto 1736 de 2012 y notas de constitucionalidad comentado

con artículos explicativos de miembros del ICDP, Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014.

COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El proceso Monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012. En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, septiembre 2013.

----- Estructura monitoria y la hipoteca. En: XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, septiembre 2010.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M. Los principios del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, septiembre 2013.

DELCASTO CORREA, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. En: Revista Xuridica Galega. Recuperado de: <http://rexuriga.net/pdf/COL164.pdf> [Consultado en septiembre 1 de 2014].

ELIZADE, Jorge Luis. Régimen procesal del juicio sumario de entrega de la cosa. En: Revista de Técnica Forense. No 8, Instituto de Técnica Forense, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

LANDONI, Ángel. El Código General del Proceso a dieciséis años de su vigencia. En: Revista Judicatura, No 44, Publicación Oficial de la Asociación de Magistrados del Uruguay, Montevideo, mayo de 2006.

NICASTRO SEOANE, Gustavo. Los otros procesos monitorios en el código general del proceso uruguayo. En: XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, 2014.

PICÓ I JUNOY, Joan. El Proceso Monitorio, una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. ed. n° 37. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, junio de 2011.

----- El Proceso Monitorio, una visión española y europea pensando en Colombia. En: XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, septiembre 2012.

PONZ, Manuel Alberto. El proceso monitorio. En: Revista del Colegio de Abogados de la Plata, 1978.

QUINTERO PÉREZ, Magda Isabel y BONETT ORTIZ, Samir Alberto. El proceso Monitorio. Tendencia del derecho procesal iberoamericano. En: XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Panamá, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2014.

Reunión Científica sobre pacto comisorio con la participación de integrantes de los institutos de Derecho Procesal y Derecho Civil. Versión corregida de las disertaciones realizadas en el Banco Hipotecario del Uruguay de Derecho Procesal. 1996. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

Sentencia No 73 de 1993 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er turno. En: Revista Uruguaya de Derecho de Familia, No 11, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.

SILVA ROMERO, Marcela. Procesos de única instancia. En: XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.: Universidad Libre de Colombia, septiembre 2014.

TARIGO, Enrique. Conveniencia de instituir otro monitorio: el de cancelación judicial de la hipoteca. En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal. No 3. 1999. Fundación Universitaria, Montevideo.

VARGAS SILVA, Luis Ernesto. La función constitucional de los principios del Código General del proceso. En: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, D.C.: Universidad Libre de Colombia, septiembre 2013.

VESCOVI, Enrique. Las modernas tendencias del proceso civil contemporáneo. En: Revista uruguaya de Derecho Procesal. No 2, 1998. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

Legislación nacional

Ley 1564 de 2012. (Julio 12). “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

COLOMBIA. Ley 57 de 1887. (Mayo 26). Código Civil.

Legislación internacional

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY. Ley 15.982. Promulgada el 18 de octubre de 1988.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE EL SALVADOR. Decreto No.: 712. Promulgada el 18 de septiembre de 2008.

Ley de Enjuiciamiento Civil de España (LEC).

Ley 1/2000. Promulgada el 7 de enero de 2000.

Reforma a la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante Ley 37/2011, de 10 de octubre.

Tesis

BARAHONA MAGAÑA, Sonia Elizabeth. El proceso Monitorio en el Código Procesal Civil y Mercantil. Tesis de pregrado. Universidad del Salvador, El Salvador, 2010.

Jurisprudencia nacional

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-726/2014 del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce. M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-124/2011 del primero (01) de marzo del dos mil once. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-227/09 del treinta (30) de marzo de dos mil nueve. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sala Civil. Sentencia de 28 de febrero de 2006. Exp. 2099. M.P.: Eluin Guillermo Abreo Triviño.

Documentos oficiales

Gaceta 379 de 2012- acta de plenaria Senado mayo 30 de 2012.

Gaceta 499 de 2011-acta de comisión Cámara, mayo 17 de 2011.

Gaceta 561 de 2012 – Acta de conciliación Senado, junio 12 de 2012.

Gaceta 995 de 2011 – acta de plenaria Cámara, octubre 18 de 2011.

Gaceta 541 de 2012 – acta de conciliación Cámara, junio 12 de 2012.

Gaceta 188 de 2012 – acta de comisión Senado, abril 10 de 2012.

A VERDADENO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: POR UMA CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA *

*Paulo Junior Trindade dos Santos***

Resumo

O presente artigo tem como tema a Verdade no Novo CPC: por uma construção Hermenêutica, e que se terá como início demonstrar a relação existente entre a Verdade, Direito e Processo Civil, assim estabelecendo o cenário pelo qual se ver construindo as teorias da Verdade e os seus reflexos no Direito Processual Civil, já em momento posterior tangenciar-se-á a Verdade no Direito Processual Civil refletida no Novo CPC, assim apresentando a dogmática textual no que tange a seus artigos, e ainda, a relevância da construção da verdade para com o processo. Assim, resta clara a Relação Existente entre Prova e Verdade, pois, para a formação da causa petendi é altamente relevante, pois esta revela-se como a comprovação dos elementos probatórios que incidem na decisão judicial, a qual deve ser desvelada pela teoria da verdade hermenêutica e não por meros subjetivismos de seu julgador já que as

Recibido: octubre 5 de 2015 - Aprobado: marzo 8 de 2016

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: TRINDADE DOS SANTOS, Paulo Junior. A verdadeno novo Código De Processo Civil: por uma construção hermenêutica. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 43, enero – junio. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 81-118.

** Doutorando e Mestre com Bolsa CAPES e CNPq, ambos em Direito pela UNISINOS. Compõe e organiza o Grupo de Estudos: O processo civil contemporâneo: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. Pós-Graduando na Especialização em Direito Processual Cível (AMATRA12). Possui Graduação em Direito pela UNOESC. Área de atuação: Pesquisador/Investigador Jurídico nas áreas: em Direito Processual Civil; e Direito Privado Contemporâneo; e Filosofia do Direito.

provas e os fatos são dispostos no Processo e devem ser verificados para que sejam revelados. Salienta-se pelo estudo das Verdades produzidas no Processo, fazendo-se necessário apontar as teorias pelas quais o Novo Código de Processo Civil segue, sendo principalmente basilado por sua construção frente as teorias da verdade reletiva e da verdade como correspondência, pois são as fontes nucleares que embasam a construção da Verdade no Processo Civil Contemporaneo. Portanto, evidenciam-se suas incoerências e seus problemas, para que na conclusão do ora artigo venha a se discutir a construção da verdade para a teoria hermenêutica, assim demonstrando o seu desvelar, e ainda a tentativa de reduzir os subjetivismos que são impostos pela dogmática atual do Novo CPC pela manutenção de um sistema inquisitorial. Desse modo, o sistema inquisitorial do Processo não foi eliminado frente a tantas teorias modernas que venham a criticar tal modelo que influencia diretamente para com construções arbitrárias da Verdade, e que são produzidas pelas teorias da verdade como correspondência ou pela verdade relativizada. Os poderes instrutórios dos Juizes pela dogmática do Novo Código de Processo Civil devem ser repensados pelo desvelar da construção da Verdade em seu sentido Hermeneutico. Portanto, a estrutura ideológica imposta pelo princípio do livre convencimento do Juiz imposto pelo sistema inquisitorial apresenta vinculação direta e mediata com a filosofia da consciência. E ainda, o trabalho aponta que devem os poderes instrutórios dos juizes ser balizados por um novo sistema que venha a limitá-los, ou melhor, por uma teoria da verdade hermenêutica que desvela-se na figura do Juiz e do Historiador, sendo que, tal Juiz deve desvelar a Verdade junto à historicidade dos fatos demonstrados nos autos por sua *causa petendi* que acosta-se pelo conjunto probatório, e que tem como reflexo junto a decisão judicial que forma a coisa julgada, assim devendo se afastar de decisões infundadas-solipsistas que configuram a própria filosofia da consciência, que vem a incidir na arbitrariedade do juiz no que tange à sua decisão.

Palavras-Chave: Direito; Processo; Prova; Verdade; Juiz.

Abstract

This article focuses on the truth in the New CPC: for a hermeneutics construction, and which will have as beginning to show the relationship between Truth, Law and Civil Procedure, thus setting the stage whereby see building theories of truth and reflexes in the Civil Procedure Law, already at a later date will be tangent Truth in Civil Procedural Law reflected in the New CPC, thus presenting the dogmatic text with respect to your articles, and also the importance of the construction of the truth with the process. Therefore, it remains

clear the existing relationship between Proof and Truth, hence, for the formation of pretend cause is highly relevant, as this is revealed as proof of evidence that affect the judicial decision, which should be unveiled by the theory of truth hermeneutics and not by mere subjectivism of his judge since the evidence and the facts are laid out in the process and should be checked to be revealed. It is noted in the study of produced truths in the process, making it necessary to point out the theories by which the New Civil Procedure Catch code below and is mainly based for its construction front theories relative truth and truth as correspondence, as are the sources nuclear underpinning the construction of Truth inthe contemporary Civil Procedure. So they show up their inconsistencies and their problems, so that at the conclusion of either Article vena to discuss the construction of truth for hermeneutic theory, demonstrating its unveiling, and still trying to reduce subjectivism that are imposed by dogmatic Current New CPC by maintaining an inquisitorial system. Thus, the inquisitorial system process has not been eliminated front of so many modern theories that may criticize such a model that influences directly towards arbitrary constructions of Truth, and are produced by the theories of truth as correspondence or by relativized truth. The instructive power of judges by the dogmatic of the new Civil Procedure Code should be reconsidered by the unveiling of Truth building in his hermeneutic sense. Therefore, the ideological framework imposed by the principle of free conviction of the judge imposed by the inquisitorial system has direct and mediate connection with the philosophy of consciousness. And yet, the work points out that should the instructive power of judges to be marked by a new system that will limit them, or rather a theory of hermeneutic truth that is revealed in the figure of the Judge and the Historian, and, such a judge must uncover the truth with the historicity of the facts stated in the records because of pretend the evidence together, and whose reflection from the court decision as to *res judicata*, so you should stay away from unfounded-solipsistic decisions that shape the very philosophy of consciousness, which is to focus the judge's arbitrary with respect to its decision.

Keywords: Law; Process; Evidence; True; Judge.

1. Introdução.

O trabalho tem como temática: A Verdade no Novo CPC: por uma construção Hermenêutica. Portanto, a relevância da temática resta clara pelo fato de que a função da prova é investigar a verdade, transformando-a em uma verdade construída no aspecto jurídico, a qual gera reflexos importantes no Direito Processual. Portanto, a verdade é sem sombra de dúvidas, um dos aspectos

mais relevantes para com a Ciência do Direito, eis que impactará justamente na decisão judicial, servindo de “*locus*” do desvelar dos fenômenos.

Fenômenos estes impulsionados pelas sociedades atuais, as quais se apresentam por tamanha complexidade de suas relações intersubjetivas, sendo projetadas a tais relações uma textura contextual da pós-modernidade e da hipermodernidade (já fomos modernos?), em que elaboram-se verdades das mais diversas maneiras e, assim, seguem os mais distintos caminhos não revelando por vezes os seus percalços e nem mesmo traduzindo seu sentido, sendo importante ressaltar o estudo de uma verdade hermenêutica.

Neste tocante, resta evidente que o problema da pesquisa a ser evidenciado pelo artigo trata da difícil construção da Verdade no Processo Civil, relacionada com a verdade no Direito, tendo impactos diretos para com a *causa petendi* no que antecede, e no reflexo de sua construção chega-se a decisão judicial, tendo como base a coisa julgada, que assim lhes sucede e é base de sua inserção, construindo assim uma verdade que pode ser vista filosoficamente pela teoria da correspondência ou por uma teoria relativista em sua base fundante. Tem-se a preocupação o trabalho em vislumbrar a construção da verdade pela hermenêutica filosófica, que tenta reduzir os subjetivismos tanto na construção da verdade quanto ela posta em sua decisão, para assim evitar vícios que não venham a corresponder ao Direito.

No entanto, se o Direito é ritmo de vida (como diria Pontes), as alguras e angustias da vida permeiam as Verdades formuladas pelo Direito, e com esta preocupação se desenrola o objetivo geral do trabalho, o qual tange em apresentar a relação entre Direito, Processo e Verdade, já no que se refere aos objetivos específicos, estes residem na relação entre a Verdade no Processo Civil e na relação incipiente entre a Verdade e a Prova, para que assim, venha a demonstrar a errância para com a utilização da construção da Verdade pela teoria da Correspondência de um lado e do outro com a teoria da Relatividade.

Para o objetivo proposto será utilizada como teoria de base para a construção da verdade a teoria hermenêutica utilizando-se da “compreensão e a pré-compreensão”¹ proposta por Heidegger e Gadamer, sendo o primeiro responsável pela teoria hermenêutico-ontológica e, o segundo, pela teoria linguístico-histórica^{2,3}.

¹ STEIN, Ernildo. Pensar e Errar um ajuste com Heidegger. Ijuí: Editora Unijuí, 2011. pp. 94, 96 e 206-207.

² NICOLÁS, Juan A.; FRÁPOLLI, María J. El Estado de la Cuentión. In: MURILLO, Ildefonso (org.). Diálogo Filosófico. Nº. 38. Madrid: Mayo-Agosto 1997.

³ “Resulta muy difícil identificar rasgos comunes a los diversos planteamientos hermenéuticos, particularmente en lo que se refiere a la concepción de la verdad. Esta particular dificultad procede del hecho de que la teoría hermenéutica con las diversas corrientes

Portanto a verdade e um dos mais relevantes fenômenos da sociedade e para o indivíduo. Nesse contexto, o fenômeno justifica-se, especificamente, em que: “el hombre se adapta a todo, a lo mejor y a lo peor; sólo a una cosa no se adapta: a no estar en claro consigo mismo respecto a lo que cree de las cosas”⁴.

E para o homem, enquanto sociedade e indivíduo, ocorre a inquietação com a incessante busca de clareza para consigo e para com os outros, interrogando-se constantemente, o que faz da verdade uma necessidade. Buscando contribuir para o desvelar da referida busca, uma vez que são muitas as digressões no tocante a matéria, importante compreender a teoria hermenêutica que, diante do tema proposto, demonstra que a verdade (*aletheia*) é o *Dasein* em si.

Note-se: que a verdade, ou seja, a *Aletheia* é o *Dasein*⁵ em si, pois a “verdade como Alétheia, como abertura de um horizonte (o de un paradigma) la que hace posible cualquier verdad entendida como conformidad con las cosas, verificación o falsificación de proposiciones”⁶. Tem como ponto de referência inicial a ideia habitual e tradicional (aristotélica) de verdade como correspondência ou coincidência. Isso tem sido entendida como adaptação mútua entre o intelecto

filosóficas de nuestro siglo. Así, puede encontrarse relacionada con la Fenomenología (Heidegger, Ricoeur), con las filosofías del lenguaje (Apel, Gadamer, Simon), con el existencialismo (Jaspers), con el estructuralismo (Foucault), o con el pragmatismo (Rorty)”. (NICOLÁS, Juan A.; FRÁPOLLI, María J. Op. cit. pp. 164-165.

⁴ ORTEGA Y GASSET, José. La verdad como Coincidencia del Hombre Conigo Mismo. In: Obras Completas de José Ortega y Gasset. Tomo V (1933-1941) Sexta Edición. Madrid: Revista de Occident, 1961. p. 85.

⁵ “A analítica temporal da existência (Dasein) humana, que Heidegger desenvolveu, penso eu, mostrou de maneira convincente que a compreensão não é um modo de ser, entre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria presença (Dasein). O conceito ‘hermenêutica’ foi empregado, aqui, nesse sentido. Ele designa a mobilidade fundamental da presença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência de mundo. Que o movimento da compreensão seja abrangente e universal, não é uma arbitrariedade ou uma extrapolação construtiva de um aspecto unilateral, mas está, antes, na natureza da própria coisa” (Prefácio. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. pp. 16-17).

⁶ “Heidegger no creería jamás, sin embargo, que pesar la apertura dentro de la cual se dan las verdades singulares (las proposiciones que pueden verificarse o falsificarse sobre la base de ésta) sea cuestión de conocer una verdad ulterior y más amplia. No olvidemos su famosa frase según la cual la ciencia no piensa. En términos kantianos, la ciencia conoce (el fenómeno) pero no capta el numen, que es, como tal, pensado. El modelo de la totalidad, que parece inspirar su llamado a no olvidar lo que está más allá, y detrás, de lo simplemete-presente, el vorhanden, no es un llamado tan sólo cognoscitivo. También” (VATTIMO, Gianni. Adiós a la Verdad. 1ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2010. p. 14.)

e a coisa, mais especificamente entre a proposição e a coisa. A proposição é verdadeira se ele corresponde à coisa. Agora esta estrutura de correspondência é apenas a superfície: que uma proposição seja verdadeira significa descobrir o que é o ente. Heidegger se pergunta pelas condições que fazem possível a concordância e por tanto o descobrir o que ela manifesta. Para ele permanece fiel aos dois ambitos presentes na ideia mesma de concordância: o ente (como manifestação) e o pensar (foi dito). Em primeiro lugar, verdade refere-se, simultaneamente, e na mesma medida, ao ente e a linguagem⁷.

Assim, o homem para esclarecer-se (*consigo mesmo*) deve desvelar o caminho da verdade, pois sua busca na atualidade encontra-se novedosa frente a complexidade que é delineadas pelas relações intersubjetivas, devido isso a pós-modernidade e a hipermodernidade.

Superada a construção conceitual da verdade frente a sociedade e ao individuo, demonstra-se o reflexo que esta tem frente ao Direito⁸, e mais especificamente no Direito Processual Civil, que passou a absorver os efeitos da Constitucionalização do Direito uma vez sofrendo o Processo um aumento tangencial no que se refere aos poderes instrutórios do Juiz frente ao aspecto da Verdade.

Conforme evidenciado, o sistema inquisitorial encontra respaldo nos atuais *Corpus Iuris Proceduralis* e, no tocante ao nosso Código de Processo Civil, na

⁷ “Toma como punto de referencia inicial la idea habitual y tradicional (aristotélica) de verdad como correspondencia o coincidencia. Ésta se ha entendido como adecuación mutua entre el intelecto y la cosa, más concretamente entre la proposición y la cosa. Una proposición sea verdadero cuando coincide con la cosa. Ahora bien, esta estructura de correspondencia no es más que la superficie: que una proposición sea verdadera significa que descubre lo que el ente es. Por eso Heidegger se pregunta por las condiciones que hacen posible la concordancia y por tanto el descubrir lo que ella manifiesta. Para ello se mantiene fiel a los dos ámbitos presentes en la idea misma de concordancia: el ente (lo manifiesto) y el pensar (lo dicho). En primer lugar, verdad se refiere simultáneamente y en la misma medida al ente y al lenguaje” (NICOLÁS, Juan A.; FRÁPOLLI, María J. Op. cit. p. 165).

⁸ “A Abordagem processual é feita à vista de temas da teoria do Direito. Busca-se localizar a base teórica, ou seja, a raiz do pensamento jurídico processual que tanto influenciou e ainda influencia a doutrina, o ensino, as postulações e os julgamentos do Brasil, neste fim de século. O Direito está em crise. A ciência transita da metodologia tradicional, escolástico, dogmático e formalista busca a ciência ideologicamente neutra (avalorativa). Já o direito novo concebe o Direito como fenômeno social, vê a ciência jurídica como socio-valorativa (não-formal), ciência de problemas práticos (e não deduções apriorísticas), ciência, enfim, de decisões criativas e ao decisões automáticas” (PORTANOVA, Ruy. Motivação da Sentença. 4ª ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 20).

redação dos artigos 130, 131, 342, 355 e 440 todos do referido diploma legal. Somado aos institutos narrados, tem-se o artigo 5º (§7º) da Lei 5.478/68 que demonstra não ser a verdade formal predominante, pelo menos não no Processo Civil Brasileiro, o que faz esclarecendo a preponderância da verdade material (real). Pois, o novo Código de Processo Civil mantém em seu artigo 369 o livre convencimento, tendo assim reservado os poderes introdutórios do Juiz frente ao processo. Assim, não evoluciona o sistema inquisitorial⁹.

A relevância do tema proposto denota a necessidade de compreensão/estudo do que passou a ser conhecido como filosofia da consciência (com profundos reflexos na decisão judicial) que se esconde amurada pelo livre convencimento do Juiz. Para tanto, necessário será a busca pela (des)construção, o que será feito utilizando-se da Hermenêutica Jurídica de cunho Filosófico das Verdades Processuais instituídas, perpassando os pré-conceitos em busca da pré-compreensão e da compreensão do fenômeno a partir dos pressupostos estabelecidos pelas teorias Processuais. Assim, apenas com a necessária compreensão do fenômeno (fruto da facticidade), ou seja, com o estudo aprofundado da Verdade no Processo Civil.

O estudo em comento propõe compreender mecanismos que pretendem superar essas construções, o que é feito ao propiciar o desvelar da verdade pelo *Dasein* (ser-aí), fazendo com que restem eliminados os subjetivismos dos sujeitos assujeitadores (responsáveis pela avaliação das provas no Processo), deve sim despir a Verdade Processual da errância e da falsidade.

Como resultado do exposto, resta evidente o espaço destinado ao processo, transformando-se em seu núcleo, passando a ser determinado pelo publicismo instituído pela lei, estando demonstrada a necessidade de uma engenhosidade construída pelo sistema dispositivo. Para tanto, superou-se o modelo privado instituído pelo *ordo iudiciorum privatum*, no qual o Direito era o centro gravitacional do sistema inquisitorial.

A verdade no Direito e principalmente no Direito Processual se revela como um “drama”¹⁰ em sua busca, ou seja, a busca pela verdade se encontra matizada frente as provas, pois estas determinam a *causa petendi*¹¹ que por fim delineiam a

⁹ O texto introduzido pelo artigo, alude que: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provas a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

¹⁰ Vide: GUARDIA, Lucas. Ficción y Realidad del Principio de Publicidad del Juicio (La Imaginación al Derrumbe de la Verdad). In: Lecciones y Ensayos. pp. 122-123).

¹¹ Sob esta ótica ver THEODORO, Humberto. Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas iúctas - prova e coisa julgada

construção expositiva da verdade pela decisão judicial, sendo que esta evidencia em seu núcleo a coisa julgada.

2. Verdade, direito e processo civil.

Importante salientar que a procura pela verdade não é exclusivamente jurídica ela *também tem sido objeto de preocupação*¹² nas mais diversas áreas do saber-conhecimento. Neste tocante, vale indagar-se que a busca pela verdade para todas as demais teorias do conhecimento apresenta-se como duvidosa, isso já de “*per si*” a alongar-se em uma prolixidade sem tamanhos, que acabará por influenciar diretamente e proficuamente a Ciência do Direito no que se refere ao Direito Probatório (e mais especificamente na Ciência Processual).

Essa preocupação tem como alvorecer o *Direito*,

(...) que por envolver conflitos de interesses que reclamam decisões, também é orientado pela verdade, ainda que, por diversas razões, essa verdade não seja absoluta. A constatação de que não se pode obter, através do mecanismo processual, a verdade absoluta não é suficiente para estabelecer um modelo de verdade, reativa e racional, que possa ser concretamente acertada pelo processo. Entretanto, a adequada objetivação da verdade processual vai depender do contexto jurídico e epistemológico que se adote¹³.

De tal preocupação nasce uma profunda e imbrincada relação entre: “Verdade, Direito e Processo”, que assim se expressa que no Direito moderno a verdade está super-ditada aos fatos que tenham possibilidade de ser comprovados, isso quer dizer, as provas que se alegam frente ao Processo¹⁴.

Dessa relação: “Verdade, Direito e Processo” nasce um profundo “estudo que mostra a atual necessidade de transformações *mais* profundas, as quais reúnem-se duas ideias centrais: sendo que, a primeira se refere ao Direito da Prova que vem

nas ações relativas à paternidade (dna). *In*: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 1999, n. 03. p. 4.

¹² PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Verdade, uma busca sem fim. *In*: ROCHA, Leonel Severo; Streck, Lenio Luiz (orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 214.

¹³ CAMBI, Eduardo. Verdade Processual Objetivável e Limites da Razão Jurídica Iluminista. *In*: Revista de Processo - Vol. 96 Revista dos Tribunais, 1999. p. 235.

¹⁴ ACERO, Misael Tirado. Verdad, Prueba e Indagación en el Mundo del Derecho y de la Sociedad. *In*: Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Bogotá, D.C. Colombia - Volúmen XIV - No. 27 - Julio - Diciembre 2011. p. 15.

a conduzir a uma maior Verdade, já no tocante a segunda, estapermite a coleta de Provas com maior justiça”^{15,16}.

Neste sentido, a verdade não é, portanto, inteligível fora de um sistema de representação, não há *Alétheia* sem relação complementar a *Léthe*; não há *Alétheia* sem as Musas, a Memória, a Justiça. E ainda, se a verdade nas obras de Justiça pode se traduzir essencialmente por atos e gestos rituais, ela quase sempre qualifica, nos diversos campos onde é atestada, um tipo determinado de palavra, pronunciado sob determinadas condições, por um personagem encarregado de funções precisas¹⁷.

Importante destacar a preocupação para com exposição da verdade, que vem a gerar nas sociedades um impacto para com a capacidade de prevenir a repetição de eventos similares, com o que a garantia do direito à verdade vem a contribuir, restabelecer e manter a paz. A verdade participa da erradicação da impunidade, pois se estabelecer a verdade só a identidade dos responsáveis por graves violações, assim se aportando em matéria de rendição de contas. Quando a verdade sobre o ocorrido pode ser objeto de reflexão e de debate público, se fortalece a credibilidade sobre os meios probatórios e se pode deixar de lado a história dos registros fáticos. Finalmente, para as vítimas, a satisfação do direito à verdade contribui para a recuperação da dignidade, o alívio do sofrimento e a sua reparação^{18,19}.

Contudo, o problema da verdade, da certeza absoluta, repercute em todas as searas do Direito. A Prova Judiciária, sob esta ótica, não haveria de escapar desses malefícios oriundos dessa concepção. Tanto isto é correto, que, para o juiz sentenciar é conveniente que as partes provem a verdade dos fatos alegados, segundo se depreende do artigo 378 do Novo CPC^{20, 21}.

¹⁵ LEGEAIS, Raymond. Les Règles de Preuve en Droit Civil. Permanences et Transformations. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955. p. 243.

¹⁶ “Vide: IACCARIO, Antonio. Verità e Giustizia per un’ontologia del pluralismo. Città Nuova. p. 78-79.

¹⁷ DETIENNE, Marcel. Os Mestres da Verdade na Grécia Arcaica. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1988. p. 33.

¹⁸ Ver: NEWMAN-PONT, Vivian. Falso o Verdadero (¿El Derecho a la Verdad es Norma Imperativa Internacional?). In: International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 43-69, 2009. pp. 46-47.

¹⁹ A evolução da Verdade frente ao Estado e Violência é explicitada por RICOEUR entre as pp. 217 à 228 In: RICOEUR, Paul. Historia y Verdad. 3ª ed. Madrid: Encuentro Ediciones, 1995.

²⁰ “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

²¹ RIBEIRO, Darci Guimaraes. Provas Atípicas. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998. p. 61.

3. A verdade no direito processual civil refletida no novo CPC.

É com grande esforço que, na atualidade, a construção da verdade diante do Processo Civil²² passou a ter papel relevante, pois a busca em comento caminha na direção da construção fática (sua significação), que é assim afirmada na fundamentação jurídica quando interpostas por autor e réu (*secundum allegata*)²³²⁴. No entanto, a análise da verdade no Processo implica na ressemantização do conceito a fim de situá-lo frente a dinâmica própria dos atos processuais, ou procedimentais²⁵.

A prova, no que diz respeito à verdade que é discutida diante de um processo será, então, o elemento básico para o exercício da justiça a partir da demonstração dos fatos; é o resultado da indagação judicial com a constante interação das partes envolvidas na lide. Daí o aforismo latino, *da mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me os fatos que lhes darei o direito)²⁶.

Portanto, a verdade processual é levada ao juiz pelos fatos demonstrados pelas partes, tais fatos apresentam-se como versões contraditórias, nas quais o autor “afirma que el derecho lo autoriza a recibir del segundo un pago: dar, hacer, no hacer; mientras que el segundo (o réu) se resiste, sosteniendo un argumento contrario: niega los hechos, el derecho o la procedencia del reclamo”²⁷.

Justifica-se a busca da verdade frente ao novo Código de Processo Civil conforme disposto em seu artigo 77, inciso I, “expor os fatos em juízo conforme a verdade”, veja-se também o artigo 319, em seu inciso VI, alude que a petição inicial deve conter “as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”, no entanto o artigo 369 também dispõe sobre a

²² Segue interessante estudo de TARUFFO sobre a Verdade diante do Processo, evidencia a evolução histórica. Ver TARUFFO, Michele. Uma Simples Verdade. O Juiz e a Construção dos Fatos. Filosofia do Direito. Barcelona: Marcial Pons, 2012.

²³ Ver o que ensina: SANTOS, Moacir Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IV (arts. 332-475). Rio de Janeiro: Forense, 1988. pp. 1-2.

²⁴ Vide: CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um Processo. 2ª ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. p. 55.

²⁵ VELA, Dúber Armando Celis. La verdad de los hechos en el proceso judicial. In: Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 9, No. 2 2009-2. p. 114.

²⁶ ACERO. Op. cit. pp. 13-14.

²⁷ Ver: FLORES, Antonio Salcedo. La Verdad Procesal. In: Alegatos, núm. 58, México: Septiembre-Diciembre de 2004. pp. 282-283.

verdade. Assim a verdade detém “fundamental importancia, por cuanto todo proceso de esclarecimiento requiere su búsqueda, especialmente en el Proceso Judicial”²⁸.

Corroborase-se, que: “(...) il Processo è uno strumento di verità. Per quanto sia innegabile – data la limitatezza delle possibilità umane nella ricerca del vero – che non sempre la verità legale è la verità sostanziale, da una tale affermazione non è lecito concludere che tra i due processi ci sai ontologicamente una differenziazione radicale per ciò che concerne la prova dei fatti. Mutano le tecniche concrete che hanno una spiegazione di carattere storico, ma l’intento è lo stesso: occorre fare uno sforzo per ricercare la verità”²⁹.

Assim, o processo é um instrumento³⁰ que contém condições teleológicas (e não pelas condições da ontologia clássica), sendo elas: “a justiça, a verdade, a solução de conflitos, a estabilidade e a paz social”, neste tocante é possível compreender com exatidão a finalidade da prova³¹.

Portanto, o processo como instrumento jurisdicional almeja incessantemente a *verdade*³² formando assim “a construção da verdade processual que se circunscreve à própria dinâmica da indagação, isto é, pela busca de evidências factuais dirigidas a proporcionar certeza e seguridade sobre a razão que lhe assiste a alguma das partes”^{33;34}.

Resta claro a relevante (e por vezes desmedida) preocupação para com a “busca pela verdade”³⁵ que deve ser vista sob uma perspectiva muito mais ampliada, como sendo a função não só da prova, mas também do processo e por consequência do direito. O processo teria a função, sob essa perspectiva,

²⁸ FUMAROLA, Luis Alejandro. Valoración del Juez sobre la Prueba Pericial Producida en el Proceso Civil. In: VELLOSO, Adolfo Alvarado (org.). El Juez y la Prueba. Santa Fé-AR: Colección Ensayos Procesales, 2009. p. 4.

²⁹ BETTIOL, Giuseppe. Istituzioni di Diritto e Procedura Penale. Padova: Cedam, 1966. p. 202.

³⁰ Segundo PASSOS, J.J. Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 24.

³¹ Neste sentido ver o disposto por VELA. Op. cit. p. 119.

³² Avalie-se o aludido por CAMISÃO, Susy Darling Alves de Alves. A Verdade Processual. Universidade do Porto Faculdade de Direito, 2012. p. 8.

³³ ACERO. Op. cit. pp. 13-14.

³⁴ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Verdade, Verossimilhança e Probabilidade na Teoria Geral da Prova. In: RDCPC n. 30. Janeiro-Feveiro 2005. p. 50.

³⁵ Corrobore-se o que ensina ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalóa Editor, 1981. p. 240.

de atingir a verdade e, com base nisso, aplicar as normas jurídicas concretas que resultem do mecanismo da subsunção^{36:37}.

Deste modo, encontra-se a figura (ou parte) mais relevante diante de um processo, que é a do Juiz, e este tem como missão encontrar a verdade do caso concreto que se insere com a dinâmica própria da indagação-interrogação, ou melhor, visa-se a sua construção pela significação dos fatos (fenomenologia da facticidade) que foram produzidos para que se assente a verdade a ser desocultada-desvelada. Disso resulta que o Juiz além da observância do devido processo legal para que venha a se realizar o contraditório e a ampla defesa e a adequada produção de provas, deve assentar-se na “árdua missão” da busca pela verdade³⁸.

Assim, o Processo é responsável e tem como objetivo alcançar uma decisão que venha a distribuir Poder, e assim passando obviamente a impor-se às partes de forma coativa. A verdade epistemológica no Processo Judicial se acha frente as dificuldades legais, fáticas e teóricas que lhes são obteníveis durante o seu percurso. *Aceitar que o Processo Judicial obtém a verdade equivale a reconhecer que os direitos e as obrigações alegadas pelos meios probatórios são verdadeiros ou falsos*. Admitir que as proibições são falsas supõe que as disposições normativas também são suscetíveis de veracidade ou falsidade³⁹.

Deve-se concluir, que de um lado “a experiência do processo, sobretudo, ensina, mesmo ao grande público, que as provas não são frequentemente suficientes para que o juiz possa reconstruir com certeza os fatos da causa. As provas deveriam ser como faróis que iluminassem seu caminho na obscuridade do passado, mas, frequentemente, esse caminho fica nas sombras”⁴⁰. Sendo que, de outro lado, “não encontrar a verdade seria prolongar o conflito”⁴¹.

Disso tudo, resulta que além de apontar condições que nada mais são que as *funções jurídicas* explicitadas da prova e que se revelam endoprocessualmente com a *busca da verdade*, tem-se também a *função social* desta, que tem um fim

³⁶ PEREIRA, Guilherme Setoguti. Verdade e Finalidade da Prova. In: Repr. Revista de Processo. Ano 37. Vol 213. Novembro de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 162.

³⁷ Vide AROCA, Juan Monteiro. Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil. Tomo II. 10ª ed. Valencia: Tirant to Bllanch, 2001. pp. 244-248.

³⁸ “La misión del juez civil dentro de un proceso contencioso con contradictorio y con producción de prueba, es encontrar la verdad del caso” (PEYRANO, Jorge W. El Juez y la Búsqueda de la Verdad en el Proceso Civil. Disponível em: <<http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/Eljuezy laverdad.pdf>> [Acessado em 02-02-2015].

³⁹ VELA. Op. cit. p. 119.

⁴⁰ CARNELUTTI. Op. cit. p. 56.

⁴¹ Ver: VELA. Op. cit. p. 120.

exoprocussal muito importante, qual seja: dar seguridade às relações sociais das mais diversas e complexas e prevenir e evitar litígios, conflitos e delitos, servindo de garantia aos direitos subjetivos e aos diversos *status* jurídicos^{42; 43; 44}.

Frente ao processo jurisdiccional a administração da justiça passa a ser uma das áreas do sistema jurídico na qual se encontra com maior e mais dramática evidência o problema da verdade em suas conexões com o Direito. Isso ocorre em qualquer tipo de processo que tenha uma decisão que envolva a investigação dos fatos que são relevantes para a aplicação do Direito, eis que em muitos casos, o verdadeiro é o essencial problema que o juiz deve resolver⁴⁵.

O Juiz (re)constrói, desvela os fatos fenomenologicamente em suas significações, tais quais como se supõe ocorreram e os submete ao enquadramento da norma jurídica geral e abstrata prevista pelo legislador. Sem este labor seria impossível a aplicação do Direito⁴⁶.

Assim o juiz passa a ser o principal foco de produção de justiça deve obter a verdade, a verdade real ou material, que é por excelência o que leva todos a justiça, e o fim último da confiança que é depositada nele (o juiz) pelos habitantes do conglomerado social, e o fato de não poder chegar a verdade, algumas vezes nos impõe a obrigação de criar uma ficção é dizer que a verdade procesual como justificação das decisões judiciais, o que leva-se a determinar que existe um ser (verdade procesual(e um dever ser (verdade real ou seja ela a verdade formal)⁴⁷.

4. A relação existente entre prova e verdade.

Então, onde encontrar, afinal de contas, um critério eficiente da verdade? Um critério que não dependa nem da autoridade, nem da evidência, nem da utilidade

⁴² ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de la Prueba Judicial. Anotado y Concordado Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1981. p. 14.

⁴³ Para Quijano de outro modo a prova, tem, “entonces tiene una función social, una función humana individual (la necesidad del adulto de probar algo para sobresalir, del niño para que lo tengan cuenta, etc.) y una función jurídica (hacer posible saber cómo sucedieron los hechos, para aplicar las normas)” (QUIJANO, Jairo Parra. Manual de Derecho Probatorio. 15 ed. Bogotá: del Profesional, 2006. p. 4).

⁴⁴ Vide: O Valor Social e Verdade. TARUFFO. Uma Simples Verdade. O Juiz e a Construção dos Fatos. Op. cit.

⁴⁵ TARUFFO, Michele. Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. p. 13.

⁴⁶ QUIJANO. Op. cit. p. 4.

⁴⁷ Verdad Real y Verdad Procesal, ¿Un Mito? In: FERRER, Ana Giacometto. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2013. p. 31.

e nem do interesse ou opinião das pessoas? O critério supremo, real e objetivo, da verdade é a prova. De todos os critérios, o mais eficiente e cientificamente válido é o critério da prova. Na ciência e na atividade cotidiana, nada deve ser aceito na base da crença e da fé, mas é necessário provar, demonstrar, fundamentar tudo que se diz⁴⁸.

Neste sentido, a Prova para o Direito e principalmente para o processo civil é um dos critérios mais eficientes e cientificamente válido para a constatação da verdade, pois a prova deve demonstrar a verdade, devendo se superar a sua construção pela relatividade ou correspondência, tem-se de buscá-la, superando tais teorias pela teoria hermenêutica tentando desocultá-la.

En la acepcion común el arte de la prueba parece que se aplica mas particularmente á la práctica de los tribunales; allí está su punto culminante, allí es donde se conoce mejor su importancia, en donde se cree que existe ó que puede existir con el método mas perfecto. A la verdad, todo concurre en una causa jurídica á mostrar este arte con mayor esplendor: se establecen hechos á favor y en contra; el ataque y la defensa se confian á prácticos ejercitados en este género de esgrima; se ve en un campo reducido que se abrazan y se retiran los adversarios á medida que un hecho se prueba ó no se prueba ; y por último el juicio se confia á unos hombres que nos complacemos en creer tan superiores en discreción y sabiduría, como en dignidad, á unos hombres dedicados por profesión á pesar imparcialmente los hechos, y á desconfiar de las ilusiones⁴⁹.

Antes mesmo de adentrar no âmbito da relação entre Prova e Verdade, faz-se necessário evidenciar panoramicamente o que a doutrina atual vem mostrando ao que tange a palavra Prova, existem doutrinadores que remetem a tal termo um significado científico e, de outro lado, têm-se doutrinadores que ingressam em um campo puramente subjetivo, mas avalie-se que denominam-se, em⁵⁰.

1. *Acreditación* (semânticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de
2. *Verificación* (es comprobar la verdad de algo), y de
3. *Comprobación* (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de

⁴⁸ Vide: “Critério da Prova”, BAZARIAN, Jacob. O Problema da Verdade. Teoria do Conhecimento. 2ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1985. pp. 150-151.

⁴⁹ BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas. Tomo Primero. Paris: Bossange Freres, 1825. p. 22.

⁵⁰ VELLOSO, Adolfo Alvarado. La Prueba Judicial (Reflexioes críticas sobre la Confirmación Procesal). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 13.

4. *Búsqueda de la verdad real, de certeza* (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de
5. *Convicción* (resultado de precisar a uno, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etcétera”^{51;52}.

Com o rol exemplificativo, nota-se que aprova⁵³com o passar dos tempos ganhou várias definições conceituais⁵⁴, pois assim, como muitas palavras utilizadas pelo Direito o vocábulo também ostenta caráter multívoco, que leva a equívocidades aos intérpretes⁵⁵.

Para a Ciência, provar é tanto a operação que corresponde a encontrar algo incerto, como a destinada a demonstrar a verdade de algo que se afirma como certo⁵⁶.

Os estudos apresentados representam uma abertura reflexiva, em que os dispositivos contantes no Código de Processo Civil, em especial no capítulo da prova, compreende um importante referencial dos modelos cognoscitivos de uma dada sociedade⁵⁷. Assim “aprova em-no Direito Civil está sujeita às regras cujo estudo revelam grande complexidade. Os princípios gerais podem ser discernidos, mas não o suficiente para eliminar os problemas de uma plena transformação”⁵⁸.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Ver: FONT, J. Garcia. *Ciencia y Ocultismo*. Barcelona: Ediciones Decálogo, 1990. pp. 21-22.

⁵³ “Vide: PROVA” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Edição Revista e Ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 805-806).

⁵⁴ Ver: FUMAROLA. *Op. cit.* pp. 5-6.

⁵⁵ VELLOSO. *La Prueba Judicial (Reflexioes críticas sobre la Confirmación Procesal)*. *Op. cit.* p. 13.

⁵⁶ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 215.

⁵⁷ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 9.

⁵⁸ “La preuve en droit civil est soumise à des règles dont l’étude révèle une grande complexité. Des principes généraux s’y dégagent, mais qui ne suffisent pas à supprimer les problèmes dans un domaine en pleine transformation” (LEGEAIS, Raymond. *Les Règles de Preuve en Droit Civil. Permanences et Transformations*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955. p. 3).

Conclui-se, que algumas normas jurídicas “(...) que gobiernan la prueba tienen como objetivo propiciar la averiguación de la verdad, y en este sentido pueden denominarse garantías epistemológicas, muchas otras (la mayoría) se enderezan directamente a garantizar otros valores, lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo”⁵⁹.

Para explicar a noção de Prova Judicial devem-se levar em consideração as especificidades que o Direito e o Processo impõem e fazem desenvolver no que tange a noção de prova, disso, ficam visíveis as especificidades que surgem de três tipos de limitações que não existem em outros âmbitos da experiência, como as ciências. Quanto às limitações, cabe mencionar que, em primeiro lugar, têm-se as limitações que impõe o próprio processo judicial enquanto tal, em segundo lugar, a instituição da coisa julgada⁶⁰ (de um lado constitui-se explicitamente nasegurança jurídica e de outro ocorre a sua relativização), e, ao final, as impostas pelas regras sobre a prova⁶¹.

Da *relação existente entre: “Prova e Verdade”* esta vem a apresentar duas formas usuais-habituais, pois a *primeira* hipótese sustenta a existência de uma relação que pode denominar-se conceitualmente, a verdade de uma proposição está provada. Assim, trata-se de uma tese acerca do conceito de prova que de forma geral, sustenta que uma proposição é provada se é verdadeira e apresenta elementos de juízo suficientes a seu favor (pois, da vinculação entre a verdade e a prova como resultado faz com que se apresente determinada posição acerca da possibilidade de que uma proposição sobre um fato está provada e resulte contemporaneamente falsa); de outro modo tem-se a segunda hipótese, que sustenta que a relação existente entre prova e verdade é teleológica, isto é, não adjudica à verdade nenhum papel definitório da prova, sim que a considera o último objetivo da atividade probatória. Deste modo, tem como sustentação que a finalidade principal da atividade probatória é alcançaro conhecimento da verdade a cerca dos fatos ocorridos e cuja descrição se converterá em premissa

⁵⁹ ABELLÁN, Marina Gascón. Free dom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. *In*: CARBONELL, J. Miguel; HENRÍQUEZ, Jesús Orozco; VÁZQUEZ, Rodolfo (Coords.). *Estudios sobre la Prueba*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 52).

⁶⁰ Observe: SERRANO, Agustín Luna. *Certeza y Verdad en el Derecho*. Almería: *Lectio doctoralis*, 2012. pp. 16-17.

⁶¹ Vide: BELTRÁN, Jordi Ferrer. La Valoración de la Prueba: Verdad de los Enunciados Probatorios y Justificación de la Decisión. *In*: CARBONELL, J. Miguel; HENRÍQUEZ, Jesús Orozco; VÁZQUEZ, Rodolfo (Coords.). *Op. cit.* pp. 5-10.

de razonamiento decisório (aquí se presenta a relação entre a verdade e a prova como atividade probatória)⁶².

Consigne-se aqui, que, método e verdade se correlacionam porque primeiro outra coisa não é senão o meio de encontrar a última⁶³. Prova e verdade acham-se também correlacionadas, e a tal extremo que se poderia dizer que não há verdade sem prova, posto que a prova é a pedra de toque, o meio de aquilatar, de adquirir a evidência inquestionável da verdade, de verificar (*verum*) a verdade encontrada, de certificar-nos (*certus*) de sua exatidão, de sua certeza legítima. Toda verdade deve resistir ao choque da dúvida (erro e falsidade) e sair triunfante dela por meio da prova, da qual poderia-se dizer que é filha da dúvida e mãe da verdade⁶⁴.

Da relação, ou das relações entre prova e verdade no Direito (“el Derecho se erige como una ciencia que, a diario, se renueva, se replantea, asume proyecciones a través de sus sistemas frente a la mutabilidad de los comportamientos humanos”⁶⁵), e, em particular, no Processo, tem sido objeto de muitas controvérsias e também de construção de lugares comuns que são assumidos geralmente como Verdades indiscutíveis⁶⁶.

Note-se que *Gozaini* aponta da relação existente entre a prova e a verdade alguns problemas desde a origem da Ciência, e disso interroga-se tal relação justamente em qual o objeto tem a produção da prova, se tal objeto é: a) a busca

⁶² BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. pp. 55-56.

⁶³ “En sentido jurídico, y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación. La prueba penal es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. La prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. La prueba penal se asemeja a la prueba científica; la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación” (COUTURE. Op. cit. pp. 215-216).

⁶⁴ Vide: DELLEPIANE, Atonio. *Nova Teoria da Prova*. 5ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958. pp. 45-46.

⁶⁵ ACERO. Op. cit. p. 14.

⁶⁶ “Se dice, por ejemplo, que interesa al proceso penal el descubrimiento de la verdad material, mientras que el proceso civil estaría dirigido al establecimiento de una verdad jurídica (cuya relación con lo realmente acaecido es totalmente contingente). Otros autores, en cambio, han defendido la total independencia entre las nociones de prueba jurídica y de verdad de los enunciados sobre los hechos.” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La Valoración de la Prueba: Verdad de los Enunciados Probatorios y Justificación de la Decisión*. Op. cit. p. 1).

pela verdade?; b) confirmar uma versão alegada; c) determinar os fatos e aplicar o direito?, mas enfim, cada um dos argumentos apresenta fundamentos sólidos⁶⁷.

Na realidade, a necessidade de saber se a verdade é um fim para o processo resulta necessária e inevitável, porque a afirmação leva a obrigações consequentes, tanto das partes quanto do juiz que intervém na demanda, enquanto que relativizar dita finalidade com explicações tangenciais supõe afinar o objeto em outra dimensão, mais técnica ou apegada a princípios mais formais, os quais a verdade se movimenta pela necessidade de resultados⁶⁸.

Por fim, da relação extrai-se o aludido por Salcedo Flores que: os valores *verdade* e *prova* não escapam aos intermináveis ciclos advertidos por Nietzsche em sua doutrina filosófica do *eterno retorno*, sendo que, *a verdade* passa a ser um conceito que constantemente se faz, se desfaz e se refaz, já a prova, em suas primeiras fases históricas: primitiva ou étnica era ordenada, praticada e valorada livremente pelo juiz. Essa discricionariedade judicial regressou e está presente na fase científica, ou seja, a qual está se vivendo⁶⁹. Apresenta-se aqui, uma resposta vazia e relativista quanto à verdade.

O processo deve reconstruir historicamente ou fazer uma (re)vivência de como ocorreram os fatos, para sobre eles edificar a sentença, as Provas devem estar isentas da malícia, da habilidade e da falsidade⁷⁰, devendo fazer assim o desocultamento da verdade. O resultado desta conjugação da verdade e da prova visa superar as arbitrariedades dos modelos de Processos instituídos por Sistemas Inquisitoriais.

Nos últimos anos, muito se evoluiu com a (re)construção da teoria da prova, particularmente no que tange à nova visão dos poderes instrutórios do juiz no tocante à iniciativa probatória diante da crescente valorização do princípio da verdade real no Direito Processual Civil. Ao lado desta evolução, tem sido ressaltado o princípio da necessidade da prova que impõe limitações à preclusão em matéria probatória⁷¹.

⁶⁷ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La Verdad y la Prueba. Disponível em: <<http://www.gozaini.com/publicaciones/monografias/verdadyprueba.PDF>> [Acessado em: 30-06-2014]. p. 1.

⁶⁸ Neste sentido, ver: VELA. Op. cit. p. 116.

⁶⁹ Avalie-se FLORES. Op. cit. pp. 288-289.

⁷⁰ QUIJANO. Op. cit. p. 4.

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Processo Justo: O Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real. In: AMLJ – Academia Mineira de Letras Jurídicas, 2001. p. 4.

5. As verdades produzidas no processo: a verdade como correspondência e a verdade como relativismo.

Neste item procura-se demonstrar as verdades produzidas no Processo Civil, para que assim se possa demonstrar uma construção da verdade pela hermenêutica fenomenológica que se encontra em obras de Heidegger e de Gadamer. Note-se, que antes mesmo de adentrar-se a Verdade na perspectiva hermenêutica fenomenológica será abordada a verdade pelo correspondencialismo e pelo relativismo, as quais vinculam mais do que diretamente para a construção da verdade no processo, e ainda, caminham pela construção voltada aos subjetivismos impostos na formação da Ciência Ocidental voltada ao Narcisismo humano, disso resulta a conclusão do trabalho, que se dá em um develar da Verdade, evidenciando a construção da mesma pelo seu desvelamento.

No entanto, vale destacar a diferença entre a verdade relativa e a verdade como correspondência, pois, a *primeira* (algo pode ser verdadeiro para uma pessoa, mas não para todas as pessoas. Ou pode ser verdadeiro numa época, mas não em outra) apresenta diversas verdades, e esta verdade é construída em determinado tempo e lugar (quanto mais disseminada a relativização da verdade mais fácil será admitida a mentira), já a *segunda* (coerência e pragmatismo, descrevem testes da verdade, não a explicação da natureza da verdade em si) defende que as afirmações verdadeiras correspondem ao modo de realidade, isso levaria ao exacerbado realismo (por quicá o realismo jurídico), sendo assim as concepções falsas e errôneas não correspondem ao estado real das coisas no mundo.

É evidente que tanto a Gnosologia como as ciências naturais só lidam com os dois tipos fundamentais de verdade: a verdade material e a verdade formal, isto é, a correspondência com a realidade objetiva e a coerência consigo mesma – dois aspectos principais da verdade que, alias, constituem uma unidade dialética.

Rigorosamente falando, só essas duas espécies de verdades têm direito a serem chamadas de verdades propriamente ditas, por terem caráter objetivo, necessário e universal. As chamadas verdades axiomáticas e suas verdades não podem ser chamadas de verdades, por terem caráter convencional, contingente, relativo e subjetivo. Essas verdades é melhor chama-las de convenções, normas, regras, valores ou dogmas, conforme o caso.

Assim, ao estudar os diferentes fatos e fenômenos naturais e humanos é muito importante distinguir entre si duas categorias diferentes de fatos: os fatos e fenômenos científicos, dos fatos e fenômenos humanos; verdade fatural

e científica, da verdade axiomática e convencional; as leis científicas, das leis normativas; a prova científica, da prova jurídica; os juízos de realidade, dos juízos de valor, a ciência da crença etc. etc⁷².

Portanto, para Streck, de uma grande gama de estudos na contemporaneidade todos eles oscilam entre a “busca da verdade real” e sua antítese — o “ceticismo” e/ou “relativismo”. Os “céticos” (ou neo-céticos-neo-niilistas) o são por “pura intuição”. Seguem o senso comum, do tipo “cada-um-tem-sua-opinião-sobre-o-mundo”, “cada-um-tem-a-sua-verdade”, “tudo-é-relativo”, “não-existem-verdades” e mais uma centena de citações anêmicas, fofas, flambadas.⁷³ OK. Mas, se a verdade não existe, se ela é incognoscível/inatingível, como é possível investigar a maneira “*como os fatos se deram?*”⁷⁴

E ainda, segundo o autor em comento, no julgamento do mensalão, muito se ouviu falar na e sobre a verdade: Ouvi que a verdade “estava nos autos” e que “as provas fala(ri)am por si” (ao que entendi, o processo revelaria uma verdade intrínseca, é isso?); e que “a verdade não existe; que é relativa”. Digo eu: Como assim? Se ela não existe... Então é por isso mesmo que não é verdadeiro o que o jurista acabou de dizer! Bingo! Ele caiu em um paradoxo⁷⁵.

Conforme o acima explicitado, complementa-se que:

Si, de los distintos significados atribuidos a la misma, entendemos por *verdad objetiva o material* (o simplemente *verdad*) la correcta descripción de hechos independientes (es decir, el concepto de verdad como correspondencia) y por *verdad procesal o formal* (o simplemente *prueba*) la descripción de los hechos formulada en el proceso, podría decirse que **tanto la concepción objetivista de la prueba como la subjetivista conducen a una anulación de esa dualidad**, si bien en cada caso por razones diferentes. En *el primer caso*, la anulación se produce por una identificación entre ambos conceptos:

⁷² BAZARIAN. Op. cit. pp. 137-138.

⁷³ “Tudo é relativo, não existem verdades etc? Poderia iniciar minha apreciação analisando dezenas de manuais jurídicos que buscam tratar do assunto. Esses manuais são os livros mais utilizados nas salas de aula e fomentam os cursos de preparação para concursos e, por justiça, cabe referir que são citados por ministros do STJ e STE, o que também comprova que a crise do Direito avançou para o interior dos tribunais superiores; veja-se que se trata de uma mera descrição daquilo que é possível constatar facilmente. Um simples olhar para as bancadas já dá uma ideia (...)” (STRECK, Lenio Luiz. O cego de Paris II — o que é “a verdade” no Direito? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-17/senso-incomum-cego-paris-ii-verdade-direito>> [Acessado em 05-10-2014].

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

la verdad procesal es la expresión o reflejo de la verdad objetiva, porque los procedimientos probatorios proporcionan (o se opera con la ideología de que proporcionan) resultados infalibles. En *el segundo*, la anulación se asienta en una impugnación de la idea de conocimiento objetivo: *no hay más verdad que la procesalmente conocida y declarada*. Con el mismo corolario inquietante: los jueces serían, por definición, infalibles⁷⁶.

Passa assim a ser evidente, que é extremamente relevante que se estudem as teorias da verdade, pois os filósofos (desde a Grécia, e até mesmo antes de tal período) discutem isso desde sempre, e parece que alguns juristas não sabem disso, assumindo, ingenuamente, uma teoria da “correspondência ou da não-contradição”, sem saber disso, como se o real pudesse ser açambarcado pelo sujeito⁷⁷.

De outro modo no positivismo lógico ou idealismo lógico, corrente filosófica muito difundida nos países anglo-saxões, a verdade significa a concordância ou coerência do pensamento consigo mesmo. Essa concordância pode ser conhecida na ausência da contradição entre os juízos ou enunciados. É também conhecida como critério da não-contradição. Por exemplo: Todos os homens são mortais (premissa maior). Ora, Sócrates é homem (premissa menor). Logo, Sócrates é mortal (conclusão). Neste raciocínio não há contradição entre os juízos, o pensamento é coerente consigo mesmo, logo é verdadeiro. Muito embora muito difundido em outrora em questão (será que só naquela época?) o critério em comento é válido apenas na Lógica Formal, que lida apenas com a verdade formal, onde o enunciado é verdadeiro não porque concorda com a realidade objetiva, mas, porque é coerente, dentro de um sistema, com outros enunciados, procedimento que é válido também nas matemáticas⁷⁸.

Aqui o pensamento não lida com objetos reais, mas sim com objetos ideais. Se nos limitarmos a esse critério, poderemos fazer passar por verdadeiros muitos sofismas e paralogismos, raciocínios errados e absurdos. Vejamos por exemplo, o silogismo seguinte: Todos os Homens são honestos (premissa maior). Ora, os ladroes são homens (premissa menos). Logo, os ladroes são honestos (conclusão). Neste silogismo também não há contradição entre os juízos enunciados. A conclusão (os ladroes são honestos) é lógica, correta e formalmente verdadeira. O raciocínio perfeito, de acordo com a lógica formal.

⁷⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. La Prueba Judicial: Valoración Racional y Motivación. Disponível em: <http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf> [Acessado em 23-09-2014]. pp. 3-5.

⁷⁷ STRECK. Op. cit.

⁷⁸ BAZARIAN. Op. cit. pp. 133-145-146.

Mas é errado o enunciado de premissa maior (todos os homens são honestos). Por isso é errado a conclusão (os ladrões são honestos)⁷⁹.

De outro modo explicar-se-á a verdade e sua relação com a correspondência frente ao direito processual, justamente como assim define Taruffo, ser:

(...) **la verdad como correspondencia absoluta** entre una descripción y el estado de cosas del mundo real no es alcanzable con procedimientos cognoscitivos concretos, ya que es sólo un valor-límite teórico de la verdad de la descripción. Pueden haber, sin embargo, distintos grados de aproximación al estado teórico de correspondencia absoluta. (...) La referencia al valor teórico de la correspondencia absoluta, como al otro extremo de la no correspondencia, es útil para distinguir los grados de aproximación y para establecer cuándo hay incrementos o disminuciones en la aproximación y, también, para determinar el criterio de elección entre varias descripciones del mismo hecho⁸⁰.

Pois, Beltrán⁸¹ e Abellán⁸² nesse sentido apontam sera verdade construída como correspondência, e ainda, e importante mencionar a correspondência aludida em Aristóteles (mas que foi enunciando antes mesmo por Platão⁸³), e que para os correspondencialistas o mundo verdadeiro passa a ser racionalmente objetivável, pois, se a versão verdadeira se corresponde com o mundo que descreve verdade é, de outro modo, é falsa em caso contrário. Cria a correspondência constrói um mundo em si⁸⁴.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2011. p. 180.

⁸¹ Beltrán, agudiza neste sentido. (BELTRÁN. La Valoración de la Prueba: Verdad de los Enunciados Probatorios y Justificación de la Decisión. Op. cit. pp. 33-35).

⁸² “Melhor alude: ABELLÁN. La Prueba Judicial: Valoración Racional y Motivación. Op. cit. pp. 3-5.

⁸³ Explica Felix muito claramente o conceito de verdade como correspondência e sua evolução Histórica, vide: FELIX, Juarez Rogério. Verdade e Mentira no Processo Civil. Disponível em: < http://www.academus.pro.br/professor/juarezfelix/material_pdf/004.pdf > [Acessado em 03-01-2015]. pp. 13-14.

⁸⁴ “La expresión ‘mundo verdadero’ es razonablemente objetable, pero está allí precisamente para provocar. La manera prolija de expresarse es atribuir verdad o falsedad a lo que decimos del mundo y no a este mismo. Así, diríamos que hay versiones correctas o verdaderas y versiones incorrectas o falsas. Sin embargo, ni bien preguntamos qué las hace verdaderas o falsas comienzan los problemas. Para quien adopte una posición correspondentista de la verdad, la respuesta parece simple. En efecto, según esta perspectiva, una versión es verdadera si se corresponde con el mundo que describe, y falsa en el caso contrario. Claro que tanta simplicidad no hace sino ocultar complejos y

Importante destacar que Heidegger faz crítica ao conceito de verdade como correspondência, impossibilitando assim a construção realista de verdade. Stein explica neste sentido, que:

Os estudos sobre Aristóteles guiados pela fenomenologia levaram a *Heidegger a uma crítica do conceito de verdade como correspondência*. A crítica do conceito significava não a necessidade do abandono do conceito, mas sua revisão como conceito derivado. O filósofo não explorou mais detidamente a problematidade da correspondência, pois seu próprio conceito de Filosofia destruía a possibilidade de um fundamento teológico absoluto do conhecimento, o que resultava na impossibilidade de uma teoria realista da verdade. Os pressupostos de Ser e Tempo e dos textos póstumos dos anos 20 tinham-no levado a abandonar o primado epistêmico das teorias da consciência e da representação em geral e também na questão da verdade. É por isso que uma posição racionalista ou idealista na definição nominal da verdade também não poderia sustentar-se. Pode-se então investigar em várias direções na obra do filósofo para tirar as consequências para a questão da verdade em sua obra⁸⁵.

Pelo exposto, corrobora-se que as teorias da realidade devem submeter-se a quatro aspectos diferentes para fazer-se uma desconstrução crítico-fenomenológica, sendo eles, mostrar 1) porque não se chega a ver a significatividade como tal; 2) porque sem embargo, na medida em que se faz uso teórico de um aspecto aparente desta, se há de considerá-la necessitada de explicação e se explica; 3) porque se explica (dita significatividade) remetendo a um ser-real mais originário; 4) porque se busca esse ser verdadeiro, fundante no ser das coisas naturais (existir sempre, caráter de lei, não contingência)⁸⁶.

oscuros asuntos, que se resumen en lo siguiente: en qué consiste esta supuesta relación de correspondencia y cómo es posible concebir un mundo sin versiones, digamos un mundo en sí. Dejaré a un lado la primera cuestión, que ha resultado ser un puente bajo el que han corrido litros y litros de tinta. Sólo diré que el certificado de nacimiento de la correspondencia se remonta a Aristóteles, quien expresó más o menos esto: 'decir de lo que es que es y de lo que no es que no es, es lo verdadero; decir de lo que es que no es y de lo no es que es, es lo falso'. A partir de allí esta fórmula ha tenido diversos refinamientos, pero las cuestiones pendientes son tantas como entonces. En cuanto a la segunda de las cuestiones, la referida al mundo en sí, su raíz es tan vieja como la filosofía misma, si se acepta que Platón fue el primer filósofo, pues es en sus diálogos donde hace su temprana aparición esta noción de un mundo más allá de todas las versiones" (CABANCHIK, Samuel. Introducciones a la Filosofía. Barcelona: Gedisa Editorial, 2000. p. 118.)

⁸⁵ STEIN, Ernildo. Sobre a Verdade. Loções Preliminares ao Parágrafo 44 de Ser e Tempo. Ijuí: Editora Unijuí, 2006. p. 13.

⁸⁶ HEIDEGGER, Martin. Ontologia. Fenomenologia de la Facticidade. Madrid: Alianza Editorial, 2000. pp. 114-115.

Superada a construção e a crítica da verdade e correspondência adentra-se neste momento à abrdagem da verdade relativa, pois se afirma que esta (idealistas-subjetivistas) não tem caráter objetivo, que é relativa (por obviedade), múltipla e, portanto subjetiva, isto é, cada sujeito tem sua verdade⁸⁷.

Acontece que o raciocínio desses filósofos é errôneo (feito de boa ou má-fé – não importa). Eles confundem os sentidos diferentes. Nessa hipótese, não existe conceitos objetivo e subjetivo.

Com efeito, essas duas categorias têm sentidos bem diferentes. Etimológica e fundamentalmente, o termo objetivo significa que o objeto conhecido está fora do sujeito cognoscente. Mas, em sentido figurado, para alguns filósofos pode significar o objeto do conhecimento, isto é, que o objeto está na mente do sujeito e pertence ao domínio do pensamento. Nesse último sentido, a palavra objetivo tem significação de subjetivo dentro do subjetivo (dentro do sujeito).

Desse mesmo modo, o conceito de subjetivo, etimológica e fundamentalmente, significa o reflexo do objeto exterior no sujeito cognoscente, mas pode, em sentido figurado, significar, também, opinião ou impressão pessoal, parcial, pré-concebida, arbitrária, que é própria de um ou mais sujeitos (pessoas) e não é válido para todos, isto é, não tem caráter objetivo e universal.

(...)

O *idealistas-subjetivistas* tomam ambos esses conceitos não no sentido etimológico, mas no sentido figurado. Assim para eles, os objetos e suas propriedades só existem dentro do sujeito cognoscente, isto é, têm caráter subjetivo. E, por outro lado e por isso mesmo, consideram a verdade como subjetiva, isto é, uma opinião toda pessoal que não tem correspondência adequada no mundo objetivo, exterior. Em outras palavras, eles acham que a verdade é uma construção subjetiva que depende da nossa consciência, de nossa vontade, desejo e gosto⁸⁸.

E ainda, a epistemologia ensina que o conhecimento é essencialmente relativo, relatividade que nasce da consciência da sua falibilidade. Por isso o que se pode pretender alcançar não é a verdade absoluta, que não obstante existe, mas uma *verdade* que ocorre quando se verifica uma certa relação de correspondência entre os enunciados e os factos. O ideal, a meta é sempre a verdade objetiva, a verdade absoluta, mas as provas não podem garantir resultados de absoluta certeza, pelo que se deve tentar aproximar o mais possível da verdade objetiva.

⁸⁷ BAZARIAN. Op. cit. pp. 133-134.

⁸⁸ *Ibidem*.

O que o processo deve procurar é aproximar-se o mais possível da verdade objetiva, usando métodos que assegurem o mais possível essa aproximação⁸⁹.

No entanto, isso seria perigoso para com a construção da verdade frente ao processo civil, pois, tanto o antigo quanto o novo Código de Processo Civil demonstram um apego ao princípio do livre convencimento do Juiz, que demonstra o apego ao tão debatido solipsismo judicial, e, assim, não se superaria a tão criticada filosofia da consciência. Assim, teríamos a corrosão da segurança jurídica do sistema jurídico contemporâneo.

Deste modo, ao ser centralizada a subjetividade, restam limitadas as possibilidades da verdade⁹⁰, surgindo o relativismo como um “bicho” que faz mal⁹¹, segue-se assim desde a “época da segunda guerra médica, na qual *Delfos* dá o oráculo afirmando que Atenas será salva por uma muralha de madeira. Temístocles interpreta-o, traduzindo esta expressão equivocada por frota ateniense, mas outra interpretação, mais óbvia, era possível e havia sido proposta.

⁸⁹ CAMISÃO, Susy Darling Alves de Alves. *A Verdade Processual*. Universidade do Porto Faculdade de Direito, 2012. p. 10.

⁹⁰ “O relativismo démodé da e na dogmática jurídica. O fator talvez mais inusitado que se projeta a partir de todo esse quadro é que, em nenhum aspecto, os argumentos da dogmática processual se aproximam das discussões contemporâneas sobre o conceito de verdade. Continuamos a discutir as questões a partir do modo como eram levadas a cabo no final do século XIX e início do século XX. Esse relativismo démodé, bem como essa profissão de fé em um caráter unitário da verdade, não atinge o ponto de estofamento da questão que, no contexto atual, se situa no campo da linguagem. Como afirma Lorenz Puntel, um dos grandes filósofos contemporâneos, verdade quer dizer a revelação da coisa mesma (*Sache selbst*) que se articula na dimensão de uma pretensão de validade justificável discursivamente. Isto só para iniciar a discussão, é claro. Para ser mais incisivo: a história da Filosofia e, do seu modo peculiar, a dogmática jurídica sempre trabalharam a verdade como a *relação entre um juízo ideal construído pelo sujeito sobre algo real, posto no mundo. Assim, ao centralizar na subjetividade (que é também um subsistente, como os objetos sobre os quais se fazem juízos, como bem expõe Heidegger nos volumes sobre Nietzsche), acaba-se limitando as possibilidades da verdade. Partindo desse paradigma, estamos sempre limitados a falar a verdade (fazer juízo é um exemplo) sobre representações ou conteúdos da consciência, ignorando a realidade na qual sempre estivemos inseridos*. Percebe-se, desse modo, a complexidade do problema e daquilo que se ensina cotidianamente nas salas de aula e se reproduz nos fóruns e tribunais” (STRECK, Lenio Luiz. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real>>. [Acessado em 05-10-2014].

⁹¹ Ver STRECK, trecho: “Então, ao tema. (...) os críticos...” (STRECK, Lenio Luiz. O que é verdade? Ou tudo é relativo? E o que dizer a quem perdeu um olho? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-02/senso-incomum-verdade-tudo-relativo-dizer-quem-perdeu-olho>> [Acessado em 05-10-2014].

Entre essas interpretações estabelece-se o diálogo^{92;93}. Diante do exposto, percebem-se as formas pelas quais a verdade acaba no mundo do relativo: satisfação do povo, pareceu bom ao povo, assim expressam os decretos.

O mal-estar da civilização jurídica é a flambagem dos sentidos que os juristas fazem. Pensam que podem atribuir sentidos livremente. Descobriram o *Santo Graal* da “dação de sentidos”: basta nominar. Feito um novo Gênesis. Algo como “no princípio o que vale é o que eu digo sobre as coisas”. Não há tradição. Não há história. Nada é verdadeiro. Os juristas neoprofe(s)tas que apresentam a “boa nova” de que não existe(m) verdade(s) correm o risco de serem comidos pela primeira onça que encontrarem. Afinal, para um relativista, a onça pode existir (...) ou não. Depende. Porque a onça é relativa. Com base em Nietzsche, ficam repetindo algo similar à sua máxima: “fatos não há; só há interpretações”. Logo, as onças não existem; só há a narrativa do e sobre as onças. Para os relativistas jurídicos, o que aconteceu com o fotógrafo Sérgio Silva não foi um fato; foi uma ilusão. Tudo é relativo. O tiro no olho não existiu. O que existiu foi apenas uma interpretação errada sobre o tiro que lhe furou o olho. Algo como “azar o seu por ter dado mole ao assaltante”. Por isso tudo, inverto a máxima de Nietzsche e afirmo: Contra essa gente que diz “fatos não há, só há interpretações”, eu digo: só-existem-interpretações-porque-existem-fatos!

Ariano Suassuna brincava *com o subjetivismo e o relativismo*. Dizia que, quando as pessoas falam sobre se algo é ou algo não é, lembrava de Kant e seu *solipsismo*, que, para ele, “era um hipócrita”. Com seu fino humor e grande dose de sarcasmo, Suassuna brincava com as palavras e a filosofia. Mais ou menos assim (reproduzo de cabeça) — A coisa em si do copo é incognoscível... Pois para um copo pode até funcionar”, dizia. “Quero ver se for uma onça. Kant por certo não perguntaria se a onça existia em si ou se o *noumenon* era cognoscível. Também não diria que todo fenômeno deve ser experimentado em oposição ao sujeito. Dava no pé”. Guardado o bom humor e um certo exagero, permito-me acrescentar que, sem saber, Kant tinha uma antecipação de sentido; tinha um *a priori* compartilhado acerca do sentido da “onça”. Ele nem se perguntaria sobre o “sentido de onça”. O que é a onça

⁹² A Ambiguidade da Palavras. In: DETIENNE. Op. cit. p. 9.

⁹³ “A verdade é, de fato, uma noção absoluta, no seguinte sentido: verdadeiro para mim, mas não para você e verdadeiro na minha cultura, mas não na sua são expressões estranhas, sem sentido, bem como verdadeiro naquela época, mas não agora. Embora digamos com frequência bom para esse propósito e não para aquele e certo nessa situação, mas não naquela, parece paradoxalmente sem sentido relativizar a verdade conforme propósitos e situações. Por outro lado, justificado para mim e não para você (ou justificado em minha cultura e não não sua) faz todo o sentido” (RORTY, Verdade e Progresso. Barueri-SP: Manole, 2005. p. VIII).

já estava com ele (...) Interessante que os pós-modernos do direito — esses que apostam em grau zero de sentido, construindo princípios no varejo para vendê-los no atacado, como se direito e filosofia moral fossem a mesma coisa — não repetem no seu cotidiano isso que pensam que podem fazer (como de fato, fazem) na doutrina e na jurisprudência: trocar o nome das coisas. Ou cindir fato e direito.⁹⁴

Quanto ao relativismo, este jamais existiu para a hermenêutica, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, que não corresponde as suas expectativas fundamentalistas. Dessa forma, na discussão filosófica contemporânea, o relativismo funciona como um espantalho ou um fantasma assustador, em favor de posições fundamentalistas, que gostariam de abstrair da conversação interior da alma. Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta, ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isso nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, “*ex negativo*”: essa verdade deveria ser não finita, não temporal, incondicional, insubstituível etc. Nessas caracterizações, chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão, pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade⁹⁵.

Verifica-se ao se tratar a verdade como correspondência ou ela como relativa que nenhum dos grandes Doutrinadores da matéria Processual adentra no terreno da filosofia, como se essa fosse despicienda para a explicação do fenômeno⁹⁶.

Nesse contexto, segundo Streck, ao ser antirrelativista, a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos. Veja-se: alguns críticos da hermenêutica acusam-na de “irracionalista” (sic). Nesse sentido, afirmo, uma vez mais, que minhas críticas ao decisionismo, ao discricionarismo, etc., não estão assentadas apenas nisso (a pré-compreensão como limite). Essa é uma das teses (conclusões) que defendo. Criticar-me por isso é fazer pouco caso da hermenêutica. Registro, por exemplo, que minha aposta na pré-compreensão dá-se em face desta ser condição de possibilidade (é nela que reside o giro ontológico-linguístico). Minha cruzada contra discricionariedades e decisionismos se assenta no fato de existirem dois vetores

⁹⁴ STRECK. O que é verdade? Ou tudo é relativo? E o que dizer a quem perdeu um olho? Op. cit.

⁹⁵ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 213-215.

⁹⁶ STRECK. O cego de Paris II — o que é “a verdade” no Direito? Op. cit.

de racionalidade (apofântico e hermenêutico), circunstância que alguns de meus críticos não percebem ou não entendem. Se compararmos a “teoria da moda” (teoria da argumentação jurídica) com a hermenêutica filosófica (na perspectiva que defendo), veremos a distância que existe entre tais posturas. A diferença fundamental talvez esteja no fato de que a hermenêutica atua no âmbito de um mundo compartilhado (podemos chamar a isso de intersubjetividade), enquanto as teorias procedurais (como a teoria da argumentação jurídica) *não superaram o esquema sujeito-objeto (S-O)*⁹⁷.

Superadas e apresentadas, a verdade como correspondência e a verdade relativizada, deve-se assim destacar que a verdade material (real) adequa-se intimamente a verdade como correspondência, assim as teorias construídas pelo sistema inquisitorial se adequam salutarmente quanto a esta, onde o juiz passa a ser um juiz que produz arbitrariedades frente à busca da verdade no processo. E ainda, aponta-se que a verdade formal se demonstra acoplada à verdade relativa, pois detém comunicação com a construção da verdade diante do sistema dispositivo.

Assim, surge a questão: o que orienta um cientista no momento em que sua ciência vive uma crise de paradigmas? Quando dois ou mais paradigmas se defrontam, cada um produz seus próprios critérios de avaliação da legitimidade de proposições e verificações. Portanto, a crise radical é sempre também uma crise dos critérios de seleção entre opções. O ideal de um solo fixo, a-histórico, independente dos paradigmas e de suas convulsões, no qual se radicassem princípios de juízo crítico, garantiria o acesso à verdade e justificaria, portanto, os anseios de objetividade absoluta. Mas a realidade é bem diferente para uma cultura não-teísta: a ruína de concepções, métodos e tradições científicos suga a segurança cartesiana dos critérios de decidibilidade. Assim como o conhecimento é uma construção sujeita a revisões sucessivas e ilimitadas, os critérios de validação do conhecimento são produzidos por certos corpos de categorias, a partir do acúmulo de determinadas experiências, ordenadas segundo padrões seletivos e hierarquizados especificamente⁹⁸.

Qual é, então, a especificidade do discurso das ciências sociais? A resposta não é fácil. Até certo ponto, posso dizer que uma das especificidades do discurso das ciências sociais é o de falar em nome da verdade, através de um sistema de conceitos logicamente controlados. Não julgo esta pretensão

⁹⁷ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. pp. 82-83.

⁹⁸ SOARES, Luiz Eduardo. Hermenêutica e Ciências Humanas. In: GAUER, Ruth M. Chittó. A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. pp. 57-58.

inválida, mas apenas insuficiente. Provavelmente, ela satisfaz uma das várias funções das ciências sociais, que é a de submeter a um processo de constante objetivação os determinantes históricos das relações sociais. Ora, com isto não quero afirmar a existência de uma única teoria que deva ser legitimada como processo de objetivação do real. Existe um conflito teórico que torna abertos os discursos da ciência à crítica e à utilização de suas coordenadas, que, em última instância, apresenta uma dependência política. *O ponto de vista epistemológico tradicional aspira o comando desse processo de objetivação.* Por outro lado, *deve-se considerar que a verdade produzida pelos discursos de objetivação é socialmente consumida, atendendo a necessidades políticas.* Desta forma, precisa-se admitir a existência de *certos efeitos de verdade, construídos em nome de um processo de objetivação, tornado estereotipado. Surge, assim, a necessidade de falar de um outro plano epistemológico, fundamentalmente preocupado com a política das verdades.* Neste nível de análise, o discurso científico torna-se estratégico, utilizando a verdade como um jogo que acarreta efeitos políticos. (...) A ortodoxia epistemológica pode ser definida como uma tradição de objetividade abstrata. A tradição de objetividade concebe o mundo social como sendo um sistema de regularidades objetivas e independentes. A proposta sugere a oisificação das relações sociais, o que permite pensa-las em seu estado inocente. Desde já, a inoência deste saber impede a percepção da existência de um programa político da verdade. É precisamente a perda desta inocência que vai permitir seus efeitos políticos da sociedade. Para isso, parece-me que precisamos nos afastar da tradição objetiva e abstrata, na medida em que instaura um sistema de crenças, que nos força a não considerar o poder da verdade e, principalmente, a crer que os sujeitos do conhecimento e os objetivos que ele produz são dados prévios e definitivos. Este sistema de crenças ainda nos obriga a rer que as verdades podem ser encontradas pelos sujeitos a partir de um desenvolvimentos progressivo do espírito, comandado pela razão e pela experiência. (...) Enfim, cre-se que o processo de objetivação das relações sociais é limitado e permanentemente envolvido por uma metafísica emergente dos efeitos políticos, pela utilização estratégica do discurso objetivante, mas que necessita ser revisto pela crítica racional. O discurso de objetivação é dialeticamente alterado pelas pressões do meio institucional⁹⁹.

Surgem então dois grandes paradigmas acerca da verdade frente ao processo, pois de um lado tem-se a verdade material (como correspondência) e de outro lado a verdade formal (ou relativista). Estes são dois paradigmas hegemônicos, que demonstram um dualismo quanto à verdade, cabendo a reflexão que a ciência jurídica como tal, é precisamente o conhecimento criado em uma

⁹⁹ WARAT, Luis Alberto. Dilemas sobre a História das Verdades Jurídicas. Tópicos para Refletir e Discutir. In: Seqüência, Florianópolis, nº 2 p. 33-35, 1982c. pp. 3-8.

investigação-verificação. Isso porque o processo recria o aspecto cognoscitivo da ciência, por isso, a verdade não pode resultar um sofisma, e menos ainda convalidar algo que seja um esforço estéril. O processo tem que encontrar a verdade, não sua verdade, simplesmente porque a atividade probatória não consagra superstições, nem abençoa ideologias¹⁰⁰.

Nasce do exposto (pois isso se aclare somente no âmbito da reflexão – nada mais) uma reflexão: se toda aparência é aparência de uma verdade, quando assume-se que a verdade não existe, somente restam suas aparências. Morta a verdade, somente subsistem suas aparências: não têm-se fatos, somente interpretações. Mortos os fatos, somente fala-se dos mesmos, de sua morte, de sua recordação, através de suas interpretações. Pois se a verdade está morta e as aparências são aparências da verdade agora morta, não morrem também as aparências?¹⁰¹. Deve-se, sim desvelar a verdade que se apresenta com o ser-aí (*Dasein*).

Conclusão

Conforme restou demonstrado no decorrer do estudo proposto, resta evidente a necessidade de superação da figura do juiz solipsista por um juiz que caminhe no bosque da construção de uma verdade hermenêutica. Pois, aquele juiz solipsista evidencia-se como uma figura desconectada, desconhecadora, despreocupada para com o Direito (realidade fática- contexto), decide as demandas que lhe são apresentadas de acordo com sua vontade, experiência etc., transformando o ato de entrega da tutela jurisdicional do Estado em um ato de vontade, o que é feito ao desconsiderar os fundamentos que o vinculam ao mundo do Direito (substituição do fundamento pelo argumento).

De tudo, o juiz voltado à dogmática que persiste no Novo CPC detém subsídios para a formação de autoridade que se impõe pelos poderes instrutórios que são resgucios do sistema inquisitorial, o qual passa a fomentar a filosofia da conciencia que demonstra-se pelo narcisismo humano que voltou-se todas as

¹⁰⁰ “Desde otra perspectiva, la verdad materiales puede reflejar como uno de los objetivos esenciales de cualquier proceso, porque la determinación de los hechos deben ser reales, al ser jurídicamente intolerable que se debata un proceso entre ficciones. Mientras que la verdad formal reducida a los hechos probados en la causa, sostiene una justificación de la sentencia que solamente se apoya en la convicción adquirida por la habilidad o la persuasión lograda con los medios y la actividad probatoria” (GOZAÍNÍ. Op. cit. pp. 5-6).

¹⁰¹ Veja-se, o aludido por: SZTAJNSZRAJBER, Darío. ¿Para qué sirve la filosofía? Pequeño tratado sobre la demolición. Planeta. pp. 156-157.

Ciências que tem como base o Ocidente, deve-se sim repensar os artigos que autorizam o subjetivismo, sendo que calcado junto ao sistema inquisitorial deve ser revisto e desvelado este por uma teoria da verdade que lhes traga respostas por uma verdade decantada de vícios como demonstrou-se pelas teorias da verdade como correspondência e pela teoria relativista da verdade.

Portanto, não compreendendo (pré-conceito) os fundamentos e vínculos do Direito (hermenêutica fenomenológica) dividem o mundo dos fatos em difíceis e fáceis, interpretando, quando pouco (somente nos casos difíceis pelo método do sopesamento) para descobrir o conteúdo da norma, extraindo o significado ideal do texto, o que é feito ao acreditar-se no “no mito do dado”. Para combater esse mal que impinge desmandos ao mundo jurídico, impõe-se, assim, ao Judiciário uma atuação que reúne à coerência e integridade necessárias a assegurar as condições asseguradas Constitucionalmente para com a resolução de lides individuais e coletivas¹⁰².

A hermenêutica se apresenta, nesse contexto, como um espaço no qual se pode pensar adequadamente uma teoria da decisão judicial, livre que está, tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática, como também daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas e/ou sistemas. Nisso talvez resida a chave de toda a problemática relativa ao enfrentamento do positivismo e de suas condições de possibilidade¹⁰³. As doutrinas processuais modernas devem desapegar-se da busca da verdade (real-correspondência e formal-relativa) vista como uma verdade que se revela da própria consciência do intérprete-julgador, devendo sempre incluir nas discussões a hermenêutica da faticidade.

A decisão exarada pelo juiz¹⁰⁴ não deve seguir suas íntimas convicções fulcradas apenas e tão somente na consciência do sujeito, aprisionando o sujeito assujeitador, ou seja, vem a “aprisionar” a realidade por intermédio de nossa rede de sentidos: filosofia da consciência¹⁰⁵.

¹⁰² ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica*. A metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 55.

¹⁰³ STRECK. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 508.

¹⁰⁴ “La obra final del juez es una decisión, (...), el deber del juez es el obtener las pruebas de una y otra parte, en la mejor forma posible, compararlas, y decidir, según su fuerza comprobante. Así, pues, el arte de enjuiciar no es en substancia sino el arte de producir las pruebas” (BENTHAM. Op. cit. pp. 2-4).

¹⁰⁵ STRECK. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Op. cit. p. 68.

Neste sentido, o ‘homem’ visto como parte no processo tem a faculdade de mover aquelas peças do jogo do Direito Processual tendo de observar o cumprimento de outras¹⁰⁶, para que, de tal forma a Verdade vá sendo desvelada-desocultada, e por esse compreendernão compreende o tu, mas aquilo que este nos diz de Verdadeiro. Com isso eu tenho em mente aquela verdade que se revela a alguém somente através do tu, e somente pelo fato de que aquele permite que esse outro lhe fale algo. É exatamente isso que ocorre com a tradição histórica¹⁰⁷.

Para que assim resolva o problema que: é dar sentido aos fatos”, pois, “não lhes basta estabelecer sua veracidade. Esta é a tarefa é do historiador, não do magistrado. O Direito nasce do fato, mas com ele não se confunde. As proposições mais simples poderiam parecer óbvias, dependendo do respectivo contexto poderão ter significados diversos e até antagônicos¹⁰⁸.

E ainda, Gadamer¹⁰⁹ aponta que a função do historiador realiza-se pela mesma reflexão que deve orientar o operador do Direito, medindo assim o conteúdo fático do que compreendem de um e de outro modo vem a ser o mesmo. Portanto, somente existe conhecimento histórico quando em cada caso o passado é entendido na sua continuidade com o presente, e isto é o que realiza o jurista na sua tarefa prático-normativa, quando procura realizar a sobrevivência do direito como um *continuum* e salvaguardar a tradição da ideia jurídica^{110; 111;112}.

¹⁰⁶ Veja o que alude: ORTEGA Y GASSET. Op. cit. pp. 83-84.

¹⁰⁷ Ensina neste sentido GADAMER. Op. cit. pp. 24-25.

¹⁰⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. Verdade e Significado. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 269.

¹⁰⁹ “La hermenéutica de Gadamer contiene implícitamente, y en parte explícitamente, la pretensión de abrazar la Histórica. Como la teología, la jurisprudencia, la poesía y su interpretación, también la historia (*Geschichte*) se convierte en un subcaso del comprender existencial. Para poder vivir, el hombre, orientado hacia la comprensión, no puede menos que transformar la experiencia de la historia en algo con sentido (*in Sinn*) o, por así decirlo, asimilarla hermenéuticamente” (KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Paidós, 1997. p. 70).

¹¹⁰ Segue, GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Op. cit. pp. 483-486.

¹¹¹ Ver: CARNELUTTI. Op. cit. pp. 49-50 e 59.

¹¹² Velloso aponta que o Juiz e o Historiador de forma idêntica atuam, pois: “particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) sin hechos afirmados que le sirvan de sustento. De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idêntica a lo que hace un

Essa fusão entre Juiz e Historiador, se dá pela *interrogação no que tange a hermenêutica de cunho filosófico*, perguntando e respondendo, a conversação, o diálogo: são fenômenos fundamentais da hermenêutica fenomenológica. A compreensão e a pré-compreensão são uma condição de conversação aberta entre passado e presente, em que um intérprete põe tudo o que tem a serviço de reconstruir um sentido dialógico com a tradição. Portanto, esse intérprete apreende um sentido que tem pretensão de ser verdade e não mentira (falsidade ou erro), e o esclarecimento se apresenta. A compreensão e a pré-compreensão vinculam-se a uma determinada noção de verdade, e não precisamente a de adequação do subjetivo e do objetivo¹¹³.

Assim conclui-se que a hermenêutica, como doutrina da compreensão e da pre-compreensão possui um rango histórico-ontológico, e a linguisticidade constitui o modo de execução ínsito nela que não se deixa objetivar metodicamente. Sem esse tipo de possibilidade previamente da experiência do mundo, o *Dasein* humano, mãos além de todas as ciências, nem sequer é pensável. De tal maneira a determinação da relação entre hermenêutica e história se mostra sem dúvida a baixo de uma nova luz. A hermenêutica estaria, por assim dizer, condenada a reacionar ante a um acontecimento pre-determinado teoricamente pela História. Logo a história remete – formulado em termos sensíveis – a nexos de ações, a formações de finitude em um âmbito também extralinguístico; a hermenêutica remete a sua compreensão e pre-compreensão. Esta resposta tem inevitavelmente um certo valor intrínseco, pois resulta demasiadamente simples para ser somente verdadeira¹¹⁴.

historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado en el presente debe analizar hechos que se dicen cumplidos en el pasado. Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en tanto éste puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido -y, por ello, los muestra y glosa- el juzgador debe encuadrarlos necesariamente en la norma Jurídica (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para lo futuro, declarando un Derecho y, en su caso, condenando a alguien al cumplimiento de una cierta conducta. En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el presente los hechos acaecidos en el pasado y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el futuro para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales” (VELLOSO. La Prueba Judicial (Reflexiones críticas sobre la Confirmación Procesal). Op. cit. pp. 29-30).

¹¹³ Importante destacar a tradição para Rubio que melhor resume Gadamer, ver em RUBIO, Fco. Javier Benítez. La restauración de la dimensión originaria de la verdad en Gadamer. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/174868188/Benitez-Rubio-Fco-Javier-LA-RESTAURACION-DE-LA-DIMENSION-ORIGINARIA-DE-LA-VERDAD-EN-GADAMER>> [Acessado em: 12-01-2015]. pp. 17-19 e 27.

¹¹⁴ KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. Op. cit. pp. 87-77.

Do todo exposto resta claro que o direito Processual não trabalha com verdades absolutas, mas com versões, ao menos à luz da perspectiva hermenêutica, é que a interpretação do fato (direito) só se faz possível quando o intérprete está inserido em uma situação hermenêutica fenomenológica. Esta é que fornecerá os elementos necessários ao próprio ato interpretativo a partir de sua condição de ser-no-mundo, a tradição em que está inserido e de sua percepção em diferenciar os pré-juízos legítimos/autênticos (pré-compreensão e compreensão) de ilegítimos (pré-conceitos inautênticos), além de sua capacidade na antecipação de sentido¹¹⁵.

Contudo, o problema que se tem no Direito, é o de que este continua até hoje refém, de um lado, do objetivismo e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência¹¹⁶, justamente por não compreender a proposição apresentada pela hermenêutica filosófica fenomenológica que apresenta a faticidade como um importante elemento de integração do Direito. É chegada a hora, pois, da superação de qualquer pretensão objetivista e subjetivista como métodos de interpretação do caso concreto (sempre fruto de uma compreensão hermenêutica e, portanto, conteudística, que se constroí no interior de uma subjetividade), o que mantém os operadores do Direito na condição de reféns do positivismo jurídico e do (continuado) apego ao esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência¹¹⁷.

A Filosofia Contemporânea, que pretende descrever a angustiada situação do homem de nossa época e que faz dele o centro de sua mediação, obriga a todos os jusfilósofos a revisar seus pontos de vista sobre a situação do jurídico no mundo (ser-ai) e sobre seu papel e seu sentido para a vida humana. Se filosofia é a permanente problematicidade, é dizer constante urgência por saber algo, necessidade inelidível de encontrar situações presentes, se faz imprescindível o replanejar dos mais importantes temas jusfilosóficos a fim de adequá-los aos aportes da filosofia última para aproveitar seus resultados e, sobretudo, sua metodologia. Apontam já os precursores desta atitude, precursores que experimentam a ânsia de marchar a fundação de uma nova Filosofia do Direito que apresenta como tarefa prévia de aproximação nítida do fato fundamental da existência, para inserir em que o Direito como uma de suas formar radicais¹¹⁸.

¹¹⁵ ISAIA. Op. cit. p. 65.

¹¹⁶ STRECK. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Op. cit. p. 465.

¹¹⁷ ISAIA. Op. cit. p. 75.

¹¹⁸ SESSAREGO, Carlos Fernández. Bosquejo para una Determinación Ontológica del Derecho. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1950. p. 5.

A fenomenologia hermenêutica dedica-se a explicitar essemodo de conhecer do mundo, do ser-no-mundo, do *Dasein*, sustentado pelo ser-em. Dele se alimenta toda a teoria do conhecimento.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Edição Revista e Ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABELLÁN, Marina Gascón. Free dom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. In: CARBONELL, J. Miguel; HENRÍQUEZ, Jesús Orozco; VÁZQUEZ, Rodolfo (Coords.). Estudios sobre la Prueba. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

ACERO, Misael Tirado. Verdad, Prueba e Indagación en el Mundo del Derecho y de la Sociedad. In: Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Bogotá, D.C. Colombia - Volúmen XIV - No. 27 - Julio - Diciembre 2011.

AROCA, Juan Monteiro. Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil. Tomo II. 10ª ed. Valencia: Tirant to Bllanch, 2001.

BAZARIAN, Jacob. O Problema da Verdade. Teoria do Conhecimento. 2ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1985.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. La Valoración de la Prueba: Verdad de los Enunciados Probatorios y Justificación de la Decisión. In: CARBONELL, J. Miguel; HENRÍQUEZ, Jesús Orozco; VÁZQUEZ, Rodolfo (Coords.). Estudios sobre la Prueba. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

----- Prueba y Verdad en el Derecho. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas. Tomo Primero. Paris: Bossange Freres, 1825.

BETTIOL, Giuseppe. Istituzioni di Diritto e Procedura Penale. Padova: Cedam, 1966.

CAMBI, Eduardo. Verdade Processual Objetivável e Limites da Razão Jurídica Iluminista. In: Revista de Processo - Vol.96 Revista dos Tribunais, 1999.

CAMISÃO, Susy Darling Alves de Alves. A Verdade Processual. Universidade do Porto Faculdade de Direito, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um Processo. 2ª ed.. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

DELLEPIANE, Atonio. Nova Teoria da Prova. 5ª ed.. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958.

DETIENNE, Marcel. Os Mestres da Verdade na Grécia Arcaica. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 1988.

ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de la Prueba Judicial. Anotado y Concordado Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1981.

----- Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalúa Editor, 1981.

FELIX, Juarez Rogério. Verdade e Mentira no Processo Civil. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/professor/juarezfelix/material_pdf/004.pdf> [Acessado em 03-01-2015]. FERRER, Ana Giacometto. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2013.

FLORES, Antonio Salcedo. La Verdad Procesal. *In*: Alegatos, núm. 58, México: Septiembre-Diciembre de 2004.

FONT, J. Garcia. Ciencia y Ocultismo. Barcelona: Ediciones Decálogo, 1990.

FUMAROLA, Luis Alejandro. Valoración del Juez sobre la Prueba Pericial Producida en el Proceso Civil. *In*: VELLOSO, Adolfo Alvarado (org.). El Juez y la Prueba. Santa Fé-AR: Colección Ensayos Procesales, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Verdade, Verossimilhança e Probabilidade na Teoria Geral da Prova. *In*: RDCPC n. 30. Janeiro-Feveiro 2005.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. La Verdad y la Prueba. Disponível em: <<http://www.gozaini.com/publicaciones/monografias/verdadyprueba.PDF>> [Acessado em 30-06-2014].

GUARDIA, Lucas. Ficción y Realidad del Principio de Publicidad del Juicio (La Imaginación al Derrumbe de la Verdad). *In*: Lecciones y Ensayos.

IACCARIO, Antonio. Verità e Giustizia per um'ontologia del pluralismo. Città Nuova.

ISAIA, Cristiano Becker. Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica. A metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. Historia y hermenêutica. Barcelona: Paídos, 1997.

LEGEAIS, Raymond. Les Règles de Preuve en Droit Civil. Permanences et Transformations. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955.

NEWMAN-PONT, Vivian. Falso o Verdadero (¿El Derecho a la Verdad es Norma Imperativa Internacional?). *In*: International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 43-69, 2009.

ORTEGA Y GASSET, José. La verdad como Coincidencia del Hombre Consigo Mismo. *In*: Obras Completas de Jose Ortega y Gasset. Tomo V (1933-1941) Sexta Edición. Madrid: Revista de Occident, 1961.

PASSOS, J.J. Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Guilherme Setoguti. Verdade e Finalidade da Prova. In: *Repro. Revista de Processo*. Ano 37. Vol 213. Novembro de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEYRANO, Jorge W. El Juez y la Búsqueda de la Verdad en el Proceso Civil. Disponível em: <<http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/Eljuezyverdad.pdf>> [Acessado em 02-02-2015].

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Verdade, uma busca sem fim. In: ROCHA, Leonel Severo; Streck, Lenio Luiz (orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PORTANOVA, Ruy. *Motivação da Sentença*. 4ª ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

QUIJANO, Jairo Parra. *Manual de Derecho Probatorio*. 15. ed. Bogotá: del Profesional, 2006.

RIBEIRO, Darci Guimaraes. *Provas Atípicas*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

RICOEUR, Paul. *Historia y Verdad*. 3ª ed. Madrid: Encuentro Ediciones, 1995.

RUBIO, Fco. Javier Benítez. La restauración de la dimensión originaria de la verdad en Gadamer. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/174868188/Benitez-Rubio-Fco-Javier-LA-RESTAURACION-DE-LA-DIMENSION-ORIGINARIA-DE-LA-VERDAD-EN-GADAMER>> [Acessado em 12-01-2015].

SANTOS, Moacir Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV (arts. 332-475). Rio de Janeiro: Forense, 1988.

SERRANO, Agustín Luna. *Certeza y Verdad en el Derecho*. Almería: Lectio doctoralis, 2012.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Bosquejo para una Determinación Ontológica del Derecho*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1950.

SILVA, Ovídio Baptista da. Verdade e Significado. In: ROCHA, Leonel Severo; Streck, Lenio Luiz (orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STEIN, Ernildo. *Pensar e Errar um ajuste com Heidegger*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade. O Juiz e a Construção dos Fatos*. Filosofia do Direito. Barcelona: Marcial Pons, 2012.

----- *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Justo: O Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real*. In: AMLJ – Academia Mineira de Letras Jurídicas, 2001.

THEODORO, Humberto. Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna). In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 1999, n. 03.

VELA, Dúber Armando Celis. La verdad de los hechos en el proceso judicial. In: Criterio Jurídico. Santiago de Cali V. 9, No. 2, 2009-2.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. La Prueba Judicial (Reflexioes críticas sobre la Confirmación Procesal). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

EL PROCEDIMIENTO MONITORIO PENAL EN CHILE: LAS CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE UNA INNOVACIÓN LEGISLATIVA*

Semillero de Derecho Procesal - Universidad Diego Portales, Chile
Gustavo Andrés Fuenzalida Muñoz^I, Francisca Carrasco Masoglia^{II},
Emiliano Bustamante Yáñez^{III}, Claudia Charles Pacheco^{IV},
Benjamin Letelier Cibie^V, Francisco Galaz García^{VI},
Rafaela Moreno Fernández^{VII}, Carolina Durán Nicomán (Ponente) ^{VIII},
Alfonso Zuazo Echenique^{XIX}
Director: Fernando Santelices Ariztía^x

Resumen

El proceso monitorio en el sistema penal chileno fue introducido por la reforma procesal penal en el año 2000. Su incorporación en materia penal representó una innovación no solo en Chile, sino en toda Latinoamérica. Este proceso, que está enfocado en la judicialización

Recibido: septiembre 11 de 2015 - Aprobado: febrero 29 de 2016

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: DURÁN, Carolina; FUENZALIDA, Gustavo Andrés; CARRASCO, Francisca; et al. El procedimiento monitorio penal en Chile: las consecuencias negativas de una innovación legislativa. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 43, enero – junio. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 119-152. Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVI Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho- Nivel Pregrado, que se llevó a cabo en el marco del XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Pereira los días 9, 10 y 11 de septiembre de 2015, la cual quedó en el cuadro de honor de las ponencias mejor escritas del concurso. Los autores son estudiantes que hicieron parte del Grupo de Semilleros de Investigación en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Chile, dirigido por el Dr. Fernando Santelices.

de faltas, ha tenido una amplia aplicación en nuestro sistema; sin embargo, no ha sido estudiado en profundidad por la doctrina chilena ni comparada. El análisis del proceso monitorio bajo un punto de vista crítico, tanto en su estructura como en su aplicación y alcances, -basado en una completa revisión bibliográfica sobre la materia y en la información obtenida de los propios actores del sistema de justicia criminal-, nos permite concluir que no se encuentra justificada su implementación como una materia penal. Nuestra propuesta es que debe trasladarse la persecución de faltas a una sede jurisdiccional distinta o resolverse mediante los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

Palabras clave: Procedimiento monitorio, proceso penal, faltas, persecución penal.

-
- ^I Estudiante de quinto año de Derecho, Universidad Diego Portales. Ayudante del Departamento de Derecho Procesal, Procurador en Consultorio Jurídico Población Santiago.
- ^{II} Estudiante de quinto año de Derecho, Universidad Diego Portales. Ayudante del Departamento de Derecho Procesal.
- ^{III} Estudiante de quinto año de Derecho, Universidad Diego Portales. Ayudante del Departamento de Derecho Procesal. Coordinador general de la escuela Sindical Teresa Flores.
- ^{IV} Estudiante de quinto año de Derecho, Universidad Diego Portales. Ayudante del departamento de Derecho Procesal. De forma externa a la Universidad, es coordinadora de equipo de voluntariado de la comuna de San Bernardo y ayudante de alumnos de colegios vulnerables.
- ^V Estudiante quinto año de Derecho, Universidad Diego Portales. Ayudante departamento Derecho procesal año 2014-2015. Miembro de la Academia de Derecho y Consumo UDP año 2012.
- ^{VI} Egresado de Derecho, Universidad Diego Portales. Ex-Ayudante departamentos de Derecho Penal y Procesal Civil. Estudiante de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal UDP.
- ^{VII} Egresada de Derecho, Universidad Diego Portales. Ayudante de Derecho Penal y Derecho Procesal. Procuradora del estudio jurídico Urenda Rencoret Orrego y Dörr Abogados.
- ^{VIII} Estudiante de quinto año de Derecho, Universidad Diego Portales. Ayudante del Departamento de Derecho Procesal. Ayudante de los ramos de Instituciones Políticas, Derecho Constitucional Orgánico y Derecho Administrativo. Ayudante de investigación Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014.
- ^{XIX} Egresado de Derecho Universidad Diego Portales, ayudante del Departamento de Derecho Procesal. Miembro de la Academia de Derecho y Consumo UDP año 2014. Procurador del estudio jurídico Philippi, Prietocarrizosa & Uría.
- ^x Abogado. Máster en Ciencias Jurídicas, Universidad Pomeu Fabra, Barcelona. Profesor de Derecho Procesal, Universidad Diego Portales, Chile.

Abstract

Payment order procedure (*procedimiento monitorio*) in the Chilean criminal justice system was introduced by the criminal justice reform of 2000. This procedure represented a great innovation not only in Chile but in Latin America. The scope of this procedure is the prosecution of acts that constitute misdemeanor and has been widely used. However, it has not been a focus of studies from the Chilean legal academia or any at comparative level. A critical analysis of this procedure, in its structure, application and effects, -based on a full bibliographic research in what regards to this matter and the information obtained from the main participants in the criminal justice system-, lead us to conclude that there is no justified reason to maintain it as a matter of the criminal justice system. We propose to relocate the prosecution of misdemeanors in a different jurisdiction or in a context of an alternative dispute-settlement scheme.

Key words: Payment procedure, criminal procedure, failures, criminal prosecution.

Introducción

En este año 2015 se cumplen 10 años desde que entró en vigencia en la Región Metropolitana de Chile una profunda reforma al sistema procesal penal, la que había comenzado unos años antes a implementarse de forma gradual en las distintas regiones del país. El nuevo proceso penal es de carácter acusatorio y sus principios fundamentales son, entre otros, la oralidad, la inmediatez y la publicidad. Este sistema gira en torno al juicio oral y todas las etapas anteriores al mismo son diseñadas en relación a este, lo cual transforma el juicio oral en la instancia principal que permite resguardar el derecho al debido proceso de todos los intervinientes, en todas sus manifestaciones, tal como se encuentran consagradas en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en nuestro país. El juicio oral aseguraría una sentencia definitiva basada en información de alta calidad.

Sin embargo, a pesar de la importancia del juicio oral en el sistema procesal penal chileno, también existen muchos mecanismos de simplificación procesal, que tienen por objetivo racionalizar el trabajo del órgano encargado de la persecución penal y ofrecer una solución rápida a aquellos delitos de baja criminalidad. Entre ellos, encontramos el procedimiento monitorio. Dada su ubicación en el Código Procesal Penal ("*De los procedimientos especiales*"), podemos desprender que su objetivo, en tanto mecanismo de simplificación procesal, es racionalizar la carga de trabajo del órgano persecutor penal con el

fin de aminorarla y propender a su eficiencia para casos más complejos, toda vez que se aplica frente a conductas contrarias al ordenamiento jurídico de baja gravedad y criminalidad reducida. Se encuentra consagrado en los artículos 392 y 393 del Código Procesal Penal chileno, cuyo ámbito de aplicación son las faltas respecto de las cuales el Ministerio Público pidiere como sanción solo una pena de multa.

El procedimiento monitorio en materia penal ha sido una innovación del sistema procesal penal chileno, sobre todo dentro del contexto latinoamericano. En este sentido, el procedimiento monitorio en el ámbito procesal penal no ha sido objeto de numerosas investigaciones y se vuelve, por tanto, un tema novedoso no solo para Chile, sino para todo el continente.

Dadas estas circunstancias, el presente trabajo pretende analizar la implementación de la técnica monitoria en el proceso penal chileno. Para realizar este análisis, metodológicamente hemos efectuado una revisión bibliográfica en materia de Derecho procesal, hemos recurrido a fuentes oficiales (oficios y boletines estadísticos del Ministerio Público), hemos entrevistado a diversos operadores del sistema (dos fiscales, un Juez de Garantía y dos académicos del Derecho) y hemos buscado y analizado información estadística no oficial disponible.

Para lograr este objetivo, estructuramos el trabajo de la siguiente manera: en primer lugar, se hace una aproximación al procedimiento monitorio y a la técnica monitoria en general, para luego presentarlo en el ámbito procesal penal chileno; en segundo lugar, se expone el rol de los intervinientes en este procedimiento en Chile (Ministerio Público, Imputado, Juez de Garantía y Víctima); posteriormente, expondremos algunas cifras que muestran el uso e impacto de este mecanismo de simplificación en el sistema procesal penal chileno, para lo cual nos centramos especialmente en la figura del hurto, falta sancionada en el artículo 494 bis del Código Penal; luego, y con este contexto general en mente, expondremos distintas críticas que, como estudiantes, hemos recogido y que creemos son atinentes al procedimiento monitorio en sede penal, para finalizar este trabajo con nuestras conclusiones.

CAPÍTULO I

Aproximación al sistema monitorio

Para poder abordar el tema que hemos propuesto en este trabajo, resulta necesario efectuar una breve revisión general a los fundamentos procesales de la institución de la técnica monitoria y ver cuál ha sido su acogida en la normativa y ordenamientos procesales en materia penal.

1. Técnica monitoria en general.

La técnica monitoria, según la caracterización que otorga Carocca, consiste en aquella que “permite el pronunciamiento de una sentencia sin un juicio controvertido previo, sino que solo con el requerimiento del actor”¹. A su vez, Silva Romero aclara que el monitorio es un “procedimiento especial que tiene por objeto la resolución rápida de conflictos jurídicos en los que no existe contradicción”².

En los procesos civiles, tal como establece Pérez Ragone:

“las formas monitorias pertenecen a los procesos simplificados que tienen por (1) objetivo el otorgamiento de un título ejecutivo judicial (sentencia monitoria) en forma rápida, económica y con escasa participación del órgano jurisdiccional; (2) mediante una previa intimación de pago judicial (aviso de pago y/o requerimiento de pago) (3); contra la cual el requerido no ofrece oposición oportuna y suficiente (...); (4) solo en caso de oposición pesa sobre el requirente instar el proceso contradictorio de conocimiento (...)”³.

De las definiciones citadas es posible extraer que la estructura básica del procedimiento monitorio consiste, en un primer momento, en el requerimiento de un interesado que pretende hacer valer una determinada pretensión. Luego, para tal efecto, el mismo acude a los órganos jurisdiccionales, quienes dictan sentencia sin necesidad de oír a las partes, con lo cual el requerido mantiene, contra quien pretende hacer valer dicha pretensión, el derecho a ser oído y la facultad de impugnar la resolución judicial. De lo anterior, es posible caracterizar este procedimiento como uno de rápida tramitación, dado su carácter no controvertido, que permite a su vez la descongestión de los sistemas procesales en general.

En todo caso, es necesario advertir que el procedimiento monitorio recibe distinta aplicación según el ordenamiento jurídico que se trate, de forma tal que recibirá diferente tratamiento en países como, por ejemplo, Uruguay, España o

¹ CAROCCA PÉREZ, Álex. Manual el nuevo sistema procesal penal. Cuarta edición actualizada. Santiago: Editorial Legal Publishing, 2008. p.180.

² SILVA ROMERO, Marcel. Procesos de Única Instancia. En XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014. p. 608.

³ PÉREZ RAGONE, Álvaro. En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: Caracterización, elementos esenciales y accidentales. En: Revista de Derecho de Valdivia, Vol. N° 19, N°1. Valdivia, 2006, p. 207. Disponible en versión electrónica: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100009>. [Visto el 30 de junio de 2015]. Los números indicados entre paréntesis son del autor.

Chile. Por otra parte, existen, además, numerosas variaciones, atendida la rama del Derecho que lo consagra⁴.

2. Situación comparada.

La técnica monitoria ha sido utilizada desde la antigüedad en el Derecho europeo. Sus orígenes son situados en el norte de Italia de la Alta Edad Media, siglo XIII, en donde se requería de un sistema capaz de agilizar el tráfico comercial que evitase la aplicación del juicio plenario. Fue así como se diseñó un título de ejecución rápido y eficaz, el cual se configuró como un procedimiento sin fase previa de cognición, que eludía la etapa declarativa. Durante los siglos XIV y XV este es incluido en el Derecho Germánico y se expande luego en los diversos ordenamientos jurídicos⁵. Actualmente esta técnica de cobro ejecutivo de deudas sin oposición es ampliamente reconocida por legislaciones de diversos países, tanto europeos como americanos.

Ahora bien, luego de una revisión de la legislación comparada, hemos constatado que esta técnica en el Derecho Procesal Penal es adoptada exclusivamente por el Código Procesal Penal chileno (en adelante CPP), con la salvedad del proyecto de Código Procesal Penal Español⁶. De esta forma, llama la atención que, no obstante el CPP chileno haya sido fuente de inspiración para muchos de los códigos procesales penales latinoamericanos de la última década, ninguna de aquellas legislaciones haya contemplado la figura del Procedimiento Monitorio⁷.

⁴ Ibid.

⁵ ALVARADO, Adolfo y ZORZOLLI, Oscar (dir.). El debido proceso. Buenos Aires: Editorial Buenos Aires, 2006. p. 221.

⁶ El proyecto de Código Procesal Español contempla en sus artículos 485 a 494 el Procedimiento por Decreto que es un aplicación de la Técnica Monitoria en aquellos casos en los que la acción penal tenga por objeto la imposición de una pena de multa, y en su caso la privación del derecho de conducir automóviles y motocicletas, o en caso en que la acción civil esté dirigida a la obtención de la restitución de la cosa y la indemnización de perjuicios. Disponible en web: <<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292375190463?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content->>. [Visto el lunes 29 de junio 2015].

⁷ Fueron revisados el Código Procesal de la Nación Argentina, Ley de procedimientos penales de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de enjuiciamiento Criminal de España, Código Procesal Penal Perú, Código Procesal Penal Bolivia, Código de Procedimiento Penal Colombia, Código de Procedimiento Penal Ecuador, Código Procesal Penal Costa Rica, Código de Procedimiento Penal Guatemala, Código de Procedimiento Penal Honduras, Código de Procedimiento Penal Venezuela y el Código Modelo para Iberoamérica.

3. Regulación del Procedimiento Monitorio en Chile.

En el ámbito procesal penal, Carocca define el Procedimiento Monitorio como aquel que “permite el pronunciamiento de una sentencia condenatoria con el solo mérito de los antecedentes proporcionados en un requerimiento escrito por el Fiscal, la que sí es condenatoria se notifica al imputado y se le concede un plazo para oponerse”⁸. De esta forma, el juez toma su decisión y la fundamenta en virtud de los antecedentes presentados por el Fiscal.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Procedimiento Monitorio se encuentra regulado en el artículo 392 del Código Procesal Penal como una de las posibilidades de desarrollo del procedimiento simplificado.

Es posible afirmar que el Procedimiento Monitorio es aquel procedimiento aplicable a las faltas en las que el Ministerio Público solicita la aplicación de una multa, aun cuando dichas faltas tuvieren además asignadas otras penas de diferente naturaleza, como la pena de prisión. De esta forma, se aplica cuando el Fiscal requiriese solo la imposición de una pena de multa⁹.

Según se interpreta del tenor del artículo 392 del CPP, se sigue la siguiente tramitación del procedimiento. En primer lugar, como hemos señalado anteriormente, el procedimiento en cuestión procede para faltas respecto de las cuales el Fiscal solicita solo la aplicación de una pena de multa. Luego, si el juez estima suficientemente fundado el requerimiento y la proposición relativa a la multa, deberá acogerlos inmediatamente y dictar una resolución que lo declare de este modo, esta tiene ciertos requisitos en su estructura, los cuales se encuentran determinados en el artículo antes mencionado.

Si el imputado paga la multa que se le impone o transcurre un plazo de 15 días desde la notificación de la resolución que lo condena a dicha multa, sin que el mismo reclame sobre su procedencia o monto, se entiende que acepta su imposición y la resolución tendría el carácter de sentencia ejecutoriada. En cambio, si dentro del mismo plazo el imputado manifiesta su falta de conformidad, o en el caso en que el juez no considere suficientemente fundado el requerimiento o la multa propuesta por el Fiscal, se seguirá el proceso conforme a las reglas del procedimiento simplificado¹⁰. En este caso, el Juez de

⁸ CAROCCA PÉREZ. Op. cit., p. 180.

⁹ HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Primera edición, Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004. p. 496.

¹⁰ Regulado entre los artículos 388 y 399 del Código Procesal Penal el Procedimiento Simplificado es aquel destinado al conocimiento y fallo de: i) faltas; ii) hechos constitutivos de simple delito, para los cuales el ministerio público requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (entre 61 y 540 días). Todas las actuaciones, incluido el juicio oral, se realizan ante el Juez de garantía.

Garantía debe citar inmediatamente a una audiencia conforme a las reglas del procedimiento simplificado.

Es del caso mencionar que en el requerimiento de Procedimiento Monitorio se debe señalar por parte del Fiscal el monto de la multa que se solicita aplicar. Una vez presentado el requerimiento, el Juez de Garantía puede ordenar la continuación en procedimiento simplificado (en la hipótesis ya mencionada) o dictar una resolución judicial condenatoria (en caso de que estime suficientemente fundado el requerimiento y el monto), la cual debe contener:

- a. La indicación acerca del derecho del imputado de reclamar en contra del requerimiento y de la imposición de la sanción (dentro de 15 días luego de la notificación).
- b. La indicación sobre la posibilidad que dispone el imputado en cuanto a aceptar el requerimiento y la multa, en la cual se deben señalar los efectos de la aceptación.
- c. El señalamiento del monto de la multa y la forma en que esta multa debe ser entrada en las arcas fiscales, además de la rebaja del 25% en caso de que se pague dentro de los 15 días siguientes a su imposición.

Conforme a lo establecido en el artículo 392 del CPP, el proceso monitorio se aplica a las faltas que tengan multa como pena única¹¹, así como también a las que tengan una pena principal de multa y otra alternativa¹² y las que tengan, además de multa, penas accesorias optativas para el Fiscal¹³. Esto en conformidad a lo establecido por la ley y lo señalado por la Fiscalía Nacional en sus instructivos¹⁴.

En el actual sistema procesal penal, el sistema recursivo abandonó como regla general la pretensión de controlar toda la actuación de los jueces a través

¹¹ Como es el caso de las faltas reguladas en el artículo 494 del Código Penal.

¹² Artículo 52 del Código Procesal Penal chileno:

Si el sentenciado no pagare la multa impuesta en virtud de la letra a) del artículo 50, el tribunal podrá aplicar, por vía de sustitución, la pena de asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por 60 días, o de tratamiento o rehabilitación, en su caso, por un periodo de hasta 180 días, en instituciones autorizadas por el servicio de salud competente, o la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Para proceder a cualquiera de dichas sustituciones, se requerirá del acuerdo del condenado. En caso contrario, el tribunal impondrá, por vía de sustitución y apremio de la multa, la pena de reclusión, regulándose un día por cada tercio de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses.

¹³ Como ocurre con el artículo 50 de la Ley 20.000 que sanciona el consumo de estupefacientes en lugares públicos o abiertos al público.

¹⁴ Oficio FN N°286/2010 de la Fiscalía, Ministerio Público de Chile.

de la revisión amplia de lo obrado por parte de los tribunales superiores, en lo que se suele calificar como control vertical, sustituyéndolo por un control horizontal que se manifiesta mediante una gran participación de los intervinientes durante el juicio¹⁵. Por consiguiente, el examen de las resoluciones se realiza, primordialmente, ante el mismo tribunal que conoce del asunto principal y se restringe la procedencia de los recursos procesales, lo cual limita las posibilidades de procedencia del recurso de apelación y establece como recurso principal respecto a las sentencias definitivas un recurso de nulidad.

CAPÍTULO II

Rol de los intervinientes en el procedimiento monitorio

Según lo expresado en el mensaje presidencial de la Ley N° 19.696 que establece el CPP en Chile, con la reforma al proceso penal existente en nuestro país se buscó instaurar procedimientos penales concentrados, rápidos y efectivos, pero a la vez respetando el debido proceso, que permitieran tanto descongestionar el sistema como dotar a los intervinientes de salidas y respuestas satisfactorias para los intereses de la sociedad en su conjunto, siempre bajo el respeto los principios y garantías por los que debe velar un Estado Democrático de Derecho¹⁶.

Es en ese contexto que se instituyó un Procedimiento Monitorio en el acápite de los procedimientos especiales del CPP, mediante el cual los principios formativos del procedimiento y, en particular, los objetivos prácticos que inspiraron la reforma, lograrían vislumbrarse con claridad, sobre todo aquellos que tienen relación con la celeridad y descongestión del sistema judicial, mediante la facilitación de la labor de los tribunales de Justicia y del Ministerio Público¹⁷.

Sobre esta base, entonces, los intervinientes dentro del procedimiento monitorio penal vienen a jugar un rol especial y, en parte, distinto al que pueden llegar a desempeñar en otras etapas o procedimientos dentro del proceso penal chileno.

A continuación, haremos mención de cada uno de los intervinientes que pueden y/o deben actuar en el procedimiento monitorio y el rol que en él juegan:

¹⁵ CAROCCA PÉREZ. Op. cit., p. 189.

¹⁶ HORVITZ LENNON. Op. cit., p. 31.

¹⁷ CHILE. CONGRESO NACIONAL. Historia de Ley 19.696 promulgada el 12 de octubre del año 2000. Disponible en web: <www.bcn.cl.> [Visto el martes 30 de junio 2015].

1. Ministerio Público.

El Ministerio Público es el órgano público encargado exclusivamente de la persecución penal pública en Chile, por tanto debe disponer todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y está obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal.

Los deberes del Ministerio Público dentro del proceso penal chileno están expresamente establecidos en la Constitución y las leyes. Así es como en los artículos 83 a 91 de la Constitución Política de la República, la Ley Orgánica del Ministerio Público y los artículos 77 y siguientes del CPP se establecen, entre otras, las funciones de investigación de hechos constitutivos de delito y del ejercicio de la acción penal pública, siempre dentro de los parámetros fijados por el principio de objetividad.

Con base en el marco general mencionado en el párrafo anterior y en virtud de lo expresamente establecido en el artículo 392 del Código de Procesal Penal, el Ministerio Público desempeña dentro del procedimiento monitorio las siguientes tareas¹⁸: (i) Recibir las denuncias por faltas. (ii) Realizar un análisis político criminal y una calificación jurídica del contenido de la denuncia por falta para decidir si debe perseguirla penalmente, para lo cual requerirá al Juez de Garantía respectivo a la ejecución del Procedimiento Monitorio¹⁹. (iii) Presentar al Juez de Garantía requerimiento de Procedimiento Monitorio, el cual deberá contener las menciones contenidas en el artículo 391 del CPP, a saber, a) la individualización del imputado; b) relación sucinta de los hechos; c) cita de la disposición legal infringida; d) exposición de los antecedentes o elementos que fundamenten la imputación; e) la pena solicitada por el requirente; f) individualización y firma del requirente. (iv) Seguir adelante con el Procedimiento Simplificado en caso de que el imputado se oponga al contenido de la resolución que lo condena en el Procedimiento Monitorio, como dispone el artículo 392 del CPP.

2. Imputado.

El CPP, en su artículo 7°, describe expresamente al imputado como la persona a quien se le atribuye “participación en un hecho punible, desde la primera

¹⁸ HORVITZ LENNON. Op. cit., p. 124.

¹⁹ El Código Procesal Penal otorga a los fiscales facultades discrecionales para aplicar criterios de selección respecto de los hechos que perseguirá penalmente. Estos son: i) Principio de oportunidad regulado en el artículo 170 Código Procesal Penal; ii) Archivo provisional regulado en el artículo 167 Código Procesal Penal; iii) Facultad de no iniciar investigación regulado en el artículo 168 Código Procesal Penal.

actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”. Dentro del proceso penal chileno, enmarcado en las exigencias del Debido Proceso, el imputado cuenta con una serie de garantías mediante las cuales puede hacer frente al poder punitivo del Estado. La intensidad en las que son aplicadas varía dependiendo de la etapa procesal en la que se encuentre, así como del procedimiento especial que se trate²⁰.

Como dispone el artículo 392 del CPP, el rol del imputado dentro del Procedimiento Monitorio se reduce a las siguientes garantías y posibilidades de actuación: (i) Derecho a ser notificado del requerimiento; (ii) Aceptar el contenido del requerimiento al pagar la multa impuesta con la posibilidad de obtener un 25% de descuento en la misma si pagase dentro de los 15 días siguientes a la notificación; (iii) Reclamar contra el requerimiento y la imposición de la sanción dentro de los 15 días siguientes a la notificación, lo cual se traduce en que la causa se tramitará conforme a las Reglas del Procedimiento Simplificado contenido entre los artículos 393 y 399 del Código Procesal Penal, lo cual incluso podría llegar a un juicio oral.

3. Juez de Garantía.

El Juez de Garantía es quien debe velar por los derechos de los imputados, víctimas y demás intervinientes del Proceso Penal. Encuentra su marco legal en el artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales y en los artículos 69 y siguientes del CPP.

Su rol en el Procedimiento Monitorio, como dispone el artículo 392 del Código Procesal Penal, se traduce en las siguientes actuaciones: (i) Analizar el requerimiento del Procedimiento Monitorio presentado por el Ministerio Público para ver si se encuentra suficientemente fundado; (ii) De encontrarse suficientemente fundado, debe acogerlo inmediatamente y dictar una resolución que así lo declare. Tal resolución debe contener las siguientes menciones: a) Instrucción acerca del derecho del imputado de reclamar en contra del requerimiento y de la imposición de la sanción, dentro de los 15 días siguientes a su notificación, así como los efectos de la interposición del reclamo; b) Instrucción acerca de la posibilidad de la que dispone el imputado en orden a aceptar el requerimiento de la multa impuesta, así como de los efectos de tal aceptación; c) Señalamiento del monto de la multa y de la forma en que la misma debiere enterarse en arcas fiscales, así como del hecho de que, si la multa fuere pagada dentro de los 15 días siguientes a la notificación al imputado, ella será rebajada

²⁰ CAROCCA PÉREZ, Alex. El nuevo sistema procesal penal. Tercera edición, Tomo I. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2005. p. 85.

en un 25 %, para lo cual debe expresarse el monto a enterar en dicho caso; (iii) En caso de estimar que el requerimiento no se encuentra suficientemente fundado o existiese oposición por parte del imputado dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la resolución, deberá proseguir con el procedimiento según las reglas del Procedimiento Simplificado contenidas entre los artículos 393 y 399 del Código Procesal Penal.

4. Víctima.

El artículo 108 del Código Procesal Penal define a la víctima como aquel ofendido por el delito. Dentro del Proceso Penal chileno, la víctima cuenta con una serie de derechos que son reconocidos en el artículo 109 del Código Procesal Penal y que deben ser respetados por los intervinientes, a fin de asegurar una participación activa dentro del procedimiento en cuestión.

Ahora bien, dentro del Procedimiento Monitorio, el rol de la víctima es bastante reducido pues este tipo de procedimiento no cuenta con una etapa de oposición, como ya se ha dicho a lo largo del presente trabajo. Su actuación dentro del mismo se limita a realizar la denuncia de la falta sancionada con pena de multa a la Policía. No obstante lo anterior, muchos de los requerimientos de Procedimiento Monitorio son presentados por el Ministerio Público sin necesidad de la denuncia de la víctima pues se trata de situaciones de delito flagrante y faltas generalmente sin víctima asociada.

CAPÍTULO III

Análisis empírico del Procedimiento Monitorio penal en Chile

Como fue señalado en la introducción, no existe gran información ni estudios que den cuenta de cómo opera el Procedimiento Monitorio en materia penal. Para poder vislumbrar de qué manera se aplica el Procedimiento Monitorio en Chile, se expondrán las cifras que el Ministerio Público acumula en sus cuentas públicas anuales desde el comienzo de la reforma procesal chilena. Además, también serán de utilidad en nuestra exposición dos estudios realizados por un abogado en el marco de investigación de Magíster²¹ y entrevistas realizadas

²¹ KOCH, Waldemar. El hurto falta desde la perspectiva del análisis económico. Paper de Investigación no publicado, elaborado para su Magíster en Derecho en la Universidad de Concepción. Citas y Referencias autorizadas por su autor.

por integrantes de este semillero a fiscales del Ministerio Público²². De esta forma, los datos que mostraremos a partir de estos dos canales de información no necesariamente reflejan una realidad fehaciente respecto de lo que ocurre en nuestro sistema procesal penal, ni pretenden ser un análisis estadístico representativo. Sin embargo, nos son útiles para poder analizar el impacto y uso del Procedimiento Monitorio en Chile, toda vez que los datos oficiales no son suficientemente desagregados como para efectuar otro tipo de análisis o medición.

1. Cifras oficiales del Ministerio Público.

El Ministerio Público en sus boletines estadísticos de los años 2004 a 2008 registra cifras de Procedimiento Monitorio, el cual es visto como uno de los posibles términos que contempla nuestro sistema procesal penal chileno.

Así, en el año 2004, de un total de 96.879 términos por salida judicial, 45.383 corresponden a sentencias definitivas condenatorias, es decir, un 46,8%²³. Ahora, de este total de sentencias condenatorias, 19.128 corresponden a sentencias de Procedimiento Monitorio²⁴, lo que equivale a un 42% de las sentencias condenatorias.

Bajo la misma mirada, en el año 2005 hubo un total de 175.870 términos por salida judicial, de los cuales 73.122 corresponden a sentencia condenatoria (41,5%)²⁵. Del total de estas últimas, pertenecen al procedimiento monitorio 22.994 sentencias condenatorias²⁶, lo que corresponde a un 31, 4%.

Respecto al año 2006, el número de términos por salida judicial asciende a un total de 381.829, de los cuales 120.609 corresponden a sentencia definitiva condenatoria (31, 5%)²⁷. De estas últimas, corresponden a procedimiento

²² Fiscales (cargo), que desean mantener su anonimato. Entrevista realizada con fecha 19 de mayo de 2015.

²³ FISCALÍA DE CHILE. Boletín Estadístico, 2004. p. 76. Disponible en: <www.fiscalia-dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. [Visto el 29 de junio del 2015].

²⁴ FISCALÍA DE CHILE. Boletín Estadístico, 2004. p. 49. Disponible en: <www.fiscalia-dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. [Visto el 29 de junio del 2015].

²⁵ FISCALÍA DE CHILE. Boletín Estadístico, 2005. p. 68. Disponible en: <www.fiscalia-dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. [Visto el 29 de junio del 2015].

²⁶ FISCALÍA DE CHILE. Boletín Estadístico, 2005. p. 41. Disponible en: <www.fiscalia-dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. [Visto el 29 de junio del 2015].

²⁷ FISCALÍA DE CHILE. Boletín Estadístico, 2006. p. 67. Disponible en: <www.fiscalia-dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. [Visto el 29 de junio del 2015].

monitorio un total de 43.296 sentencias condenatorias²⁸, lo cual representa un 35,8% del total.

En el año 2007, el total de términos por salida judicial es de 381.829; de este total, 120.609 corresponden a sentencia definitiva condenatoria²⁹. De ellas, 54.931 provienen de sentencias condenatorias de procedimiento monitorio³⁰, lo que equivale a un 34,8%.

Por último, respecto al año 2008, se verificó un total de 595.500 términos por salida judicial, de los cuales 215.353 corresponden a sentencia definitiva condenatoria³¹. De ellas, 85.186 son sentencias condenatorias de procedimiento monitorio³², es decir, un 39,5%.

Todo lo ya dicho se resume en la siguiente tabla:

Año	Términos por Salida Judicial	Términos por Sentencia Condenatoria	Sentencias Condenatorias por Procedimiento Monitorio
2004	96.879	45.383	19.128 (42,1%)
2005	175.870	73.122	22.994 (31,4%)
2006	381.829	120.609	43.296 (35,8%)
2007	463.770	157.764	54.931 (34,8%)
2008	595.500	215.353	85.186 (39,5%)

Tabla N° 1³³:

Las cifras oficiales en nuestro país sobre el Procedimiento Monitorio son muy antiguas y no son tan concluyentes, toda vez que en los años que existen registros estadísticos sobre el procedimiento en estudio, la reforma no

²⁸ FISCALÍA DE CHILE. Boletín Estadístico, 2006. p. 12. Disponible en: <www.fiscalia-dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. [Visto el 29 de junio del 2015].

²⁹ FISCALÍA DE CHILE. Boletín Estadístico, 2007. p. 59. Disponible en: <www.fiscalia-dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. [Visto el 29 de junio del 2015].

³⁰ FISCALÍA DE CHILE. Boletín Estadístico, 2007. p. 37. Disponible en: <www.fiscalia-dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. [Visto el 29 de junio del 2015].

³¹ FISCALÍA DE CHILE. Boletín Estadístico, 2008. p. 12. Disponible en: <www.fiscalia-dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. [Visto el 29 de junio del 2015].

³² FISCALÍA DE CHILE. Boletín Estadístico, 2004. p. 18. Disponible en: <www.fiscalia-dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. [Visto el 29 de junio del 2015].

³³ Elaboración propia.

se encontraba vigente en todas las regiones del país. Es por ello que se ve un aumento de términos por salida judicial por cada año que exponemos, ya que con la vigencia del nuevo proceso penal en más regiones del país, es lógico que el número de términos aumente.

Desconocemos las razones por las cuales el Ministerio Público no efectúa un desglose por Procedimiento Monitorio en sus estadísticas más recientes. Sin embargo, durante nuestra investigación hemos accedido a otras fuentes de información no oficiales que nos permiten dar una visión sobre el tema y que a continuación se exponen.

2. Cifras no oficiales.

Una investigación efectuada en el marco de una tesis de Magíster por el abogado Waldemar Koch en la Universidad de Concepción³⁴, nos entrega algunas cifras de causas llevadas dentro de este procedimiento que nos dan luces sobre la judicialización, la caracterización de la víctima, las causas que finalmente siguen este procedimiento y, por último, las consecuencias económicas que trae consigo la implementación de este procedimiento. Esto, en conjunto con cifras obtenidas extra oficialmente de una fiscalía de gran tamaño en nuestro país, que especifican cuántas causas son llevadas y terminadas a través de esta institución, nos permite analizar aún más profundamente sobre este procedimiento.

El Procedimiento Monitorio suele ser un método de persecución ampliamente utilizado por el Ministerio Público debido a que, por regla general, los partícipes del hurto falta³⁵, una de las infracciones más cometidas y en donde resulta posible utilizar este mecanismo, son detenidos en situación de flagrancia. Esto provoca que los fiscales decidan optar por soluciones rápidas y eficaces, que tengan concordancia con la baja penalidad de estos delitos³⁶.

³⁴ KOCH, Waldemar. Análisis del resultado de la persecución penal en delitos contra la propiedad cometidos en las comunas de Concepción y Penco, durante los periodos 2009, 2010 y 2011. Tesis de Magister, Universidad de Concepción, 2014. p. 81.

³⁵ Es aquel delito falta que se encuentra establecido en el artículo 494 bis del Código Penal Chileno. El valor de la especie sustraída no supera los US\$35. En general, es cometido al interior de locales comerciales y supermercados y puede ser realizado por los propios trabajadores de estos, visitantes o proveedores. Para poder ser llevada la causa mediante Procedimiento Monitorio, se debe encontrar frustrado.

³⁶ KOCH. Op. cit., p. 81.

2.1 Judicialización de delitos dentro del ámbito de aplicación del procedimiento monitorio.

Koch realiza su investigación y se circunscribe a las comunas de Concepción³⁷ y Penco³⁸, dos ciudades ubicadas en la zona centro sur de nuestro país. Respecto de ellas podemos ver que la realización del Procedimiento Monitorio en el caso de delitos contra la propiedad, entre los años 2009 y 2011, deriva en una alta judicialización, que deja de lado el archivo provisional de las causas.

De esta forma, podemos ver que respecto del hurto falta los porcentajes de judicialización de las causas rondan entre el 91,6% y 99,3%³⁹. Por otra parte, las cifras obtenidas extraoficialmente del Ministerio Público⁴⁰ respecto de una de sus fiscalías más grandes, nos muestran que desde el año 2013 al mes de mayo de 2015 se han llevado a cabo 22.294 procedimientos monitorios. De esa cifra, 7.680 han sido por infracción a la Ley 20.000⁴¹, 5.072 debido a lesiones leves⁴², 2.447 por hurto falta y 7.095 por otros delitos no especificados.

Al hacer un análisis de los boletines estadísticos publicados por la Fiscalía Nacional en los años 2012 y 2013, podemos ver que no se hace un desglose detallado por tipo de procedimiento realizado, por lo tanto, solo es posible hacer una relación entre sentencias condenatorias otorgadas a causas respecto de ciertos delitos y la cantidad de juicios orales realizados al mismo tipo penal.

Debido a esta barrera de información, lo que se puede realizar es una estimación de cuántas faltas y hurtos se llevan por Procedimiento Monitorio. Así, podemos ver que en el año 2013 se otorgaron 73.672 sentencias condenatorias respecto de las faltas ingresadas en todo el país, de las cuales solo un 1,22% fue tramitado mediante juicio oral. Por su parte, con un total 20.891 hurtos⁴³, solo

³⁷ Concepción, VIII Región del BíoBío, Chile. 223.789 Habitantes (2014).

³⁸ Penco, VIII Región del BíoBío, Chile. 54.111 Habitantes (2012).

³⁹ KOCH. Op. cit., p. 80.

⁴⁰ Información obtenida mediante entrevista a fiscal que desea permanecer en anonimato, con fecha 19 de mayo de 2015.

⁴¹ La infracción a la Ley 20.000 que se tramita por el Procedimiento Monitorio es el porte y consumo de sustancias ilícitas, lo cual consiste en poseer, transportar, guardar o portar pequeñas cantidades de sustancias ilícitas. Este tipo penal se encuentra en el artículo 4° de la Ley 20.000.

⁴² Las lesiones leves corresponden a un daño o detrimento corporal que no lleva a producir una enfermedad o incapacidad para el trabajo importante. Se encuentran penadas en el artículo 494, numeral 5°, del Código Penal chileno.

⁴³ El Boletín Estadístico Anual no hace un desglose de los tipos de hurto que existen y los acumula en un gran grupo genérico, dentro de los cuales se encuentra el Hurto Falta.

un 2,66% fue tramitado por juicio oral. Lo que podemos inferir de estas cifras es que, frente a faltas y hurtos, el juicio oral tiene una aplicación marginal, menor al 3% en ambos casos, y que, por lo tanto, el 97% restante equivale a salidas diferentes al juicio oral, dentro de las cuales se encontraría el Procedimiento Monitorio.

2.2 Caracterización de la víctima.

De los datos estadísticos recabados para esta investigación, particularmente de la investigación de Koch, es posible derivar que las principales víctimas de hurto falta⁴⁴ han sido las farmacias, gasolineras, personas particulares, tiendas de *retail* y supermercados.

En los boletines estadísticos de la Fiscalía no se hace una especificación de quiénes son las víctimas de estos delitos falta, sino que solo se indica cuántas han sido ingresadas. Por ejemplo, en el Boletín Estadístico del año 2012, 114.871 víctimas fueron afectadas por faltas y 151.980 por hurtos⁴⁵. El Boletín Estadístico del año 2013 da cuenta de que existieron 96.112 víctimas de faltas y 153.877 de hurtos⁴⁶.

Cabe destacar que existen ciertos delitos que no tienen una víctima identificable, como lo son aquellos por infracción de Ley 20.000, por lo tanto es imposible obtener algún tipo de estadística que sea útil para este punto.

2.3 Resultados del Procedimiento Monitorio.

El análisis efectuado por Koch de los resultados de los procedimientos monitorios llevados a cabo, dependiendo de si se logró una condena efectiva o si existió algo que impidiera un resultado condenatorio, permite apreciar que el sistema –a pesar de tener un buen funcionamiento– tiene algunas falencias, las cuales ocurren debido a la existencia de numerosos casos en los que el procedimiento no llega a un resultado efectivo. Esto principalmente ocurre por la falta de emplazamiento del imputado, o porque simplemente transcurrió el plazo para que el requerido compareciera a pagar la multa impuesta o reclamar

⁴⁴ KOCH. Op. cit., p. 100.

⁴⁵ FISCALÍA NACIONAL. Boletín Estadístico Anual (Enero – Diciembre 2012). 2013. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=8995&pid=140&tid=1&d=1>> (Revisado el 30 de junio de 2015).

⁴⁶ FISCALÍA NACIONAL. Boletín Estadístico Anual (Enero – Diciembre 2013). 2014. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=13002&pid=159&tid=1&d=1>> (Revisado el 30 de junio de 2015).

de ella. Estas circunstancias promueven que el Fiscal solicite el sobreseimiento definitivo de la causa por prescripción⁴⁷.

Por otro lado, conforme a lo relatado por una jueza de garantía entrevistada, son muchos los procedimientos monitorios que si bien llevan aparejada una decisión de condena, también llevan consigo una suspensión de la misma, toda vez que el artículo 398 del CPP⁴⁸ permite esta suspensión de condena en casos de personas sin antecedentes penales. Asimismo, de acuerdo a lo investigado, en algunos casos en donde se detiene a personas por hurto falta o por faltas y estas pasan a control de detención, en ocasiones se aplica la suspensión condicional del procedimiento, lo que también dificulta tener claridad respecto a cuáles son los resultados del Procedimiento Monitorio una vez aplicado.

2.4 Análisis económico.

De acuerdo a una segunda investigación efectuada por Koch⁴⁹, el costo mínimo en que el Estado incurriría para procesar el hurto falta frustrado, a través de un Procedimiento Monitorio, es de aproximadamente unos US\$ 35 por imputado. Si este valor se multiplica por el total de requerimientos de hurtos faltas frustrados presentados por la fiscalía local de Concepción, durante los meses de agosto a octubre de 2009 (305), el costo total de la persecución penal de las faltas en solo 3 meses, y en esa ciudad, asciende a unos US\$ 10.830.

Durante ese mismo período, conforme a la investigación citada, la cuantía total de las especies sustraídas fue de aproximadamente US\$ 6.420. Luego, el ingreso que recibió el Estado de Chile mediante el pago de 50 multas obtenidas del Procedimiento Monitorio fue de aproximadamente US\$ 2.726. Esto significa que el monto recuperado por este pago equivale a un 25% aproximadamente de lo invertido en la persecución penal del monitorio.

⁴⁷ KOCH. Op. cit., p. 139.

⁴⁸ Artículo 398 del Código Procesal Penal chileno: *Suspensión de la imposición de condena por falta. Cuando resulte mérito para condenar por la falta imputada, pero concurren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. En tal caso, no procederá acumular esta suspensión con alguna de las penas sustitutivas contempladas en la Ley N°18.216.*

Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.

Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito.

⁴⁹ KOCH. El hurto falta desde la perspectiva del análisis económico. Op. cit.

Se debe señalar que aproximadamente el 72% del total de requerimientos presentados por el Ministerio Público durante aquel período corresponde a hurtos faltas cometidos a dos cadenas de supermercados operativas en la ciudad de Concepción.

CAPÍTULO IV

Críticas

Si bien el Procedimiento Monitorio parece utilizarse ampliamente en nuestro sistema procesal penal y, conforme las entrevistas realizadas, es valorada su utilidad por el órgano persecutor, la institución del monitorio en nuestro sistema penal no ha estado exenta de críticas. A continuación damos cuenta de algunas de estas críticas, las cuales surgen tanto de la revisión bibliográfica como a partir de las entrevistas realizadas a operadores y académicos en el marco de esta investigación.

1. Sobre los derechos del imputado.

Como bien sabemos, el Procedimiento Monitorio en nuestro Código Procesal Penal fue diseñado, entre otras razones, con el objeto de descongestionar el sistema judicial penal. Para alcanzar dicha finalidad, el legislador le otorgó al Juez de Garantía la facultad de arribar a una sentencia definitiva condenatoria sin previa audiencia. No obstante lo anterior, y como ya se ha mencionado en este estudio, al mismo tiempo se estableció en favor del imputado una instancia posterior a la dictación de la sentencia respectiva, en la cual este puede hacerse escuchar si existiere disconformidad de su parte con la condena, con lo cual fuerza la continuación del procedimiento, dentro del plazo de 15 días, en la forma de un simplificado.

Sin querer profundizar más en este aspecto y en conformidad con lo establecido en el párrafo anterior, es posible sostener que existiría una limitación al debido proceso, ya que el Procedimiento Monitorio restringe una de las máximas garantías del Derecho procesal, a saber, el derecho a ser oído. Si bien sabemos que este derecho se concede a toda persona que se encuentre involucrada en un proceso judicial, el nivel de protección de este puede verse inmensamente disminuido en pos de una sentencia expedita. Lo anterior en muchos casos se traduce en que el imputado cuenta con una defensa sumamente precaria, lo que en concreto implica la no concurrencia de los elementos y condiciones esenciales y necesarios para calificar este procedimiento como uno de carácter adversarial. Es más, puede llegar a ser calificado

como un mero trámite judicial, en donde bastaría la calificación del Fiscal para que se fije una sentencia definitiva.

Otro punto a destacar respecto a los derechos del imputado es aquel que da cuenta de relación con la notificación en el Procedimiento Monitorio. El CPP no regula de forma especial el modo en que la resolución debe ser notificada, por tanto, se deben aplicar las normas supletorias del Código de Procedimiento Civil (CPC). Junto con lo anterior, y por ser la primera resolución que se dicta en el procedimiento (y quizás la única), se debe aplicar el artículo 40 del CPC. Este artículo determina que la notificación debe realizarse de manera personal; sin embargo, y en palabras de Jordi Delgado, “por su propia técnica, el procedimiento monitorio tiene una lógica en la que si bien se permite la defensa del *deudor*, no es menos cierto que imprime una velocidad procedimental que, además de desconocida en nuestro ordenamiento, puede ser fuente material de injusticia si no se toman los recaudos oportunos”⁵⁰.

Una notificación poco eficaz conlleva a una reducción en la posibilidad que el imputado tiene para defenderse, lo cual puede generar una condena sin audiencia y sin su debida aceptación del requerimiento y la sentencia, con lo que se vulneraría uno de los principios fundamentales del debido proceso. En palabras del Juez de Garantía, Alejandro Sumonte, “(...) la persona se enfrenta a un papel que le dejan en su casa y que dice que se le sanciona con una multa. Pero ahí la persona puede tomar la decisión jurídica de reclamar o no. Y junto con eso determinar qué abogado lo apoyará en el tribunal. Entonces pareciera ser que se cumple solo formalmente con la posibilidad de reclamación”⁵¹.

2. Sobre los derechos de las víctimas.

Es importante que recordemos el rol que tiene la víctima como interviniente dentro del proceso, tal y como se señaló en el capítulo anterior. A este respecto, y solo para fines esquemáticos, dividiremos las faltas, y consecuentemente las víctimas, en tres tipos: (i) Primero, aquellas en razón de las cuales se afecta la integridad física o psíquica de las personas; (ii) Segundo, aquellas faltas que

⁵⁰ DELGADO, Jordi. Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal. Revista Política Criminal, Vol. N°10, N°19, 2015. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A1.pdf>. [Visto el 24 de junio de 2015].

⁵¹ SUMONTE, Alejandro. Aspectos críticos del monitorio penal. Problemas de Diseño del Procedimiento Monitorio Civil Chileno. Una evaluación desde las experiencias del Derecho Comparado. 2015. Talca. Disponible en: <http://www.utralca.cl/link.cgi//SalaPrensa/Academia/8058>. [Visto el 17 de mayo de 2015].

sancionan atentados contra la propiedad, como por ejemplo, el hurto falta, que afecta mayoritariamente a establecimientos comerciales; (iii) Por último, aquellas faltas que simplemente no tienen víctima, como ocurre con el delito de consumo de drogas de la Ley 20.000. A continuación desarrollaremos los puntos mencionados.

En primer lugar, tenemos las víctimas de faltas contra la integridad física o psíquica. En este caso nos detendremos especialmente en la falta de lesiones leves.

La víctima, dentro del procedimiento monitorio penal, no goza de ninguna instancia para interferir y plantear las alegaciones y defensas que estime prudentes para convencer o influir en la decisión del juez a dictar una sentencia condenatoria o absolutoria. Es decir, bajo esta mirada, las víctimas sufren el mismo problema que los imputados pues, como se explicó anteriormente, también se restringe su derecho a ser oídos.

Es de fundamental relevancia que la víctima pueda contar con alguna instancia para poder hacerse escuchar dentro del procedimiento, ya que en estos casos el Fiscal tiene en sus manos la facultad para calificar jurídicamente un hecho o conducta, de forma tal que puede llegar a radicarse en un procedimiento u otro y sancionar con una condena de mayor o menor intensidad (sobre el problema relativo a la calificación jurídica nos explayaremos en el acápite 5.5). En otras palabras, al quedar en manos del Fiscal la calificación jurídica del hecho, y con ello el tipo de procedimiento y consecuentemente la gravedad de la sanción aplicable al imputado, resulta relevante en este tipo de faltas la existencia de una instancia en la que la víctima pueda hacer valer sus pretensiones.

En segundo lugar, nos encontramos ante faltas que, por regla general, afectan a personas jurídicas, como empresas del *retail* o supermercados. Es preciso recalcar que, si bien existen otros tipos de víctimas –personas naturales–, la mayor importancia cualitativa y cuantitativa radica en las primeras, por lo que nos enfocaremos en ellas.

En general, pareciera que para las empresas de *retail* no tiene mayor importancia el hurto que puede darse en sus establecimientos de comercio, al menos en términos financieros, pues suelen tener incorporados y asumidos en sus presupuestos este costo. En la práctica, las empresas contratan un sistema externo (por ejemplo, Alto S.A.) para que resuelva el conflicto y asista al juicio en su representación. Si bien este tipo de víctima ve vulnerados sus derechos de la misma forma que las víctimas a las que nos referimos en el punto (i), dicha afectación no tiene mayor impacto o relevancia, pues, como dijimos, se trata de personas jurídicas que tienen a su haber una cantidad de recursos económicos para hacer frente a las pérdidas que puedan provocarse. El punto en este caso no

es si se justifica o no la existencia de una falta que proteja sus legítimos intereses, sino que si debiera el Estado y el sistema de justicia penal, con la escasez de recursos existentes, hacerse cargo de los costos que la persecución de estas faltas implica.

Finalmente, el tercer tipo de faltas que encontramos es aquel en el que no existe víctima, como es el delito de consumo de drogas de la Ley 20.000. En este tipo de faltas, nuevamente, se limita la posible defensa de la persona que las comete (como quien consume marihuana), pero no en calidad de víctima, sino de imputado, por lo que nos remitiremos a decir que se presentan los problemas mencionados en el punto 5.1.

En conclusión, todo apunta a que el mayor grado de indefensión se genera en las faltas que pertenecen al primer tipo, es decir, que se producen en contra de las personas naturales, específicamente en cuanto a su integridad física, ya que es ahí donde se limitan los derechos de personas que se encuentran realmente interesadas en el proceso, al ser supeditadas sus posibilidades de acción a la decisión de los fiscales y a la técnica monitoria, que podría no permitirles defenderse correctamente u objetar el uso del procedimiento en el que se encasillan los hechos cometidos en su contra.

3. Discrecionalidad de los jueces.

El problema que existe con los jueces guarda estrecha relación con los puntos anteriores. El Fiscal toma la decisión de calificar un hecho antijurídico como falta y, una vez realizada dicha calificación, se utiliza de forma irrevocable el Procedimiento Monitorio para resolver el conflicto como ya fue explicado.

Nos situamos, por tanto, en un segundo momento que comprende la llegada de los antecedentes al juez hasta la dictación de sentencia. En este punto el rol de juez se resume en: (i) Revisar los antecedentes remitidos por el Ministerio Público sin afectarlos en su calificación jurídica (es decir, en su consideración como constitutivos de falta) y (ii) Tomar una decisión condenatoria o absolutoria. Al seguir esta lógica, nos damos cuenta inmediatamente que el juez toma la decisión en base a lo esgrimido por una sola de las partes y a lo expuesto por escrito.

El juez, luego de la decisión estratégica del Fiscal, es quien cuenta con todas las facultades y poderes de decisión. Sin escuchar a ambas partes puede condenar o absolver al imputado. Consecuentemente, se obliga al juez a tomar una decisión “no informada” que tendrá efecto vinculante para las partes. De todas maneras, sabemos que los jueces se encuentran amparados por la sana crítica, es decir, que un juez no está obligado a calificar todo lo que le sea informado por el Ministerio

Público como verdadero. Si bien entendemos que esto es una especie de garantía para el imputado, nos vemos enfrentados nuevamente a la discrecionalidad de un interviniente en el proceso. La sana crítica, –que se basa en máximas de la lógica y la experiencia– da un amplio margen al juez para calificar “como mejor le parezca” los hechos descritos por el Ministerio Público. Tenemos entonces ambas caras de la moneda, primero, como una garantía para el imputado y segundo, como la sujeción a los criterios que el juez considere pertinentes para calificar como verdadero o falso, correcto o incorrecto lo descrito por el Ministerio Público.

Bajo esta lógica, toda sentencia condenatoria emanada de un procedimiento monitorio penal no se basará en las posiciones y relatos de las partes, sino que, en un primer momento, tendrá base en la decisión fiscal de calificar un hecho como falta y, en un segundo momento, y al haber considerado los antecedentes, se sujetará a lo que el mismo juez juzgue como contrario o conforme a derecho para dar su veredicto.

La discrecionalidad condenatoria o absolutoria de los jueces, en un proceso que solo se funda en un acta escrita que emana del Ministerio Público, sin audiencia oral, pública y contradictoria, nos genera diversas inquietudes, como por ejemplo, ¿consideramos que el juez, en este contexto, y al tener únicamente el acta como antecedente, tiene información suficiente para fallar? ¿El juicio de valor realizado por quien debe resolver, incluso imprimado por sus máximas de la experiencia, es suficiente para condenar a alguien? En consecuencia, las sentencias del Procedimiento Monitorio, a la luz del debido proceso y dado su carácter expedito, pueden –eventualmente– supeditarnos a la extrema discrecionalidad del juez, lo que deja abierta la interrogante sobre la validez y veracidad de lo que ellas contienen.

La misma ley ha permitido al juez el rechazo de un requerimiento de la Fiscalía si no se encuentra fundado, pero ¿qué se entiende por requerimiento fundado? Los requerimientos deben cumplir con los requisitos que señala la misma ley, entre los que se encuentran la identificación de la disposición legal infringida, la exposición de los antecedentes, la individualización del requirente y la determinación del monto de la multa. Aun cuando el requerimiento de la Fiscalía cumpla con los requisitos legales, el tribunal puede rechazarlo sin expresar motivo alguno.

Asimismo, la legislación vigente acota la cantidad de recursos que se pueden utilizar en el proceso penal y lo reduce en gran parte al recurso de nulidad, dentro de cuyas causales no podemos encontrar el rechazo a iniciar un Procedimiento Monitorio. Es importante destacar esto, ya que el legislador le ha dado muy baja, por no decir ninguna, importancia a este tipo de procedimientos, al no incluirlos dentro de su sistema recursivo, lo que nuevamente

nos muestra que en pos de la finalidad de descongestionar el sistema dejamos indefensos a sus intervinientes. A su vez, una interpretación adecuada del Código Procesal Penal permite apreciar que respecto a la decisión del juez que acoge o rechaza el monitorio no procede el recurso de apelación. El hecho de que el juez pueda en la práctica rechazar los requerimientos fiscales de iniciar un procedimiento monitorio, sin expresar mayor motivo, nuevamente nos deja enfrascados en una cuestión de discrecionalidad. El juez se encuentra en una posición de autoridad innegable, donde impera su mera voluntad para realizar el proceso, condenar o absolver, sin que podamos socorrernos siquiera en los tribunales superiores de justicia.

4. ¿Juez imparcial?

En base a los principios y máximas que inspiran el diseño del procedimiento penal en general, aparece como de fundamental importancia para el resguardo de las garantías de los intervinientes la necesidad de contar con un juez (o jueces) que no haya tenido previo contacto con el imputado y que, idealmente, no haya tenido conocimiento acerca de los hechos del caso ni de los antecedentes de la acusación.

Dicho esto, surge a la luz del diseño del Procedimiento Monitorio un evidente problema de imparcialidad del Juez de Garantía respectivo, pues, a diferencia de lo que ocurre con el Juicio Oral del procedimiento penal ordinario –en donde existe un tribunal colegiado compuesto por tres magistrados–, en el procedimiento en comento es labor de un juez unipersonal (Juez de Garantía) tomar conocimiento de los hechos y antecedentes para finalmente resolver el asunto. En consecuencia, el encargado de escuchar a los intervinientes –fundamentalmente al imputado– será el mismo Juez de Garantía que ya conoció los hechos de la causa y realizó un pronunciamiento sobre la misma, al haber alcanzado un grado de convicción lo suficientemente importante como para interceder en la imparcialidad necesaria que le es exigida, con lo cual se viola gravemente una garantía procesal de carácter orgánico como es la presencia de un juez imparcial.

Esta problemática no sería tan relevante en aquellas comunas o ciudades en donde los juzgados de garantía tienen más de un juez, pero ocurre que en muchas comunas de nuestro país los juzgados de garantía son unipersonales y, por tanto, es perfectamente posible que un juez que acoge un monitorio, luego sea reclamado y deba conocer del juicio el mismo juez que ya pronunció una resolución sobre el requerimiento. Si bien legalmente se podrían invocar causales de recusación y solicitar la inhabilidad del juez, esto, en la práctica, parece algo más bien teórico.

5. Mecanización de la decisión del Fiscal en cuanto a la calificación de un hecho.

El Ministerio Público en Chile funciona sobre la base de una estructura jerarquizada en virtud de la cual se establecen metas u objetivos de desempeño y efectividad.

El Ministerio Público, por su parte, no está exento de la dinámica de una institución pública ordinaria y, como tal, las fiscalías en general y los fiscales en particular deben rendir cuenta de su desempeño y logros respectivos. Dentro de dichas metas se destaca para nosotros aquella que está en relación con la obtención de una cantidad determinada de sentencias condenatorias como reflejo de un buen desempeño profesional.

Al tener en cuenta que el Procedimiento Monitorio es un mecanismo de bajo costo, desgaste y tiempo y que, al mismo tiempo, tiene una alta tasa de efectividad en la obtención de sentencias condenatorias –pues basta con la presentación de un requerimiento ante un Juez de Garantía para que este, sin previa audiencia, pueda condenar al imputado–, es posible realizar la siguiente legítima interrogante: ¿La calificación jurídica que realizan los fiscales de un hecho o conducta determinada puede llegar a verse influenciada con los incentivos mencionados anteriormente? o, en otras palabras, ¿la rapidez y facilidades que ofrece el procedimiento monitorio en relación a la carga laboral del persecutor influyen en la decisión que este pueda tomar a la hora de calificar un hecho como falta o delito, sobre todo respecto de aquellos que se encuentran en una zona gris interpretativa?

En Chile, por ejemplo, la distinción entre lo que es una lesión que no alcanza a ser delito, una falta de lesiones leves y un delito de lesiones menos graves está entregada a criterios que, muchas veces, son muy poco claros o adecuados, asociados principalmente al tiempo estimado de recuperación que debe determinar primero el profesional de la salud que observe a la víctima. En la práctica, una primera calificación jurídica penal de las lesiones muchas veces está entregada a personal paramédico con poca preparación. En este escenario, un simple hematoma puede no ser considerado una lesión, ser considerado una lesión leve o una lesión menos grave. Peor aún, una lesión más grave no apreciada por el profesional puede simplemente ser calificada como una lesión leve. En este último caso, por ejemplo, sin mayor análisis, es perfectamente posible que una lesión, que debió investigarse en un procedimiento ordinario y llegar a juicio oral, termine por un Procedimiento Monitorio e impida a la víctima buscar una sanción mayor.

Si bien somos conscientes de que la respuesta a la pregunta anterior escapa del objeto y alcance del presente trabajo, nos parece necesario dejar planteada

dicha pregunta, para evidenciar, de esa forma, un problema latente en relación con el funcionamiento del procedimiento monitorio penal en nuestro sistema. Es más, dentro de las entrevistas realizadas a fiscales y otros intervinientes, se nos enseñó el proceso utilizado para esta calificación, conforme explicamos en el párrafo anterior. En este sentido, la carga de trabajo de los fiscales es muy alta por lo que, al llegar un hecho escrito en una denuncia a carabineros, se tardan solo un par de minutos en darle la calificación de falta, se envía a la unidad encargada de procedimientos monitorios, se llena un formulario y no hay más contacto con dicho requerimiento.

El problema de la mecanización de este tipo de entidades del Estado se refleja no solo en las fiscalías, sino también en muchas entidades públicas, pero es imperativo recordar que el Derecho penal es la máxima expresión del *Ius Puniendi*, lo que hace que sea aún más grave que se mecanicen los procedimientos. Lo que sucede entonces es que, en ocasiones, no hay siquiera una mínima revisión de que los hechos hayan sido como se relata en las denuncias de carabineros, sino que se llena el formulario y son los tribunales los que posteriormente se hacen cargo. Esto nos deja con el siguiente problema: Carabineros de Chile es quien se encarga de describir el hecho, sin posterior revisión, lo que nos sujeta nuevamente a una enorme discrecionalidad, que en este caso es aún peor, ya que no estamos frente a personas con conocimientos de Derecho. Este punto se volverá a tratar un poco más adelante.

No es menor estar sujetos entonces a una doble discrecionalidad, primero a la calificación del hecho delictual (ya sea por las razones correctas o incorrectas) y, posteriormente, a la calificación sin puntos controvertidos que hará el juez al momento de condenar o absolver.

6. Rol de Carabineros de Chile.

Los Carabineros de Chile⁵² son los principales funcionarios encargados de tomar las declaraciones a las personas cuando denuncian un hecho constitutivo de falta. Son ellos los que señalan el avalúo de los bienes, toman fotografías, redactan la denuncia y con ella nutren la calificación de los hechos e incluso las pruebas de las cuales se vale la fiscalía para iniciar un procedimiento en contra del imputado.

⁵² Carabineros de Chile es una policía uniformada que cumple funciones de resguardo y control del orden público y la seguridad ciudadana. También efectúa labores de apoyo al Ministerio Público como organismo auxiliar de la investigación. En Chile existe además la Policía de Investigaciones, organismo policial no uniformado encargado principalmente de las labores de investigación.

En ese sentido, tal y como se dijo en más de una de las entrevistas realizadas, son los carabineros quienes fundan lo que será el procedimiento, es decir, depende de ellos el procedimiento que se utilizará, cuáles serán las pruebas, las especies y demás instrumentos que se usarán en el juicio, especialmente en el caso del monitorio, porque, como se mencionó anteriormente, no hay mayor tipo de fiscalización cuando dicha denuncia entra en poder de la fiscalía.

Es por lo anterior que resulta esperable que quienes tienen la labor de realizar todas las actividades bases del Procedimiento Monitorio, al punto de que dicha actividad llegue a convertirse en la piedra angular del mismo hasta llegada la sentencia judicial, tengan por lo menos una preparación jurídica suficiente que les permita, por ejemplo, redactar partes policiales con un estándar que soporte la exigencia jurídica del desarrollo del procedimiento.

Encontramos, entonces, que las denuncias y los antecedentes en los que se funda el Procedimiento Monitorio pueden llegar a adolecer de falta de calidad o no alcanzar un estándar jurídico suficiente. Lo anterior podría contaminar el resto del procedimiento, pues el fiscal se basará fundamentalmente en los antecedentes aportados por carabineros, sin mayor cuestionamiento, en virtud de la mecanización y estandarización de la tramitación del Procedimiento Monitorio, finalmente, será el juez quien decidirá sobre la base de la labor hecha por la policía.

En consecuencia, resulta preocupante constatar que, institucional y legalmente no parece existir mayor consciencia acerca del rol fundamental y la importancia que tiene este órgano para el inicio y desarrollo de los procedimientos monitorios.

7. Costo – Beneficio del Procedimiento Monitorio.

Si bien el dinero pagado producto de la condena de multa alcanzada en virtud de un Procedimiento Monitorio va directamente en beneficio fiscal, cabe preguntarse si acaso ello es realmente rentable, al considerar el hecho de que muchas de las multas representan una cantidad insignificante de pesos. En este sentido ¿Es realmente rentable realizar este procedimiento y echar a andar la maquinaria judicial completa, con todos los costos y gastos que ello implica, para finalmente obtener multas de tan bajo monto?

Con base en las cifras no oficiales expuestas en el capítulo III, y sin pretender este trabajo un análisis económico que exceda nuestras capacidades, podríamos decir que un Procedimiento Monitorio no resulta rentable ni para la víctima ni para el Estado. Desde el punto de vista de la víctima, no parece rentable pues ella no obtendría directamente ningún beneficio económico.

Por el contrario, debe desembolsar las sumas necesarias para transporte y alimentos con el objeto de prestar declaración y colaboración, junto con otras molestias de índole laboral y familiar que puedan producirse. De igual forma, tampoco parece rentable para el Estado, pues, como ya se mencionó, las cantidades que ingresan a las arcas fiscales por concepto de multas aplicadas como condenas relativas a hechos perseguidos mediante el Procedimiento Monitorio son menores a las que se deben desembolsar para poder activar el funcionamiento del aparato judicial en su conjunto. Más aún, todo indica que la mayor cantidad de procedimientos monitorios se destinan básicamente a perseguir el hurto falta que afecta a las empresas de *retail* y supermercado. De esta forma, resulta legítimo preguntarse si no sería mejor privatizar esta falta o este procedimiento y dejarlo a entero costo del particular.

Es necesario mencionar que, previo a la reforma procesal penal, muchos de los hechos que hoy son materia del Procedimiento Monitorio eran competencia de los Juzgados de Policía Local⁵³. Allí, los costos en los que el Estado debía incurrir eran considerablemente menores que los actuales. Actualmente, sigue viva la discusión acerca de la pertinencia de haber trasladado la competencia de la persecución de estas faltas desde la vía administrativa a la judicial penal.

Profesores conocedores de la materia han sugerido que incluso deberían contemplarse mecanismos alternativos de solución de conflictos antes de iniciar la maquinaria judicial. Con esto no solo ahorraríamos tiempo y dinero, sino que dejaríamos a cada uno de los intervinientes más conforme, ya que la solución los haría partícipes. Esto, por ejemplo, es lo que propone el profesor Cristián Riego⁵⁴, participe en la reforma procesal chilena y actual profesor de la Universidad Diego Portales, en una entrevista realizada para este trabajo. Claramente esto implicaría una exploración acerca de cuál sería la forma alternativa correcta, o bien nuevas formas alternativas de solución, sin embargo, este no es un tema que se encuentre zanjado en nuestra doctrina.

⁵³ Se trata de jueces de carácter especial y de primera instancia, designados por la Municipalidad (Alcaldía) que corresponda a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones respectiva y cuya competencia se encuentra expresamente descrita en los artículos 13 y 14 de la Ley 15.231, entre ellas: conocer de las infracciones, de los preceptos que reglamentan el transporte, infracciones a ordenanzas, reglamentos, acuerdos municipales y decretos de alcaldía, entre otras.

⁵⁴ RIEGO, Cristián. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, entrevistado el día 13 de Mayo de 2015.

Conclusiones

En el contexto de la Reforma Procesal Penal chilena fueron objeto de estudio la descongestión del sistema, la celeridad, la economía procesal y la protección de garantías procesales. Para las faltas, que son hechos contrarios al ordenamiento jurídico relacionado con bienes jurídicos de menor entidad, se implementó un procedimiento inspirado en la técnica monitoria. Tradicionalmente esta técnica ha sido usada en legislaciones comparadas en materias civiles y su inclusión en el proceso penal es una innovación en nuestro sistema.

Si bien apreciamos una intención, no logramos vislumbrar una justificación por parte del legislador al implementar la técnica monitoria dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal. El Procedimiento Monitorio se encuentra supeditado al buen funcionamiento de todos los sujetos procesales que intervienen en él. Como resultado de nuestra investigación pudimos apreciar que, en ciertos casos, estos presentan falencias que hacen asumir riesgos al momento de obtener una sentencia condenatoria.

Basados en las críticas expuestas en el capítulo IV, a saber, la afectación de los derechos de los imputados y víctimas, la discrecionalidad de las instituciones que intervienen en él, la eventual problemática con la imparcialidad de los jueces, la mecanización del trabajo de la Fiscalía, el rol que le cabe a la policía y el costo/beneficio para el Estado de este procedimiento, podemos concluir lo siguiente:

En primer lugar, pensamos que, si bien el uso de la técnica monitoria se justificaría en la teoría, dadas sus características de eficacia y celeridad, no podemos sino considerar que, visto a estas alturas, no fue una buena decisión por parte del legislador incluirlo en el sistema penal.

En segundo lugar, respecto del rol de la Fiscalía, si bien es evidente que el Procedimiento Monitorio contribuye a hacer más eficiente su labor, atendida la gran sobrecarga de trabajo que justificadamente se reclama, podemos apreciar una fuerte mecanización en cuanto a la selección de los casos en los que se solicitará la aplicación del Procedimiento Monitorio, mecanización que tiene aparejada algunos importantes problemas. De esto se desprende que muchos de los casos en que se presente un hecho con características de falta son encasillados dentro de este procedimiento, sin atender a la relevancia en concreto del asunto. Esta mecanización expone tanto a los imputados como a las víctimas de las faltas a una eventual errada calificación del delito, ya que, en ocasiones, no hay una revisión exhaustiva sobre las denuncias que parezcan reunir estas características, lo que puede generar el problema de que un delito se entienda como una falta y se someta a este procedimiento sin posterior recurso que lo ampare.

En tercer lugar, respecto a los jueces, estos deben tomar su decisión con base en los antecedentes expuestos en el requerimiento presentado por el Ministerio Público, el cual está fundado únicamente en el parte policial y, en su caso, la denuncia presentada por la víctima. Por lo tanto, podemos apreciar que la calidad de la información con que cuenta el juez para tomar una decisión es, en ciertos casos, insuficiente, ya que todas las intervenciones de los sujetos procesales que participan en la formación del requerimiento se reducen a un solo antecedente escrito. Es problemático, a su vez, que dentro de las normas que regulan el Procedimiento Monitorio no exista ninguna regla que determine cuándo estimar como fundado un requerimiento, por lo que queda cada caso al arbitrio del juez de turno y sin posibilidad de un recurso posterior.

Por otro lado, se corre el riesgo de que no se cumpla con el estándar de convicción del juez consagrado en el artículo 340 inciso primero del Código Procesal Penal, a saber: “Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”. Si bien el juez tiene amplias facultades en pos de la celeridad del procedimiento, creemos que en ciertos casos no se lograría alcanzar tal estándar de convicción al momento de dictar una sentencia, dado que toda la información con que cuenta el juez para dictar su resolución es el escrito del requerimiento presentado por el fiscal, estándar que sí se cumpliría en los otros procedimientos incorporados en la reforma procesal penal chilena.

Finalmente, en nuestro país hay ciertas localidades aisladas en donde se presenta una escasez de magistrados que provoca la aparición de la figura de un juez unipersonal. Este juez será el encargado de dictar la sentencia condenatoria en el Procedimiento Monitorio. Como ya se señaló a lo largo de este estudio, si el imputado se opone a la decisión del tribunal, su caso deberá ser tramitado en conformidad con la reglas del procedimiento simplificado. Aquí es donde surge el problema pues, como indicamos, el mismo juez que condenó al imputado en el Procedimiento Monitorio será quien deberá resolver el asunto en el Procedimiento Simplificado, caso tal en el que podría producirse una situación en la que se vea comprometida su imparcialidad.

En cuarto lugar, dictada una sentencia desfavorable en el Procedimiento Monitorio se impone una pena de multa al condenado. Los beneficios fiscales obtenidos por la imposición de dichas multas en muchos casos no son percibidos por el Estado, ya que no existe en el sistema procesal penal chileno un mecanismo para garantizar el efectivo pago de estas. En este sentido, el Procedimiento Monitorio no sería eficaz. En muchos casos las multas impuestas prescriben por la falta de esfuerzo o capacidad de los intervinientes a fin de que

sean efectivamente cobradas, situación que provoca que el dinero invertido por el fisco para la implementación de este procedimiento no sea recuperado en forma alguna con las condenas impuestas. Lo anterior evidencia que no solo se generan riesgos a nivel de garantías procesales, sino que estos se extienden también a la administración de recursos fiscales.

En quinto lugar, debemos tomar en consideración la naturaleza de las faltas, pues hay tipos penales que se llevan por Procedimiento Monitorio que, o bien no tienen una distinción clara entre imputado y víctima, como por ejemplo la riña; o simplemente no tienen víctima, como son las faltas contempladas en la Ley N° 20.000, con el autoconsumo de drogas como mayor referente. Incluso en faltas donde sí existe una víctima a quien teóricamente se debe proteger, no se generaría un perjuicio suficientemente grave, que justifique dejar a costa del Estado toda la puesta en marcha del sistema procesal penal para perseguir la imposición de la multa. Ejemplo paradigmático de esto son las víctimas de hurto falta, mayoritariamente, personas jurídicas como empresas de *retail* o supermercados, que han logrado hacer del Ministerio Público su principal abogado defensor.

Luego de analizar los hechos constitutivos de faltas que actualmente son tramitados según el Procedimiento Monitorio, pudimos evidenciar que, si bien son contrarios a nuestro ordenamiento jurídico vigente, estos no son lo suficientemente lesivos para justificar la puesta en marcha del aparato penal. Dicha falta de lesividad ha sido recogida por la comunidad académica y jurídica y consta tanto en el anteproyecto del nuevo Código Penal, como en el proyecto de ley que modifica el Código Penal (Número de boletín del proyecto de ley: 9274-07), el cual deroga el actual artículo 3° del Código Penal que señala: “Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas (...)” por lo señalado en el artículo 2° del mencionado proyecto de ley “Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes y simples delitos (...)”, de esta manera se eliminan las faltas del ámbito penal.

Es por eso que el Procedimiento Monitorio toma un carácter especial en el escenario político criminal, lo cual nos lleva a realizar un análisis más profundo. Al tomar en cuenta que los hechos sancionados como faltas no producen un gran perjuicio patrimonial ni social, la decisión del legislador parece bien orientada, pero en la práctica no ha respondido adecuadamente como vehículo sancionador para hechos contrarios al ordenamiento de baja entidad. Por todo ello, es a lo menos discutible que el proceso penal chileno considere este tipo de conductas como suficientes para poner en marcha el sistema penal en su conjunto, a pesar de que este sea procesado de forma rápida y expedita por un procedimiento especialmente dedicado a ello. Consideramos entonces que efectivamente no se justifica el uso de la técnica monitoria para este tipo de hechos.

Por otro lado, al analizar el daño jurídico que pueden generar las faltas, creemos que no debiesen ser objeto de persecución penal pues, como se ha dicho anteriormente, son de lesividad baja. Pero, dado que nuestro legislador ha optado por perseguirlas, debiese existir un mecanismo que cumpla con las condiciones antes expuestas, a saber: (i) una adecuada coordinación y funcionamiento idóneo de los sujetos procesales que intervienen en el procedimiento; (ii) un diseño legislativo que sea proporcional a los bienes jurídicos protegidos; (iii) una instancia que propicie la aplicación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos; y (iv) un sistema de cobro eficaz de las multas impuestas.

Para finalizar, creemos que en la práctica no se justifica la implementación de la técnica monitoria en la persecución penal. Dado que las faltas son hechos relacionados con bienes jurídicos de baja entidad, no se justifica la puesta en marcha del sistema punitivo del Estado, ya que, como sabemos, este es de *ultima ratio*. Por regla general las faltas se ciñen a hechos que pueden ser resueltos localmente. Consideramos una propuesta razonable que tales faltas sean llevadas adelante por otras instituciones jurisdiccionales o administrativas. Creemos que de esta manera llegaríamos a un mejor resultado, no solo en el ámbito económico, sino que también generaría en la víctima una mayor satisfacción de sus intereses al involucrarla en la búsqueda de una solución a su problema. Así también, el imputado tendría una mayor posibilidad de defensa.

Desde otro punto de vista, este cambio que proponemos es beneficioso también para el sistema penal, ya que en este momento los sujetos procesales del organismo jurídico están gastando recursos y tiempo de trabajo en estas causas y estas podrían ser llevadas a cabo por otros órganos jurisdiccionales.

En la práctica, creemos que trasladar las faltas al sistema de los Juzgados de Policía Local sería una posible opción, puesto que ellos se encargan de juzgar hechos que fácticamente no se alejan, en su mayoría, de los que actualmente se sancionan como faltas.

Por lo tanto, si el legislador tuviera la intención de seguir persiguiendo los hechos que constituyen falta, cuenta con órganos capaces de llevar a cabo esta persecución sin la necesidad de activar el sistema punitivo. Ello liberaría a los intervinientes que en este momento se hacen cargo de estos casos, para que puedan hacer mayor énfasis en los bienes jurídicos a los que se les otorga una mayor importancia y son juzgados mediante otros procedimientos como el Juicio Oral.

Al tener presente todo lo anterior, creemos que este procedimiento podría ser un producto o modelo jurídico exportable solo en el supuesto de que se den las condiciones propicias para su correcta implementación, de modo que hay que tener en cuenta la situación particular de cada país.

Nosotros estimamos que existen dos alternativas claras de solución frente a los efectos que ha generado la inclusión de la técnica monitoria en el sistema penal de nuestro país, a saber: (i) mejorar la coordinación y funcionamiento de las instituciones que intervienen en el transcurso de este procedimiento, a fin de poner en práctica la intención de la Reforma procesal penal, a saber, de conseguir un procedimiento económico, célere, eficaz y protector de las garantías del Debido Proceso; (ii) radicar los casos que actualmente son tramitados a través del Procedimiento Monitorio en otra jurisdicción distinta a la penal como podría ser la vía administrativa, jueces de paz u otra instancia de resolución de conflictos, mediante alguno de los sistemas alternativos que ofrece actualmente nuestra legislación.

Bibliografía

ALVARADO, Adolfo y ZORZOLLI, Oscar (dir.). El debido proceso. Buenos Aires: Editorial Buenos Aires, 2006.

CAROCCA PÉREZ, Álex. Manual El nuevo sistema procesal penal. Cuarta edición actualizada. Santiago: Editorial Legal Publishing, 2008.

CELEDÓN BAEZA, Andrés. Las faltas y su tratamiento procesal. Consideraciones en torno a la reforma. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°XXVI. Valparaíso, 2005. Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/581/549>. [Visto el 26 de marzo de 2015].

CHILE. CONGRESO NACIONAL. Historia de ley 19.696 promulgada el 29 de septiembre del año 2000. Biblioteca del Congreso Nacional.

DELGADO, Jordi. Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal. En: Revista Política Criminal, Vol. N°10, N°19, 2015. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A1.pdf> [Visto el 24 de junio de 2015].

FISCALÍA NACIONAL. Boletín Estadístico Anual. 2004. Santiago, Chile. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do?d1=30>> [Visto el 30 de junio de 2012].

----- Boletín Estadístico Anual. 2005. Santiago, Chile. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do?d1=30>> [Visto el 30 de junio de 2012].

----- Boletín Estadístico Anual. 2006. Santiago, Chile. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do?d1=30>> [Visto el 30 de junio de 2012].

----- Boletín Estadístico Anual. 2007. Santiago, Chile. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do?d1=20>> [Visto el 30 de junio de 2012].

----- Boletín Estadístico Anual. 2008. Santiago, Chile. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do?d1=20>> [Visto el 30 de junio de 2012].

----- Boletín Estadístico Anual (Enero – Diciembre 2012). 2013. Santiago, Chile. Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=8995&pid=140&tid=1&d=1>> [Visto el 30 de junio de 2012].

----- Boletín Estadístico Anual (Enero – Diciembre 2013). 2014. Santiago, Chile. Disponible en: <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=13002&pid=159&tid=1&d=1>>[Visto el 30 de junio de 2015].

----- Oficio FN N°286/2010 de la Fiscalía, Ministerio Público de Chile.

HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Primera edición, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

KOCH, Waldemar. El Hurto Falta desde la perspectiva del análisis económico. Manuscrito no publicado, Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, Concepción, Chile, 2010.

----- Análisis del resultado de la persecución penal en delitos contra la propiedad cometidos en las comunas de Concepción y Penco, durante los períodos 2009, 2010 y 2011. Tesis de Magíster. Universidad de Concepción, Concepción, Chile, 2014.

PÉREZ RAGONE, Álvaro. En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: Caracterización, elementos esenciales y accidentales. En: Revista de Derecho de Valdivia, Vol. N°19, N°1. Valdivia, 2009. Disponible en versión electrónica: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100009> [Visto el 12 de junio de 2015].

SILVA ROMERO, Marcel. Procesos de Única Instancia. En: XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014. p. 608.

SUMONTE, Alejandro. Aspectos críticos del monitorio penal. Problemas de Diseño del Procedimiento Monitorio Civil Chileno. Una evaluación desde las experiencias del Derecho Comparado. 2015. Talca. Disponible en: <http://www.utralca.cl/link.cgi//SalaPrensa/Academia/8058> [Visto el 17 de mayo de 2015].

MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN PROCESOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y EN ACCIONES POR INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, ¿UN CAMINO HACIA EL PREJUZGAMIENTO?*

José Fernando Sandoval Gutiérrez**

Resumen

El propósito del presente artículo es mostrar de qué forma las decisiones sobre medidas cautelares innominadas adoptadas en procesos de competencia desleal y en procesos de infracción de derechos de propiedad industrial pueden implicar una situación de prejuzgamiento. Para llegar a esa conclusión será necesario hacer una contextualización histórica y normativa sobre la herramienta procesal conocida como “medidas cautelares innominadas” y, en seguida, proceder a hacer un análisis crítico sobre la aplicación de las mismas en el marco de las

Recibido: diciembre 4 de 2015 - Aprobado: febrero 24 de 2016

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: SANDOVAL, José Fernando. “Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal y en acciones por infracción de derechos de propiedad industrial, ¿un camino hacia el prejuzgamiento?” *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 43, enero – junio. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 153- 176.

** Abogado (Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga), Especialista en Derecho Procesal (Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga), Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible (Universidad Externado de Colombia), Especialista en Derecho Comercial (Universidad de los Andes), Estudiante de Maestría en Derecho (modalidad investigativa) (Universidad de los Andes), Coordinador del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio (Actualmente).

aludidas materias. Al finalizar, el lector encontrará que en efecto existe prejuzgamiento, en tanto que el juez al momento de dictar sentencia se encuentra “atado” a los argumentos y conclusiones expuestos en el auto que decidió sobre la solicitud de medidas cautelares, salvo que durante la etapa probatoria se recauden elementos tan contundentes que un cambio de decisión no implique consecuencias negativas como la violación a la seguridad jurídica, violación del precedente horizontal, violación al principio de buena fe y confianza legítima o un error en la actividad jurisdiccional.

Palabras clave: Medidas cautelares innominadas, competencia desleal, propiedad industrial, apariencia de buen derecho, *fumus boni iuris*, prejuzgamiento.

Abstract

The article purpose is to evidence how intangible precautionary measures adopted on unfair competition and industrial property processes might be involve on a prejudgment situation. In order to pursue this conclusion, it would be necessary to do a historical and normative contextualization about this procedural tool known as “Innominated precautionary measures”, and then, proceed to make a critic analysis about its application in the scenario of the mentioned processes. At the end, the reader would find that in fact the judge is prejudging, as he, at the moment of sentencing, is “tight” to the arguments and conclusions supported on the precautionary measures decision, unless that in the evidence stage, strong elements are collected that have sufficient force, that a decision change does not cause negative consequences such as a harm to legal certainty, violation of judicial precedent, violation to the principle of good faith and legitimate expectations or a mistake in the judicial process.

Key words: Intangible precautionary measures, unfair competition, industrial property, appearance of good law, *fumus boni iuris*, prejudgment.

Introducción

Las medidas cautelares innominadas traídas por el Código General del Proceso representan, a su manera, una innovación en el sistema procesal colombiano si tenemos en cuenta la expansión que de ellas se hizo a todos los procesos declarativos y que, además, fueron plasmadas en la nueva norma adjetiva de manera muy nutrida en cuanto a su finalidad y criterios orientadores para su decreto, entre otras características que fueron bien expresadas por el

legislador. El presente artículo tratará principalmente sobre esta herramienta y su utilización en el trámite de procesos por actos de competencia desleal y de infracción de derechos de propiedad industrial, con la pretensión de poner en evidencia el riesgo de prejuzgamiento al que está expuesto el funcionario judicial.

La tesis que se defenderá consiste en que las medidas cautelares innominadas, establecidas en el Código General del Proceso, y aplicables a los procesos jurisdiccionales por actos de competencia desleal y a las acciones por infracción de derechos de propiedad industrial, pueden llegar a generar una situación de prejuzgamiento en aquellos casos en los que a lo largo de la etapa probatoria no se recauda ningún elemento de convicción que sea determinante para que la decisión contenida en la sentencia sea diferente a la adoptada a instancia cautelar. Lo anterior, a pesar de que diferentes sectores han afirmado categóricamente que no existe prejuzgamiento en la etapa cautelar.

Para lograr este propósito, se iniciará con una breve exposición sobre aspectos generales de las medidas cautelares. Después, se revisarán solo algunos antecedentes de las medidas cautelares de tipo innominado en Colombia. En seguida, se esbozará la figura cautelar en el Código General del Proceso para después hacer una precisión sobre los criterios orientadores que dicho código le dio al funcionario judicial, a fin de decidir sobre su procedencia. Más adelante, se precisará el concepto de “prejuzgamiento” y se expondrá la negación que de tal hecho afirman autores y autoridades. Finalmente, se analizará la posible configuración del prejuzgamiento en la etapa cautelar al interior de procesos por actos de competencia desleal y por infracción de derechos de propiedad industrial. Todo este camino llevará a la comprobación de la tesis propuesta.

1. Algunas generalidades en torno a las medidas cautelares.

Las medidas cautelares son una herramienta otorgada por el Derecho procesal, que resulta de máxima utilidad para garantizar la tutela judicial efectiva, la cual, puede ser entendida, en palabras de Couture, como “la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas”¹.

Al respecto de estas providencias afirmó Carnelutti: “Puesto que, como se ha dicho, la finalidad de tal mandato es la de disponer las cosas del modo más

¹ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Tercera edición (póstuma). Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1958. p. 479.

idóneo para alcanzar el fin del proceso, se comprende la razón de que tome nombre de *providencia cautelar*: cautela, de *cavere*, significa precisamente diligencia, previsión o precaución”².

El ordenamiento jurídico colombiano, para el caso de los procesos declarativos, permite mediante esta valiosa figura que quien considere amenazados o transgredidos sus derechos pueda solicitar ante la autoridad con poder jurisdiccional: a) la protección del derecho, que es, o será, objeto de litigio, b) que se impida su infracción o se eviten las consecuencias derivadas de la misma, c) que se prevengan daños, d) que se hagan cesar los que se hubieren causado, o e) el aseguramiento de la efectividad de la pretensión³. Es decir, que existe multiplicidad de finalidades inmediatas a las que están orientadas las cautelas.

Se puede destacar en ellas las siguientes características, que le dan contenido. Por una parte, las medidas cautelares son *accesorias* o *instrumentales* en tanto que, como lo señala Couture, “solo se justifican por el riesgo que corre el derecho que se debate o ha de debatirse en el proceso principal”⁴. En esa medida, si el proceso principal no se promueve, las medidas cautelares decretadas deben perder sus efectos, igual consecuencia deberá producirse una vez el proceso termine.

Por otra parte, estas son *provisionales*⁵, esto es, no definitivas, “pues subsisten solo mientras duran las circunstancias que las generaron”⁶, lo cual, las hace susceptibles de modificación, sustitución o cese⁷. La doctrina ha coincidido en el carácter provisional y por tanto no definitivo de las medidas cautelares. Redenti refiere como carácter común de todos los medios instrumentales, entre ellos las cautelas, que: “pueden ser utilizados autoritativamente antes de llegar a resultados finales, que no se sabe aún cuales habrán de ser, pero que se los adopta para asegurar que estos resulten en su tiempo ‘justos’

² CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. pp. 412-413.

³ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 12 de julio de 2012. Artículo 590 numeral 1, literal C.

⁴ COUTURE. Op. cit., p. 326.

⁵ Sobre esta característica se hace necesario profundizar más adelante.

⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Las Cautelas Procesales. Crítica a las medidas precautorias. Primera edición. Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2010. p. 56.

⁷ El artículo 590 del Código General del Proceso establece en un aparte del numeral 1 literal C, al referirse a las medidas cautelares, que: *El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.*

y eficaces, evitando que la preocupación de la justicia ceda en desventaja de la futura eficacia, o viceversa, la de la eficacia en menoscabo de la justicia”⁸.

De igual forma, afirma Gozaini que: “una medida precautoria no anticipa el mérito del derecho planteado sino que ampara provisionalmente la cosa o personas que son objeto del debate entre partes; esa provisoriedad caracteriza lo cautelar, que culmina su función con la sentencia de mérito, que es la única vía desde la cual se puede esperar tutela judicial efectiva”⁹.

Sobre este mismo aspecto, afirma Calamandrei que: “la cualidad de provisoriedad dada las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no solo tienen duración temporal (...), sino que tienen una duración limitada a aquel periodo de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar dada a la primera, con la calificación de definitiva”¹⁰.

Parra Quijano anota que “las medidas cautelares se decretan mediante un conocimiento sumario –respecto de la existencia del derecho alegado por el peticionario y del peligro de su lesión o frustración- que además es unilateral y por ende necesariamente debe ser provisional”¹¹.

Finalmente, señala Rocco que son *preventivas*, al tener en cuenta que son aptas para “hacer imposible la mutación del estado de hecho o de derecho, frustrando la posibilidad de una acción dañosa o peligrosa”¹².

En Colombia, es de vieja data la existencia de medidas cautelares dentro del procedimiento civil, es así como encontramos en la Ley 105 de 1931, *Sobre organización judicial y procedimiento civil*, varias disposiciones relativas a embargo y secuestro. De hecho, en el título V, denominado *acciones accesorias*, el capítulo I está dedicado al *embargo y secuestro preventivos*. Por su parte,

⁸ REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. El Sistema de las Impugnaciones de las Sentencias, Procedimientos Especiales de Cognición y cautelares, Procedimientos de Ejecución. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. p. 245.

⁹ GOZAINI, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Teoría General del Derecho Procesal, Medidas cautelares*. Primera edición. Tomo I. Buenos Aires. Editorial La Ley. 2009, p. 657-658.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Lima:ARA Editores, 2005. p. 36-37.

¹¹ PARRA QUIJANO, Jairo. Derecho Procesal Civil. Parte General. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992. p. 92.

¹² ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo V Parte Especial Proceso Cautelar. Bogotá, Buenos Aires: Editorial Temis, Editorial Depalma, 1977. p. 77.

el Decreto 1400 de 1970, conocido como Código de Procedimiento Civil, conservó un libro dedicado a las medidas cautelares que incluyó un título para el embargo y secuestro, pero además se refirió a las medidas cautelares en procesos ordinarios, en los que se mencionan la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles. Hasta este punto del avance legislativo, se puede afirmar que las medidas cautelares gozaban de un carácter taxativo, en tanto que las que podían decretarse eran específicamente las mencionadas en la ley y para los casos señalados en ella. No obstante, algunas normas habilitaban al juez para el libre diseño de la medida, figura que en adelante se denominará “medidas cautelares innominadas”. En ellas, el operador de justicia estaba facultado para diseñar la que más se ajustara al caso, posibilidad bastante anormal si tenemos en cuenta la tradición fundada en la preferencia por las medidas cautelares taxativas.

Las medidas cautelares de tipo innominado no son una figura de reciente aparición en Colombia, como tal vez podría pensarse. Sin embargo, hay que reconocer que con ocasión de la expedición de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) esta herramienta procesal ha adquirido un nuevo papel protagónico dentro de la legislación adjetiva colombiana. A continuación, se hará una breve revisión de algunos antecedentes normativos que permitirá observar claramente que la legislación procesal local no ha sido históricamente ajena a las medidas cautelares innominadas.

2. Breve revisión de algunos antecedentes históricos de las medidas cautelares innominadas en Colombia.

Seguidamente, se expondrán solamente algunos antecedentes históricos que demuestran que las medidas cautelares son de antigua existencia dentro de la legislación colombiana. Es importante advertir que esta descripción no pretende agotar la totalidad de los antecedentes, sino traer a la luz algunos de ellos que fueron seleccionados de acuerdo a los temas sustanciales centrales de este escrito.

El Código de Comercio, adoptado mediante el Decreto 410 de 1971, señalaba en el inciso segundo de su artículo 76 lo siguiente: “El juez, antes del traslado de la demanda, decretará de plano las medidas cautelares que estime necesarias, siempre que a la demanda se acompañe prueba plena, aunque sumaria, de la infracción y preste la caución que se le señale para garantizar los perjuicios que con esas medidas pueda causar al demandado o a terceros durante el proceso”.

Como puede observarse, en materia de competencia desleal, el funcionario judicial se encontraba habilitado por la legislación comercial para la adopción

de medidas cautelares sin que estuviera obligado por un sistema taxativo, pues la facultad otorgada por la ley le permitía decretar las que estimara **necesarias**, esto es, la que se ajustara al caso que se sometía a su conocimiento.

Posteriormente, la disciplina de la competencia desleal fue regulada a través de la Ley 256 de 1996, que incluía un artículo especialmente dedicado a las medidas cautelares, se trata del 31 que señaló lo siguiente: “Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes (...)”.

En este caso, la ley de competencia desleal conservó en cabeza del juez la facultad de decretar medidas cautelares por fuera de un esquema taxativo, lo cual le permite adoptar aquellas que resultaran pertinentes. Esto último implica que el administrador de justicia debe diseñar y decretar la que más se ajuste a las circunstancias particulares del caso al que se está enfrentando.

Volviendo al Código de Comercio de 1971, se puede citar el artículo 568 según el cual:

El titular de una patente o de una licencia podrá solicitar del juez que tome las medidas cautelares necesarias, para evitar que se infrinjan los derechos garantizados al titular de la patente.

(...)

Las medidas cautelares podrán consistir en obligar al usurpador a prestar caución para garantizar que se abstendrá de realizar los hechos por los cuales ha sido denunciado; en el comiso de los artículos fabricados con violación de la patente y la prohibición de hacerles propaganda; en el secuestro de la maquinaria o elementos que sirven para fabricar los artículos con los cuales se infringen la patente, o en cualquiera otra medida equivalente.

Nótese que la misma fórmula fue adoptada en materia de patentes, ya que se permitía al juez, por solicitud del titular o del licenciario de tal privilegio, tomar las medidas cautelares necesarias para evitar la infracción a los derechos de propiedad industrial. En este caso, tampoco se encontraba sometido el funcionario judicial a un sistema de medidas cautelares taxativas, aunque el inciso tercero del artículo enunció algunas de las medidas que podría ordenar, pero siempre se le permitía la libertad de diseñarla de acuerdo a las particularidades del caso, pues podía optar por las que allí se enlistaban o cualquiera otra equivalente.

Posteriormente, Colombia adoptaría una nueva legislación en materia de propiedad industrial contenida en la Decisión 486 de 2000 de la Comisión

de la Comunidad Andina. Dicha norma, a partir de su artículo 245, incluyó un capítulo dedicado a las medidas cautelares. El tenor de la norma es el siguiente: “Quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios. Las medidas cautelares podrán pedirse antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio”¹³.

El aludido capítulo tiene una particularidad consistente en que el artículo 246 contiene un listado de medidas cautelares que pueden ser ordenadas, *verbi gracia*, el cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción (literal a) o el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción (literal b), entre otras. Sin embargo, no debe perderse de vista que no se trata de un listado taxativo, es meramente enunciativo¹⁴, y en esa medida el juez cuenta con libertad para decretar medidas cautelares diferentes, claro está, mientras se cumpla con alguno de sus propósitos, esto es, impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, se obtenga o conserven pruebas, o se asegure la efectividad de la acción o el resarcimiento de daños y perjuicios.

3. Las medidas cautelares innominadas contenidas en la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).

La Ley 1564 de 2012 extendió la posibilidad de decretar medidas cautelares innominadas a todos los procesos declarativos. Así desapareció la aplicación aislada de esta herramienta que se encontraba reservada a algunos procesos en particular. La parte pertinente del artículo 590 señala lo siguiente:

En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

¹³ PERÚ, COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486 de 14 de Septiembre de 2000.

¹⁴ El artículo 246 comienza diciendo “Podrán ordenarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares”, por ello, se debe entender que el listado no limita la labor del juez, pues bien puede decretar esas u otras diferentes.

(...)

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

La terminología utilizada por el nuevo estatuto procedimental da cuenta de la posibilidad otorgada al juez de tomar, al interior de los procesos declarativos, cualquier medida cautelar que encuentre razonable. Así las cosas, el funcionario cuenta con libertad para el diseño de la medida, todo dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.

Ahora bien, lo interesante de esas medidas innominadas no se agota con el comentario anterior, es por esto que se hace necesario profundizar en la figura acogida por el legislador colombiano, pues en ella se encuentran diversos conceptos que requieren de precisiones teóricas, en la medida en que apenas fueron enunciados pero no se les dio contenido a nivel legal.

La disposición normativa antes referida, pese a la libertad que otorgó al juez para el diseño de la medida, no lo invistió con facultades irrestrictas. Es la misma norma la que fija los límites a su labor y señala todas aquellas circunstancias que debe tener en cuenta antes de tomar la decisión.

De esta forma, el juez, para proceder al decreto de la medida cautelar, debe apreciar **a)** la legitimación o interés de las partes, **b)** la existencia de una amenaza o vulneración del derecho, **c)** el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, **d)** la necesidad de la medida, **e)** su efectividad y **f)** la proporcionalidad. Como el lector puede haberlo concluido en este momento, estos requisitos constituyen una garantía para evitar el ejercicio desbordado de la labor de administrar justicia. En ese sentido, no debe entenderse que en Colombia el poder de diseñar la medida cautelar puede ejercerse de manera arbitraria, ya que siempre estará acompañado de criterios orientadores que el juez no puede ignorar. Sin embargo, esos criterios carecen de definición legal. Pero, en buena hora, esa ausencia permitirá que las próximas líneas sean dedicadas a darles contenido.

4. Criterios orientadores de la función judicial para el decreto de medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso.

A continuación, se hará una exposición de las herramientas que el Código General del Proceso otorgó al juez para decidir sobre el decreto de una medida cautelar bajo el uso de criterios objetivos previamente establecidos.

4.1 La legitimación o interés de las partes.

Esta dependerá del caso que se haya sometido al conocimiento del juez, al respecto expresa Jové: “lógicamente, las personas físicas o jurídicas que tengan la consideración de parte en el proceso principal serán las que, a su vez, tengan tal calificación en el procedimiento cautelar”¹⁵. Así pues, las mismas reglas de legitimación aplicables para el desarrollo del proceso como tal son las que se utilizan para determinar si el solicitante de la medida cautelar está legitimado para elevar su petición.

4.2 La existencia de amenaza o vulneración del derecho.

Rocco trata esta parte del análisis bajo la denominación de “peligro” y afirma que el peligro en el Derecho procesal es “la potencia o la idoneidad de uno de tales hechos¹⁶ de ocasionar el sacrificio o la restricción, o de un derecho o interés de derecho sustancial o de un derecho o interés de derecho procesal”¹⁷.

De acuerdo con las enseñanzas de Calamandrei: “por lo que se refiere a la investigación sobre el peligro, el conocimiento en vía cautelar puede dirigirse a conseguir, dentro del mismo procedimiento cautelar y antes de que se dicte la providencia principal, la certeza (juicio de verdad, no de simple verosimilitud) sobre la existencia de las condiciones de hecho que, si el derecho existiese, serían tales que harían verdaderamente temer el daño inherente a la no satisfacción del mismo”¹⁸.

De esta manera, al tratarse de la verificación de la existencia de amenaza o vulneración del derecho, es labor del juez analizar las circunstancias de hecho del caso con el ánimo de establecer si existe la posibilidad de que el derecho del reclamante pueda ser vulnerado, o que al ser ya vulnerado eso pueda continuar.

4.3 La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).

Quien acude ante la jurisdicción en búsqueda de una solución a su circunstancia problemática solamente tendrá certeza sobre la existencia o inexistencia de su derecho cuando sea proferida la sentencia. Pero, al tratarse de la provi-

¹⁵ JOVÉ, María Ángeles. Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1995. p. 167.

¹⁶ Los hechos a los que se refiere el autor son los de la naturaleza, los de los animales o los hombres. Pueden ser voluntarios o involuntarios y constituyen una acción o una omisión.

¹⁷ ROCCO. Op. cit., p. 54.

¹⁸ CALAMANDREI. Op. cit., p. 78.

dencia cautelar, decía Calamandrei: “basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar”¹⁹.

En este mismo sentido, para Carnelutti, al referirse al proceso cautelar, “su efecto no es la declaración de certeza de una relación jurídica”²⁰.

Así, la apariencia de buen derecho, o *fumus boni iuris*, hace referencia a que el juez, al momento de decidir si adopta o no una medida cautelar, deberá verificar, no con grado de certeza, sino con grado de probabilidad, la existencia del derecho cuya vulneración o amenaza es alegada por el solicitante. En palabras de Calderón: “el solicitante, por tanto, debe justificar su derecho no en términos de certeza sino de verosimilitud. No basta la mera afirmación pero tampoco se exige o debería exigirse un título ejecutivo”²¹. Según Redenti: “el conceder o no las providencias cautelares, depende de una apreciación de probabilidad del juez acerca del presumible fundamento de la acción-pretensión de fondo”²².

Bajo el entendido de que el análisis en la etapa cautelar no exige grado de certeza, diversos autores han podido concluir que hay inexistencia de prejuzgamiento, en tanto que ese nivel solo se alcanza al momento de dictar sentencia. No obstante, la génesis del problema que se ha planteado es precisamente lo que ocurre al hacer el análisis de la apariencia de buen derecho, pues, aunque allí no se decide de fondo la *litis*, si se crea un lazo con los futuros argumentos y conclusiones que habrán de resolverla.

4.4 La necesidad de la medida cautelar *(periculum in mora).*

La demora normal del proceso judicial puede conllevar al agravamiento de los daños que motivaron precisamente al demandante a poner en acción el aparato jurisdiccional. El *periculum in mora* constituye ese riesgo que aparece contra el demandante, debido al tiempo que puede tardar proferir la providencia definitiva dentro del proceso. Esta mezcla de necesidad y urgencia es lo que abre

¹⁹ CALAMANDREI. Op. cit., p. 76.

²⁰ CARNELUTTI. Op. cit., pp. 413-414.

²¹ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1992. p. 162.

²² REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. El Sistema de las Impugnaciones de las Sentencias, Procedimientos Especiales de Cognición y cautelares, Procedimientos de Ejecución. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. p. 245.

la posibilidad de que se decreten medidas cautelares entendidas como la “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”²³. En este mismo sentido, afirma Rocco que el *periculum in mora* consiste en: “la posibilidad de que en el periodo de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se verifique un evento, natural o voluntario, que suprima o restrinja tales intereses, haciendo imposible o limitando su realización por medio de los órganos jurisdiccionales”²⁴.

De ese modo, cuando una *litis* es puesta en manos del juez, este deberá verificar que existe el peligro en la demora que corre contra los intereses del reclamante de justicia, peligro que hará empeorar su situación de no decretarse la providencia cautelar. De igual forma, si no existe el peligro, no se justifica la adopción de las medidas. En ese caso deberán ser desestimadas y el demandante deberá esperar la decisión que ponga fin a la controversia, pues solo hasta ese momento se dará una solución a su caso.

4.5 La efectividad de la medida cautelar.

El carácter instrumental de la medida cautelar, explica Calamandrei, “determina que su emanación presuponga un cálculo preventivo de probabilidades acerca de cuál podrá ser el contenido de la futura providencia principal”²⁵, esto es, de la sentencia. Cuando se habla de la efectividad de la medida cautelar, para seguir a Calamandrei, se hace referencia a esta como un medio “para asegurar la eficacia práctica de una providencia principal, en la hipótesis de que esta tenga un determinado contenido concreto, del que se anticipan los efectos previsibles”²⁶. Esto quiere decir, que la medida cautelar debe ser entendida como una forma de anticipación de los efectos de la sentencia y, en ese sentido, el juez habrá de decretarla si al momento de tomar la decisión puede prever que el solicitante cuenta con probabilidades –a su favor– de obtener una sentencia favorable.

4.6 La proporcionalidad de la medida cautelar.

Cuando el juez analiza el caso dentro del que se solicita la medida, será su deber diseñar una de tipo innominado, que sea lo menos perjudicial posible para la parte que debe soportarla. Ahora bien, a pesar de ese deber de cuidar

²³ CALAMANDREI. Op. cit., p. 45.

²⁴ ROCCO. Op. cit., p. 77.

²⁵ CALAMANDREI. Op. cit., p. 74.

²⁶ Ibid., p. 76.

de alguna manera los intereses del afectado, el juez no podrá perder de vista los fines perseguidos con la institución cautelar, de manera que tendrá que moverse dentro de esos dos límites: de un lado, los intereses en juego de la parte pasiva, y del otro, los fines que se persiguen con la herramienta procesal.

5. El prejuzgamiento en el trámite cautelar.

Como ocurre con muchos conceptos en el Derecho, el prejuzgamiento no cuenta con una definición de carácter legal, por lo que a continuación se intentará precisar el alcance de lo que podría entenderse por “prejuzgar”, que, aunque parece algo obvio, resulta importante para el propósito de este artículo.

Para explicar el prejuzgamiento, es un buen punto de partida hablar del juzgamiento, o más bien de la función de “juzgar” atribuida al Estado. Al respecto, Quintero y Prieto afirman que:

La tarea que incumbe a los jueces como jurisdicción es, en esencia, el juzgamiento, el juicio que dice el derecho, que valora el hecho acaecido para decidir si está conforme con la ley o es contrario a ella; como comparación que se establece del hecho con el patrón de la norma, con el supuesto normativo, subsumiendo la hipótesis de hecho en la norma general abstracta y creando el precepto concreto, destinado a valer como derecho en la hipótesis singularizada que se examina; el eslabonamiento lógico descrito puede ser cumplido por quien conozca el derecho y su resultado será un concepto, porque solamente la operación lógica que es obra del juez y que culmina como una sentencia producida en un proceso, es un juicio, que tiene contenido imperativo y eficacia vinculante; son el *iudicium* y el *imperium*; es el sigilo de la ejecutividad y de la cosa juzgada, maneras de ser de la jurisdicción y características exclusivas de la función²⁷.

De otro lado, Rocco al referirse a la actividad jurisdiccional señala que su objeto es: “la declaración de certeza o la realización coactiva y concreta de los intereses tutelados en abstracto por las normas de derecho objetivo, cuando, por falta de certeza o por inobservancia de las dichas normas, no quedan ellos directamente satisfechos por aquellos a quienes se dirigen las normas jurídicas”²⁸.

Sobre este mismo tema, Couture asegura que: “El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho. En el despliegue jerárquico de preceptos, propio de la normatividad, la jurisdicción asegura la continuidad del orden jurídico.

²⁷ QUINTERO Beatriz, PRIETO Eugenio. Teoría General del Proceso. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2000, p. 164.

²⁸ ROCCO. Op. cit., pp. 48-49.

Es, en ese sentido, un medio de producción jurídica. El derecho instituido en la Constitución se desenvuelve jerárquicamente en las leyes; el derecho reconocido en las leyes, se hace efectivo en las sentencias judiciales. Esto asegura no solo la continuidad del derecho, sino también su eficacia necesaria”²⁹.

Al seguir la línea de estos autores, es posible ver que la actividad de juzgar –la que se hace al momento de dictar sentencia– difiere de la actividad jurisdiccional cautelar, pues esta, según Rocco: “no es más que una actividad dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminar tal peligro que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho mientras está pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela aprontada por el derecho objetivo a dichos intereses”³⁰.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que en la labor de juzgar se lleva a cabo la declaración de certeza a fin de satisfacer de manera definitiva a los destinatarios de las normas. Esa labor no tiene lugar cuando se decide sobre las medidas cautelares, pues estas tienen un carácter estrictamente provisional. Precisamente, la “certeza” es ese importante elemento diferenciador entre la decisión tomada a nivel cautelar y la sentencia, en tanto que solo esta goza de tal cualidad. Nótese además, que la diferencia entre los dos momentos no está dada por la profundidad, la precisión o la seriedad con que se hace el análisis, ya que la situación es vista de fondo por el juez en ambos momentos, solo que en etapas diferentes del proceso.

Así las cosas, “prejuzgar” –en el contexto de este artículo– podría ser la realización de una declaración con nivel certeza de los intereses tutelados en abstracto, pero hecha en una etapa apenas preliminar del proceso –la etapa cautelar– y no en aquella en la que por excelencia corresponde, es decir, en la sentencia.

Autores y autoridades han optado por afirmar que las medidas cautelares no constituyen prejuzgamiento. En buena parte, a tal conclusión les es posible llegar gracias a su carácter provisional y al análisis solo en grado de apariencia (*fumus boni iuris*) que caracteriza este tipo de decisiones. Esa ausencia de prejuzgamiento es la que precisamente se pretende desvirtuar mediante la tesis planteada en este escrito, pero antes, es necesario confirmar que, en efecto, un importante sector ha considerado que no hay lugar al aludido prejuzgamiento.

En su obra, Couture expresa que las medidas cautelares no constituyen juzgamiento ni prejuzgamiento sobre el objeto debatido o a debatir en el proceso,

²⁹ COUTURE. Op. cit., p. 44.

³⁰ ROCCO. Op. cit., p. 57.

“su extensión debe limitarse a lo estrictamente indispensable para evitar males ciertos y futuros”³¹.

Al referirse a la verosimilitud del derecho o *fumus boni iuris*, señala Kiper que para que sea decretada la medida cautelar no se requiere el mismo grado de certeza que se exige para la sentencia, es suficiente la mera apariencia del derecho que se invoca, ejercicio para el cual el juez lo que debe hacer es “juzgar sobre la procedencia de la medida en sí misma y no prejuzgar sobre el fondo del asunto”³².

En este mismo sentido, Jové afirma que la actividad probatoria cumple finalidades distintas para las medidas cautelares y para la sentencia, pues mientras para aquellas debe arrojar únicamente probabilidad o apariencia, para la sentencia debe existir grado de certeza. Es por ello que para esta autora el juez, “sea cual sea el signo de la resolución cautelar, no debe influir o prejuzgar la posible decisión del proceso principal”³³.

Jiménez Plaza dice que el fondo no se prejuzga por dos razones: “para no anticipar plena e irreversiblemente el contenido de una sentencia que en ese momento procesal es, en principio (aunque puede no serlo), desconocido, y porque hay que garantizar que se puedan desplegar, por las partes y en la fase plenaria, los medios de defensa que se estimen convenientes para hacer valer los derechos reconocidos en el art. 24.2 CE”³⁴.

Por su parte, Gozaini señala que “las medidas cautelares son esencialmente preventivas. No juzgan ni prejuzgan sobre los derechos del peticionante”³⁵.

De otro lado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, autoridad en materia de propiedad industrial, ha señalado que el examen de los requisitos de admisibilidad de la cautela, como el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, “conduce pues a un juicio de probabilidad y no de certeza que, por tanto, no prejuzga en torno a la concesión de la tutela de mérito”³⁶.

En Colombia existen autores que se han pronunciado en el mismo sentido, así por ejemplo, Forero Silva expresa: “si el juez accede a decretar una medida cautelar no hay prejuzgamiento, toda vez que para decretarla debe haber una

³¹ COUTURE. Op. cit., p. 326.

³² KIPER, Claudio M (director). Concepto. Objeto. Clasificación. Caracteres. En: Medidas Cautelares. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2012. pp. 3-73.

³³ JOVÉ. Op. cit., p. 33.

³⁴ JIMÉNEZ PLAZA, Carmen. El *fumus boni iuris*: un análisis jurisprudencial. Primera edición. Madrid: Editorial Iustel, 2005. p. 61.

³⁵ GOZAINI. p. 668.

³⁶ ECUADOR, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial Proceso No. 96-IP-2004. Expediente interno No. 9539-2002-MP.

demanda razonablemente fundada y conforme a los criterios expuestos, el juez adopta medidas anticipativas del derecho, sin que por ello haya reconocido su pedimento, pues la cautela se decreta en armonía con lo aportado hasta ese instante en el proceso, sin perjuicio de lo que más adelante surja en las actuaciones”³⁷.

Igualmente el Tribunal Superior de Bogotá en Sala Civil de Decisión señaló que:

La decisión sobre el decreto de una medida cautelar no debe ser vista como un pronunciamiento anticipado sobre lo que pudiera constituir el tema de fondo a dirimir con el proferimiento de la correspondiente sentencia, sino apenas como una dilucidación, en los albores del proceso, sobre la viabilidad de la protección provisional de los derechos del demandante para la eventualidad en que saliere victorioso. Entonces, toda consideración respecto del asunto de fondo es extraña a la decisión sobre la cautela, puesto que el momento procesal propicio para ello es la sentencia de mérito³⁸.

Estos ejemplos ponen en evidencia que para diversos autores y autoridades el análisis que se realiza para determinar la procedencia de una medida cautelar no debe ser entendido como un prejuzgamiento, ¿pero es acaso posible hacer esta afirmación con carácter absoluto? Las siguientes líneas mostrarán que esa afirmación no es del todo cierta.

6. El caso de los procesos por actos de competencia desleal y las acciones por infracción de derechos de propiedad industrial.

6.1 El *fumus boni iuris* en dichas acciones.

A continuación, se hará una exposición acerca del análisis de fondo que se lleva a cabo cuando se estudia la procedencia de medidas cautelares innominadas tanto en procesos de competencia desleal como en acciones por infracción de derechos de propiedad industrial.

De acuerdo con el artículo 31 de la Ley 256 de 1996: “comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma,

³⁷ FORERO SILVA, Jorge. Medidas Cautelares en el Código General del Proceso. Bogotá: Editorial Temis S.A., Pontificia Universidad Javeriana, 2013. p. 27.

³⁸ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Auto 1 de agosto de 2015. Magistrado Oscar Fernando Yaya Peña. Expediente 11001 3199 001 2015 01000 01.

podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes” (subraya no es parte del texto original).

Como puede verse, en asuntos de competencia desleal la apariencia de buen derecho estaría materializada por la realización del acto de competencia desleal o su inminencia, la cual, se insiste, no debe acreditarse con grado de certeza, sino de probabilidad.

Pues bien, comprobar la realización de un acto de competencia desleal supone un análisis fáctico y probatorio que conduzca a la verificación de la ejecución de una de las conductas que la Ley 256 de 1996 considera desleales. Ese análisis y verificación es, en últimas, un estudio sobre el fondo del proceso, sobre la cuestión litigiosa que se debate y sobre lo que motivó la puesta en funcionamiento de las funciones jurisdiccionales del Estado, solo que la decisión tendrá un carácter provisional. Esta circunstancia permite ver que a instancia cautelar, y quizás en un estado aun prematuro del proceso, el juez termina haciendo una construcción argumentativa en la que expone si, a su buen juicio, se ha configurado un comportamiento desleal o no, ejercicio que, valga decirlo, es el mismo que debe realizar al momento de dictar sentencia, solo que en ese momento la decisión si tendrá carácter definitivo.

En el caso de las acciones por infracción de derechos de propiedad industrial, el artículo 247 de la Decisión 486 de 2000 prescribe que “Una medida cautelar solo se ordenará cuando quien la pida acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia”³⁹ (subraya no es parte del texto original).

De manera que la apariencia de buen derecho en este tipo de acciones está dada por la comisión de la infracción o su inminencia.

Al respecto, para que en una providencia judicial pueda afirmarse que se ha cometido una infracción de derechos de propiedad industrial o que hay una inminencia de que eso ocurra, el operador judicial debe remitirse a los supuestos de infracción que contempla la norma comunitaria. Por ejemplo, en el caso de las marcas, el titular tiene acción para impedir que un tercero no autorizado use en el comercio un signo idéntico o similar a su marca cuando ese uso pueda causar confusión o riesgo de asociación en el mercado. En esa medida, el análisis en la etapa cautelar implica que el juez debe sustentar si el signo utilizado por el presunto infractor es similar o idéntico a la marca registrada y, además, deberá argumentar si eso causa confusión o un riesgo

³⁹ PERÚ, COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486 de 14 de Septiembre de 2000.

de asociación, para que con base en ello pueda concluir que se ha configurado la infracción. Esto no es otra cosa que tomar una decisión preliminar sobre aquello mismo que se decidirá en la providencia definitiva, es decir, la sentencia.

Al tratar el tema de las medidas cautelares adoptables en procesos de patentes y marcas, Barona afirma que no es nada fácil la fijación del *fumus boni iuris*, “dado que se ha hablado del posible peligro de contaminación que podría implicar para el juez el hecho de proceder, vía tutela cautelar, a anticipar el fallo de la sentencia de fondo”⁴⁰. En esto tiene mucha razón la autora, ya que, como en efecto se verá, la contaminación del juez llega al punto de configurarse como un prejuizgamiento.

Aunque buena parte de los párrafos anteriores parece sugerir que en las decisiones sobre medidas cautelares se hace un prejuizgamiento, lo cierto es que al acoger lo que dice la doctrina y algunas autoridades, eso no debería ser así pues, se insiste, la decisión es únicamente provisional, no es ella la que desata de fondo la controversia. No obstante, a continuación se mostrará que en la práctica podría haber una situación en la que sin duda puede afirmarse que hubo prejuizgamiento.

6.2 La problemática a la que se enfrenta el juez.

Sobre la base de todo lo expuesto, se evidenciará a continuación cómo el prejuizgamiento podría tener ocurrencia en este tipo de casos, aunque dentro de una circunstancia muy particular.

Supóngase que el juez de conocimiento adoptó una medida cautelar innominada –de manera previa incluso a la vinculación de la parte demandada– dentro de un asunto de competencia desleal o en una acción por infracción de derechos de propiedad industrial. Como antes se señaló, para decretar la medida, el juzgador debió determinar con fundamento en los hechos y en las pruebas, si se configuraba un acto de competencia desleal, o una infracción a un derecho de propiedad industrial.

Ahora bien, llegado el momento de proferir sentencia, si dentro de las pruebas recaudadas en la etapa probatoria no existe ninguna que sea contundente para que se profiera una decisión diferente a la que se tomó al momento de resolver sobre la solicitud de medidas cautelares, ¿debe el juez proferir la decisión definitiva en el mismo sentido que la provisional? La conclusión de este artículo pretende afirmar que sí, pues no hacerlo conlleva una serie de implicaciones en perjuicio de quienes se someten al poder jurisdiccional del Estado.

⁴⁰ BARONA VILAR, Silvia. Medidas Cautelares en los Procesos sobre Propiedad Industrial. Granada: Editorial Comares, 1995. p. 98.

Ciertamente, si en el momento en que el juez resolvió sobre la solicitud de medidas cautelares innominadas, hizo un análisis de los hechos y de las pruebas que lo llevó a visualizar la comisión de un acto de competencia desleal o la infracción a un derecho de propiedad industrial, no habría una razón legítima para que la sentencia tenga un sentido distinto al de la providencia cautelar, si ninguna de las pruebas recaudadas a lo largo del proceso tiene la contundencia de mover al funcionario judicial hacia otro extremo de la decisión inicial.

6.3 Implicaciones negativas de un cambio en la decisión.

Si a pesar de no existir esas pruebas contundentes que se han mencionado, el juez dicta la sentencia en un sentido distinto al de las medidas cautelares, tal decisión tendría por lo menos las siguientes implicaciones negativas:

6.3.1 Violación a la seguridad jurídica.

Desde el punto de vista de Kelsen, la seguridad jurídica consiste en que “las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles”⁴¹. Aunque el punto de vista de Kelsen sobre la seguridad jurídica en el terreno de las decisiones judiciales está relacionado con la creación de precedentes a partir de sentencias, su argumento puede aplicarse a lo que se está estudiando.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-1130 de 2003 señaló que la “seguridad jurídica permite la estabilidad de la actividad judicial, permitiendo con ello que los asociados tengan cierto nivel de previsibilidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y, de este modo se asegure la vigencia de un orden justo”.

En ese orden de ideas, si una decisión judicial proferida en la etapa cautelar, en la que se hace un estudio sobre la posible comisión de un acto de competencia desleal o sobre la infracción de un derecho de propiedad industrial, afirma – aunque con grado de verosimilitud- que eso ocurrió, debería mantenerse en el mismo sentido cuando se profiera la sentencia -tal como ocurre con sentencias que sirven de precedente de un caso a otro- en tanto que, si se trata de los mismo hechos y de las mismas pruebas⁴², el ciudadano debería poder tener la seguridad de que la decisión definitiva no tiene por qué ser diferente a la que ya se tomó al momento de decidirse sobre la solicitud de medidas cautelares.

⁴¹ KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Primera edición. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México Dirección General de Publicaciones, 1982. p. 260.

⁴² Suponiendo que las pruebas recaudadas durante la etapa probatoria no aportan elementos de juicio suficientes para un cambio de decisión.

6.3.2 Violación del precedente horizontal.

En relación con la figura del precedente horizontal la Corte Constitucional ha reconocido que las autoridades que ejercen función jurisdiccional deben ser consistentes con las decisiones que ellas mismas toman, de tal forma que, si los supuestos facticos del caso son similares, habrán de ser resueltos bajo las mismas formulas de juicio. Señala la Corte que esa fuerza vinculante existe por las siguientes cuatro razones: “(i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser ‘razonablemente previsibles’; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de ‘disciplina judicial’, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial”⁴³.

Y agrega la corporación: “Así las cosas, se puede establecer que si un juez desconoce sus propios precedentes, ya sea porque omite hacer referencia a ellos, o porque no presenta motivos razonables y suficientes para justificar su nueva posición, la consecuencia no es otra que la violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso, lo que da lugar a la protección mediante acción de tutela”⁴⁴.

En Sentencia T-1130 de 2003 la Corte Constitucional afirmó que:

aunque la Carta Política reconoce la independencia de los jueces, no por ello sus decisiones pueden desligarse de los principios y valores constitucionales. Así las cosas, decisiones anteriores de la Corte identifican entre los criterios ordenadores de la función jurisdiccional, derivados de las dimensiones de la autonomía judicial, dos fronteras definidas: (i) El respeto al precedente jurisprudencial y (ii) La observancia de las reglas de validez de la labor hermenéutica propia de la decisión judicial.

13. En lo que hace referencia al primero de los límites, la justificación del deber que tienen los jueces de respetar su propio precedente y el originado en la jurisprudencia de los altos tribunales radica en la necesidad de proteger múltiples bienes constitucionales que se verían vulnerados si se extendiera el alcance de la autonomía judicial a un grado tal que permitiera el desconocimiento de dichas actuaciones. Entre ellos, la vigencia del principio de igualdad, en sus variantes de igualdad ante la ley, en la aplicación de la misma e igualdad de protección y trato por parte de las autoridades (C.P., art. 13) que compele a los funcionarios judiciales a decidir con los mismos parámetros casos similares, so pena de alterar el deber de imparcialidad al que se hizo

⁴³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-161 de 8 de marzo de 2010. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-2385559.

⁴⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-161 de 8 de marzo de 2010. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-2385559.

referencia y afectar así la efectividad de los derechos fundamentales constitucionales, materializada en las decisiones de los órganos jurisdiccionales.

Sobre la base de lo anterior, y al ajustar *mutatis mutandi* la figura del precedente horizontal al tema bajo estudio, puede afirmarse que el juez que se encuentre conociendo de la acción de competencia desleal o de la acción por infracción de derechos de propiedad industrial debe dictar sentencia en el mismo sentido que lo hizo al momento de resolver sobre las medidas cautelares, dado que de no hacerlo estaría desconociendo su propio precedente y dejando la providencia bajo la posibilidad de ser atacada por vía de acción de tutela.

6.3.3 Violación al principio de buena fe y confianza legítima.

Para explicar estos principios resulta útil lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia T-161 de 2010, en donde los explicó de la siguiente manera:

Las exigencias éticas derivadas del principio de la mutua confianza, imponen que todas las autoridades públicas y, especialmente, las judiciales actúen con consistencia y uniformidad, de modo tal, que siempre deben estar en disposición de adoptar la misma decisión cuando concurren los mismos presupuestos de hecho y derecho, sin que les sea permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas que no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos. A juicio de esta Corporación, en estos casos, “la actuación posterior es contraria al principio de buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía solo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. En efecto, si esta máxima se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde –en principio- la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme”⁴⁵.

⁴⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-161 de 8 de marzo de 2010. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-2385559.

Al tener en cuenta las consideraciones hechas por la Corporación, si el juez que conoce del proceso de competencia desleal o de infracción de derechos de propiedad industrial profiere una sentencia con una decisión diferente a la enunciada al decidir sobre las medidas cautelares, a pesar de contar con los mismos hechos y las mismas pruebas, estaría incurriendo en una violación al principio de buena fe y de confianza legítima en perjuicio del ciudadano, en la medida en que está quebrantando su confianza, aquella que debería generarle el ejercicio serio de la administración de justicia.

6.3.4 Error en la actividad jurisdiccional.

La suspicacia de cualquier ciudadano puede despertarse cuando en el proceso del que es parte se profiere una sentencia, cuyo sentido es distinto al enunciado en las medidas cautelares –en donde se hizo un estudio de fondo, en tanto que se estudió la posible comisión de un acto de competencia desleal o una posible infracción a un derecho de propiedad industrial–, más aún cuando ninguna prueba posterior a dicha decisión parece haber aportado nada nuevo al discurso construido de manera preliminar.

En todo caso, si llegara a presentarse esa situación, es posible encontrar algunas razones para explicarla –al menos desde un punto de vista hipotético–, pero, en suma, para efectos de este acápite, se entenderá que el juez incurrió en errores en el ejercicio de la función jurisdiccional, los cuales pudieron tener lugar en uno de los dos estadios, en el cautelar o en la sentencia. Algunos que se pueden identificar son los siguientes:

- a) Es probable que el juez haya hecho una incorrecta interpretación de los hechos que lo llevó a hacer una incorrecta aplicación de las normas llamadas a resolver el caso que se le propuso.
- b) Es probable que el juez, en uno de los dos estadios, haya interpretado incorrectamente la norma aplicable al caso.
- c) Puede haber ocurrido que el funcionario judicial haya hecho una indebida apreciación y valoración de las pruebas que lo llevó a tomar decisiones diferentes para la misma situación de hecho.

Así las cosas, cuando el juez emite una sentencia cuyo contenido es una decisión diferente a la que había proferido al momento de decidir sobre las medidas cautelares, es probable que haya incurrido en un error en su actividad jurisdiccional que podría explicarse por alguna de las situaciones expuestas o por otras que seguramente ya estarán rondando la mente de quien se encuentre leyendo estas líneas.

Conclusiones

1. Cuando en el marco de una acción de competencia desleal o de una acción por infracción de derechos de propiedad industrial, el funcionario judicial resuelve sobre una solicitud de medidas cautelares innominadas, la decisión goza de la característica de provisionalidad y la existencia del derecho reclamado solo es analizada con un grado de apariencia. Por tanto, aunque se hace un análisis de fondo sobre la posible ejecución de una conducta de competencia desleal, o sobre la posible infracción de un derecho de propiedad industrial, lo cierto es que esa decisión no es la definitiva, o, más bien, no es la que pone fin al proceso.
2. A pesar del carácter provisional de la decisión que resuelve sobre medidas cautelares innominadas y del análisis con grado de apariencia de la misma, no está descartada la posibilidad de que el funcionario judicial prejuzgue sobre el fondo del asunto que fue puesto en su conocimiento. No obstante, diversos sectores han afirmado, de manera contundente, que no hay prejuzgamiento en la etapa cautelar.
3. Cuando el juez que conoce de la acción de competencia desleal o de la acción por infracción de derechos de propiedad industrial resuelve sobre la solicitud de medidas cautelares innominada, queda “atado” a la decisión expuesta en esa providencia, bajo el entendido de que los argumentos y las conclusiones expuestos en ella crean un lazo con aquellos que se expondrán en la providencia definitiva. Ese vínculo se genera debido a que existen diversas razones que impiden modificar la decisión legítimamente, pues hacerlo implicaría las consecuencias negativas antes expuestas, a menos que a lo largo de la etapa probatoria se recauden elementos de convicción con la fuerza suficiente para decidir el caso en un sentido distinto.

Debido a esa imposibilidad del juez de separarse de su propia decisión, es que se puede afirmar que hubo un prejuzgamiento en la etapa cautelar. No de otra manera podría llamarse al hecho de decidir sobre el fondo del litigio en una etapa preliminar, con una fuerza tal, que no es posible cambiar la decisión al momento de dictar sentencia.

Bibliografía

ALVARADO, Velloso Adolfo. *Las Cautelas Procesales. Crítica a las medidas precautorias*. Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2010.

BARONA VILAR, Silvia. *Medidas Cautelares en los Procesos sobre Propiedad Industrial*. Granada: Editorial Comares, 1995.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima (Perú): ARA Editores, 2005.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. España: Editorial Civitas S.A., 1992.

CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105 de 17 de Octubre de 1931.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 256 de 18 de Enero de 1996.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 12 de Julio de 2012.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-161 de 8 de marzo de 2010. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-2385559.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela T-1130 de 28 de noviembre de 2003. Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño. Expediente T-774610.

COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1400 de 6 de Agosto de 1970.

COLOMBIA, PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de 27 de marzo de 1971.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Tercera edición (póstuma). Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1958.

ECUADOR, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA. Interpretación Prejudicial No. 96-IP-2004 de 22 de septiembre de 2004. Expediente interno No. 9539-2002-MP.

FORERO SILVA, Jorge. Medidas Cautelares en el Código General del Proceso. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., Pontificia Universidad Javeriana, 2013.

GOZAINI, Osvaldo A. Tratado de Derecho Procesal Civil. Teoría General del Derecho Procesal, Medidas cautelares. Primera edición. Tomo I. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2009.

JIMÉNEZ PLAZA, Carmen. *El fumus boni iuris*: un análisis jurisprudencial. Madrid: Editorial Iustel, 2005.

JOVÉ, María Ángeles. Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1995.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

KIPER, Claudio M (director). Medidas Cautelares. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2012.

PARRA QUIJANO, Jairo. Derecho Procesal Civil. Parte General. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992.

PERÚ, COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA. Decisión 486 de 14 de Septiembre de 2000.

QUINTERO Beatriz, PRIETO Eugenio. Teoría General del Proceso. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000.

REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. El Sistema de las Impugnaciones de las Sentencias, Procedimientos Especiales de Cognición y cautelares, Procedimientos de Ejecución. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo V Parte Especial, Proceso Cautelar. Bogotá, Buenos Aires: Editorial Temis, Editorial Depalma, 1977.

----- Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I Parte General. Bogotá, Buenos Aires: Editorial Temis, Editorial Depalma, 1983.

EL RECURSO DE APELACIÓN Y LA PRETENSIÓN IMPUGNATICIA*

Jorge Forero Silva**

Resumen

Este artículo destaca cómo el recurso de alzada ha tenido importantes cambios en nuestra legislación colombiana, desde épocas del Código Judicial hasta el Código General del Proceso, en el cual se acogió para el recurso de apelación un enfoque de estirpe dispositivo que limita la competencia del superior para resolverlo solo con fundamento a los argumentos de inconformidad que aduzca el recurrente, sin que pueda el *ad quem* examinar actuaciones desplegadas por el inferior que no hayan sido censuradas por la parte que impugna la sentencia.

De igual forma, este texto se propone enseñar al lector el nuevo diseño para el recurso de alzada cuando se ataca un auto, especialmente cuando se cuestiona la sentencia emitida por el *a quo*, pues, como se expondrá, al tratarse de auto, bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil, la sustentación se realizaba de manera escrita ante el superior, mientras que ahora, con el nuevo ordenamiento procesal, dicha sustentación debe cumplirse ante el mismo funcionario

Recibido: diciembre 4 de 2015 - Aprobado: febrero 24 de 2016

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: FORERO SILVA, Jorge. El recurso de apelación y la pretensión impugnaticia. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 43, enero – junio. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 177-205.

** Doctor en Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Docente en las universidades del Rosario, Javeriana y Andes. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Comisión Revisora y Redactora del Código General del Proceso. Integrante del grupo de análisis jurisprudencial en Ámbito Jurídico. Autor del libro: *Medidas cautelares en el Código General del Proceso*. Director del Consultorio Jurídico de la Universidad Javeriana, Bogotá.

que dictó el auto. Allí mismo procederá el no apelante a replicar los argumentos de quien impugnó, de tal suerte que el superior se limite a resolver el recurso, el cual es la única innovación introducida en el Código General del Proceso. Es en la apelación de la sentencia en donde se propician cambios esenciales que, al no ser atendidos por el apelante, conllevan a la deserción del recurso de alzada y por ende a la pérdida del proceso. Lo anterior, dado que, como se explica en este artículo, el apelante queda obligado a hacer una breve y concisa manifestación sobre los yerros en que incurre el juez del conocimiento al momento de pronunciar su sentencia, para argumentarlos ante el superior cuando se realice la audiencia de sustentación y fallo. Así, la sustentación guarda fidelidad con los reparos que anunció ante el inferior, sin que el juzgador de segunda instancia desborde el estudio hacia aspectos diferentes a los divulgados en el trámite de la apelación surtido en la primera instancia. Este esquema de carácter dispositivo obliga al apelante a ser más juicioso en su proceder pues única y exclusivamente hará su sustentación ante el superior con respecto a las censuras que adujo una vez el *a quo* que dictó la sentencia, o en los tres días siguientes a su pronunciamiento, y aquel se limita a resolver únicamente sobre dichas argumentaciones como bien lo pregona el artículo 328 de la nueva codificación.

Palabras clave: Recurso, apelación, *a quo*, *ad quem*, reparos, sustentación.

Abstract

This article highlights how the appeal of raised has had significant changes in our Colombian legislation, from times of the Judicial Code to the General Code of Procedure, which welcome for the appeal an approach device that limits superior competition to resolve it only on the basis of nonconformity arguments invoked by the appellant, without the *ad quem* being able to examine the actions undertaken by the inferior that have not been censured by the part that impugn the sentence.

Similarly, the text seeks to teach the reader the new design for the appeal of raised when a auto is attacked, especially when the decision issued by the *a quo* is in question, because, as will be discussed, being an auto, under the empire of the Code of Civil Procedure, the sustain made in written form before the superior, whereas now, with the new procedural order, such sustain must be submitted to the same official who issued the auto. Right there shall the not appellant to replicate the arguments of those who challenged, in such a way that the superior

limit to resolve the resource, which is the only innovation introduced in the General Code of Procedure. It is the appeal of the judgment where propitiate essential changes which, not being served by the appellant, lead to the defecion of the appeal of raised and therefore the loss of the process. This, since, as explained in this article, the appellant is obliged to make a short and concise statement about the errors incurred by the presiding judge when giving his verdict, to argue them to the superior when the hearing and decision is performed. Thus, the sustain keeps fidelity with the objections that announced to the inferior, without the court of second instance overflow the study to different aspects to those disclosed in the process of assortment appeal in the first instance. This scheme of dispositive character forces the appellant to be more judicious in their actions because unique and exclusively will make its sustain to the superior with respect to the censures which claimed once *a quo* that dictated the sentence and that is limited to resolve only on those arguments as well touts the article 328 of the new encoding.

Key words: Resource, appeal, *a quo*, *ad quem*, reppairs, sustentation.

Introducción

El Código General del Proceso promulgado el 12 de julio de 2012, y que a partir del 1 de enero del año 2016 entró en vigencia de manera plena en todo el territorio nacional, introduce importantes y necesarios cambios para desterrar la escrituralidad, aunque no en forma absoluta, y hacer prevalecer la oralidad. Igualmente, son propuestas del nuevo estatuto la unificación de procedimientos, la garantía de un adecuado acceso a la administración de justicia, el aprovechamiento de los avances tecnológicos y el hacer efectiva la igualdad de partes para así lograr una justicia pronta, cumplida y eficaz. Estos son mandatos que impuso la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, particularmente en la reforma que le introdujo la Ley 1285 de 2009.

Dentro de esas nuevas disposiciones, el recurso de apelación sufre trascendentales cambios, no solo en el trámite realizado tanto en primera como en segunda instancia, sino en las facultades que tiene el superior para decidirlo cuando se impugna la sentencia dictada por el *a quo*, en cuanto a que debe limitarse a los argumentos expuestos por el apelante, sin explayarse en el estudio de otros posibles yerros, que no fueron aducidos por quien censura la decisión. Con ello se acoge la denominada “pretensión impugnaticia” para abandonar la llamada “competencia panorámica”, puesto que, como bien lo proclama el artículo 328 de la nueva codificación, “El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante (...)”,

con lo que se refleja un radio de estudio más restrictivo, característico de un esquema dispositivo.

Como los medios de impugnación se originan por los errores del operador de justicia al proferir sus providencias, haremos referencia a la naturaleza de tales yerros, para luego ahondar en el tema de los requisitos que deben concurrir para tramitar todo recurso. En seguida, evocaremos la historia del recurso de apelación en sus diferentes normatividades desde épocas del Código Judicial hasta el Código de Procedimiento Civil, con sus diferentes modificaciones, y finalmente, arribaremos al Código General del Proceso.

1. Errores en las providencias judiciales.

Las providencias judiciales pueden contener yerros y para que estos puedan ser enmendados la parte interesada debe acudir a los recursos previstos en los estatutos procedimentales, de acuerdo con los presupuestos necesarios para tramitarlos y resolverlos, como adelante se explica.

El funcionario judicial pudo haber vulnerado preceptos de naturaleza sustancial, bien porque no aplicó la norma que se ocupaba del caso concreto, o porque aplica la norma equivocada, o porque al haber aplicado la norma, que en efecto correspondía al asunto, le atribuye una interpretación errónea. Es también posible que el operador judicial haya transgredido normas de naturaleza procesal, que corresponden a aquellas que regulan la actividad del proceso. En el primer evento (vulnerar normas sustanciales), se incurre en errores *in iudicando*, mientras que, si la transgresión es de la norma procesal, el error es *in procedendo*.

Sobre este punto dice Hernando Morales Molina:

Las resoluciones judiciales pueden dictarse con faltas de fondo o con violación del procedimiento. Diversa es la naturaleza del error de la aplicación del Derecho, según que se refiera a la relación sustancial o a la relación procesal, anota Calamandrei; si el juez se equivoca al apreciar el mérito del derecho sustancial, incurre en un vicio de juicio (error *in iudicando*), no resuelve *secundum jus*, pero no incurre con ello en una inobservancia del derecho sustancial, porque no es su destinatario; en cambio, si el juez comete una irregularidad procesal incurre en un vicio de actividad (error *in procedendo*), esto es, en la inobservancia de un precepto concreto que, dirigiéndose a él, le impone que tenga en el proceso una cierta conducta¹.

¹ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Editorial ABC, 1973. p. 545.

A propósito de los errores que se mencionan, dice Humberto Murcia Ballen²:

(...) los vicios *in judicando*, también llamados ‘vicios de juzgamiento’, p. 268, son los yerros en que incurre el juez al dirimir el conflicto, ya sea porque elige mal la norma sustancial, lo que conduce a aplicar un texto impertinente, dejando de aplicar el que corresponde, o a aplicar este pero atribuyéndole un sentido o alcance que no tiene.

(...)

En la constitución de este, (refiriéndose al proceso) durante todo su desarrollo y en su culminación misma, como corresponde a un Estado de derecho, la actividad del juez y de las partes no es ni puede ser ilimitada: se halla atemperada por un conjunto de normas preestablecidas que indican al uno y a las otras el camino que deben seguir, lo que puede hacer, cómo lo deben hacer y qué no pueden ni deben hacer. El quebranto o infracción de estas normas procedimentales, o regulativas de la actividad procesal, genera los errores *in procedendo*³.

Durante el transcurrir del proceso, desde el inicio hasta su culminación con la sentencia, pueden haberse cometido desaciertos cuyos correctivos serán reclamados a través de los recursos que consagra el estatuto procesal. A fin de que el funcionario tramite y decida el recurso, deben reunirse una serie de requisitos sin los cuales el medio de impugnación no será tramitado. Si dichas exigencias se cumplen a cabalidad, el recurso será resuelto, aun cuando el error que se atribuye no exista en realidad, caso este en que el medio de impugnación no es próspero, pero, si le asiste razón al recurrente, el yerro será corregido.

2. Requisitos para tramitar y resolver los recursos.

Todo recurso, ordinario o extraordinario, exige para su trámite que concurren ciertos requisitos, pues ante la omisión de alguno de ellos, el funcionario judicial debe desechar su trámite.

El ordenamiento procesal, que recién entró en vigencia, mantiene los parámetros que el juez o magistrado debe verificar para dar trámite al recurso que se interpone, pero frente a su procedencia, el párrafo del artículo 318 del C.G.P. advierte la corrección que sobre la misma hará el juzgador si el impugnante no utilizó el recurso adecuado. Dichos requisitos son los siguientes:

² MURCIA BALLÉN, Humberto. Recurso de casación civil. Bogotá: Colección Jurídica Gustavo Ibáñez. Sexta edición, 2005. p. 268.

³ *Ibidem*. p. 274.

2.1 Legitimación.

Este requisito significa que quien interpone un recurso debe ser parte dentro del proceso, pues, de no serlo, carece de legitimación para impugnar la providencia. Todo sujeto procesal que interviene como demandante o como demandado y obra como parte singular o como integrante de un grupo litisconsorcial está legitimado para recurrir, como también lo está el llamado en garantía, el que interviene de manera excluyente, el poseedor o tenedor que fue oportunamente llamado e, incluso, el coadyuvante que, aun cuando es tercero interviniente, puede interponer recursos siempre que no se lo impida la parte coadyuvada.

La exigencia de ser parte dentro del proceso tiene como excepción la prevista en el numeral 6 del artículo 355 del Código General del Proceso, que legitima al tercero, a quien perjudica la sentencia por haber existido colusión o maniobras fraudulentas de las partes, para acudir al recurso de revisión, independientemente si intervino o no en ese proceso.

2.2 Interés para recurrir.

Además de la legitimación que le permite impugnar, es necesario que haya interés para recurrir, es decir, que la providencia atacada le cause un perjuicio que puede ser total o parcial, puesto que si el auto o la sentencia que se impugna no le causa un agravio, no se tramita el recurso por carencia de interés para acudir a él.

El agravio es el perjuicio irrogado a la parte, que bien puede ser parcial, caso en el cual son las dos partes las que lo padecen y ambas pueden impugnar la decisión, o es total para una de las partes sin que su adversario soporte consecuencias adversas, en cuyo evento solo aquella podrá recurrir la providencia.

2.3 Oportunidad.

Cualquiera que fuere el medio de impugnación debe postularse oportunamente, pues de no hacerlo la providencia queda ejecutoriada y surte sus efectos. La oportunidad para recurrir es, salvo para el recurso extraordinario de revisión, el término de la ejecutoria que corresponde a una de estas variables:

- A) Si la providencia se dicta en el curso de una audiencia o diligencia, deberá impugnarse inmediatamente se dicte (auto o sentencia), lo cual implica que la parte se encuentre presente para hacer uso de la impugnación.
- B) Si la providencia se dicta por fuera de audiencia (escrita), el recurso podrá interponerse dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la provi-

dencia, excepto cuando se trate del recurso de casación, que por norma especial (337) debe interponerse en el término de los 5 días siguientes a la notificación de la sentencia.

Cuando se trate del recurso extraordinario de revisión, como este se promueve contra una sentencia ya ejecutoriada, se debe, en todo caso, a tiempo acudir a este recurso. El término para hacerlo es de 2 años contados desde la ejecutoria de la sentencia, salvo cuando se invoque la causal 7 del artículo 355 (indebida representación, notificación o emplazamiento), que será en el término de 2 años desde que se tuvo conocimiento de la sentencia, con un límite máximo de 5 años desde su ejecutoria. Pero, si la sentencia queda inscrita en un registro público, el término previsto para acudir a este medio extraordinario empieza a contarse desde la inscripción.

No obstante, si la providencia que se ataca por vía de recurso fue motivo de aclaración o de complementación, mientras no se haya resuelto la aclaración o complementación, la providencia no está ejecutoriada y se podría todavía recurrir dentro de la ejecutoria de la providencia para que resuelva la aclaración y, en su caso, la adición.

2.4 Sustentación.

El recurrente tiene el deber de sustentar el recurso, cualquiera que fuere. Las razones de inconformidad con la decisión atacada deben ser conocidas por el juzgador para estudiarlas y verificar si le asiste o no razón.

Algunos recursos deben sustentarse en el término de ejecutoria de la providencia materia de censura y si la misma se dicta en el curso de una audiencia o diligencia, la sustentación será al tiempo de interponerse, puesto que de no hacerlo, la providencia queda ejecutoriada. Recursos como los de reposición, queja y súplica deben sustentarse al momento de ser alegados, igual acontece con el recurso de apelación contra autos, aunque, como luego se dirá, el apelante puede reservarse el término de tres días para sustentarlo.

Otros recursos como el de apelación contra sentencias y el de casación se sustentan no al tiempo de interponerse, pero en todo caso en el curso de su trámite, so pena de deserción.

2.5 Cumplir cargas procesales.

Depende del recurso que se vaya a tramitar, debe examinarse si el recurrente ha de cumplir o no con ciertas cargas como, por ejemplo, el pago oportuno de expensas para poderlo tramitar. Esta exigencia no es predicable

para la reposición ni la súplica, como tampoco para la apelación en el efecto suspensivo. Sí debe atenderse esta carga para la apelación concedida en el efecto diferido o devolutivo, como también para el recurso de queja e, incluso, para el recurso extraordinario de casación en la mayoría de sus casos.

2.6 Procedencia.

El impugnante debe dirigir el recurso que efectivamente corresponde al caso en particular. La escogencia del medio de impugnación no corresponde a la autonomía de los sujetos procesales, sino a la voluntad del legislador. Para el medio de impugnación que autorice la ley deberán observarse los siguientes criterios: (i) la clase de providencia que se impugna; (ii) el contenido de la providencia; (iii) la instancia en que se profiere y (iv) la clase de autoridad judicial que pronuncia la providencia.

2.6.1 Clase de providencia.

Según si es auto o sentencia, se verifica cuál es el recurso que se puede interponer, pues si es sentencia, será procedente apelación, casación y revisión. Para el auto se permite reposición, apelación, queja o súplica.

2.6.2 Contenido de la providencia.

En ocasiones debe examinarse el contenido de la providencia que se quiere impugnar. Por ejemplo, si se niega el decreto de una prueba solicitada, es procedente la apelación, recurso este que no es viable si el juez decretó la prueba. Igual sucede con el auto que rechaza la demanda, no con el que la admita.

Para interponer el recurso de queja, debe verificarse si la apelación, y en su caso la de casación, fue o no concedida, pues aquel (el de queja) es procedente si no es concedido alguno de tales recursos.

2.6.3 Instancia en que se profiere la providencia.

Criterio adicional a los anteriores es el de la instancia en que se dicta la providencia, es decir, si el proceso es de única o de doble instancia y, en este caso, si se encuentra en primera o en segunda instancia.

En caso de ser de única instancia, no es procedente la apelación ni la casación. Si el proceso cursa en primera instancia, no procede recurso de súplica, y si lo está en segunda instancia, no es permitido el de apelación.

2.6.4 Autoridad judicial que profiere la providencia.

Para examinar la procedencia del recurso, debe además observarse si la providencia materia de impugnación fue dictada por juez o por cuerpo colegiado (tribunal o corte). Así, por ejemplo, si la providencia es dictada por un juez, no procede súplica como tampoco casación.

3. Interposición de un recurso improcedente.

En aplicación al aforismo *Iura Novit Curia*, que significa que al ser el juez el conocedor del derecho, debe aplicarlo, aunque la parte haya invocado una norma que no corresponda, el nuevo estatuto procedimental consagra en el parágrafo del artículo 318 la corrección que hará el juez si la parte que ha recurrido en tiempo no utilizó el recurso adecuado.

Dice el referido parágrafo: “Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente”.

Conforme a las directrices que tenía impuestas el C.P.C., las partes bajo una concepción privatista ínsita al principio dispositivo debían dirigir el recurso que acertadamente correspondía, según la providencia concretamente atacada. Por ningún motivo podía el recurrente equivocarse al hacer uso de un medio de impugnación que no correspondía. El nuevo estatuto (L. 1564/2012), con un ideal publicista, le impone al juez el deber de dar trámite al recurso que era el procedente, aun cuando su postulante haya dirigido uno desacertado.

El parágrafo atrás citado merece especiales comentarios, por cuanto se encuentra en el artículo 318 del Código General del Proceso, que se ocupa de regular la procedencia y oportunidad del recurso de reposición, lo que pareciera implicar que la improcedencia está en el recurso de reposición con otro medio de impugnación. Pero, al hacer una interpretación literal del parágrafo citado, se podría concluir que es una regla general, al preceptuar: “(...) mediante un recurso improcedente”, tesis esta que resulta ser la aplicable.

Si la parte oportunamente interpone un recurso contra la providencia que lo afecta, pero no es el procedente, el funcionario judicial, llámese juez o magistrado, deberá tramitar el recurso que debió emplear, a fin de garantizarle el derecho a la impugnación que en tiempo se hizo, aun cuando no haya dirigido el medio recursivo que resultaba procedente, lo cual será corregido por el operador de justicia para darle curso al medio, que es el aplicable para el caso concreto.

Con el propósito de que el funcionario judicial dé trámite el recurso adecuado, es importante que el impugnante, además de haber interpuesto recurso en el término de ejecutoria, lo haya sustentado, no obstante que la norma se limita tan solo a la oportunidad.

Frente al auto, en especial el que dicta el magistrado sustanciador, ha sido frecuente el desacierto en que se incurre cuando se impugna dicha providencia, pues el mismo puede ser objeto de reposición o de súplica, recursos que son principales, por lo que uno excluye al otro. A partir de la vigencia del C.G.P., no hay duda de que, aunque la parte ataque dicho proveído por el medio equivocado, el magistrado le dará el trámite del que era procedente, siempre que el recurso, aunque sea equivocado, se haya interpuesto en tiempo y además se encuentre sustentado, pues, al fin y al cabo, ambos recursos, el de reposición y el de súplica, deben estar sustentados al tiempo de agotarlo.

Consideramos que el tramitar el recurso que correspondía, así se haya dirigido uno improcedente, no puede expandirse al punto de que el juez corrija toda irregularidad, pues los apoderados de las partes deben estar prestos a hacer el esfuerzo de dirigir el recurso que verdaderamente corresponde y no recargarse en el juez para que les enmiende su equivocación. No concebimos que la parte acuda al recurso de queja cuando se cuestiona una sentencia ni que se interponga una súplica frente al auto dictado por un juez. Nos parece que en asuntos en los que la dificultad del recurso es evidente (como el caso atrás expuesto entre súplica y reposición sobre el auto del magistrado), puede el juzgador adecuar el recurso al que resulte procedente.

A manera de inquietud es interesante plantear eventualidades como las siguientes:

- Auto dictado en primera instancia que permite apelación. Si la parte afectada interpone reposición y no expresa el subsidiario de la apelación, pues se tramitará solo la reposición, no consideramos que el juez deba tramitarle la apelación que también era procedente si este recurso de alzada no se interpuso en subsidio del de reposición.
- Auto que accede a la reposición. Si la parte se ve perjudicada cuando se accedió a la reposición e interpone reposición a dicho auto, el cual debe ser el de apelación por ser la nueva decisión apelable, creemos viable que se le deba conceder la apelación y aplicar así el numeral 2° del artículo 322 C.G.P.
- Auto que no concede la apelación. Si la parte se limita a interponer reposición sin que en subsidio acuda al de queja, se tramitará la reposición, mas no el de la queja que, aun cuando era procedente, no se agotó.

4. Recurso de apelación.

Este medio de impugnación garantiza tanto el acceso a la justicia para una segunda instancia como también la imparcialidad del órgano jurisdiccional, puesto que la decisión judicial que es cuestionada por la parte interesada se somete al estudio y posterior decisión de otro funcionario de mayor jerarquía con respecto a quien la adoptó, con el fin de que revoque tal proveído que el impugnante considera erróneo.

Con el propósito de observar los cambios que el recurso de apelación ha sufrido en las diversas normas procesales desde épocas del Código Judicial hasta el Código General del Proceso que recientemente entró en vigencia, nos proponemos en este escrito hacer su análisis en forma cronológica:

Código Judicial. Ley 105 de 1931

Son dos los aspectos que vale la pena destacar frente a la apelación con las directrices impuestas en el Código Judicial, de un lado, la clase de autos que permiten apelación, y de otro lado, el efecto en que se concede el recurso.

(I) Providencias apelables

Las sentencias y los autos interlocutorios proferidos en primera instancia son susceptibles de apelación. Ese fue el criterio que adoptó la legislación del año 1931, la cual regla que los autos apelables son los interlocutorios y no los de trámite o de sustanciación. Esta regla taxativa de que solo los autos interlocutorios permiten el recurso de alzada provocó dilemas frente a autos con la incertidumbre de si eran o no de naturaleza interlocutoria, sin que se unificaran criterios sobre este particular, pues el legislador no precisó qué autos por ser interlocutorios permiten la apelación y dejó al intérprete ese estudio sin haberse logrado un concepto armónico.

Dispuso el inciso primero del artículo 491 del Código Judicial: “Los autos interlocutorios dictados por un Juez son apelables en el efecto suspensivo, a menos que el apelante pida que el recurso se le conceda en el devolutivo”.

Nótese cómo la redacción de la norma en cita se limita a autorizar la apelación frente a autos si ellos son interlocutorios, lo que para entonces implicó dificultades en algunos autos frente a la dubitación sobre su naturaleza, criterio que se varió con el C.P.C.

(II) Efecto en que concede

Por su parte, en dicho estatuto procesal la apelación se concede en el efecto suspensivo o devolutivo, siendo aquel la regla general. Es decir, que el efecto diferido no estaba regulado en el Código Judicial.

Acorde al inciso primero del artículo 491, que atrás se transcribió, en tratándose de auto interlocutorio, la apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo que el apelante solicite que su concesión sea en el efecto devolutivo, situación improbable, puesto que con el efecto suspensivo la decisión impuesta en el auto apelado no se cumplirá hasta tanto no esté resuelta la apelación, situación muy diferente de si se concediera en el efecto devolutivo gracias a la voluntad del apelante.

Al ser entonces el efecto suspensivo la regla general para la concesión de la apelación, incluso para los de autos, el inferior perdía competencia para toda clase de actuación, aun cuando se tratase de trámites procesales que no repercuten en nada con al auto apelado, pues el efecto diferido no fue regulado en el Código Judicial.

Por su parte, las sentencias apeladas se conceden en el efecto suspensivo, cuyo criterio a partir del año 2010 es diferente, como se expondrá.

Código de Procedimiento Civil. Decreto 1.400 de 1970

El estatuto procedimental del año de 1970 introdujo importantes cambios al recurso de apelación. Sus principales novedades son las que a continuación se desarrollará separadamente.

(I) Autos apelables

Al erradicar el criterio de la legislación anterior con respecto a que son apelables los autos interlocutorios, el C.P.C. acogió el hecho de que son apelables los autos que expresamente señale la ley, con lo cual se superó la ambigüedad de qué autos son los apelables bajo la comprensión de si es o no interlocutorio, lo cual generó dificultades para uniformar criterios.

Expone Hernán Fabio López Blanco:

En relación con los autos, nuestro legislador varió fundamentalmente y con acierto el criterio que existía acerca de cuáles de ellos admiten apelación.

De conformidad con el Código abrogado, la apelación era procedente respecto de los autos interlocutorios, pero no de los de sustanciación; por ello era muy importante saber si se estaba frente a un auto de esta o de aquella clase: la jurisprudencia y la doctrina idearon diversos criterios para distinguir los diferentes autos con miras exclusivamente a determinar si cabía o no la apelación.

El actual Código dejó de lado este criterio, a causa de las dificultades que se presentaban y, sobre todo, porque no era posible establecer una interpretación armónica acerca de qué autos eran de sustanciación y cuáles interlocutorios; en consecuencia, se optó por indicar en forma taxativa cuáles autos son

apelables, sin que importe determinar si es interlocutorio o de sustanciación; si el Código expresamente permite la apelación, será procedente el recurso; si no dice nada al respecto no se podrá interponer⁴.

Así pues, a partir del año de 1970 es el legislador quien menciona los autos apelables, por lo que debe existir norma que expresamente permita el recurso de alzada, como lo impuso el artículo 351 del C.P.C. Este avance generó sosiego para verificar la procedibilidad del recurso de apelación dirigido contra autos de primera instancia, pues basta con observar si el estatuto procesal expresamente lo consagra como apelable.

En esta misma directriz se encamina el C.G.P. con los ajustes necesarios para proceder al recurso de alzada.

(II) Efectos en que se concede

Se consagra por primera vez el efecto diferido, dada la necesidad de implementarlo, pues se urgía prever la posibilidad de que sin cumplirse el auto atacado el inferior mantenga competencia frente a otras actuaciones. En algunos casos no se justificaba suspender el trámite del proceso de manera íntegra mientras se decide la apelación del auto, por lo cual se innovó con el efecto diferido y se reiteraron los ya preexistentes devolutivo y suspensivo.

Con relación a los autos apelables, se modifica la regla general en que se conceden, pues ya no lo será en el efecto suspensivo (como lo impuso el Código Judicial), sino en el efecto devolutivo, salvo que norma especial señale suspensivo o diferido. Así lo previó el artículo 354 del C.P.C. al disponer: “La apelación de los autos se otorgará en el efecto devolutivo, a menos que exista disposición en contrario”.

Frente a las sentencias, se mantiene el criterio de que la apelación contra ellas se concede en el efecto suspensivo, a menos que norma expresa indique otro, como sucede con la sentencia que decreta la expropiación, en cuyo caso, y para garantizar la prevalencia del interés público, la apelación se otorga en el efecto devolutivo como bien lo señala el artículo 455 del C.P.C.

(III) Apelación adhesiva

El C.P.C. dispuso en el artículo 353 la viabilidad de que la parte que fue afectada con la decisión y no la apeló en el término de ejecutoria pueda todavía postular dicho recurso, siempre que su contraparte, que también se encuentra

⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Bogotá: Dupré Editores, Séptima edición, 1997. p. 717.

agraviada, haya de manera oportuna interpuesto tal medio impugnativo. Dicha adhesión es posible siempre que no esté vencido el término para que el apelante principal sustente el recurso.

Esta figura, que sin duda para entonces fue una impactante novedad, es posible cuando las dos partes resultan afectadas con la sentencia y solo una de ellas impugna en el término de ejecutoria. Así, la parte que no acudió al recurso puede aún plantearlo, en todo caso, dentro de la oportunidad permitida en la ley.

Resulta útil la adhesión a la apelación como estrategia procesal para que el apelante principal desista del recurso, por cuanto el principio prohibitivo de *non reformatio in pejus* ya no tendrá aplicación al desaparecer, gracias a la adhesión, la regla del apelante único, que es pilar esencial para no agravar en perjuicio de quien apeló. Es decir, que quien fue afectado con la sentencia y acata lo decidido al no apelar (pero su adversario, que también resulta agraviado, sí impugnó al observar que su contraparte, que inicialmente no había atacado la sentencia, se adhirió a la apelación) puede intuir que el superior resuelva incluso en su propio perjuicio y opte por desistir de la impugnación para que la condena del *a quo* se haga efectiva, ya que, el hecho de que desaparezca la apelación principal conduce a que lo mismo ocurra con la apelación adhesiva.

El C.G.P. conservó la posibilidad de que pueda adherirse a la apelación quien en tiempo no interpuso este recurso, si naturalmente su adversario sí lo utilizó oportunamente. Aun cuando en el seno de la comisión redactora del nuevo ordenamiento se debatió sobre este particular, finalmente se aceptó conservar la apelación adhesiva, pero la oportunidad para ello será hasta la ejecutoria del auto que admite la apelación como lo manda el parágrafo del artículo 322.

(iv) Sustentación de la apelación

Sin importar la providencia que se apela, la sustentación se realiza siempre ante el superior jerárquico, es decir, ante el funcionario que decide el recurso, así se reitera lo que sobre el particular había previsto el Código Judicial. Esta exigencia tiene importantes modificaciones en el Código General del Proceso, pues si la apelación se dirige contra un auto, la sustentación debe realizarse ante el inferior, y si lo es frente a una sentencia, la sustentación se hace ante el superior, pero obligatoriamente debieron anunciarse los yerros en la primera instancia, tal y como se precisará más adelante.

(v) Competencia del superior

Dotado el juez de poderes inquisitivos, el operador judicial tiene una visión panorámica para resolver el recurso de apelación y poder revocar la decisión que adoptó el *a quo* con argumentos no aducidos por el recurrente. Esto significa

que el *ad quem* debe examinar toda la actuación emitida por el inferior cuando va a resolver la apelación de la sentencia, sin quedar supeditado a la sustentación y réplica que las partes expusieron en sus alegatos, lo que supone que el sentenciador de segunda instancia se puede apartar de las argumentaciones esgrimidas por el recurrente e ir más allá del delineamiento que obre en las alegaciones de las partes.

Tal proceder es viable dada la competencia que le atribuyó el artículo 357 del derogado C.P.C. cuando afirma que “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante (...)”, frase que no es reproducida en el Código General del Proceso, como luego lo explicaremos. Este es quizá el cambio de mayor repercusión que introduce la nueva normatividad.

Ley 2 de 1984. Artículo 57

Esta norma dispuso que la sustentación del recurso de apelación contra el auto debía realizarse ante el mismo funcionario que dictó la providencia objeto de censura.

La carga de exponer las razones de inconformidad debía efectuarse en el término de ejecutoria de la providencia atacada, lo que implicó que al tiempo de interponerse el recurso debían argüirse los motivos por los cuales el juez incurrió en los errores que provocan la inconformidad. La circunstancia de haberse apelado en tiempo pero sin sustentar el recurso, implicaba la deserción del mismo, no obstante que durante el trámite ante el superior se permitió presentar los alegatos de inconformidad, puesto que los artículos 359 y 360 del C.P.C. no fueron modificados por la Ley 2 de 1984.

En realidad se tornó innecesaria la exigencia de imponer la carga de sustentar ante el *a quo*, si además se mantuvo la posibilidad de hacerlo ante el superior. De allí que esta disposición de la Ley 2 de 1984 tuvo escasamente cinco años de vigencia, pues ante la reforma que se hizo al C.P.C. en el año de 1989 por medio del Decreto 2282, quedó sin vigencia la obligatoriedad de sustentar el recurso al tiempo de su interposición.

Decreto 2282 de 1989

El Decreto 2282 de 1989 introdujo importantes reformas al Código de Procedimiento Civil, de las cuales no escapó el recurso de apelación, estas son principalmente las siguientes:

(i) Sustentación de la apelación

Al expedirse el Decreto 2282 de 1989, queda sin vigencia el artículo 57 de la Ley 2 de 1984 que obligaba sustentar la apelación en el término de ejecutoria del

auto que se impugna y mantenía la carga de argumentación ante el superior, so pena de deserción.

El parágrafo primero del artículo 352 del C.P.C. preceptuó: “El apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo, a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360, so pena de que se declare desierto. Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia”.

Dada la rigidez de la norma que se acaba de transcribir, y tratarse de apelación de autos, la Corte Constitucional en sentencia de tutela concluyó que la apelación puede sustentarse bien ante el juez de la primera instancia, o bien ante el superior, pues lo que importa es que el juzgador de la segunda instancia conozca los motivos de inconformidad. Dijo la Honorable Corporación:

En efecto, si en el asunto que ocupa la atención de la Sala, se hace una interpretación de conformidad con los principios que orientan el recurso de apelación, se debe concluir que al establecerse la sustentación obligatoria del recurso, so pena de la deserción del mismo, se busca facilitar la tarea del juzgador, al saber más de cerca el inconformismo del apelante.

Por ello, cuando la norma en cuestión consagra que “el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo (...)”, es porque precisamente permite acudir ante cualquiera de ellos. Dicha interpretación se deriva del alcance de los principios de conservación del derecho y de favorabilidad.

Bajo esta perspectiva, si una norma admite diversas interpretaciones, es deber del intérprete preferir aquella que más garantice el ejercicio efectivo de los derechos; en aras de preservar al máximo las disposiciones emanadas del legislador. Ahora bien, en tratándose de normas procesales y de orden público dicha interpretación debe privilegiar el acceso a la administración de justicia y los presupuestos que orientan el debido proceso. Pero, en caso contrario, es decir, cuando la interpretación dada por el juez ordinario se aparta de los citados principios y derechos constitucionales, tal decisión se introduce en el terreno de la irrazonabilidad tornando precedente el amparo tutelar (...)⁵

En coherencia con la sentencia ya referida, no puede declararse desierta la apelación del auto que se interpuso en subsidio de la reposición, sino se sustenta el recurso de alzada ante el superior. Ello debido a que los argumentos de la reposición son válidos para la apelación, reiteramos, así no se haya presentado la sustentación ante el *ad quem* en el término previsto en el artículo 359 del C. P.C.

⁵ Corte Constitucional Sentencia T-449, mayo 10/2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Naturalmente que las razones para censurar el auto las conoce el superior por haberlas expuesto en el recurso de reposición, si este se quiso agotar primero al de la apelación. Cosa diferente es cuando la parte opta por interponer directamente la apelación sin querer agotar el recurso de reposición.

(II) Posibilidad de apelar el auto que accede a la reposición, si esa decisión resultare apelable

Bien es sabido que el auto que decide la reposición no tiene ningún recurso, como es pregonado en el inciso tercero de artículo 348 del C.P.C., y que replica el inciso cuarto del artículo 318 del Código General del Proceso. Dispuso la reforma de 1989 que tal decisión podrá tener apelación si, debido al éxito del recurso de reposición, esa nueva decisión que afecta a quien no recurrió resultare un auto de naturaleza apelable, caso en el cual la apelación es directa y no subsidiaria de reposición por tratarse precisamente de un auto que decide la reposición. Así lo impuso el inciso tercero del artículo 352 del C.P.C. (recogido en el C.G.P., num. 2°, art.)

Fue importante esta innovación del legislador del año 1989, puesto que la parte a la que beneficia el auto carece de interés para recurrir, el que sí le asiste a la parte contraria, y esta al hacer uso de la reposición obtiene decisión favorable al lograr la revocatoria del auto. Esta nueva providencia naturalmente afectará a la parte que inicialmente no impugnó, lo que impedía recurrir en apelación esa última decisión aunque fuere susceptible de dicho medio impugnativo. Gracias a las reformas que introdujo el Decreto 2282 de 1989, queda procedente la apelación, siempre y cuando al accederse a la reposición esa decisión posibilite tal recurso. Recordemos que el numeral 3° del artículo 351 del C.P.C., que recalca el mismo numeral del artículo 321 del C.G.P., permite apelación frente al auto que niegue el decreto de la prueba. Esto implica que frente a la solicitud de una prueba, el auto que niega su decreto es susceptible de apelación, mientras que si la decisión fuere el decretarla no tendrá la apelación aunque sí la reposición. Si el juez decreta una prueba solicitada por una de las partes y la contraparte la considera impertinente, solo podrá acudir a reposición y al hacer uso de este recurso logra la revocatoria del auto. Esta nueva providencia podrá atacarse en apelación por la parte que había pedido la prueba, debido a que al accederse a la reposición, el juez negó su decreto y esta última decisión es susceptible del recurso de alzada. Al suponer que la situación fuere contraria, es decir que el juez inicialmente negara el decreto de la prueba y el peticionario impugnara en reposición esa decisión, cuyo recurso se decide favorablemente, el juez decretó la prueba, auto este que no tendrá ningún recurso, puesto que está decidiendo reposición y esa decisión no es susceptible de apelación por haberse decretado la prueba.

(III) Competencia para practicar una prueba cuando por apelación se revoca el auto que la había negado

El Decreto 2282 de 1989 reglamentó de manera clara la omisión frente a la competencia del juez que debía practicar la prueba que inicialmente había sido negada y como consecuencia del recurso de apelación, la prueba fue decretada, en particular cuando el *a quo* dictó sentencia antes de la decisión de la apelación.

Como bien se sabe, frente al auto que niega la prueba es procedente el recurso de apelación y al haberse interpuesto este, es concedido en el efecto devolutivo. La eventualidad de que el superior no haya desatado el recurso, no impide que el inferior dicte la sentencia (C.P.C., penúltimo inc., art. 354, reiterado en C.G.P., art. 323). En tal caso, si la sentencia fue apelada y con posterioridad el *ad quem* revoca el auto que había negado la prueba, será este (el superior) quien la deberá practicar, pero si la revocatoria del auto se produjo antes de la sentencia, será lógicamente el juez de la primera instancia quien la practique.

Para mayor claridad es conveniente indicar las posibles variables que pueden acontecer y las directrices del legislador frente a cada una de ellas al partir del evento de que el juez negó una prueba y el auto fue apelado. Dichas situaciones, que son replicadas en el nuevo ordenamiento procesal, son:

- 1) El juez de primera instancia dicta sentencia que no fue apelada y el superior aún no ha resuelto la apelación del auto, el secretario del *a quo* comunicará al *ad quem* para que declare desierta la apelación. Esto por cuanto ya hay decisión en firme.
- 2) El juez de primera instancia dicta sentencia que fue apelada y el superior no había decidido la apelación del auto, este deberá decidir si confirma o revoca el auto atacado. Si lo llega a revocar (es decir, que decretó la prueba), debe el *ad quem* practicar la prueba y después dictará la sentencia de segunda instancia.
- 3) El juez de primera instancia no ha dictado la sentencia y el superior resolvió la apelación del auto. El secretario del *ad quem* debe comunicar inmediatamente al *a quo*, para que se abstenga de dictar sentencia, y una vez regrese la actuación del superior al inferior, este deberá obedecer y cumplir lo que el superior impuso. De haberse revocado el auto que había negado la prueba, será el juez de la primera instancia quien la practique.
- 4) El juez de primera instancia dicta sentencia que no fue apelada y el superior ya había resuelto la apelación sin advertirle al inferior, lo decidido por el superior queda sin efecto, independientemente de si confirmó y revocó el auto que había negado la prueba.

- 5) El juez de primera instancia dicta sentencia después de que el superior había resuelto la apelación del auto, sin advertir al inferior que la apelación ya estaba decidida, si la sentencia del *a quo* fue apelada y el auto apelado había sido revocado, debe declararse sin valor la sentencia, caso en el que el inferior debe practicar la prueba para luego dictar nuevamente sentencia, sin quedar supeditado a la que antes había proferido, puesto que la prueba puede llevarle a otro convencimiento.

(iv) Posibilidad de audiencia para sustentar

Desde la promulgación del C.P.C. en el año 1970 se consagró en el artículo 360 la posibilidad de que si la impugnación se predica de una sentencia, pueda convocarse a audiencia para que la sustentación y su réplica sean expuestas de viva voz. El Decreto 2282 de 1989 introduce modificaciones que se concretan en que la viabilidad de la audiencia es cuando la segunda instancia le compete a cuerpo colegiado, lo que implica que no es posible cuando el juez de circuito conoce de la apelación.

Esta audiencia, que no es de carácter obligatorio, pues debe preceder solicitud de parte o ser convocada de oficio, no produjo los efectos esperados, puesto que para su celebración ya existe proyecto de fallo.

Como se hará referencia adelante, la audiencia de sustentación a la que se refiere el Código General del Proceso es de carácter obligatorio, sin importar si el superior es juez de circuito o tribunal de distrito.

Ley 794 de 2003

Esta ley, que aportó al Código de Procedimiento Civil importantes avances, no introdujo mayores innovaciones al recurso de apelación, aunque vale la pena acotar que impuso al secretario del juez de primera instancia enviar al superior, en un término de quince (15) días, el expediente o las copias según el efecto en que se concedió el recurso, bajo la posibilidad de ser destituido o incurrir en causal de mala conducta, si incumple lo anterior. Dispuso el parágrafo segundo del artículo 352 del C.P.C.: “El Secretario deberá remitir el expediente o las copias al superior dentro del término máximo de quince (15) días contados a partir del día siguiente al de la ejecutoria del auto que concede el recurso o a partir del día siguiente a aquel en que se paguen las copias por el recurrente, según fuere el efecto en que se conceda el recurso, so pena de incurrir en causal de mala conducta sancionable con destitución”.

Este aporte de la Ley 794 de 2003 contribuyó a evitar morosidades provocadas por la secretaría del juzgado de primera instancia, para enviar al superior las piezas procesales que le permitieran tramitar el recurso de apelación.

El Código General del Proceso impone al secretario cinco (5) días para hacer la remisión al así ordenarlo el inciso final del artículo 324.

Ley 1395 de 2010

Con respecto al recurso de apelación, el legislador del año 2010 modificó la directriz del efecto en que se debe conceder la apelación de la sentencia. Recordemos que la regla general en que se concedía la apelación de la sentencia era en el efecto suspensivo y, salvo cuando se tratara de la sentencia que decreta la expropiación, el recurso de alzada se concede en el efecto devolutivo.

El artículo 354 del C.P.C. que se ocupa de señalar el efecto en que se debe conceder la apelación, dispuso a partir de la modificación hecha por la Ley 1395 de 2010 que la regla general en que se concede la apelación de una sentencia será en el efecto devolutivo, salvo cuatro sentencias que lo serán en el suspensivo. Adujo la norma lo siguiente: “Se otorgará en el efecto suspensivo la apelación de las sentencias que versen sobre el estado civil de las personas, las que hayan sido recurridas por ambas partes, las que nieguen la totalidad de las pretensiones, y las que sean simplemente declarativas. Las apelaciones de las demás sentencias se concederán en el efecto devolutivo, sin que pueda hacerse entrega de bienes ni dineros, hasta tanto sea resuelta la apelación”.

Esta novedad es armónica con la celeridad del proceso, toda vez que someter la apelación de la sentencia bajo el efecto devolutivo, excepto las precisas salvedades que lo serán en el suspensivo, conlleva a que, mientras es tramitado el recurso de apelación, se esté ejecutando provisionalmente la sentencia. Es decir que aun cuando la decisión adoptada en el fallo no está ejecutoriada, el accionante prosigue actuando ante el juez del conocimiento para que se vayan cumpliendo los mandatos impuestos en la parte resolutive de la sentencia, con la limitación de que no se retiren dineros ni se materialice la entrega del bien, ante una eventual revocatoria del superior. Bien lo afirma el tratadista Miguel Enrique Rojas Gómez:

La disposición mantiene la regla general del efecto devolutivo de las apelaciones tanto respecto de autos como de sentencias. A propósito de las sentencias se conserva la regla que introdujo la Ley 1395 de 2010 (art. 15) en el sentido de que el efecto suspensivo está reservado a las que versen sobre el estado civil, las que hayan sido apeladas por ambas partes, las que nieguen la totalidad de las pretensiones y las simplemente declarativas, pues las demás sentencias son apeladas en el efecto devolutivo.

No obstante, las sentencias apelables en el efecto devolutivo no pueden cumplirse del todo mientras cursa la apelación, pues la misma disposición

limita la ejecución al señalar que no podrá hacerse entrega de dineros ni de otros bienes hasta tanto sea resuelta la apelación⁶.

Así, entonces, si en un proceso declarativo el juez impone la condena al pago de perjuicios en determinada suma dineraria, podrá el demandante adelantar la ejecución en cuaderno separado, obtener el mandamiento ejecutivo y cautelar bienes como proceso ejecutivo que se va adelantando ante el juez de primera instancia, mientras el superior conoce de la apelación de la sentencia. El proceso de ejecución puede adelantarlo hasta el avalúo de los bienes, pero no podrá ser rematado ni recibir dineros cautelados hasta que el superior decida la apelación. Tal decisión debe confirmar la sentencia que impuso la condena, pues solo en ese instante la decisión queda ejecutoriada.

Si el proceso declarativo ordena la entrega de un inmueble, podrá iniciarse la diligencia de entrega y la resolución de eventuales oposiciones, si las hubo, pero no se hará la entrega física del bien hasta la decisión del superior.

Podemos agregar que al ser concedida la apelación de la sentencia en el efecto devolutivo, el apelante debe sufragar los gastos para que el *a quo* conserve las piezas necesarias a fin de ejecutar provisionalmente la decisión. El expediente en su integridad será remitido al superior que conoce de la apelación, situación muy distinta a cuando frente al auto se concede la apelación en el mismo efecto, pues en este evento, son las reproducciones las que se remiten al superior y el expediente es conservado por el inferior.

Es de advertir que el Código General del Proceso reiteró estas directrices de efectos en que se concede la apelación, como también las sentencias que se conceden en efecto suspensivo, pero agrega el nuevo ordenamiento que, no obstante que la apelación de la sentencia se conceda en el efecto suspensivo, se realizará en todo caso el pago de las prestaciones alimentarias, situación que no contempló la Ley 1395 de 2010. En efecto, impone el inciso tercero del artículo 323 del C.G.P.: “Sin embargo, la apelación no impedirá el pago de las prestaciones alimentarias impuestas en la providencia apelada, para lo cual el juez de primera instancia conservará competencia”.

De ser apelada la sentencia que decreta el divorcio y condena el pago de cuotas alimentarias para los hijos menores, se concederá el recurso en el efecto suspensivo, por cuanto se trata de una sentencia que versa sobre el estado civil. Pero, no obstante el efecto suspensivo, el apelante deberá cumplir con la carga de suministrar las expensas necesarias para conservación del *a quo* y así exigir la

⁶ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Código General del Proceso. Bogotá: Editorial ESAJU. p. 378.

atención del pago de las prestaciones alimentarias, pues dicha carga procesal es impuesta por el artículo 324 del C.G.P. en su inciso segundo.

En las sentencias en que se acogen las pretensiones en proceso de filiación o de investigación de paternidad, por ser procesos declarativos puros, la apelación será concedida en el efecto suspensivo. Naturalmente que en el mismo efecto se concederán las apelaciones frente a sentencias que niegan la totalidad de las pretensiones invocadas en la demanda, puesto que no hay nada que hacer cumplir.

Debemos identificar la otra sentencia, cuya apelación se tramita en el efecto suspensivo: es aquella que fue impugnada por ambas partes. Se trata de un evento en que la sentencia afecta tanto a demandante como a demandado, como sucedería en el evento en que al pretender la condena al pago de perjuicios por responsabilidad civil contractual o extracontractual en la cantidad de doscientos millones de pesos (\$200.000.000.00), el juez condena a la cantidad de ciento veinte millones de pesos (\$120.000.000.00) por considerar que fue lo que probó. Al estar ambas partes afectadas, puede suceder una de estas variables:

1. Solo apela el demandante. La apelación se concede en el efecto devolutivo y el accionante puede ir adelantando la ejecución de la condena impuesta, los \$120.000.000.00. El superior no podrá reformar en perjuicio del apelante por ser único, es decir, no podrá rebajar a condena.
2. Solo apela el demandado. La apelación se concede en el efecto devolutivo y el accionante puede ir adelantando la ejecución de la condena impuesta, los \$120.000.000.00, sin que el superior reforme en perjuicio del apelante por ser único, es decir, no podrá aumentar la condena.
3. Ambas partes apelan. En este caso la apelación será concedida en el efecto suspensivo, pues tanto demandante como demandado están inconformes con la decisión, caso en el cual el superior resuelve sin limitaciones, es decir, que al decidir, puede agravar la condena para cualquiera de los apelantes.

Código General del Proceso. Ley 1564 de 2012

Con el advenimiento del Código General del Proceso que entró en vigencia a partir del año 2016, el recurso de apelación sufre trascendentales cambios, que se ahondará desde dos aspectos. En primer lugar, se expondrá cómo queda el trámite de este recurso tanto en la primera como en la segunda instancia, y en segundo lugar, se hará referencia a la competencia del juez que decide la apelación, en particular cuando se impugna la sentencia.

(I) Trámite del recurso de apelación

El trámite por el que debe evacuarse el recurso de apelación ha de exponerse separadamente, según si lo apelado es un auto o si lo es la sentencia. Para asimilar de manera clara y concisa los cambios que impone el nuevo estatuto procesal, se harán comentarios frente a lo que había dispuesto el C.P.C.

a. Apelación de auto

Proferido el auto por el *a quo* en el curso de una audiencia, debe inmediatamente interponer el recurso la parte afectada. Una vez concluida la audiencia, el juez resolverá sobre la concesión de las apelaciones que en el transcurso de la misma se hayan postulado, así adoptará lo que la doctrina ha denominado “concentración de apelaciones”, a fin de que la audiencia se desarrolle en forma ágil y evitar resolver varias veces la procedencia del recurso si este fue utilizado atacando distintos autos dictados en la misma audiencia. Así lo manifiesta el numeral 1° del artículo 322 del C.G.P. cuando afirma: “(...) El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos”. Sustentación que en todo caso se hará ante el *a quo* en los tres días siguientes.

Naturalmente que si el auto se ha dictado por fuera de audiencia, el recurso se interpondrá por escrito en los tres días siguientes a su notificación, debidamente sustentado ante el mismo juez de la primera instancia, el que por secretaría queda a disposición de la contraparte para que lo replique.

Concedida la apelación, el superior se limita solamente a proferir uno de estos dos autos, o lo declara inadmisibile, por ejemplo, porque el auto no es apelable, o decide la apelación.

Nótese cómo la sustentación y réplica del recurso de apelación contra autos se manifiestan ante el inferior y el superior se limita solo a resolver el recurso, es por esto que la providencia que admite la apelación de un auto, que sí previó el CPC, desaparece por innecesaria. Dicha providencia, la que admite la apelación del auto, se torna inútil porque el recurso llega al superior con la sustentación hecha por el recurrente, como también con la réplica realizada por la parte contraria. Recordemos que bajo el imperio del C.P.C. la sustentación y réplica al recurso son actuaciones realizadas ante el superior y el auto que el superior dicta al admitir el recurso es el que ordena sustentar el mismo, pero, como el C.G.P. exige la sustentación ante el *a quo*, queda inocuo el auto que admite el recurso y el superior debe resolverlo sin que medie tal providencia.

Dice Ricardo Zopó Méndez:

En cuanto al trámite de la apelación de autos, el CGP trae como una de sus novedades el cambio de la oportunidad y la instancia o funcionario ante quien se debe sustentar. La interposición del recurso, su sustentación, así como su réplica, necesariamente se deberán realizar ante el mismo juez que profirió la providencia recurrida, esto es ante el *a quo*. Se abandona el sistema adoptado por el CPC, en donde la interposición es ante el *a quo* y su sustentación ante el *ad quem*. Con el nuevo sistema se ahorra un tiempo valioso en la gestión de la apelación de autos ya que, al llegar a manos del superior debidamente sustentado y controvertido por la contraparte, este solo tendrá que resolverlo de fondo, o en su defecto, proceder a su inadmisión⁷.

Se advierte que el trámite de la apelación del auto que dispuso el C.P.C. cambia radicalmente con el nuevo ordenamiento procesal y deja al superior solo en su labor de resolver el recurso, pues la sustentación, réplica y concesión del recurso son actuaciones que competen al inferior.

b. Apelación de sentencia

Cuando la apelación va dirigida contra la sentencia, los cambios impuestos por el C.G.P. son más radicales, puesto que no solamente varía el trámite de este recurso, tanto en primera como en segunda instancia, sino que limita las funciones del superior al momento de resolverlo. Abarcamos, en primer lugar, el procedimiento que se realiza ante el *a quo* y el que se desarrolla ante el *ad quem*.

Trámite en la primera instancia.

Dictada la sentencia, el recurso se interpone en su ejecutoria, lo que significa que si la sentencia se dicta en el curso de la audiencia, habrá de interponerse inmediatamente, y si la misma fue proferida por escrito, su impugnación se hará dentro de los tres días siguientes a su notificación, que lo será por estado. En caso de que la sentencia se haya pronunciado en audiencia, el recurso se dirige inmediatamente y en los tres días siguientes se presenta un escrito dirigido al mismo juez, en el cual se precisen brevemente los reparos que provocan la inconformidad. Si la sentencia fue escrita, como el recurso se interpone en los tres días siguientes, allí mismo se manifiestan los yerros o reparos que suscitan la discrepancia. Tales reparos no son propiamente las sustentaciones, pues estas deben realizarse de manera oral ante el superior, pero serán el marco sobre el cual ellas gravitarán.

⁷ ZOPÓ MÉNDEZ, Ricardo. Medios de Impugnación. Aspectos más relevantes en el Código General del Proceso. En: El proceso civil a partir del Código General del Proceso. Coordinador Horacio Cruz Tejada. Bogotá: Universidad de los Andes. Abril 2014. pp. 379-380.

A continuación el juez procederá a conceder el recurso en el efecto correspondiente, bajo las directrices que ya había impuesto la Ley 1395 de 2010, en el sentido de que se otorga en el efecto devolutivo, salvo cuatro sentencias que lo serán en el efecto suspensivo, que son: (I) Las meramente declarativas, es decir, declarativas puras; (II) Las que versen sobre el estado civil de las personas; (III) Las que nieguen la totalidad de las pretensiones de la demanda; (IV) Las que son apeladas por ambas partes.

No obstante, como se expuso en líneas anteriores, el C.G.P. de manera acertada regló que, aunque la sentencia se otorgue en el efecto suspensivo, y allí se hayan impuesto prestaciones alimentarias, estas se harán efectivas conservando el *a quo* competencia para ello, pues este tipo de obligaciones no pueden dar espera, como sucede, por ejemplo, con la condena de alimentos a favor de los menores que se ordena en la sentencia que decreta el divorcio.

Es importante notar cómo a diferencia del estatuto procedimental recientemente derogado, el C.G.P. atribuye para el apelante la carga de anunciar ante el inferior los reparos concretos sobre los cuales edificará la sustentación en la audiencia realizada ante el superior. De no cumplirse esta carga el recurso de apelación será declarado desierto, como también lo será si al haber mencionado los reparos, no suministra las expensas necesarias para la reproducción de las piezas procesales que conservará el inferior cuando la apelación se otorgue en el efecto devolutivo.

Trámite en la segunda instancia

Una vez el superior recibe el expediente, encuentra satisfactoriamente el examen preliminar, es decir, no hay que integrar el contradictorio ni decretar nulidad procesal alguna, y, en general, se satisfacen todas las exigencias para tramitar el recurso, este será admitido.

El C.G.P. reitera la admisión del recurso de apelación siempre que la impugnación se predique de una sentencia, pues ya dijimos que frente a la apelación de autos, desaparece su admisión. La razón por la que el superior debe admitir la apelación de la sentencia, obedece a que se mantiene el criterio del estatuto derogado, en el sentido de que si lo apelado es una sentencia, es viable solicitar pruebas en segunda instancia bajo las reglas taxativas que regula el artículo 327 del nuevo ordenamiento. La oportunidad para pedir las es precisamente el término de ejecutoria del auto que admite la apelación, esta es la razón que lo justifica.

En caso de que se hubieren solicitado pruebas y ellas, además de pertinentes, conducentes y útiles, sean coherentes con las limitaciones que impone el artículo 327, serán decretadas para practicarlas en la audiencia de sustentación y fallo, la que igualmente se convocará aunque no se soliciten pruebas. En esta audiencia

se oirán las alegaciones, empezará el apelante, quien procederá a sustentar el recurso para que luego sea replicado por la parte contraria y el superior pueda proceder a decidirlo al dictar la respectiva sentencia.

Competencia del superior. Pretensión impugnativa

La novedad de mayor importancia que el Código General de Proceso establece para el recurso de apelación está arraigada en la competencia que tiene el juez de segunda instancia al momento en que decide la apelación contra la sentencia del *a quo*. En efecto, mientras en legislaciones pasadas se otorgaban poderes al juez para ir más allá de los planteamientos aducidos por el apelante, puesto que la apelación “se entiende interpuesta en lo desfavorable” tal y como lo adujo el artículo 357 del C.P.C., el nuevo ordenamiento le impide desbordar sus argumentaciones, por cuanto se limita a decidir única y exclusivamente sobre los motivos de inconformidad que expuso el recurrente.

Preceptúa el artículo 328 del C.G.P. en su inciso primero: “**Competencia del superior.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”.

Dicha norma debe armonizarse con el inciso contemplado en el artículo 322 del C.G.P. que afirma: “Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferido en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior” (subrayo).

La exigencia de anunciar los reparos ante el inferior, bien sea al momento de apelar la sentencia en la audiencia, o dentro de los tres días siguientes a la finalización de la misma (apelación que en todo caso debe ser interpuesta inmediatamente se dicte la sentencia oral), tiene dos objetivos centrales: (1) Evitar la deserción del recurso; (2) Sustentar la apelación ante el superior solo con respecto a los reparos planteados ante el *a quo*.

Bien lo afirma Ricardo Zopó Méndez:

Así pues, con este nuevo sistema, la segunda instancia deja de ser una reedición de la primera, en cuanto al superior ya no le corresponderá repasar de manera oficiosa el universo fáctico y normativo que compone el debate para decidir como corresponda, sino únicamente aquellos aspectos específicos, puntuales y concretos planteados por el recurrente como reparos a la providencia impugnada; sistema que ciertamente da al recurso de apelación un matiz dispositivo en la medida que limita la competencia del

superior al estudio de los mencionados reparos, como sería el caso en el que un apelante señala como razón de su inconformidad la circunstancia de que el *a quo* erró al valorar un determinado medio de prueba, caso en el cual, el superior carecería de competencia para resolver el recurso teniendo en cuenta los elementos normativos de la controversia u otros medios de prueba que no fueron cuestionados por el apelante⁸.

El esquema impuesto por el Código General del Proceso es un claro destello del principio dispositivo, puesto que el juzgador de segunda instancia se somete a estudiar exclusivamente los reparos que el apelante anticipó ante el juez del conocimiento, teniendo en cuenta la sustentación que sobre ellos expuso en su presencia con las correspondientes réplicas hechas por la parte contraria. Es decir que el recurrente limita al superior sobre lo que ha de estudiar y resolver como una especie de congruencia entre los reparos planteados con las decisiones adoptadas, de allí la denominación dada por la doctrina de “pretensión impugnativa”. Implica lo anterior que debe existir una fidelidad entre los reparos con la sustentación y entre esas precisas argumentaciones con la decisión del superior.

La “competencia panorámica” acogida en el sistema procesal anterior cede a la llamada “pretensión impugnativa”, pues el *ad quem* ya no podrá salirse de los alegatos de las partes, sino resolver solo frente a dichas argumentaciones.

A diferencia del esquema que impuso el C.P.C., en el que, llegado el expediente al superior, tanto este como la parte a quien favoreció la sentencia apelada ignoran las razones de inconformidad y solo serán advertidas después de admitida la apelación en un escrito muchas veces lacónico y sin convicción. Muy a pesar de esto, el superior debe reexaminar toda la actuación y podrá revocar por razones no esgrimidas por el impugnante, sin que la parte no apelante haya tenido oportunidad de referirse a ellas, toda vez que su atención se ocupó en replicar las argumentaciones que adujo el apelante. Por el contrario, el nuevo esquema brinda mejores garantías al no apelante, puesto que desde el trámite en la primera instancia ya conoce los motivos de inconformidad sobre los que el recurrente sustentará ante el superior. Este a su vez sabe las razones de la apelación una vez recibe el expediente, sin que pueda expandirse sobre temas no planteados, y reconoce el derecho de réplica que le asiste al no impugnante, pues este no será sorprendido con una revocatoria de la sentencia con base en yerros diferentes a los que manifestó el recurrente y sobre los que pudo controvertir.

Sobre el particular, dice Miguel Enrique Rojas:

(...) Lo más importante de esta disposición es que refleja el cambio de paradigma en la concepción que subyace a la nueva regulación en torno a

⁸ Ibídem. p. 378.

la segunda instancia, lo que se percibe con mayor claridad si se advierte la preterición del grado jurisdiccional de consulta en el CGP.

Ciertamente, si se observa que en el nuevo código no viene regulada la consulta, y que la competencia del juez de segunda instancia a la hora de resolver la apelación se contrae al análisis de los planteamientos del apelante, habrá que reconocer que la segunda instancia perdió los caracteres inquisitivos que la mostraban relativamente oficiosa y pasó a ser un grado jurisdiccional provocado, por excelencia. Siendo así, la misión encomendada al juez de segunda instancia no es otra que la de constatar los yerros que el apelante le atribuye a la decisión impugnada, y corregirlos⁹.

Conclusiones

Con el nuevo ordenamiento procesal (L. 1564/2012) la competencia del juzgador en segunda instancia se ve cercenada en cuanto no puede reexaminar toda la controversia procesal que se suscitó en la primera instancia. A diferencia de lo expuesto en el Código de Procedimiento Civil, en donde el superior podía revocar la decisión del inferior no solo por los argumentos del recurrente, sino por otras razones que advierta, aunque no se las haya manifestado el apelante, toda vez que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable (C.P.C., art. 357), en el Código General del Proceso el superior solo podrá referirse a los argumentos que adujo el apelante, como lo pregona el primer inciso del artículo 328.

Las razones de inconformidad que propician el recurso de alzada son conocidas por el apelante y, por tanto, este debe exteriorizarlas para que el superior las analice y concluya si hay o no motivos para revocar o reformar la providencia del inferior.

El esquema propuesto por el Código General del Proceso asume caracteres de un sistema dispositivo que le impone al *ad quem* el deber de “pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante” como lo manda el artículo 328. De esta manera, destierra las facultades inquisitivas que le atribuyó el Código de Procedimiento Civil, lo que contribuye a que el apelante se esfuerce en persuadir al superior sobre los razonamientos expuestos en la audiencia de sustentación y fallo, los cuales deben mantener una fidelidad con los reparos que adujo en la primera instancia.

Es indiscutible el cambio que el nuevo ordenamiento procesal introduce en el trámite del recurso de apelación, particularmente cuando se ataca la sentencia, puesto que el ámbito de la competencia del superior lo propone el apelante, quien al concretar los reparos que encuentra en la providencia, está

⁹ ROJAS GÓMEZ. Op. cit. p. 384.

delimitando no solo su campo de acción en la audiencia de sustentación y fallo, sino también la órbita del superior, quien no podrá direccionar el estudio hacia otros aspectos diferentes a los planteados por el apelante en la primera instancia. Lo anterior, puesto que solo sobre tales razonamientos se centrará el debate oral en la audiencia de fallo de segunda instancia, lo que contribuye, además, a que quien no apeló no se vea sorprendido por una revocatoria de la sentencia que en principio le fue favorable, pero que fue revocada por razones no esgrimidas por el apelante. Es indudable que se rompe el derecho de escuchar al no apelante cuando el *ad quem* podía reformar la sentencia del inferior bajo consideraciones que no fueron manifestadas por el apelante, situación no admisible en el nuevo trámite del recurso de alzada que acoge el esquema de pretensión *impugnaticia*, ya que, al igual que el *petitum* de una demanda, el juzgador se debe limitar a resolver sobre lo implorado, en este caso por el apelante.

No obstante, en ocasiones puede el juez apartarse de los argumentos del apelante para revocar la providencia, así el impugnante no los aduzca, como podrá ocurrir al decretar la nulidad absoluta del acto o contrato que constituya la materia del litigio, conforme a lo prescrito en el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, pues está de por medio el orden público en garantía de principios como los de buena fe, justicia y equidad en el negocio que da lugar a la nulidad. Igualmente, cuando se decrete la nulidad de una compraventa, deben ordenarse las restituciones recíprocas por motivos de equidad, evento en el cual la sentencia produce efectos retroactivos (C.C., art. 1746).

Bibliografía

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-449, mayo 10/2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Bogotá: Dupré Editores, Séptima edición, 1997.

MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Editorial ABC, 1973.

MURCIA BALLÉN, Humberto. Recurso de casación civil. Bogotá: Colección Jurídica Gustavo Ibáñez. Sexta edición, 2005.

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. Código General del Proceso. Bogotá: Editorial ESAJU.

ZOPÓ MÉNDEZ, Ricardo. Medios de Impugnación. Aspectos más relevantes en el Código General del Proceso. En: El proceso civil a partir del Código General del Proceso. Coordinador Horacio Cruz Tejada. Bogotá: Universidad de los Andes. Abril 2014.

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL IBEROAMERICANA: LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL ANDINA: ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?*

*Marcel Tangarife Torres***

Resumen

La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TJCA, es un mecanismo de cooperación judicial que permite que dicho tribunal emita un concepto abstracto sobre la aplicación de las normas andinas para asegurar que esta sea uniforme en los Países Miembros de la Comunidad Andina. Lo anterior, con el fin de que los jueces y tribunales nacionales competentes a nivel de instancias ordinarias acojan dicho concepto y lo incorporen a los fundamentos jurídicos de sus sentencias. El objetivo de este artículo es establecer que la interpretación prejudicial deja de ser un instrumento de cooperación judicial para convertirse en un mecanismo de interferencia en los procesos, a la luz de la jurisprudencia más reciente del TJCA, que extiende la interpretación prejudicial a la etapa de recursos extraordinarios contra sentencias proferidas por jueces y tribunales nacionales y la ha hecho obligatoria para los tribunales arbitrales.

Recibido: Octubre 15 de 2015 - Aprobado: febrero 18 de 2016

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: TANGARIFE, Marcel. "Cooperación judicial internacional iberoamericana: La interpretación prejudicial andina: ¿Mecanismo de cooperación o instrumento de interferencia en procesos judiciales y arbitrales?" *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 43, enero – junio. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 207-230.

** Abogado de la Universidad del Rosario, con especialización en Derecho Administrativo de la misma Universidad y Maestría en Derecho Económico de la Pontificia Universidad

Palabras clave: Interpretación prejudicial, instancia ordinaria, recursos extraordinarios, arbitraje, nulidad, anulación.

Abstract

The preliminary interpretation of the Andean Community Court of Justice –ACCJ is a judicial cooperation mechanism which allows that the ACCJ issues an abstract concept on the implementation of the Andean rules to ensure its uniform application by Member Countries of the Andean Community, in order to the national judges and tribunals, at the level of ordinary instances, apply and include that concept into the legal basis for its own decisions. The aim of this paper is to establish the preliminary interpretation applied in excess the purpose for which it was created ceases to be an instrument of judicial cooperation to become a mechanism of interference in judicial and arbitration proceedings. The author analyze the most recent jurisprudence of the ACCJ which extends the preliminary interpretation to the procedures started based on extraordinary appeals against judgments issued by national judges and tribunals; the ACCJ made compulsory the preliminary interpretation in the arbitration procedures.

Key words: Preliminary interpretation, ordinary instance, extraordinary appeal, arbitration, nullity, annulment.

1. La interpretación prejudicial andina en el proceso judicial y en el arbitraje.

A partir del año 2012, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante el TJCA) ha adoptado un conjunto de decisiones judiciales que han

Javeriana. Amplios conocimientos y experiencia en asesoría, litigio y arbitraje (nacional e internacional) en las relaciones de la Empresa con el Estado (Derecho Público: Derecho Constitucional y Administrativo); asesoría en contratación estatal e infraestructura; asesoría y solución de controversias en comercio internacional (OMC, Comunidad Andina, tratados de libre comercio); consultor y apoderado de empresas multinacionales y nacionales; visión internacional de la empresa por experiencia en la Comunidad Andina y el ejercicio profesional como líder del área de Derecho Público, Derecho Económico Internacional e Integración Económica en oficinas de abogados y en empresas del sector privado; asesor de gremios y empresas en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y otros países; apoderado del Gobierno de Colombia en su defensa ante la Corte Constitucional. Miembro de la lista A de árbitros de los Centros de Arbitraje y Conciliación de las Cámaras de Comercio de Bogotá y de Medellín; miembro de la lista de árbitros internacionales del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; miembro de la lista de árbitros de la OMPI; miembro de la lista de expertos para grupos especiales de la OMC en acceso a mercados de bienes y propiedad intelectual.

modificado sustancialmente la jurisprudencia que dicho tribunal sostuvo de manera uniforme por más de treinta años en lo que tiene que ver con el alcance de la interpretación prejudicial en procesos judiciales.

Las decisiones del TJCA se resumen en lo siguiente: En primer lugar, éste ha extendido la posibilidad de que se tramite la interpretación prejudicial en el trámite de recursos extraordinarios contra las sentencias dictadas por jueces y tribunales nacionales, cuando el Tratado de Creación del TJCA¹, la Decisión 500² de la Comunidad Andina y la uniforme y reiterada jurisprudencia del TJCA establecen que la interpretación prejudicial se tramita únicamente en instancias ordinarias, esto es, en procesos de primera, segunda o única instancia, lo que excluye la posibilidad de que se tramite en el trámite de recursos extraordinarios como casación o revisión.

En segundo lugar, el TJCA extendió la interpretación prejudicial a los procesos arbitrales e inclusive creó a través de la Sentencia 57-IP-2013³ una nueva causal de anulación de los laudos, al referirse específicamente a la Ley 1563 de 2012 vigente en Colombia, que es la norma sobre arbitraje nacional e internacional, y asimilar el proceso arbitral a un proceso judicial de única instancia. Además, el TJCA estableció la posibilidad de que la interpretación prejudicial sea solicitada en el trámite del recurso extraordinario de anulación contra el laudo.

El TJCA ha advertido en la Sentencia 57-IP-2013, y en otras posteriores, que la falta de trámite de la interpretación prejudicial en instancias ordinarias, en sede de recursos extraordinarios y en el procedimiento arbitral da lugar a la nulidad de la sentencia y a la anulación del laudo, respectivamente.

Estas decisiones del TJCA afectan sustancialmente los procesos judiciales en los que se aplique o se controvierta sobre la aplicación de una norma del ordena-

¹ Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que entró a regir el 25 de agosto de 1999 y fue adoptado originalmente con fundamento en el Acuerdo de Cartagena de 1967, fue sustituido por el Protocolo de Cochabamba suscrito en 1997, también denominado *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por el Protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996 al Acuerdo de Integración Subregional Andino – Acuerdo de Cartagena.

² Comunidad Andina. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Decisión 500 del 22 de junio de 2001.

³ Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 57-IP-2012 del 11 de julio de 2012. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2018 del 14 de noviembre de 2012, pp. 2 a 14.

miento jurídico andino, puesto que son los jueces y tribunales de las instancias ordinarias quienes, en virtud del principio de autonomía e independencia del juez, tienen la competencia constitucional y legal de pronunciarse y resolver los aspectos sustantivos del asunto sometido a su consideración. En contraste, no le corresponde a la Corte Suprema de Justicia o al Consejo de Estado calificar los hechos ni las pruebas del proceso, cuando su función es admitir, tramitar y resolver recursos extraordinarios cuando el recurrente cumpla los requisitos establecidos en las normas procesales, salvo en los casos en que estos últimos o la Corte Constitucional actúen como tribunales de única instancia.

A fin de evitar posibles nulidades, no solo los jueces y tribunales de instancias ordinarias, sino también los tribunales y cortes que tienen competencia para conocer y resolver acerca de los recursos extraordinarios contra las sentencias, han optado por tramitar la interpretación prejudicial en casos en los cuales no se aplican normas del ordenamiento jurídico andino.

En el caso del arbitraje, las decisiones del TJCA anteriormente analizadas han conducido a la anulación de varios laudos y, además, han ocasionado un alto nivel de incertidumbre jurídica que afecta sustancialmente el principio de autonomía de las partes.

Por ello, los árbitros y las partes han optado por solicitar y tramitar la interpretación prejudicial del TJCA en casos en los cuales no se aplicaría la norma andina dentro del trámite arbitral, a pesar del costo en dinero y en tiempo que implica dar cumplimiento a lo dispuesto por el TJCA.

Frente al panorama anterior surgen las siguientes preguntas: ¿la interpretación prejudicial del TJCA es un mecanismo de cooperación entre los jueces y tribunales nacionales y dicho órgano comunitario andino para promover la adecuada administración de justicia? ¿la extensión de esta figura a casos no previstos expresamente en las normas andinas se constituye en un instrumento de interferencia que afecta los procesos judiciales nacionales?

Para resolver este interrogante, es necesario desarrollar los temas que a continuación se tratan. Debido al límite de espacio, se aborda el estudio de la interpretación prejudicial como mecanismo de cooperación judicial para asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico andino; se explica su condición de incidente procesal facultativo u obligatorio, según la instancia procesal en que se tramite; se analiza su procedencia en sede de recursos extraordinarios como la casación y la revisión de sentencias o la anulación de laudos; se estudia el deber del juez consultante de incorporar a su decisión la interpretación prejudicial; y, finalmente, se dará respuesta a la pregunta que dio origen a estas reflexiones.

2. La interpretación prejudicial andina como mecanismo para asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Desde la creación en 1979 del TJCA se incorporó al ordenamiento jurídico andino la figura de la interpretación prejudicial, la cual a su vez fue traída por los Países Miembros de la Comunidad Andina⁴ del modelo de la Unión Europea.

La interpretación prejudicial consiste en la atribución, que tiene el juez o tribunal nacional que esté conociendo de un caso en el que se deba aplicar o se controvierta alguna norma del ordenamiento jurídico andino⁵, de solicitar directamente o por petición de una de las partes que el TJCA le indique – en abstracto – la forma como deben interpretarse las normas jurídicas andinas que resulten aplicables al caso o sobre cuya posible aplicación existe controversia entre las partes. Tal como lo señala Fernando Uribe Restrepo, “gracias a esta figura, los jueces nacionales adquirieron con el Tratado una nueva competencia que de otro modo no tendrían, en cuanto a la aplicación de normas de origen internacional, con la sola salvedad de seguir al Tribunal Andino en cuanto a la interpretación de esas normas, al igual de lo que suele ocurrir en el derecho interno en relación con los fallos de la Corte Suprema de Justicia o Corte de Casación”⁶.

De acuerdo con el Tratado de Creación del TJCA, “Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordena-

⁴ De acuerdo con el artículo 5° del Acuerdo de Cartagena, después de la denuncia del tratado que hizo la República de Venezuela el 22 de abril de 2006, los Países Miembros de la Comunidad Andina son: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

⁵ Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 1°:

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:

a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;

b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;

c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;

d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y

e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

⁶ URIBE RESTREPO, Fernando. La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Quito, 1993. p. 43.

miento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros”⁷.

La norma transcrita, reiterada por el artículo 121 de la Decisión 500, deja establecida la competencia exclusiva y excluyente del TJCA para adelantar la interpretación prejudicial sobre las normas del ordenamiento jurídico andino, la cual es de obligatoria observancia por parte del juez consultante, como lo expresan los artículos 35 del Tratado de Creación del TJCA y 127 de la Decisión 500.

Al respecto, José Guillermo Andueza explica que “La sentencia del Tribunal es obligatoria para el juez nacional. (...) Si el juez nacional se aparta de la interpretación prejudicial este error de derecho puede ser subsanado por el juez superior o por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, siempre que sea procedente el recurso de apelación o de casación. En cambio, si es la Corte Suprema de Justicia o si es un tribunal superior cuya decisión no tiene recurso de casación, este error de derecho no puede ser subsanado”⁸. Cabe precisar que en la actualidad la falta de trámite o la no incorporación de la sentencia del TJCA a la decisión del juez, da lugar al ejercicio de la acción de incumplimiento andina por el afectado, según lo indica el tercer párrafo del artículo 128 de la Decisión 500.

Por tratarse de un mecanismo de cooperación judicial del TJCA con los jueces y tribunales nacionales, se observa que el TJCA no tiene competencia para interpretar normas diferentes a aquellas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario, es decir, no puede interpretar el ordenamiento jurídico interno de los Países Miembros de la Comunidad Andina ni calificar los hechos que se someten a la consideración del juez o tribunal nacional competente, pues este es quien debe resolver el caso concreto. Sobre el particular, Fernando Uribe Restrepo señala que “esta doble limitación es apenas lógica teniendo en cuenta la división de funciones entre el juez nacional y el comunitario, puesto que al primero le corresponde, naturalmente, calificar los hechos del proceso (es “juez de lo fáctico”) e interpretar el derecho nacional aplicable al caso, mientras que el aporte del juez comunitario debe limitarse, en principio, a la interpretación de la norma común”⁹.

El mismo autor, al referirse a la prohibición del TJCA de interpretar el derecho nacional, expresó que “Tampoco podría el Tribunal entrar a interpretar el derecho nacional ya que es esta la principal función, natural y propia, que deben cumplir los organismos jurisdiccionales de cada país; si se intentase hacerlo, se producirían sin duda inevitables conflictos de competencia de imposible solución ya que, de

⁷ Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 32.

⁸ ANDUEZA, José Guillermo. El Tribunal del Pacto Andino. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Quito, 1986. p. 158.

⁹ URIBE RESTREPO. Op. cit. p. 111 y 112.

una parte, no existe ni podría existir un orden jerárquico según el cual se supedite o desplace a los jueces nacionales en el manejo de su propio derecho”¹⁰.

Asimismo, la norma en cuestión señala que el propósito fundamental de la interpretación prejudicial es asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros.

El TJCA ha sido enfático y reiterativo en destacar este propósito de la interpretación prejudicial como mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el TJCA, que “interpreta en forma objetiva la norma comunitaria”, tal como lo establece el artículo 34 del Tratado de Creación del TJCA¹¹, reiterado por el artículo 126 de la Decisión 500. Mientras que “al primero (juez o tribunal nacional) le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno”¹².

De acuerdo con el TJCA “Su finalidad (de la interpretación prejudicial) no es otra cosa que resguardar la aplicación uniforme por todos los jueces en el territorio de los Países Miembros”¹³.

La función del TJCA, como tribunal comunitario, “es la de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance: función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de las esferas de su competencia”¹⁴.

De lo anterior también queda establecido que cuando en la controversia nacional no se discute ni se aplique una norma del ordenamiento jurídico andino, no es necesario, por el contrario podría resultar violatorio del Tratado de Creación del TJCA y de la Decisión 500, acudir a la interpretación prejudicial.

¹⁰ URIBE RESTREPO. Ibid. p. 112.

¹¹ Comunidad Andina. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 34:

En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

¹² Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Cita de la sentencia 16-IP-2014: Sentencia de 25 de febrero de 1994, dictada en el proceso 6-IP-93, caso “LOUIS VUITTON”; publicada en el Tomo III de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, p. 101.

¹³ Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia de interpretación prejudicial 16-IP-2014 del 18 de junio de 2014, Magistrado Ponente: José Vicente Troya Jaramillo. Expediente: 16-IP-2014.

¹⁴ Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Cita de la sentencia 16-IP-2014: Sentencia de 3 de septiembre de 1999, emitida en el proceso 30-IP-99, caso “DEMIN”.

En conclusión: la interpretación prejudicial es un mecanismo de cooperación judicial para asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico andino por parte de las autoridades de los Países Miembros de la Comunidad Andina, en virtud del cual el juez o tribunal nacional consulta al TJCA para que interprete, en abstracto, una o varias normas andinas, cuando la controversia sometida a consideración del juez o tribunal nacional versa sobre la aplicación de estas normas supranacionales o cuando se controvierte sobre su eventual aplicación.

3. La interpretación prejudicial es un incidente procesal que se tramita en instancias ordinarias del proceso.

El artículo 33 del Tratado de Creación del TCJA consagra la interpretación prejudicial facultativa y la interpretación prejudicial obligatoria.

El artículo 122 de la Decisión 500 establece que la consulta facultativa se presenta cuando “Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que se hubiere recibido la interpretación prejudicial, el juez deberá decidir el proceso”.

Al respecto, se ha señalado que:

“La interpretación prejudicial facultativa, a diferencia de la obligatoria, no suspende el proceso judicial interno, por lo cual, si llegare el momento de dictar sentencia sin que se hubiera recibido la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, deberá decidir el proceso. Lo anterior tiene fundamento en el hecho de que las partes tienen a su disposición los recursos ordinarios contra la sentencia, que permitirían al mismo juez o a su superior jerárquico, incorporar el criterio del Tribunal comunitario antes de la sentencia definitiva, sin perjuicio de la celeridad en el trámite del proceso judicial interno”¹⁵.

Por su parte, el artículo 123 de la Decisión 500 consagra la consulta prejudicial obligatoria, que se tramita en un proceso nacional en el cual “la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que

¹⁵ TANGARIFE TORRES, Marcel. Derecho de la Integración en la Comunidad Andina. Segunda Edición. Bogotá D.C.: Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, 2005. p. 406.

conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, por lo cual el juez “deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”.

De acuerdo con lo anterior, la interpretación prejudicial se puede solicitar y decretar en cualquier etapa del proceso judicial antes de que se dicte la sentencia de instancia, pero en procesos de segunda o única instancia, se suspende el trámite mientras que se tramita el incidente ante el TJCA y se recibe su concepto.

En la Resolución 210 del 31 de marzo de 1999¹⁶, la Secretaría General de la Comunidad Andina señala que la interpretación prejudicial facultativa se da en presencia de varios elementos:

“a) La existencia de un proceso judicial en primera instancia; b) la necesidad de analizar la aplicación de una o más normas que formen parte del ordenamiento jurídico andino; c) que la sentencia que dicte el juez de la causa sea susceptible de recursos en derecho interno; d) en caso de que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno, si llegare la oportunidad de dictar dicha sentencia el juez deberá decidir el proceso, sin que se hubiere recibido la interpretación prejudicial; e) la solicitud de interpretación prejudicial corresponde a un incidente, que en este caso no suspende el trámite del proceso”.

Por su parte, el artículo 123 de la Decisión 500 consagra la interpretación prejudicial obligatoria y señala que ésta se presenta cuando “De oficio o a petición de parte del juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”.

En la Resolución 210 del 31 de marzo de 1999, la Secretaría General de la Comunidad Andina señala que la interpretación prejudicial obligatoria se presenta bajo la ocurrencia de los siguientes requisitos:

“a) la existencia de un proceso judicial en única instancia o en segunda instancia; b) la necesidad de analizar la aplicación de una o más normas que formen parte del ordenamiento jurídico andino; c) que la sentencia que dicte el juez de la causa **no** sea susceptible de recursos en derecho interno; d) en caso de que la sentencia **no** sea susceptible de recursos en derecho interno, el juez debe suspender el procedimiento y solicitar la interpretación del Tribunal, de oficio, o a petición de parte si la considera procedente; e)

¹⁶ Comunidad Andina. Secretaría General. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 424 del 6 de abril de 1999, pp. 1 a 19.

la solicitud de interpretación prejudicial corresponde a un incidente, que en este caso **suspende** el trámite del proceso” (las negrillas son del texto).

Por su parte, el TJCA en la Sentencia 57-IP-2012 incorporó el siguiente cuadro comparativo de las características de la interpretación prejudicial facultativa y la interpretación prejudicial obligatoria:

<i>Facultativa</i>	<i>Obligatoria</i>
<i>Solicitud facultativa: el juez de instancia no está obligado a solicitarla.</i>	<i>Solicitud obligatoria: el juez de única o última instancia ordinaria está obligado a solicitarla.</i>
<i>Su aplicación es obligatoria: si bien el juez de instancia no está obligado a solicitarla, una vez requerida y expedida sí tiene el deber de acatarla al resolver el caso concreto.</i>	<i>Su aplicación es obligatoria: una vez expedida la interpretación prejudicial debe ser acatada para resolver el caso concreto.</i>
<i>Es una herramienta directa: el juez de instancia puede acudir directamente ante el Tribunal sin necesidad de tramitar la solicitud mediante otra autoridad o instancia. No es necesario que se haga por medio de un exhorto o cualquier otra forma para recaudar información en el exterior; se puede requerir con un simple oficio dirigido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.</i>	<i>Es una herramienta directa: el juez de última instancia ordinaria puede acudir directamente al Tribunal sin necesidad de tramitar la solicitud mediante otra autoridad o instancia. No es necesario que se haga por medio de un exhorto o cualquier otra forma para recaudar información en el exterior; se puede requerir con un simple oficio dirigido al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.</i>
(...)	(...)
<i>Se puede solicitar en cualquier momento antes de emitir sentencia, pero su solicitud “no” suspende el proceso. Si llegare el momento de dictar sentencia y no se hubiere recibido la interpretación prejudicial, el juez nacional debe resolver el asunto. De conformidad con lo anterior, es recomendable que el juez solicite la interpretación prejudicial en un momento procesal relativamente alejado de la sentencia. De todas maneras, debe tener en cuenta que para hacer la consulta debe contar con todos los elementos de juicio para resumir el marco fáctico y jurídico del litigio, así como para realizar algunas preguntas de carácter interpretativo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.</i>	<i>Se puede solicitar en cualquier momento antes de emitir sentencia y su solicitud suspende el proceso. Hasta tanto el juez nacional no reciba la interpretación prejudicial, el proceso debe quedar suspendido. Aunque la interpretación prejudicial se puede solicitar en cualquier momento, es recomendable que se haga cuando el juez tenga todos los elementos de juicio para resumir el marco fáctico y jurídico del litigio, así como para realizar algunas preguntas de carácter interpretativo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.</i>

Nótese que el TJCA en el anterior cuadro comparativo deja establecido expresamente, a la luz de las normas andinas, que la interpretación prejudicial, sea facultativa u obligatoria, se tramita en procesos de primera, segunda o única instancia ordinaria. En la misma Sentencia 57-IP-2012, al reiterar lo expresado en la Sentencia 03-IP-93, el TJCA enfatiza que “La consulta es obligatoria para los Tribunales Nacionales de última instancia ordinaria, sin que esto signifique que se atenta (SIC) contra su independencia; (...)” (el subrayado es del texto).

El TJCA reitera su posición histórica que indica que la interpretación prejudicial, como incidente procesal, se tramita en instancias ordinarias, con lo cual excluye, de acuerdo con las normas del Tratado y de la Decisión 500, la procedencia de dicho incidente en sede de recursos extraordinarios. Al respecto, en la Sentencia 57-IP-2013, al referirse a la consulta obligatoria, manifiesta que “cuando no cabe un recurso ulterior” (en instancias ordinarias); “(...) el incumplimiento del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear su nulidad, si es que dicha sentencia puede ser materia de un recurso de casación o de un recurso de amparo¹⁷, toda vez que las normas que garantizan el derecho al debido proceso son de orden público y de ineludible cumplimiento”.

El propio TJCA, en la citada Sentencia 57-IP-2012, señala que la interpretación prejudicial no cabe en el trámite de los recursos extraordinarios, en los siguientes términos:

¹⁷ VIGIL TOLEDO, Ricardo: Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones. Quito, octubre 2006. pp. 26-29. Así, por ejemplo en la Sentencia de Casación de la Corte Suprema del Ecuador, Expediente 256-2001 del 31 de Agosto de 2001, declararon la nulidad de la sentencia y repusieron la causa al estado en que se debió dar cumplimiento a la solicitud de interpretación al Tribunal Andino por cuanto el asunto versaba sobre la aplicación de las normas contenidas en los artículo 81, 83 lit. a) y 102 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En otro caso, en la Sentencia de la Corte Suprema del Ecuador, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil del 5 de Octubre de 1999, claramente estableció en sus considerandos que era obligación de la Corte Superior de Guayaquil, por ser la última instancia de grado, de solicitar la consulta al Tribunal de justicia de la Comunidad Andina, y que dicha obligación no se extendía a los Recursos de casación por ser estos extraordinarios a diferencia de los ordinarios y, en tal situación, son las Cortes que absuelven el grado en última instancia los obligados a formular la consulta. En el caso de España, mediante Sentencia STC 58/2004 del Tribunal Constitucional, se ha declarado fundado un Recurso de Amparo por incumplimiento de la obligación. El Tribunal al anular la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña ha actuado, lo mismo que los jueces del Tribunal Supremo de Ecuador, como verdaderos jueces comunitarios al restablecer las reglas del debido proceso y aplicar el Derecho comunitario en los casos en que la consulta a los Tribunales de Justicia de las respectivas Comunidades es obligatoria (cita de la sentencia 57-IP-2012).

“Como quiera que los recursos extraordinarios son aquellos que tienen unas causales bien demarcadas, que por regla general tienen un carácter técnico-jurídico, que no actúan como instancia porque no pretenden revisar en todos sus extremos la actuación del juez ordinario y, por lo tanto, no están destinados a revisar los hechos del proceso ni a realizar un análisis probatorio, no es en sede de dichos recursos que debe ser obligatoria la solicitud de interpretación prejudicial ya que, si así fuera, se quedarían un gran cúmulo de casos, de asuntos y de cuestiones, sin soporte en una uniforme interpretación de la norma comunitaria andina”.

En consonancia con la naturaleza y finalidad de los recursos extraordinarios, es claro que en su trámite, en general, el tribunal judicial competente, tal como lo enfatiza el TJCA, no actúa como un juez de instancia ordinaria por cuanto no revisa en todos sus extremos la actuación del juez de instancia, valga la repetición, ya que su propósito no es analizar los hechos del proceso ni probarlos y tampoco hacer una valoración probatoria, sino que su objetivo es revisar la legalidad de la sentencia de segunda o de única instancia, de acuerdo con las causales establecidas previa, taxativa y expresamente en las normas procesales nacionales. Por lo mismo, concluye el TJCA “no es en sede de dichos recursos que debe ser obligatoria la solicitud de interpretación prejudicial”.

Y añade el TJCA, que dada la técnica jurídica que exigen los recursos extraordinarios contra la sentencia, con el fin de salvaguardar la finalidad y la eficacia del ordenamiento jurídico andino, “el Tribunal ha considerado que la obligatoriedad de la interpretación prejudicial debe enraizarse en la única o última instancia ordinaria; el operador jurídico más legitimado para desplegar la interpretación uniforme es el juez de única o última instancia ordinaria, precisamente porque éste concreta definitivamente la *litis* en la gran mayoría de asuntos. Los recursos extraordinarios son precisamente eso, extraordinarios y excepcionales”.

En conclusión: la interpretación prejudicial es un incidente procesal que se tramita en las instancias ordinarias y, según sea facultativa u obligatoria, no suspende o suspende el proceso nacional. En contraste, la interpretación prejudicial no cabe ni debería tramitarse en sede de recursos extraordinarios.

4. ¿La obligación de la interpretación prejudicial en el trámite de recursos extraordinarios y en procedimientos arbitrales excede las atribuciones del TJCA?

El proceso 57-IP-2012 tuvo origen en una interpretación prejudicial solicitada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo

de Estado de la República de Colombia, en el trámite de un recurso extraordinario de anulación contra un laudo.

Esta actuación del Consejo de Estado fue motivada por la Sentencia 3-AI-2010 del 12 de agosto de 2011¹⁸, dentro de la acción de incumplimiento andina promovida contra la República de Colombia –Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo– Sección Tercera, autoridad jurisdiccional que, con fundamento en la normativa andina y en la jurisprudencia uniforme del propio TJCA, no decretó una solicitud de interpretación prejudicial en el trámite del recurso extraordinario de anulación contra un laudo proferido en 2006.

Las razones que esgrimió el Consejo de Estado para no decretar en esa oportunidad la interpretación prejudicial fueron la extemporaneidad de la solicitud, no haberse solicitado la interpretación prejudicial en el trámite del procedimiento arbitral y haberse solicitado en el trámite del recurso extraordinario de anulación.

En la Sentencia 3-AI-2010 y en su providencia aclaratoria del 15 de noviembre de 2011, el TJCA equiparó el procedimiento arbitral a un proceso judicial de primera instancia e invocó el contenido del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia¹⁹.

Como ya se indicó atrás, el Tratado de Creación del TJCA y la Decisión 500 prohíben, incluso así lo reconoce el propio TJCA en su reiterada jurisprudencia hasta la Sentencia 57-IP-2012, que su competencia en el marco de la consulta prejudicial no le permita interpretar el ordenamiento jurídico interno de cada País Miembro de la Comunidad Andina ya que su función específica es la de interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino.

En la Sentencia 3-AI-2010 se observa que el TJCA interpreta el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, para extender a través de su propia interpretación de una norma de rango constitucional que para efectos de la consulta prejudicial andina los tribunales arbitrales se equiparan a los jueces o tribunales de única instancia ordinaria. Al respecto, el TJCA, en una interpretación extensiva tanto del artículo 116 de la Constitución Política como de las normas andinas sobre el alcance de la interpretación prejudicial, dice lo siguiente:

¹⁸ Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1985 del 11 de octubre de 2011, pp. 1 a 22.

¹⁹ República de Colombia. Constitución Política de Colombia, artículo 116, párrafo cuarto: *Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*

“Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; (SIC) para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que decidan en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales”.

Revisadas las normas de la Comunidad Andina, no existe alguna disposición que establezca expresamente que los tribunales arbitrales deben tramitar la interpretación prejudicial del TJCA. En ese sentido, en la Unión Europea el Tribunal de Justicia ha señalado en reiteradas ocasiones que la interpretación prejudicial no cabe en procedimientos arbitrales, por cuanto estas controversias, por su misma naturaleza, no tiene influencia en el Derecho Comunitario Europeo. Aun cuando en los tribunales arbitrales se apliquen directivas o normas europeas, no es obligación de los árbitros solicitar la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Al respecto, en el Asunto 61/65 (1966) *Vaassen Gobbels*,²⁰ el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas delimitó el concepto de órgano jurisdiccional y estableció una serie de criterios concurrentes, que resultan exigibles para calificar una jurisdicción, a fin de determinar si el tribunal arbitral tiene facultad o no de formular cuestiones prejudiciales. Dichos criterios son:

- (i) El órgano debe ser creado o tener origen en una norma de rango legal. Un tribunal arbitral no tiene origen en la norma de rango legal, sino que su competencia tiene origen en la voluntad autónoma de las partes al adoptar la cláusula compromisoria o el compromiso. Por tanto, al no cumplir este criterio, un tribunal arbitral no tiene la facultad de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia europeo.
- (ii) La organización debe ser de carácter permanente. Un tribunal arbitral es, por esencia, transitorio, ya que únicamente se constituye para resolver la controversia que someten a su decisión las partes vinculadas por la cláusula compromisoria o el compromiso. Una vez profiere el laudo, se extingue el tribunal arbitral. Por tanto, al no cumplir este criterio, un tribunal arbitral

²⁰ Para el desarrollo de este punto, se consultó la presentación que hizo el profesor Hernando Sánchez-Sánchez titulada *Elementos del Reenvío Prejudicial en Derecho Comparado*, en el marco del seminario sobre interpretación prejudicial en el arbitraje, organizado por Asomágister en la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, el 27 de septiembre de 2012.

no tiene la facultad de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia europeo.

- (iii) El carácter obligatorio de la jurisdicción. La jurisdicción de los jueces y tribunales judiciales es obligatoria en virtud de la ley de su creación. Por el contrario, un tribunal arbitral únicamente nace en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes y, por tanto, al no cumplirse este criterio, dicho tribunal no tiene la facultad de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia europeo.
- (iv) Que adelante un procedimiento contradictorio.
- (v) Que profiera una decisión en Derecho.

Nótese que un tribunal arbitral, al cumplir únicamente algunos de estos requisitos concurrentes, no tiene la facultad de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En contraste, en la Sentencia 57-IP-2012, el TJCA interpreta las normas procesales colombianas concernientes al recurso extraordinario de anulación de los laudos, no solamente para indicar que en su trámite sí cabe la interpretación prejudicial obligatoria, sino que además señala que no tramitarla se erige en una nueva causal de anulación de los laudos. Dice el TJCA:

“En este orden de ideas, el Consejo de Estado al conocer de un recurso extraordinario en las circunstancias anteriormente mencionadas, por encima de las limitaciones formales de su normativa interna, tiene que hacer primar el orden comunitario andino, lo que implica que debe declarar la nulidad de la sentencia o laudo que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial, generando con esto que todos los operadores jurídicos se inserten en el sistema jurídico comunitario de una manera adecuada (SIC). Es muy importante, tal y como se dijo anteriormente, que la falta de interpretación prejudicial, de conformidad con los principios de primacía, aplicación inmediata y efecto directo, entra a formar parte de las causales de nulidad o anulación consagradas en la normativa interna”.

Nótese que el TJCA reitera que la interpretación prejudicial también se debe tramitar en el trámite de recursos extraordinarios, en este caso, dentro del recurso extraordinario de anulación contra el laudo, lo cual, como ya se indicó, excede el marco de las normas comunitarias andinas y de las determinadas y expresas atribuciones propias de autoridades judiciales colombianas que le fueron transferidas.

De otra parte, el TJCA crea a través de la Sentencia 57-IP-2012 una nueva causal de anulación de los laudos que modifica sustancialmente el artículo 41 de

la Ley 1563 de 2012²¹, con lo cual, no solamente interpreta una norma jurídica procesal colombiana, sino que además la adiciona sin tener función legislativa en el marco del Tratado de su creación ni en la Decisión 500.

Cabe señalar que el fundamento de la existencia y aplicación del ordenamiento jurídico andino, incluidas las normas relativas a la interpretación prejudicial, es el principio de supranacionalidad, que en el caso colombiano tiene fundamento en los artículos 9° y 150 de la Constitución Política²².

²¹ República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1563 de 2012, artículo 41: *Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:*

1. *La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral.*
2. *La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*
3. *No haberse constituido el tribunal en forma legal.*
4. *Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.*
5. *Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.*
6. *Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.*
7. *Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*
8. *Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.*
9. *Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia. La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.*

²² República de Colombia. Constitución Política de Colombia, artículo 9°, párrafo primero: *Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.*

República de Colombia. Constitución Política de Colombia, artículo 150 numeral 16: *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

16. *Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.*

De acuerdo con esta última norma, el Estado colombiano, a través de tratados de integración económica como el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del TJCA, puede “transferir parcialmente determinadas atribuciones”. Como se trata de la transferencia soberana de atribuciones propias de las autoridades nacionales, la interpretación de las atribuciones transferidas al TJCA es determinada y limitada. Lo que no se hubiera transferido de forma determinada y expresa, no forma parte del ordenamiento jurídico andino.

En Colombia, el Consejo de Estado de Colombia expresa lo siguiente: “El ordenamiento jurídico comunitario, como es sabido, se configura como un conjunto de normas cuyos sujetos activos y pasivos son los estados miembros y sus ciudadanos, dotado de órganos propios con poderes soberanos en ciertas materias específicas y en donde sus miembros han cedido parcialmente la soberanía nacional en ámbitos que se han reservado a la autoridad comunitaria”. Por su parte, la Corte Constitucional manifiesta que:

“El concepto de supranacionalidad encuentra claro fundamento en la Constitución colombiana cuando ella establece que las relaciones internacionales del país se “orientarán hacia la **integración latinoamericana** y del Caribe”. En este sentido, el Congreso de la República podrá “aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”²³ (las negrillas son del texto).

El profesor José Manuel Sobrino, al referirse al principio de supranacionalidad reflejado en la personalidad jurídica internacional limitada de los organismos internacionales que hayan sido creados en el marco de procesos de integración como la Unión Europea o la Comunidad Andina, dice que estos nuevos sujetos “(...) van a disfrutar de personalidad jurídica internacional, pero, a diferencia de los Estados, sujetos originarios y soberanos, que poseen una personalidad plena y general, la personalidad de las organizaciones va a estar afectada por el principio de especialidad que inspira todo su régimen jurídico; es decir, va a estar limitada a los objetivos y funciones que les fueron confiados, tal y como aparecen enunciados o pueden deducirse de sus tratados constitutivos y han sido desarrollados en la práctica”²⁴.

²³ República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-137 de 1996, del 9 de abril de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴ SOBRINO, José Manuel. Secretaría General de la Comunidad Andina. Integración y Supranacionalidad. Conferencia dictada en La Paz Sucre, noviembre de 2000.

En dicho contexto se observa lo siguiente: (i) Al TJCA no se le transfirió la atribución de interpretar las normas constitucionales, legales o administrativas colombianas; (ii) al TJCA no se le transfirió la atribución de interpretar extensivamente la figura del concepto prejudicial para extenderlo al trámite de recursos extraordinarios; (iii) al TJCA no se le otorgaron facultades legislativas en materia procesal andina, como sí se le otorgaron al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; (iv) al TJCA no se le otorgó la facultad de modificar o adicionar, a través de sus decisiones judiciales, normas procesales colombianas, es decir, no se le otorgó la facultad de crear una causal de anulación de los laudos.

Esta situación afecta directamente el principio de soberanía nacional consagrado en el artículo 9° de la Constitución Política de Colombia y supera el ámbito del principio *pacta sunt servanda* en materia de cumplimiento de tratados internacionales, que está incorporado al orden constitucional colombiano a través de la citada norma.

Revisado el Tratado de Creación del TJCA y la Decisión 500, se observa que no existe algún mecanismo de control sobre las sentencias de interpretación prejudicial del TJCA, a través de las cuales se incurre en la situación descrita en los párrafos anteriores.

Lo anterior llevaría a pensar en la eventual aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, al tener como fundamento el artículo 4° de la Constitución Política²⁵ que establece que la Constitución es norma de normas, y en caso de incompatibilidad entre esta y cualquier otra norma jurídica prevalece la norma constitucional, lo que corresponde a la aplicación del principio de prevalencia constitucional en materia de tratados internacionales. Esto no significa una afectación del principio *pacta sunt servanda*, ya que es la autoridad supranacional la que se excede en las atribuciones determinadas, limitadas y expresas que le fueron transferidas por el Estado colombiano a través del tratado de su creación, situación que, a falta de correctivo contenido en las normas andinas, le corresponde corregir a las autoridades colombianas en el ámbito de sus competencias.

El TJCA invoca el principio de “complemento indispensable” que se predica del ordenamiento jurídico andino para señalar que la falta de trámite de la interpretación prejudicial en los procesos arbitrales se constituye en una nueva causal de anulación del laudo. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia del propio TJCA, en virtud del “complemento indispensable”, por regla general “está prohibido a los Países Miembros interpretar o reglamentar normas jurídicas

²⁵ República de Colombia. Constitución Política. Artículo 4°, párrafo primero: *La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*

andinas. Solamente, y aplicando criterios restrictivos de interpretación, cabe la reglamentación de normas andinas a través de ‘medidas’ internas, siempre y cuando se trate de ‘medidas’ encaminadas a garantizar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico andino, y que no sea contrario (SIC) a este último”²⁶.

Desde tiempo atrás, en la Sentencia 10-IP-94, el TJCA dijo lo siguiente acerca del “complemento indispensable”: “(...) El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional es empero excepcional y por tanto a él (SIC) le son aplicables principios tales como el del ‘complemento indispensable’, según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica”²⁷.

Nótese que, de acuerdo con el principio de “complemento indispensable”, el desarrollo de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina por la legislación nacional de los Países Miembros es excepcional y parte de la prohibición de expedir normas nacionales sobre el mismo asunto regido por las normas andinas, salvo que las normas nacionales sean necesarias para la correcta aplicación de estas últimas.

Al estudiar el Tratado de Creación del TJCA y la Decisión 500, se observa que estas normas andinas establecen la interpretación prejudicial en las condiciones antes señaladas. Sin embargo, en dichas normas supranacionales no hay disposición alguna que regule el proceso judicial interno, ni que establezca reglas acerca de los recursos extraordinarios contra las sentencias, como tampoco hay normas que establezcan disposiciones acerca del trámite del proceso arbitral. Estas materias corresponden a atribuciones que no fueron objeto de una transferencia determinada, limitada y expresa del Congreso de la República (en materia legislativa) y de la Rama Judicial (en materia judicial) hacia el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de Plenipotenciarios (en materia normativa andina) ni al TJCA (en materia judicial).

Por lo tanto, de acuerdo con el principio de “complemento indispensable”, las autoridades andinas carecen por completo de competencias sobre las materias indicadas, las cuales siguen siendo totalmente responsabilidad de las autoridades colombianas. Ello significa que las modificaciones jurisprudenciales introducidas por el TJCA, que se han comentado a lo largo de este estudio, no

²⁶ TANGARIFE TORRES. Op. cit. p. 303.

²⁷ Comunidad Andina. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 10-IP-94. Sentencia del 17 de marzo de 1995. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 177 del 20 de abril de 1995.

están enmarcadas dentro de dicho principio, sino que, por el contrario, también lo vulneran.

En conclusión: el TJCA, al haber extendido la interpretación prejudicial para su trámite en sede de recursos extraordinarios como el de anulación, al haber calificado la función que ejercen los tribunales arbitrales y haberla equiparado a procesos judiciales de única instancia, y al haber creado vía jurisprudencia una nueva causal de anulación de los laudos al adicionar la Ley 1563 de 2012, se excedió en el marco de las determinadas, limitadas y expresas atribuciones propias de los jueces y tribunales nacionales y del Congreso de la República que le fueron transferidas.

5. La obligación del juez consultante de incorporar la interpretación prejudicial a la sentencia.

De acuerdo con el artículo 35 del Tratado de Creación del TJCA “El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”. Esta norma consagra la obligación del juez consultante de incorporar a los fundamentos jurídicos de su sentencia las consideraciones que adopte el TJCA *en abstracto*. Lo anterior ha sido reiterado en numerosas sentencias del TJCA.

Si el juez o tribunal nacional no incorporan a su sentencia la interpretación prejudicial del TJCA adoptada con estricta sujeción al tratado de su creación y a la Decisión 500, de acuerdo con el artículo 36 del tratado y con el 128 de la Decisión 500, se considera que incurren en incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, lo que habilita a los Países Miembros o a los particulares a acudir a la acción de incumplimiento prevista en los artículos 23 y siguientes de dicho tratado, como se indicó anteriormente²⁸.

Recientemente, en la Sentencia 16-IP-2014, el TJCA señala que le corresponde al juez o tribunal nacional, de manera exclusiva, incorporar la interpretación prejudicial del TJCA y aplicar las normas andinas interpretadas a los hechos

²⁸ Comunidad Andina. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Decisión 500, artículo 128, párrafos 1 y 2: “*Obligaciones especiales y derechos en relación con la interpretación prejudicial. Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial. Los Países Miembros y los particulares tendrán derecho a acudir ante el Tribunal en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada esta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.*”

objeto de la controversia, para que de esta manera resuelva *en concreto* el asunto sometido a su decisión.

La facultad de decidir el caso concreto por el juez nacional es indispensable para preservar y proteger el principio constitucional de autonomía del juez, consagrado en las constituciones de los Países Miembros de la Comunidad Andina. En el caso colombiano, el artículo 228 de la Constitución Política establece el principio de autonomía e independencia de los jueces de manera enfática: “Sus decisiones (las de la Administración de Justicia) son independientes”.

En la exposición de motivos de la ponencia para debate en comisión, presentada para su aprobación por la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991, se señaló que en virtud del principio de independencia “Los jueces ejercen sus funciones sin interferencia de otros órganos del Estado y serán sometidos únicamente al imperio de la ley”²⁹.

En el contexto del problema jurídico planteado surge el interrogante: ¿Debe el juez o tribunal nacional aplicar la interpretación prejudicial del TJCA que excede las determinadas, limitadas y expresas atribuciones que le fueron asignadas en virtud del tratado de su creación y de la Decisión 500?

Para dar respuesta a esa pregunta, se debe señalar que, de acuerdo con el artículo 35 del Tratado de Creación del TJCA, el juez o tribunal nacional que conozca del proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación prejudicial. Sin embargo, esta obligación está sujeta a lo siguiente:

- (i) Que el TJCA hubiera interpretado en abstracto las normas del ordenamiento jurídico andino que se sometieron a su concepto y las que de oficio hubiera considerado interpretar;
- (ii) Que el TJCA no hubiera interpretado normas jurídicas nacionales;
- (iii) Que el TJCA no hubiera calificado los hechos del proceso sometido a decisión del juez o tribunal nacional.

Se observa que una imposición de esta naturaleza afecta directamente el principio de autonomía e independencia de los jueces, consagrado a nivel constitucional. Esta extralimitación podría, además, entrañar una invasión de las competencias propias del juez o tribunal nacional cuando en la interpretación prejudicial se estudia el contenido y alcance de normas nacionales y/o

²⁹ LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y TANGARIFE TORRES, Marcel. República de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Constitución Política de Colombia: Origen, Evolución y Vigencia. 1ª edición, tomo II. Bogotá D.C.: Editorial Jurídica Diké, 1996. p. 882.

se califican los hechos que deben servir de fundamento fáctico al juez o tribunal nacional para decidir de manera autónoma e independiente, con sujeción a la Constitución y a la ley.

En conclusión: es deber del juez o tribunal nacional adoptar en su sentencia la interpretación prejudicial del TJCA y resolver el caso concreto en el marco del principio constitucional de autonomía e independencia de los jueces. De igual forma, es deber del TJCA emitir su concepto prejudicial en los estrictos términos consagrados en el Tratado de Creación del TJCA y en la Decisión 500.

6. La interpretación prejudicial en el trámite de recursos extraordinarios y en procedimientos arbitrales interfiere en la labor de jueces y árbitros.

De acuerdo con lo expresado anteriormente, se observa que la obligación impuesta por el TJCA de que se tramite la interpretación prejudicial en sede de recursos extraordinarios, cualquiera que este sea, se constituye en una interferencia no establecida en las normas andinas. Esta situación afecta la labor de los jueces y autoridades nacionales, por cuanto el TJCA los está obligando a decretar un incidente procesal no previsto en el trámite de esta clase de recursos.

Adicionalmente, en este escenario el concepto prejudicial deja de estar ligado a la interpretación en abstracto de las normas jurídicas andinas aplicables al caso, ya que se convierte en un instrumento que se vincula al estudio de legalidad de la sentencia adoptada autónoma e independientemente por el juez o tribunal nacional.

Las instancias judiciales ordinarias son el escenario procesal para tramitar la interpretación prejudicial del TJCA de tal forma que el juez pueda conservar plenamente sus competencias para incorporarla a su sentencia y aplicarla a los hechos concretos, probados en el expediente, sobre los cuales debe adoptar su decisión en primera, segunda o única instancia ordinaria.

De otra parte, al establecerse la obligación de la interpretación prejudicial en los procedimientos arbitrales, no solamente se está interfiriendo en la decisión de las partes de sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de su controversia, con lo que se afecta directamente el principio de autonomía de la voluntad de las partes al pactar el arbitraje, sino que también se están asignando a los árbitros deberes u obligaciones procesales no previstas expresamente en las normas legales que regulan el procedimiento arbitral.

La Constitución consagra el debido proceso como derecho fundamental y establece que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”. La creación de una causal de anulación de los laudos por sentencia del TJCA interfiere en la correcta realización de este derecho constitucional de las partes, ya que la misma no está creada por ley preexistente, sino que se aplica con base en una decisión judicial de un tribunal supranacional.

Esta situación interfiere en el arbitraje al obligar a las partes y a los árbitros a acudir a la interpretación prejudicial en clara afectación de la cláusula compromisoria y del compromiso, afecta la celeridad del trámite arbitral, y ocasiona costos y gastos adicionales a las partes para sufragar dicho trámite prejudicial, ya que incorpora al procedimiento un incidente procesal que las partes no contemplaron al pactar este mecanismo de solución de sus controversias.

En todo caso, mientras esta situación no se corrija, la prudencia impone que los tribunales y cortes que tramiten recursos extraordinarios decreten la interpretación prejudicial del TJCA y que los árbitros hagan lo mismo dentro de los procesos arbitrales, en ambos casos cuando para resolver la controversia se aplique una norma del ordenamiento jurídico andino.

En conclusión: la interpretación prejudicial en el trámite de recursos extraordinarios y en procedimientos arbitrales se constituye en una interferencia a la labor de jueces y tribunales nacionales y de los tribunales arbitrales que excede las competencias asignadas al TJCA y afecta la soberanía nacional y el principio constitucional de autonomía e independencia de los jueces.

Bibliografía

ANDUEZA, José Guillermo. El Tribunal del Pacto Andino. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Quito, 1986.

COMUNIDAD ANDINA. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

COMUNIDAD ANDINA. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Decisión 500 del 22 de junio de 2001.

COMUNIDAD ANDINA. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 57-IP-2012 del 11 de julio de 2012. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 2018 del 14 de noviembre de 2012, pp. 2 a 14.

COMUNIDAD ANDINA. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 16-IP-2014.

COMUNIDAD ANDINA. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia de interpretación prejudicial 16-IP-2014 del 18 de junio de 2014.

COMUNIDAD ANDINA. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Cita de la sentencia 16-IP-2014: Sentencia de 3 de septiembre de 1999, emitida en el proceso 30-IP-99, caso “DEMIN”.

COMUNIDAD ANDINA. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 10-IP-94. Sentencia del 17 de marzo de 1995. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 177 del 20 de abril de 1995.

COMUNIDAD ANDINA. Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Decisión 500.

LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y TANGARIFE TORRES, Marcel. República de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Constitución Política de Colombia: Origen, Evolución y Vigencia. 1ª edición, tomo II. Bogotá D.C.: Editorial Jurídica Diké, 1996. p. 882.

SOBRINO, José Manuel. Secretaría General de la Comunidad Andina. Integración y Supranacionalidad. Conferencia dictada en La Paz Sucre, noviembre de 2000.

TANGARIFE TORRES, Marcel. Derecho de la Integración en la Comunidad Andina. Segunda Edición. Bogotá D.C.: Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.

URIBE RESTREPO, Fernando. La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Quito, 1993.

VIGIL TOLEDO, Ricardo: Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones. Quito, octubre 2006.

EL PROCESO MONITORIO COLOMBIANO A LA LUZ DE LOS MODOS DIRECTOS DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES*

*Semillero de Derecho Procesal - Institución Universitaria
Centro de Estudios Superiores María Goretti- IU CESMAG.
Colombia*

*Luis Miguel Martínez Navarro^I, Leidy Yurani Díaz Salazar (Ponente)^{II},
Erika Magaly Pantoja Ortega^{III}, Daniel Steven Campiño Zamora^{IV},
Natalia Lasso Bastidas^V, Dayra Cristina Belalcazar Piscal^{VI},
José Luis Figueroa Rosero^{VII}, Daniel Esteban Mera Eraso^{VIII},
Janeth Jimena Jaramillo Muñoz^{XIX}, Yanira Ruby Enríquez Rojas^X.*

Director: Luis Alfonso Torres Eraso^{XI}.

Resumen

El proceso monitorio tiene como principal finalidad permitir al acreedor la constitución de un título ejecutivo de manera ágil, cuando existan obligaciones insolutas derivadas de una relación contractual y no se posea este instrumento para instaurar un proceso de ejecución,

Recibido: septiembre 11 de 2015 - Aprobado: abril 7 de 2016

* Artículo inédito.

Para citar el artículo: DÍAZ SALAZAR, Leidy; MARTÍNEZ, Luis Miguel; PANTOJA, Erika Magaly; et al. "El proceso monitorio colombiano a la luz de los modos directos de extinguir las obligaciones." *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No. 43, enero – junio. 2016. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 231-257.

El presente texto académico es el fruto de la investigación adelantada por el Semillero de Derecho Procesal de IU CESMAG, que fue presentado en el XVI CONCURSO INTERNACIONAL DE "SEMILLEROS DE DERECHO PROCESAL" realizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal en la ciudad de Pereira en el mes de septiembre de 2016 y catalogado como una de las mejores ponencias escritas del concurso.

Los autores le agradecen a Cristian Camilo Rosero Ortiz por su valiosa y desinteresada colaboración en el desarrollo del proceso investigativo, al director del semillero por las ideas aportadas y a la IU CESMAG por todo el apoyo brindado.

así como garantizar a su vez el derecho a la defensa del demandado. Al ser esta institución procesal una novedad en ordenamiento jurídico nacional, se presentan incógnitas a nivel académico sobre su trámite en casos específicos, por este motivo, se decidió elegir como objeto de estudio el trámite de las oposiciones fundamentadas en los modos directos de extinción de las obligaciones en el marco del citado proceso. Luego de adelantar una investigación explicativa al recolectar, analizar e interpretar la doctrina y jurisprudencia referente a este tema, se ha llegado a la conclusión de que el actual trámite de este medio de defensa en la legislación colombiana vulnera principios como la economía procesal, el acceso a la administración de justicia material y la tutela jurisdiccional efectiva. Lo anterior es contrario al espíritu del Código General del Proceso, razón por la cual existe la necesidad de realizar una reforma legislativa.

Palabras claves: título ejecutivo, oposiciones, extinción de las obligaciones, economía procesal, tutela jurisdiccional.

Abstract

The monitory process primarily aims to enable the creditor the constitution of a quickly executive title, when unliquidated obligations exist derivated from a contractual relationship and this instrument is not held to establish a process of execution, also guarantee the defendant's right to a defense. Since this procedural institution is a novelty in national law, unknowns are presented at an academic level about its procedure in specific cases, for this reason, it was decided to choose

-
- ^I Estudiante de VII semestre de derecho de la Institución Universitaria CESMAG.
- ^{II} Estudiante egresada de la Institución Universitaria CESMAG, judicante en la sala civil de Tribunal de Distrito Judicial de Pasto.
- ^{III} Estudiante egresada de la Institución Universitaria CESMAG, judicante en el batallón de Pasto.
- ^{IV} Estudiante egresado de la Institución Universitaria CESMAG, judicante en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto.
- ^V Estudiante de X semestre de derecho de la Institución Universitaria CESMAG.
- ^{VI} Estudiante egresada de la Institución Universitaria CESMAG, judicante en el Juzgado segundo civil municipal de Tuquerres.
- ^{VII} Estudiante egresado de la Institución Universitaria CESMAG, judicante en Asuntos de Infancia, Adolescencia y Familia de la Procuraduría regional Nariño.
- ^{VIII} Estudiante de X semestre de derecho de la Institución Universitaria CESMAG.
- ^{XIX} Estudiante de IX semestre de derecho de la Institución Universitaria CESMAG.
- ^X Estudiante de VIII semestre de derecho de la Institución Universitaria CESMAG.
- ^{XI} Docente de tiempo completo del programa de Derecho de la -I.U. CESMAG- de la ciudad de Pasto, con funciones de Coordinador del Área de Derecho de Familia de Consultorios Jurídicos y Docente titular de Derecho Procesal Civil.

as the object of study the processing of oppositions based on the direct ways of extinguishing obligations as a part of the said process. After carrying out an explanatory research by collecting, analyzing and interpreting the doctrine and jurisprudence regarding this issue, it has come to the conclusion that the current ruling of this way of defense in Colombian legislation violates principles as procedural economy, access to the management of material justice and effective judicial tutelage. This is contrary to the spirit of the General Code of the Procedure, reason why the need for a legislative reform exists.

Keywords: Executive title, oppositions, extinguishing obligations, procedural economy, judicial tutelage.

Introducción

En Colombia, la implementación del proceso monitorio en el Código General del Proceso (L. 1564/2012), es una de las novedades más importantes dentro del ordenamiento jurídico procesal. Según lo expuesto por la doctrina¹, este tuvo sus inicios en la Italia medieval y surgió como respuesta a las problemáticas generadas en el comercio que exigían la creación de un trámite judicial que resolviera de manera pronta las controversias derivadas de las relaciones mercantiles. Lo anterior, debido a que el procedimiento ordinario (senda procesal dispuesta para resolver los citados asuntos en esa época) era lento, dispendioso y no brindaba unas garantías acordes a las necesidades mencionadas, situación que se evidenciaba especialmente en casos relacionados con créditos de bajo monto. Desde la adopción de este procedimiento en la Península Itálica, el proceso monitorio fue acogido en diversos países europeos como Alemania, Francia, Austria, España, etc. Años más tarde fue adoptado en países de América latina.

A nivel nacional, con este proceso se busca lograr, mediante un trámite sencillo, ágil y expedito, la constitución o perfeccionamiento de un título ejecutivo en aquellos eventos en los que el acreedor carece del documento necesario para acreditar la existencia de la obligación. Esto le permite iniciar el cobro coactivo de la misma y materializar derechos como el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, el derecho de crédito, etc., sin olvidar la garantía al debido proceso y el derecho a la defensa del demandado. Sin embargo, al ser este proceso una primicia en el ordenamiento jurídico patrio, se puede afirmar que hay mucho camino por recorrer para adecuar este instrumento a las necesidades colombianas.

¹ CORREA DEL CASSO, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. En: *Revista Xuridica Galega*. No. 26, 2010. Disponible en: <<http://www.rexurga.es/pdf/col164.pdf>> [Consultado en 13, mayo, 2015].

En la búsqueda de un aporte desde la academia, en este documento se realiza un estudio detallado de las consecuencias que producen las oposiciones fundamentadas en los modos directos de extinguir las obligaciones cuando son tramitadas en el proceso monitorio, al partir del análisis jurídico de las finalidades del mismo. Seguidamente, se exponen las características del título ejecutivo, la aplicación del derecho de defensa y el debido proceso en este trámite, el régimen de oposiciones que puede interponer el demandado, el concepto y clasificación de los modos de extinción de las obligaciones y se culmina con sus efectos en el proceso monitorio y la posible vulneración a principios como la economía procesal, el acceso a la administración de justicia material y la tutela jurisdiccional efectiva.

1. Finalidades del proceso monitorio.

El sistema jurídico nacional, con el fin de encontrarse a la vanguardia de los avances jurídico- procesales a nivel mundial y proteger el derecho al crédito de todas las personas, decidió incorporar el proceso monitorio dentro de la normativa interna, catalogado por la doctrina internacional como: “aquel en el que, en virtud de la simple petición escrita del acreedor, el juez competente libra, sin oír al deudor, una orden condicionada de pago dirigida al mismo”². En el mismo sentido, en el informe realizado por la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República de Colombia, dentro del tercer debate del Código General del Proceso, este fue definido como: “un trámite procesal sencillo a través del cual se facilita la constitución o el perfeccionamiento del título ejecutivo sin necesidad de agotar el trámite del proceso declarativo, siempre que el deudor no plantee oposición”³. De igual manera, la Corte Constitucional señaló:

(...) el proceso monitorio en el Código General del Proceso constituye una medida de acceso a la justicia para acreedores de obligaciones dinerarias de pequeña o mediana cuantía que no pueden o no acostumbran documentar sus créditos en títulos ejecutivos y que por lo complicado que resulta acudir a un proceso judicial complejo y demorado, desisten de su cobro. El nuevo proceso permite, con la declaración del demandante, en forma rápida y fácil,

² CALAMANDREI, Piero. El proceso monitorio. Buenos Aires, Argentina: Ed. Cultura Jurídica, 1953. p. 29.

³ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 726 del 24 de septiembre de 2014. M.P. Dra. SÁCHICA MÉNDEZ, Martha Victoria. Expediente No. D - 10115

obtener un requerimiento judicial de pago y ante el silencio del demandado, acceder a la ejecución⁴.

En conclusión, el proceso monitorio puede definirse como un procedimiento ágil que busca obtener por vía judicial la constitución de un título ejecutivo que respalde una obligación dineraria derivada de una relación contractual, siempre que sea determinada, exigible y de mínima cuantía, cuando la misma no fue soportada en un documento que permita su ejecución coactiva sin la necesidad de acogerse a un proceso verbal. Es dable aclarar, que la apertura de este tipo de procedimientos puede realizarse teniendo en cuenta únicamente la declaración del acreedor, es decir, no es necesario que acompañe al libelo demandatorio ninguna prueba de la existencia del crédito. Al ser suficiente la simple afirmación hecha por el demandante, podrá efectuarse el perfeccionamiento del título ejecutivo mediante providencia judicial, siempre que el demandado guarde silencio o acepte la obligación.

A nivel doctrinario⁵ y jurisprudencial⁶, se ha establecido que el proceso monitorio tiene como objetivo desarrollar el derecho fundamental a la administración de justicia y el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva que tienen los ciudadanos, contemplado en la Constitución Nacional y el Código General del Proceso. Este pilar busca garantizar el cumplimiento real de las normas dentro del ordenamiento jurídico y se materializa en la práctica cuando el juez le otorga igualdad a las partes del proceso y realiza actos como la valoración de las pruebas y el impuso procesal. En este sentido, la Corte Constitucional lo ha catalogado como:

El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho

⁴ Ibíd.

⁵ COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El proceso monitorio en el código general del proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012. 2013. Disponible en: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/14carlos-alberto-colmenares.pdf>> [Consultado en 13, mayo, 2015].

⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 726 del 24 de septiembre de 2014. Op. cit. p. 4.

fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso⁷.

Por ende, se puede afirmar que la Ley 1564 de 2012, al implementar el proceso monitorio, materializa una verdadera tutela judicial efectiva de los derechos al permitir a los acreedores garantizar el reconocimiento de sus créditos cuando no constan en un título ejecutivo sin necesidad de acudir a un proceso declarativo, que en la práctica resulta demorado y tedioso. De igual forma, busca brindar a las personas que realizan sus negocios sin ningún tipo de formalidad una herramienta que abre las puertas del ente administrador de justicia para la efectividad del cumplimiento de sus créditos.

Por otra parte, este instrumento procesal pretende tutelar el derecho al crédito de las personas al entender esta garantía como aquella que puede “(...) reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos (...)”⁸. Es decir, es la prerrogativa que tiene el acreedor de solicitar al deudor el cumplimiento de las obligaciones pactadas o derivadas de la ley, pero se aclara que siempre debe exigirse este derecho a una persona plenamente determinada a la que se le impuso la carga de realizar una conducta o abstenerse de cierto comportamiento. De esto se logra deducir que al presentarse el incumplimiento de las obligaciones pactadas a cargo del deudor se estaría vulnerando flagrantemente este derecho. Sumado a ello, en caso de no existir un título ejecutivo para adelantar el cobro coactivo se verificaría una doble trasgresión al citado principio.

Por esta razón, con el procedimiento monitorio se busca evitar este doble flagelo en contra de los acreedores, puesto que les brinda un mecanismo para acudir de forma rápida y eficaz ante la justicia para que cese el quebrantamiento del mismo, así se impiden demoras o cualquier tipo de desgaste procesal.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia constitucional señaló que el proceso monitorio persigue dentro de sus finalidades: “garantizar la celeridad y agilidad dentro de los trámites procesales evitando la constante mora judicial que se presenta en los Juzgados de la nación”⁹. En consecuencia, el legislativo nacional

⁷ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 279 del 15 de mayo de 2013. M.P. Dr. Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio. Expediente No. D – 9324.

⁸ COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 57 de 1887, Código Civil. Art. 666.

⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 726 del 24 de septiembre de 2014. Op. cit. p. 4.

implementa dentro del campo del Derecho procesal la estructura monitoria como un procedimiento que no guarda la distribución clásica de los procesos declarativos al omitir ciertas etapas y trámites engorrosos y que contribuye a la celeridad procesal. Bajo este orden de ideas, la Corte Constitucional en Sentencia C- 726 de 2014 con relación al proceso monitorio estableció que “a simple vista se observa que el ámbito de aplicación y la configuración simplificada del proceso, responde a que los altos y crecientes índices de litigiosidad en las sociedades contemporáneas, han exigido la transformación del proceso judicial de un conjunto riguroso de etapas procedimentales, a trámites más simples que se proponen agilizar la resolución de los casos; todo ello, en beneficio de prestar un servicio eficiente de justicia”¹⁰.

Además, es claro tener en cuenta que la celeridad que persigue el proceso monitorio se encuentra íntimamente ligada a la garantía del plazo razonable que ha sido catalogado por la misma corporación como “un presupuesto imprescindible del debido proceso legal del cual emerge categóricamente la necesidad de definir y observar dicha garantía en beneficio de quienes tienen asuntos pendientes o pretenden acceder a la administración de justicia y así obtener una pronta resolución de aquellos por la vía judicial”¹¹.

Así mismo, la Corte Constitucional ha considerado que el proceso monitorio también persigue “una finalidad esencialmente social, orientada a garantizar que las transacciones dinerarias informalmente celebradas por los ciudadanos, cuenten con una resolución pronta y sin dilaciones injustificadas”¹². Este objetivo tiende a garantizar los fines del Estado Social de Derecho, establecidos en la Carta Política de 1991, puesto que permite agilizar el acceso al crédito, reafirma la confianza de los acreedores en el cumplimiento de las obligaciones, dinamiza las relaciones comerciales y le brinda mayor legitimidad al poder judicial.

Sin embargo, del análisis doctrinario y jurisprudencial de la naturaleza de este mecanismo procesal se desprende que el objetivo principal radica en la constitución de un título ejecutivo en los casos en los que el acreedor esté imposibilitado para demandar ante la jurisdicción el cumplimiento coactivo del crédito, por no constar su obligación en un documento que preste mérito ejecutivo. Para entender esta finalidad se debe partir del concepto de título ejecutivo.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 5. Sentencia de Tutela No. 516 del 15 de septiembre de 1992. M.P. Dr. Morón Díaz, Fabio. Expediente No. T – 2662.

¹² COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 726 del 24 de septiembre de 2014. Op. cit. p. 4.

1.1 Título ejecutivo.

La definición de título ejecutivo no se encuentra expresamente contemplada dentro del marco normativo nacional, sin embargo, el artículo 422 del C.G.P. consagra los requisitos y elementos necesarios para que un documento preste mérito ejecutivo y se pueda proceder con el cobro judicial. Es viable afirmar que la legislación nacional acogió el principio romano *nulla executio sine títulos*, puesto que considera que el título ejecutivo es el presupuesto obligatorio y principal para iniciar un proceso de ejecución, por esta razón, es primordial que acompañe al libelo demandatorio un título base de recaudo que cumpla los requisitos establecidos en la citada normativa. Por otra parte, a nivel doctrinario este precepto ha sido definido ampliamente por diferentes tratadistas, entre ellos, Hernando Devis Echandia, quien lo consideró para el caso colombiano como “el documento o los documentos auténticos que constituyen plena prueba, en el cual o de cuyo conjunto consta la existencia a favor del demandante y a cargo del demandado, de una obligación expresa, clara y exigible, que además debe ser liquidada si se trata del pago de sumas de dinero, y que reúna o reúnan los requisitos de origen y forma que exige la ley”¹³. A su vez, Devis Echandia concluye que un título ejecutivo es el presupuesto o requisito *sine qua non* que habilita al acreedor para exigir por vía judicial el cumplimiento total o parcial de una obligación insoluta por parte del deudor. Cabe resaltar que, sin la existencia de este requisito, no es posible acceder a la protección del Estado para la materialización del derecho de crédito.

Para brindar mayor claridad de este concepto, es necesario abordar lo consagrado en el artículo 422 del actual Código General del Proceso, que establece:

ART 422. –Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo¹⁴.

¹³ GORDILLO GUERRERO, Carmen Lucía. Práctica judicial en el proceso ejecutivo laboral. 1ª Edición. Bogotá, Colombia. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2011. Disponible en: <<http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a4/13.pdf>> [Consultada en 15, mayo, 2015].

¹⁴ COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Código General del Proceso. Art. 422.

Como puede evidenciarse, la citada normativa contempla los requisitos del título ejecutivo y exige, en primer lugar, que la obligación conste en un documento. De acuerdo a lo señalado por el maestro Jairo Parra Quijano: “Documento es toda cosa capaz de representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento”¹⁵. De igual manera, el doctrinante Nattan Nisimblat establece: “Documento es una cosa mueble que ha sido creada o manipulada por el hombre con el fin de transmitir algo. Es documento el que ha sido creado por el ser humano, lo demás no tendrá el carácter de documento. Es además, toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”¹⁶. En fin, se puede afirmar que el título ejecutivo siempre debe constituirse mediante prueba documental (escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, etc.) y se aclara que, de conformidad con la doctrina¹⁷, la misma debe poseer naturaleza **DECLARATIVA**, en el entendido de que debe contener manifestaciones de voluntad que generen efectos jurídicos con respecto a otras personas. De lo anterior se deduce que no es obligatorio que el título ejecutivo esté plasmado en forma escrita. Adicionalmente, de acuerdo a los señalamientos jurisprudenciales¹⁸, se tiene que el título ejecutivo puede estar constituido por pluralidad de documentos, de esta forma se denomina título complejo, no obstante, esta situación no desvirtúa la unidad del mismo por cuanto el ordenamiento jurídico exige esta característica en el sentido jurídico y no material, que pretende sustraer de varios documentos la existencia de una obligación clara, expresa y exigible.

Pero, la anterior no es la única exigencia realizada por el ordenamiento jurídico para reconocer a un documento como título ejecutivo, pues simultáneamente se requiere que el mismo provenga del deudor o de su causante y se constituya como plena prueba en su contra. A voces de la doctrina y la jurisprudencia, este presupuesto se refiere a la seguridad que debe existir sobre la persona que elaboró u ordenó realizar el documento y su intención de obligarse en favor del acreedor, es decir, la determinación del sujeto que será considerado como deudor, así se establece con certeza quién responderá por la obligación contenida en el título ejecutivo. Cabe mencionar que la certeza

¹⁵ UNIVERSIDAD LIBRE DE PEREIRA. Disponible en: <<http://unilibrepereira.edu.co/Archivos/Adjuntos/aab05f2815-probatorio-organizado.pdf>> [Consultado en 15, mayo, 2015].

¹⁶ NISIMBLAT, Nattan. Código General del Proceso, Derecho Probatorio, introducción a los medios de prueba en particular y técnicas de oralidad. Bogotá, Colombia: Ed. Doctrina y Ley Ltda, 2014. p. 362.

¹⁷ GORDILLO GUERRERO. Op. cit. p.7.

¹⁸ COLOMBIA, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Auto del 19 de Marzo de 2004. M.P. Dra. Avila de Ardila, Myriam.

El proceso monitorio colombiano a la luz de los modos directos de extinguir las obligaciones

exigida o los efectos de plena prueba en contra del deudor que señala la norma, se brindan únicamente a los documentos auténticos que, según lo dispuesto en el artículo 244 del C.G.P., son aquellos de los cuales se tiene la certeza de haber sido elaborados o suscritos por determinada persona o aquellos que se pueden atribuir a un determinado sujeto. Sin embargo, en materia de títulos ejecutivos, este presupuesto debe tenerse como agotado en todos los casos, puesto que en el inciso 4° de la citada norma se cobija con presunción de autenticidad a todos los documentos que se presenten como títulos ejecutivos dentro de un proceso judicial

Por último, la norma demanda un requerimiento, aplicable a cualquier clase de título sin importar su procedencia, consistente en que la obligación contenida en el mismo posea tres características fundamentales, que sea clara, expresa y exigible. El requisito de ser expresa ordena que la declaración de voluntad del deudor esté enfocada a quererse obligar, sin dar lugar a pensamientos abstractos que deduzcan la naturaleza del crédito, de esta forma, se excluyen suposiciones del mismo, por lo tanto, se entiende que una obligación es expresa cuando “aparece manifiesta de la redacción misma del título”¹⁹. En síntesis, la obligación contenida en el título debe ser fácilmente deducible en su contenido, sin necesidad de realizar algún esfuerzo para lograr su entendimiento.

Por otra parte, se debe mencionar que la obligación contenida en un título ejecutivo debe ser clara, lo cual se refiere a la fácil interpretación de la misma, de manera que cualquier persona a simple vista pueda determinar qué tipo de obligación está contenida dentro del documento.

Finalmente, la obligación debe ser actualmente exigible y se configura “cuando puede demandarse el cumplimiento de la misma por no estar pendiente de un plazo o condición. Dicho de otro modo, la exigibilidad de la obligación se debe, a la que debía cumplirse dentro de cierto término ya vencido, o cuando ocurriera una condición ya acontecida, o para la cual no se señaló término pero cuyo cumplimiento solo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió”²⁰. Aquella característica indicada señala aspectos relacionados con la oportunidad, dentro de la cual se puede demandar el cumplimiento de una obligación. Por este motivo, en algunas ocasiones las obligaciones no pueden demandarse por no haberse exigido en el momento establecido, puesto que “únicamente es ejecutable la obligación pura y simple, o que habiendo estado sujeta a plazo o a condición suspensiva, se haya vencido aquel o cumplido

¹⁹ COLOMBIA, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto No. 17468 del 03 de agosto de 2000. M.P. Dra. Giraldo Gómez, María Elena. Expediente No. 252944 CE-SEC3-EXP2000-N17468.

²⁰ COLOMBIA, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto No. 17468 del 03 de agosto de 2000. Op. cit. p. 8.

esta²¹. En consecuencia, este presupuesto determina el momento en que debe ejecutarse la obligación a instancias judiciales, es decir, cuando el plazo o condición se encuentren vencidos.

Hasta el momento, se han señalado los elementos esenciales del título ejecutivo y se concluye que este instrumento es el presupuesto fundamental para adelantar el cumplimiento forzado de una obligación insoluta por medio del aparato judicial del Estado. Así mismo, este posee una naturaleza netamente formalista, por cuanto el ordenamiento jurídico buscó otorgarle a un documento el valor probatorio para demostrar la existencia de una obligación y, en virtud del mismo, poder exigir el cumplimiento de estos créditos por vía judicial, siempre que se cumpla con los requisitos citados de manera obligatoria. No obstante, se debe aclarar que estas prerrogativas no se enfocan en demostrar el incumplimiento de las obligaciones inmersas en el título, sino a permitir su exigibilidad, puesto que esta situación siempre estará sujeta al correspondiente debate probatorio.

Estudiadas las finalidades del proceso monitorio, se verifica que este mecanismo procesal dentro del Sistema Jurídico colombiano permite a los usuarios de la justicia la constitución de un título ejecutivo manera ágil en aquellos casos en donde existen obligaciones insolutas derivadas de una relación contractual y el acreedor no posea esta herramienta para iniciar un proceso de ejecución. Así, se garantizan simultáneamente derechos como el acceso a la administración de justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva, la protección al derecho al crédito y la celeridad de los trámites procesales.

2. Debido proceso y derecho de defensa dentro del proceso monitorio.

Es importante recordar que el proceso monitorio, si bien es cierto que fue creado para proteger los intereses de los acreedores, no puede ser ajeno a garantizar los derechos consagrados en la Carta Política de 1991 como, por ejemplo, el debido proceso, que busca la protección de las personas que están involucradas dentro de un proceso judicial o administrativo, con el fin de amparar sus derechos y que sean tratados con igualdad ante la ley, mediante el cumplimiento de una serie etapas procesales previstas en el ordenamiento jurídico que pretenden lograr que el proceso se desarrolle de la manera más adecuada y ajustado a lo establecido dentro de la norma que lo regula.

²¹ COLOMBIA, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia que resuelve recurso de reposición del 22 de junio de 2001. M.P. Dr. Hoyos Duque, Ricardo. Expediente No. 1996-0686-01.

Adicional a esto, cabe resaltar que, según lo expuesto por la Corte Constitucional²², esta prerrogativa constitucional está compuesta por diferentes principios y reglas, entre ellos, el derecho de defensa, considerado como aquella facultad que le permite al demandado ejercer su derecho de contradicción dentro de un determinado proceso. Con relación a ello, este colegiado ha señalado que:

Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado²³.

De lo anterior, se infiere que esta garantía permite que un sujeto procesal goce de los componentes necesarios para conocer, actuar e intervenir dentro de un procedimiento judicial o administrativo que curse en su contra y le otorga la potestad de pronunciarse frente al proceso. De esta manera, el demandado tiene el derecho de estar al tanto de las diligencias que se están adelantando y puede participar en la *litis* mediante el aporte de pruebas que permitan fundamentar su posición, de igual manera, está facultado para controvertir, contradecir y objetar las pruebas que no estén a su favor. En términos generales, esta busca garantizar el derecho de contradicción y de igualdad procesal dentro de un determinado asunto.

Específicamente, en los procesos de carácter civil, el derecho de defensa se activa para el demandado desde el momento de la notificación de la providencia judicial que admite la demanda o libra mandamiento de pago. Esta actuación judicial debe entenderse como un acto de publicidad o comunicación en donde se está informando al accionado de la existencia de un proceso en su contra y se le brinda la oportunidad de ejercer su derecho a la contradicción. Por ende, la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha considerado que “La notificación cumple dentro de cualquier proceso judicial un doble propósito:

²² COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 341 del 04 de junio de 2014. M.P. Dr. González Cuervo, Mauricio. Expediente No. D – 9945.

²³ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 025 del 27 de enero de 2009. M.P. Dr. Escobar Gil, Rodrigo. Expediente No. D – 7226.

de un lado, garantiza el debido proceso permitiendo la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción, y de otro, asegura los principios superiores de celeridad y eficacia de la función judicial al establecer el momento en que empiezan a correr los términos procesales”²⁴.

Bajo estos términos, es dable afirmar que la notificación le permite al demandado conocer de los procesos que se lleven en su contra y pronunciarse frente a los mismos en las oportunidades procesales pertinentes, por tal razón, esta es una de las herramientas que por excelencia concreta el derecho defensa de los particulares. Así mismo, dentro de esta clase de procesos, para materializar esta garantía se permite al demandado ejercer su derecho de contradicción (potestad que tiene el demandado de intervenir en el proceso con el fin de proteger sus intereses y enervar las pretensiones propuestas por su adversario) a través de figuras como las excepciones de mérito en contra de las pretensiones del demandante, la formulación de incidentes, la posibilidad de impugnar las decisiones de los funcionarios judiciales y controvertir las pruebas aducidas en su contra.

Para el proceso monitorio, el legislador, al tener presente la necesidad de garantizar el debido proceso, el derecho a la defensa y al partir de su naturaleza especial, en donde existe una inversión de las etapas procesales, señaló diferentes dispositivos para materializar estas garantías, entre estos está la obligatoriedad de notificar personalmente al demandado la providencia de requerimiento de pago, así queda totalmente prohibida la notificación mediante emplazamiento y nombramiento de curador *ad litem*. De esta forma, se le concede a este, además, una oportunidad procesal para oponerse frente a las pretensiones del accionante, que de conformidad al artículo 421 de la Ley 1564 de 2012 debe realizarse en el término de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente a la notificación del requerimiento de pago. A través de esta oposición, él podrá exponer las razones que nieguen total o parcialmente las pretensiones del libelo demandatorio, las cuales deberán tramitarse de acuerdo a lo establecido en el artículo 392 del C.G.P., previo traslado de cinco días en favor del demandante, cuando podrá pedir pruebas con respecto a las oposiciones, es decir, deberá convocarse a la audiencia del proceso verbal sumario con el fin de resolverse la controversia suscitada mediante sentencia de fondo, de lo cual se deduce que existe pleno respaldo al derecho a la defensa del demandado. En este sentido, la Corte constitucional manifestó: “que pese a que en este caso se haya invertido la secuencia que usualmente tienen los procesos judiciales, existen en la norma-

²⁴ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 648 del 21 de junio de 2001. M.P. Dr. Monroy Cabra, Marco Gerardo. Expediente No. D – 3365.

tividad acusada suficientes garantías del derecho de defensa del demandado, entre ellas la imposibilidad de notificarle a través de curador *ad litem*, o la regla según la cual, en caso de oposición fundada por parte del demandado, el proceso se transforma en un trámite declarativo (proceso verbal sumario), dentro del cual aquel podría ejercer plenamente su derecho de defensa”²⁵.

3. Régimen de oposiciones en el proceso monitorio.

Para conocer las diferentes clases de oposiciones que puede presentar el demandado dentro del proceso monitorio se debe partir del concepto básico de oposición. Esta definición ha sido elaborada por diferentes sectores de la doctrina nacional, sin embargo, bajo la propia opinión, parece ser la más acertada para este análisis, y en particular para el caso del proceso monitorio, la realizada por el doctrinante Hernán Fabio López Blanco²⁶, quien la entiende como el derecho a defenderse que tiene el demandado dentro de un proceso civil, que no puede distinguirse de la posibilidad de presentar excepciones de mérito en contra de las pretensiones del accionante. Es claro el Doctrinante al señalar que no existe ninguna diferencia entre estos dos conceptos, dado que “Cuando el demandado se opone, es porque interpone excepciones y si alguna disposición utiliza el término como si se tratara de un concepto diverso, incurre en una notable imprecisión técnica que no da pie a formular una teoría que sostenga que la oposición es una conducta diversa a la presentación de excepciones (...)”²⁷.

Por ende, cuando la legislación se refiera a las oposiciones dentro el proceso monitorio, se tendrá que remitir al concepto de excepciones de mérito que, se según el citado catedrático, se refiere a los medios de defensa que: “se oponen a las pretensiones del demandante bien porque el derecho en que se basan nunca ha existido, o por que habiendo existido en algún momento se presentó alguna causa que determinó su extinción o también cuando no obstante que sigue vigente el derecho se pretende su exigibilidad en forma prematura por estar pendiente un plazo o una condición”²⁸. Cabe aclarar que esta situación debe asimilarse en el mismo sentido cuando el Código General del Proceso, al regular el proceso monitorio, señala que el demandado “exponga en la contes-

²⁵ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 726 del 24 de septiembre de 2014. Op. cit. p. 4.

²⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte Especial. Octava Edición, Tomo II, Bogotá D.C. Colombia: Dupré Editores, 2004. p. 572.

²⁷ *Ibíd.* p. 573.

²⁸ *Ibíd.* p. 575.

tación de la demanda las razones concretas que le sirven de sustento para negar total o parcialmente la deuda reclamada”²⁹, puesto que las citadas razones que se esgriman en la contestación de la demanda no son otra cosa diferente a las excepciones de mérito.

En el caso particular del proceso monitorio no existe un listado taxativo de oposiciones o excepciones de mérito que el demandado pueda proponer en contra del demandante como ocurre dentro de la acción cambiaria, sin embargo, no se debe olvidar que la finalidad de este proceso es la constitución de un título ejecutivo y que las obligaciones que pretendan ser avaladas en el mismo siempre tendrán como fuente un vínculo contractual. En consecuencia, los instrumentos de defensa **SIEMPRE** buscarán oponerse a la constitución del título y atacarán el contrato fuente de las obligaciones, o a estas últimas, con base en argumentos como la inexigibilidad de las obligaciones, la inexistencia, la ineficacia o inoponibilidad del contrato que dio origen a los créditos, la falta de legitimación para demandar o alegar cualquier forma de extinción de las obligaciones, entre otras.

Para dar claridad a este punto, se procederá a examinar algunos de estos conceptos y a darles aplicación en el proceso monitorio; así las cosas, cuando un demandado enerve la excepción de mérito de inexistencia del contrato en el proceso monitorio³⁰, el demandado está buscando que se desconozcan las pretensiones del accionante al manifestar que los hechos que fundamentan la demanda no son causa jurídica para crear obligaciones en su contra. Por ende, en este asunto el proceso monitorio no podría seguir su trámite normal, puesto que las afirmaciones y pruebas aportadas por el demandado se oponen totalmente a la constitución del título y se encuentra en duda el elemento primordial que es la existencia jurídica de la fuente en donde se originó la obligación que se busca plasmar en un título de recaudo. Por tanto, lo pertinente es resolver esta controversia por el camino de un proceso verbal sumario.

Otro ejemplo de lo afirmado se produce cuando el demandado se opone con base en la nulidad del contrato, es decir, cuando afirme que el vínculo contractual base del proceso monitorio, a pesar de cumplir con todos los

²⁹ COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Código General del Proceso. Art. 421.

³⁰ Entendida esta figura como la ausencia de los presupuestos o solemnidades necesarias para que nazca un contrato a la vida jurídica y sea fuente de obligaciones. Bajo palabras del profesor Fernando Alarcón Rojas esta se presenta: “cuando hay ausencia de la expresión del querer negocial, cuando carece de objeto, cuando no tiene causa, cuando falta alguno de los elementos que lo configuran o determinan, cuando se omite la solemnidad que lo perfecciona y cuando siendo real no se entrega la cosa que ha de ser materia del negocio”. ALARCÓN ROJAS, Fernando. La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos. 1ª Edición. Bogotá, Colombia: Ed. Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A., 2011. p. 228.

presupuestos de existencia, padece de una falencia que afecta las condiciones de validez del mismo, por cuanto se incurrió en alguna de las causales de nulidad reguladas por el Código Civil. Al fundamentarse una oposición en estos argumentos, el demandado pretende atacar a la fuente de la obligación para que esta sea declarada ineficaz y, en consecuencia, no pueda proferirse sentencia que configure un título ejecutivo, ya que el juez competente estaría impedido de adelantar estas actuaciones, dado que se presentaría duda sobre la validez del contrato que originó las obligaciones y este tendría el deber de dirimir este conflicto por la senda procesal pertinente.

Lo mismo ocurre cuando el demandado enerva las pretensiones del accionante y argumenta la falta de legitimación para demandar, es decir, cuando quien ejerce la acción no está facultado para el cobro de dichas obligaciones, por cuanto no hacia parte de la relación contractual ni tampoco asumió la calidad de acreedor por vía de sucesión, cesión de crédito o subrogación, etc. En estos asuntos lo procedente es tramitar el proceso de la misma manera señalada en las anteriores clases de excepciones de mérito, puesto que existe una incertidumbre sobre la calidad del acreedor - demandante, circunstancia que no permitiría la configuración de un título ejecutivo. Por ende, es necesario un pronunciamiento judicial de fondo que dirima esta controversia y decida si accede a la constitución del mismo o se abstiene de hacerlo.

Una vez analizados estos ejemplos, a través de los cuales fueron expuestos los efectos de estas clases de oposiciones, puede deducirse que cuando el demandado impetre excepciones de mérito encaminadas a desvirtuar la fuente de la obligación (que en el proceso monitorio será una relación contractual) como la inexistencia, ineficacia y también las aplicables a la inoponibilidad, siempre se estará atacando a uno de los presupuestos del proceso monitorio y resistiéndose a la constitución del título ejecutivo, debido a que esta oposición generaría inquietud sobre si la fuente es causa jurídica para la imposición de un crédito. Por esta razón, bien hizo el legislador al considerar que en estos eventos el proceso monitorio se deba remitir a la audiencia del trámite del proceso verbal sumario, con lo cual se ventila esta controversia y los actores tienen todas las oportunidades procesales para demostrar su posición.

3.1 Modos de extinción de las obligaciones.

Sin embargo, una situación diferente se presenta cuando el demandado interpone una oposición fundamentada en algún modo directo de extinguir las obligaciones. Para entender estos efectos se debe acudir, en primer lugar, al concepto básico de este régimen, es decir, a la definición de los modos extintivos, que hace alusión a “aquellos actos y hechos jurídicos en virtud de los cuales se

disuelve o extingue el vínculo obligatorio que une al deudor y al acreedor³¹, los cuales se hallan contemplados en el artículo 1625 del C.C., que señala:

Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

- 1o.) Por la solución o pago efectivo.
- 2o.) Por la novación.
- 3o.) Por la transacción.
- 4o.) Por la remisión.
- 5o.) Por la compensación.
- 6o.) Por la confusión.
- 7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.
- 8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.
- 9o.) Por el evento de la condición resolutoria.
- 10.) Por la prescripción³².

A nivel doctrinario, los modos de extinguir las obligaciones han sido clasificados teniendo en cuenta si sus efectos recaen sobre la obligación directamente o con respecto a su fuente. Los primeros son conocidos como modos directos y se caracterizan principalmente por atacar a la obligación sin tener en cuenta su origen, entre ellos pueden encontrarse el pago, la novación, la transacción, la remisión, la compensación, la confusión y la prescripción, entre otros. En segundo lugar, están los modos indirectos, que se dirigen a arremeter en contra de la fuente de la obligación que, en caso de lograr su objetivo, tendría como efecto secundario la disolución de la obligación, tal es el caso de la convención extintiva del contrato, el mutuo disenso, la revocación unilateral, la rescisión, la nulidad y la resolución judicial, etc. Claro ejemplo de esta clasificación se presenta en las oposiciones anteriormente explicadas, razón por la cual, no es procedente profundizar sobre los mismos.

Al retomar los modos directos de extinguir las obligaciones, se logra afirmar que en ningún momento estos desconocen la existencia, eficacia y oponibilidad de la fuente que originó el crédito, puesto que por el simple hecho de invocarlos se están aceptando de manera tácita los mismos, toda vez que su ataque se enfoca en negarse a cumplir una obligación por el motivo de haberse

³¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Tercera Edición. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1980. p. 327.

³² COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 57 de 1887, Código Civil. Art. 1625.

El proceso monitorio colombiano a la luz de los modos directos de extinguir las obligaciones

configurado un modo extintivo. Tal es el caso del pago, definido por el Estatuto Civil colombiano³³ como la prestación de lo debido, que, en otras palabras, es el cumplimiento de las obligaciones en la forma pactada a favor del acreedor, el cual satisface las expectativas de este y, en consecuencia, extingue el nexo que los enlazaba. De esta manera, se evidencia una doble finalidad del mismo, dado que, por un lado, satisface plenamente al acreedor en sus derechos y, por el otro, libera de esta carga jurídica al deudor, sin la necesidad de desvirtuar el fundamento de la obligación.

Este mismo fenómeno ocurre con la figura de la compensación consagrada en el artículo 1714 del C.C., que señala: “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”. Se debe recordar que este modo de extinguir las obligaciones resulta cuando los extremos de una relación crediticia tienen obligaciones pendientes entre sí y por disposición legal es viable destruir dichas obligaciones simultáneamente sin necesidad de la transferencia de patrimonios. Puede observarse que el efecto principal de la compensación es la extinción recíproca de las obligaciones, de este modo, funciona de igual forma que el pago, que, en pocas palabras, embiste al crédito directamente sin reparar en la fuente de la obligación.

Tras el estudio de estos ejemplos, se demuestra de manera irrefutable lo manifestado con anterioridad al afirmar que los modos directos de extinción de las obligaciones tienen como factor común aceptar de manera tácita los conceptos relativos a la existencia, eficacia y oponibilidad de la fuente de las obligaciones, puesto que en ningún momento se ponen en duda estos elementos. Sin embargo, su finalidad es romper con el vínculo obligacional y argumentar la configuración de un modo extintivo tipificado en la ley.

3.2 Efectos de los modos directos de extinguir las obligaciones en el proceso monitorio.

Al aplicar los efectos derivados de los modos directos en el proceso monitorio, podría afirmarse que se está ante la presencia de una aceptación indirecta o tácita del contrato génesis de las obligaciones que se buscan insertar en un título ejecutivo por parte del demandado. Lo anterior debido a que, como ya se mencionó, estos mecanismos de defensa tienen por finalidad negarse a cumplir las obligaciones derivadas de esta al argumentar que el vínculo obligacional que unía al acreedor con el deudor fue destruido con anterioridad, puesto que se dieron unos presupuestos jurídicos que extinguieron directamente la obligación.

³³ COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 57 de 1887, Código Civil. Art. 1626.

A consideración de los autores, esta situación genera una problemática en torno al proceso monitorio, habida cuenta de que el demandado, al invocar una oposición fundamentada en un modo directo de extinguir las obligaciones, en realidad no se estaría oponiendo a la pretensión principal del demandante y al objeto de este proceso que consiste en la constitución de un título ejecutivo ya que en ninguna instancia se entra en conflicto con ninguno de los componentes del título pues el demandado no se opone a que el crédito se plasme en un documento que sea plena prueba en su contra y cuyas obligaciones contenidas sean claras, expresas y exigibles, toda vez que lo alegado corresponde a un concepto diferente a lo reglado por dichos presupuestos.

De igual manera, el sujeto pasivo del proceso no estaría poniendo en vilo la existencia, eficacia y oponibilidad del contrato que dio origen a las obligaciones que pretenden ser respaldadas en un documento base de ejecución, pues, como se anotó, el accionado estaría aceptando de manera tácita todos los efectos jurídicos del vínculo contractual y sus obligaciones, pero a su vez se opondría a dar cumplimiento a estos créditos al argumentar la extinción de los mismos.

Esta circunstancia lleva a detectar una falencia en el trámite del proceso monitorio, en lo establecido específicamente en el inciso 4° del artículo 421 del C.G.P., el cual remite a la audiencia del proceso verbal sumario a todos los asuntos en los que se hayan presentado oposiciones sin distinguir su naturaleza jurídica. Lo anterior, por cuanto se debe aclarar que la finalidad de esta etapa procesal es definir si es procedente la constitución del título ejecutivo en un determinado caso por medio de un pronunciamiento judicial de fondo, situación que resulta innecesaria cuando la oposición es un modo directo de extinguir las obligaciones, dado que este medio de defensa no se opone en ninguna medida a la constitución del título, tal como se explicó anteriormente.

En este sentido, el ordenamiento jurídico está obligando a las partes a transitar una senda procesal sin ninguna utilidad pues al aceptarse tácitamente el contrato fuente de la obligación y no oponerse a la configuración del título ejecutivo, no tiene ningún sentido que los sujetos procesales se sometan a una audiencia que busca resolver una controversia que no se encuentra en discusión. Un ejemplo de esta situación se presenta cuando un demandante solicita por medio de un proceso monitorio que se paguen unas sumas de dinero derivadas de un contrato de mutuo verbal o, en su defecto, se constituya un título ejecutivo con el fin de adelantar el cobro judicial; entonces, una vez proferido el requerimiento de pago por parte del juzgado de conocimiento y notificado al deudor, el demandado, dentro del término de traslado, propone una objeción o excepción de mérito en contra de las pretensiones del demandante y argumenta el pago de la obligación. Estos eventos obligarían al togado a dar aplicación al inciso 4° del artículo 421 del C.G.P., es decir, a remitir este debate a la audiencia del proceso verbal sumario para decidir si es procedente la configuración del título ejecutivo.

No obstante, es evidente que dicha senda procesal carece de un sentido práctico, puesto que ninguna de las partes se está negando a que se constituya un título ejecutivo. Puede observarse que el demandado, al manifestar que fue cumplida o pagada con anterioridad la obligación objeto de dicho trámite, pretende que se declare extinguido el crédito sin importarle la configuración del título base de recaudo y sin restarle efectos jurídicos a la fuente de las obligaciones, de lo cual se concluye que el demandado estaría aceptando tácitamente la constitución del título ejecutivo al invocar un modo director de extinguir las obligaciones como oposición dentro del proceso monitorio.

Para el grupo investigador, este tipo de problemáticas se producen cuando el legislador adopta sistemas procesales foráneos que han sido exitosos internacionalmente sin realizar una reflexión profunda de sus alcances a nivel interno, ya que, cuando se adelanta un estudio minucioso del proceso monitorio, se puede detectar que la naturaleza de la oposición o excepción merito propuesta por el demandado es de gran influencia sobre la etapa procesal que debe abordarse. De esta manera, se evitan desgastes procesales, como quedó demostrado en el caso de los modos directos de extinción de las obligaciones. Sin embargo, el legislador no percató esta situación en el proceso monitorio y fuerza al demandante a tramitar un proceso declarativo sin ningún objeto práctico, puesto que se agotará una etapa probatoria y de juzgamiento al seguir los lineamientos del proceso verbal sumario, que supuestamente buscaría determinar la viabilidad de la constitución del título cuando este ya ha sido aceptado tácitamente por el demandado.

Sumado a ello, en caso de ser favorable la decisión, al sujeto activo se le impondrá la carga de iniciar un proceso ejecutivo sea en el mismo trámite o de manera independiente, el cual se fundamenta en la sentencia monitoria con la carga de agotar nuevamente todas las etapas correspondientes (se omite la notificación personal del mandamiento de pago al ejecutado en el evento contemplado en el C.G.P., inc. 2°, art. 306). Si el ejecutante cuenta con suerte y no existen nuevos hechos que configuren excepciones de mérito, el ejecutado no podría presentar estos medios de defensa, por ende, una vez notificado el mandamiento de pago y corrido el traslado correspondiente, se dictaría auto para seguir adelante con la ejecución de conformidad al inciso 2° del artículo 440 del C.G.P. No obstante, en la práctica, los litigantes, en busca de dilatar el proceso, en la mayoría de los casos acuden a las excepciones de mérito sin importar su fundamento probatorio. Es claro que en estas situaciones el título base de recaudo será una providencia judicial, en consecuencia, únicamente procederán las excepciones que contempla el numeral 2° del artículo 442 *ibíd.*, que bajo su tenor literal señala: “Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, solo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación,

confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida”³⁴.

Aun así, este impedimento nunca ha sido óbice para que los apoderados presenten esta clase de defensa, consecuentemente, se tendría que repetir una etapa de instrucción y juzgamiento para lograr que se dicte un pronunciamiento de fondo sobre las excepciones perentorias y determinar la viabilidad de seguir adelante con la ejecución y posterior remate de los bienes objeto de medida cautelar.

3.3 Vulneración los principios de economía procesal, acceso a la administración de justicia material y la tutela jurisdiccional efectiva

Aquella actividad judicial va en contravía del principio de economía procesal, definido por el maestro Hernando Devis Echandia como el deber de alcanzar: “el mayor resultado con el mínimo empleo de actividad procesal”³⁵, posición respaldada por el profesor Hernán Fabio López Blanco, quien afirma que este principio “se cumple haciendo que las tramitaciones sean más sencillas y evitando la proliferación de decisiones inútiles y de recursos innecesarios”³⁶.

Así mismo, la Jurisprudencia Constitucional ha considerado que este se esfuerza: “(...) principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia”³⁷. De lo anterior se concluye que los poderes del Estado en sus actuaciones deben velar por la observancia de esta garantía permeándola de eficacia, para abstenerse de incurrir en desgastes innecesarios. Empero, del análisis realizado a las etapas del proceso monitorio en el caso de las oposiciones fundamentadas en los modos directos de extinción de las obligaciones, se muestra que las partes están siendo forzadas a recorrer unas sendas procesales

³⁴ COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Código General del Proceso. Art. 442.

³⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Nociones generales de Derecho procesal civil. Segunda Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Nomos S.A., 2009. p. 67.

³⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil. Undécima Edición. Bogotá, Colombia: Dupré Editores, 2012. p. 106.

³⁷ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 037 del diecinueve de febrero de 1998. M.P. Dr. Arango Mejía, Jorge. Expediente No. D – 1750.

innecesarias, situación que vulnera flagrantemente este principio, por cuanto, con el trámite actual se busca resolver una situación que no se encuentra en discusión, como fue señalado con anterioridad, y que puede obviarse con el fin de materializar el citado principio de derecho procesal.

Así mismo, la regulación actual desvirtuaría uno de los fines del proceso monitorio señalados por la jurisprudencia, como es el acceso a la administración de justicia material que pretende que “el conflicto planteado a la administración de justicia sea resuelto de manera pronta”³⁸. Es claro que el ciudadano que pretende reclamar un determinado derecho ante instancias judiciales busca una solución pronta y oportuna sin dilaciones injustificadas que puedan menoscabar este derecho constitucional. No obstante, en el caso estudiado tiene un efecto contrario, dado que, formalmente se permite a los acreedores instaurar su demanda monitoria, sin embargo, en caso de enervarse sus pretensiones por parte del demandado con fundamento en la citada clase de oposiciones, el mismo sistema procesal es un obstáculo para la solución ágil del conflicto llevado ante la jurisdicción.

Bajo la visión de los autores, para confinar esta falencia detectada en la legislación nacional se debe realizar una reforma de tipo legal al procedimiento monitorio, en la cual se tome en cuenta de manera profunda la naturaleza de las oposiciones fundamentadas en los modos directos de extinción de las obligaciones. Se debe insistir tajantemente en que su objetivo no es resistirse a la constitución del título ejecutivo ni tampoco desconocer la existencia, la eficacia y oponibilidad del contrato fuente de los créditos del demandante. Por ende, dicha modificación se debe enfocar en permitir que se constituya el título ejecutivo directamente sin necesidad de agotar la audiencia del proceso verbal sumario que es ordenada dentro del proceso monitorio en estos casos en particular.

En consecuencia, lo más sensato sería trasladar la controversia planteada a las etapas del proceso ejecutivo, por cuanto, en la actualidad se está generando una mayor afectación a la celeridad procesal que le da un trámite más extenso a situaciones que son fácilmente deducibles como el reconocimiento de la obligación en estos eventos. Es importante recordar que el anhelo del Código General del Proceso es generar mayor agilidad y celeridad a los procedimientos judiciales, tal como es señalado en su artículo segundo al considerar que “Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán

³⁸ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 543 del 06 de julio de 2011. M.P. Dr. Sierra Porto, Humberto Antonio. Expediente No. D – 8368.

con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado”³⁹. Así las cosas, con esta propuesta se busca que el presente estatuto procesal cumpla con la finalidad de generar mayor agilidad en los trámites procesales.

Bajo el propio criterio, esta situación se lograría solucionar de manera eficaz y sencilla, si se procede a constituir el título ejecutivo sin la necesidad de remitir el asunto al trámite del artículo 392 *ibídem*. En este orden de ideas, lo más sensato es el traslado de la controversia suscitada a las instancias del proceso ejecutivo de manera directa, para tramitarse según lo dispuesto en el artículo 443 del C.G.P., previo traslado de las oposiciones del demandante.

En primer lugar, se daría la oportunidad para que el demandante solicite pruebas sobre los hechos que se afirmen en el escrito de oposición y, posteriormente, se citaría a la audiencia del artículo 392 *ibídem*, es decir, la misma audiencia del proceso verbal sumario. Si se hace un estudio superfluo, podría afirmarse que esta solución no conllevaría a ningún cambio de fondo, dado que se obligaría a transitar a las partes por la misma senda procesal, lo cual generaría el mismo desgaste, sin embargo, para no incurrir en este desacierto, es una obligación interrogarse sobre la finalidad que tiene la audiencia del proceso monitorio y la del proceso ejecutivo. Se debe recordar que la primera de las citadas tiene como objeto definir si es procedente la constitución de un título ejecutivo, no obstante, la audiencia del proceso ejecutivo busca resolver si es posible seguir adelante con la ejecución o abstenerse de hacerlo.

En consecuencia, al realizar un estudio profundo de la reforma propuesta, puede verificarse que esta traería consigo diversas ventajas en favor de las partes, pues, por una parte, se daría mayor celeridad a la resolución de conflictos, ya que se evitaría adelantar un trámite que tiene como finalidad resolver una controversia inexistente (procedencia constitución título ejecutivo en audiencia del proceso monitorio) y, por otra parte, el litigio sería resuelto directamente mediante la sentencia que trata el artículo 443 *ibídem*, es decir, la providencia que resuelve excepciones de mérito en el proceso ejecutivo. Como ya es conocido, esta puede pronunciarse en diversos sentidos; en primer término, cuando venzan las pretensiones del demandante, se ordenará seguir adelante con la ejecución y se decretará simultáneamente el remate de los bienes trabados, la liquidación del crédito y costas, el señalamiento de agencias en derecho y todas las actuaciones pertinentes; en segundo lugar, en caso de probarse las excepciones de mérito propuestas por el ejecutado, se dispondrá la terminación del proceso, el levantamiento de medidas cautelares y se condenará al ejecutante a pagar las costas y perjuicios causados.

³⁹ COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Código General del Proceso. Art. 2°.

Por último, si las excepciones prosperan parcialmente, se tendrá que seguir la ejecución por las sumas declaradas en audiencia y permitir que se solucione el conflicto de manera pronta para evitar a toda costa que el trámite vulnere el principio de economía procesal, pues en estos casos no es pertinente agotar la audiencia remitida por el proceso monitorio. Lo anterior, dado que nadie se está oponiendo a la constitución del título ejecutivo por cuanto la verdadera discusión probatoria se circunscribe a precisar la extinción de la obligación, razón por la cual el camino más adecuado y pertinente para afrontar este litigio es la etapa de instrucción y juzgamiento del proceso ejecutivo, cuya finalidad es resolver este tipo de debates.

Otra de las ventajas de esta modificación es que una vez trasladado el litigio al proceso ejecutivo, el accionante podrá recurrir a todas las herramientas disponibles en esta clase de trámite judicial como son las medidas cautelares ejecutivas consagradas en el artículo 599 de la Ley 1564 de 2012 (embargo y secuestro), sin tener las limitaciones del artículo 590 C.G.P, o, dicho en otras palabras, el régimen de medidas cautelares de los procesos declarativos. De igual manera, se evitaría brindar una nueva oportunidad para que las partes se pronuncien sobre las obligaciones que se plasmaron en el título, pues, como bien se mencionó, esta sería una oportunidad para que litigantes sin ética presenten excepciones con la única finalidad de dilatar el proceso. Cabe anotar que esta medida no afectaría el derecho de defensa del demandado pues se le brindan las mismas oportunidades y herramientas procesales para el libre ejercicio de esta garantía. Por último, se tiene que, una vez decidida esa controversia, se decretaría directamente el remate de los bienes embargados previo embargo y secuestro, lo cual materializa a plenitud el derecho de crédito del demandado.

Conclusiones

- 1) La finalidad principal del proceso monitorio consiste en permitir a los usuarios de la justicia la constitución de un título ejecutivo de manera ágil en aquellos casos en donde existan obligaciones insolutas derivadas de una relación contractual y el acreedor no posea esta herramienta para iniciar un proceso de ejecución. De esta forma se garantizan simultáneamente derechos como el acceso a la administración de justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva, la protección al derecho al crédito y la celeridad de los trámites procesales.
- 2) De acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional colombiana, se puede verificar que el proceso monitorio implementado a nivel nacional está diseñado para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa del demandado. Como muestra de ello, se pueden encontrar en su consagración normativa dispositivos como la obligatoriedad de la notificación personal del requeri-

miento de pago al demandado, la oportunidad procesal para pronunciarse frente a las pretensiones del demandante y la prohibición de trámites como la notificación por edicto emplazatorio y nombramiento de curador *ad litem*, entre otros.

- 3) En el régimen de oposiciones del proceso monitorio no existe un listado taxativo de oposiciones o excepciones de mérito que el demandado pueda proponer en contra del demandante, no obstante, todos los instrumentos de defensa buscarán oponerse a la constitución del título y atacarán el contrato fuente de las obligaciones o a sus créditos derivados.
- 4) La oposición fundamentada en los modos directos de extinguir las obligaciones (el pago, la novación, la transacción, la remisión, la compensación, la confusión y la prescripción, etc.) en ningún momento tiene como finalidad oponerse a la constitución del título ejecutivo, puesto que no busca desvirtuar los requisitos del mismo y por el simple hecho de invocarlos, se están aceptando de manera tácita elementos como la existencia, eficacia y oponibilidad de la fuente que originó el crédito, que en el caso del proceso monitorio sería el contrato génesis de las obligaciones que se buscan insertar en un título ejecutivo.
- 5) La oposición fundamentada en los modos directos de extinguir las obligaciones dentro del proceso monitorio tiene como finalidad negarse a cumplir las obligaciones y se basa en que el vínculo crediticio que unía al acreedor con el deudor fue destruido con anterioridad por cuanto se dieron unos presupuestos jurídicos que extinguieron directamente la obligación.
- 6) El actual trámite de las oposiciones basadas en los modos directos de extinguir las obligaciones dentro del proceso monitorio vulnera los principios de economía procesal, acceso a la administración de justicia material y la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual contraría al espíritu del Código General del Proceso por cuanto se obliga a las partes a transitar una senda procesal innecesaria y a debatir una situación que no está en controversia, toda vez que, al no oponerse a la configuración del título ejecutivo ni a la fuente de la obligación, lo procedente es la constitución del mismo sin la necesidad de remitir el asunto al trámite del proceso verbal sumario.
- 7) Para solucionar la problemática planteada, se debe optar por una reforma de tipo legal al procedimiento monitorio que tenga en cuenta la naturaleza jurídica de los modos directos de extinción de las obligaciones y permitir que se constituya el título ejecutivo directamente, sin necesidad de agotar la audiencia del proceso verbal sumario que remite este procedimiento, y en consecuencia se traslade la controversia planteada a las etapas del proceso ejecutivo.

Bibliografía

ALARCÓN ROJAS, Fernando. La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos. 1ª Edición, Bogotá, Colombia: Ed. Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A., 2011.

CALAMANDREI, Piero. El proceso monitorio. Buenos Aires, Argentina: Ed. Cultura Jurídica, 1953.

COLMENARES URIBE, Carlos Alberto. El proceso monitorio en el código general del proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012. 2013. Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/14carlos-alberto-colmenares.pdf> [Consultado en 13, mayo, 2015].

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Código General del Proceso.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 57 de 1887, Código Civil. Art. 666.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto No. 17468 del 03 de agosto de 2000. M.P. Dra. Giraldo Gómez, María Elena. Expediente No. 252944 CE-SEC3-EXP2000-N17468.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia que resuelve recurso de reposición del 22 de junio de 2001. M.P. Dr. hoyos duque, Ricardo. Expediente No. 1996-0686-01.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 5. Sentencia de Tutela No. 516 del 15 de septiembre de 1992. M.P. Dr. Morón Díaz, Fabio. Expediente No. T – 2662.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 726 del 24 de septiembre de 2014. M.P. Dra. SÁCHICA Méndez, Martha Victoria. Expediente No. D – 10115.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 279 del 15 de mayo de 2013. M.P. Dr. Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio. Expediente No. D – 9324.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 341 del 04 de junio de 2014. M.P. Dr. González Cuervo, Mauricio. Expediente No. D – 9945.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 025 del 27 de enero de 2009. M.P. Dr. Escobar Gil, Rodrigo. Expediente No. D – 7226.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 648 del 21 de junio de 2001. M.P. Dr. Monroy Cabra, Marco Gerardo. Expediente No. D – 3365.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 037 del diecinueve de febrero de 1998. M.P. Dr. Arango Mejía, Jorge. Expediente No. D – 1750.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad No. 543 del 06 de julio de 2011. M.P. Dr. Sierra Porto, Humberto Antonio. Expediente No. D – 8368.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Casación del 23 de abril de 2003. M.P. Dr. Trejos Bueno, Silvio Fernando. Expediente No. 7651.

COLOMBIA. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 410 del 27 de marzo de 1971. Código de Comercio.

COLOMBIA. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Auto del 19 de Marzo de 2004. M.P. Dra. Ávila de Ardila, Myriam.

CORREA DEL CASSO, Juan Pablo. El proceso monitorio en la nueva ley de enjuiciamiento civil. En: Revista Xuridica Galega. No. 26. 2010. Disponible en: <http://www.rexurga.es/pdf/col164.pdf> [Consultado en: 13, mayo, 2015].

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Nociones generales de Derecho procesal civil. Segunda Edición, Bogotá, Colombia: Editorial Nomos S.A., 2009.

GORDILLO GUERRERO, Carmen Lucía. Práctica judicial en el proceso ejecutivo laboral. 1ª Edición, Bogotá, Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2011. Disponible en: <<http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a4/13.pdf>> [Consultado en 15, mayo, 2015].

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil. Undécima Edición, Bogotá, Colombia: Dupré Editores, 2012.

NISIMBLAT, Nattan. Código General del Proceso, Derecho Probatorio, introducción a los medios de prueba en particular y técnicas de oralidad. Bogotá, Colombia: Ed. Doctrina y Ley Ltda., 2014.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Tercera Edición, Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1980.

UNIVERSIDAD LIBRE DE PEREIRA. Disponible en: <<http://unilibrepereira.edu.co/Archivos/Adjuntos/aab05f2815-probatorio-organizado.pdf>> [Consultado en 15, mayo, 2015].

INSTRUCTIVO

Los artículos deberán presentarse al Comité Editorial de la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal para que pasen por un proceso editorial que se realiza de la siguiente manera:

1. **Revisión del Comité Editorial:** Los artículos siguen un proceso de preselección en donde se verifica la tipología del artículo acorde con las categorías establecidas en Colciencias y se observa el cumplimiento de los requisitos formales definidos en este documento. Si el artículo no corresponde a ninguna de las categorías establecidas por la revista o no se ajusta a los requisitos de presentación formal, será devuelto a su autor, quien podrá volverlo a remitir cuando se llenen los requisitos.

Las categorías que se aplican para esta revista según el Servicio Permanente de Indexación de Revistas Colombianas, preferentemente, son: Artículos de investigación científica y tecnológica, de reflexión y de revisión.

2. **Revisión por Pares Externos:** Los artículos preseleccionados son remitidos a pares evaluadores que se pronuncian sobre el mismo. Recibidos los conceptos de los pares con el formulario de evaluación diligenciado, el Comité Editorial procederá a decidir qué artículos se publicarán en la próxima edición de la revista.

Habiéndose presentado el artículo a consideración de la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, se entiende implícita la autorización de su autor para que se sea publicado y reproducido el mismo en cualquier medio de circulación utilizado por la misma. Las opiniones que se manifiesten en los artículos publicados en esta revista son responsabilidad exclusiva de los autores.

Requisitos formales para la publicación de artículos.

1. **Remisión.** Los artículos deben remitirse impresos y en un dispositivo de almacenamiento (CD, USB, etc.), a la sede del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, en la Calle 67 No. 4A-09 de la ciudad de Bogotá D.C., Colombia o por correo electrónico a revista@icdp.org.co.
2. **Idioma.** Los artículos se reciben en español, inglés y francés.
3. **Portada.** En la primera página del artículo o su portada debe contener:
 - Título del artículo en mayúscula y sin abreviaturas.
 - Nombre y número de identificación del autor(es).
 - Institución a la cual pertenece.
 - Grados académicos o un breve resumen de la hoja de vida.

- Dirección completa incluyendo la electrónica.
 - Indicar si el artículo es inédito, ha sido presentado en algún congreso o escrito para una ponencia.
 - Número telefónico y fax.
4. Contraportada. En la segunda página del artículo o su contraportada debe contener:
- Un resumen (abstract) del artículo no mayor a 150 palabras o 20 líneas en español y en inglés, el cual debe hacer referencia a los objetivos, métodos de estudio, resultados y conclusiones.
 - Unas palabras claves (key words), no mayores a cinco, en español y en inglés que faciliten la indexación del artículo.
5. Instrucciones para la Presentación General del Artículo. Todos los artículos deben cumplir con los siguientes requisitos formales: - Elabore el artículo en un procesador de texto.
- Use márgenes de 3.5 centímetros en cada uno de los lados de la hoja.
 - Escriba todo el artículo en interlineado 1.5, incluso las citas textuales.
 - No inserte tabulaciones o espacios extra entre párrafos.
 - No inserte rompimientos de página.
 - Use tipo de letra Times New Roman de tamaño 12 como predeterminado.
 - El artículo no puede ser superior a 30 páginas tamaño carta, impresas en un solo lado de la hoja.
 - Marque la jerarquía de titulación consecutiva de esta manera:

1. título 1

1.1 subtítulo 1

1.2 subtítulo 2

2. título 2

Si requieren incluir figuras o tablas, recomendamos usar un máximo de dos colores (gammas de grises) por figura.

El autor se hace responsable de conseguir los permisos y derechos necesarios para incluir materiales o ilustraciones provenientes de otras fuentes.

6. Referencias. Las referencias bibliográficas deberán estar ordenadas numéricamente. Las referencias deben estar citadas en el texto con un número pequeño y secuencial ubicado en la derecha. Los autores son responsables de verificar las referencias por ellos citadas. Sugerimos emplear el siguiente estilo de referencia y las enunciadas en la normas Icontec NTC 5613:

Las referencias de libros deben incluir:

1. Autor(es). Primero se cita el apellido, luego el nombre y si son varios autores se separan por coma (.). Si son más de seis, incluya sólo los tres primeros nombres y adicione "et al" después del tercer nombre.
2. Título del libro escrito en cursiva.
3. Edición.
4. Tomo del libro.
5. Ciudad.
6. Editorial que publicó el libro.
7. Año que fue publicado.
8. Páginas que contiene la cita, para separar el rango de las páginas utilice un guión (-) y la sigla "p." si cita una sola página o la sigla "pp." si se citan varias páginas.

Las referencias de artículos de revistas deben incluir:

1. Autor(es). Primero se cita el apellido, luego el nombre y si son varios autores

se separan por coma (,). Si son más de seis, incluya sólo los tres primeros nombres y adicione “et al” después del tercer nombre.

2. Título del artículo escrito entre comillas.
3. Nombre de la revista escrita en cursiva.
4. Volumen y /o número.
5. Año de su publicación.
6. Ciudad.
7. Editorial que publicó la revista.
8. Páginas donde se ubica la cita, para separar el rango de las páginas utilice un guión (-) y la sigla “p.” si cita una sola página o la sigla “pp.” si se citan varias páginas.

Las referencias de capítulos de libros deben incluir:

1. Autor(es).
2. Título del capítulo escrito entre comillas.
3. Título del libro escrito en cursiva.
4. Edición.
5. Ciudad de publicación.
6. Editorial.
7. Año de su publicación.
8. Páginas que contiene la cita, incluya sólo el número de página inicial y final separados por guión.

Las referencias de artículos buscados a través de la Red Internet deben indicar los datos del artículo como si fuese un artículo de revista, seguido de la dirección electrónica donde se buscó y la fecha de consulta. Las referencias de artículos de periódicos deben incluir:

1. Apellidos y nombre del autor.
2. Título del artículo escrito entre comillas.
3. Nombre del periódico escrito en cursiva.
4. Sección en el periódico.
5. Ciudad donde se publicó.
6. Fecha en que fue publicado.
7. Número de la página.

Las referencias de Jurisprudencia deben incluir:

1. País donde proviene.
2. Organismo Judicial que la profirió.
3. Sala o Sección.
4. Tipo de providencia y número.
5. Fecha del fallo.
6. Magistrado ponente.
7. Número de Expediente.

Las referencias de leyes deben contener:

1. País.
2. Organismo que dicta la norma.
3. Clase, número y fecha de la norma.