

Aproximaciones al Derecho colombiano actual

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ MAHECHA
ADOLFO MURILLO GRANADOS
JULIÁN ANDRÉS DURÁN PUENTES
HERMAN GÓMEZ GUTIÉRREZ

Aproximaciones al Derecho colombiano actual



FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

xxx

Hernández Mahecha y otros

Aproximaciones al Derecho colombiano actual—Hernández Mahecha y otros.

Santiago de Cali: Universidad Libre, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

104 páginas.—(Colección Derecho Penal, Criminalística y Ciencias Forenses, Investigación 2016)

ISBN 978-958-8891-77-4

Incluye referencias bibliográficas.

xxx (xxx) / xxx / xxx / Publicaciones de la Universidad Libre. Seccional Cali.

COLECCIÓN DERECHO PENAL, CRIMINALÍSTICA Y CIENCIAS FORENSES
SERIE INVESTIGACIÓN 2016

UNA PUBLICACIÓN DE LA UNIVERSIDAD LIBRE, SECCIONAL CALI, FACULTAD DE DERECHO,
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

APROXIMACIONES AL DERECHO COLOMBIANO ACTUAL

ISBN: 978-958-8891-77-4

(cc) Algunos Derechos Reservados para esta edición 2017. Licencia Creative Commons para reproducción parcial con indicación de fuente. Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas 2.5 Colombia.

El contenido del documento es de exclusiva responsabilidad intelectual de los autores y no compromete a la Institución.

Comité Editorial: José Hoover Salazar Ríos, Hernando Ordóñez Ramírez, Lilia Cortés Monsalve, María Inés Muriel Puerto, Maribel Lagos Enríquez.

Asesor Editorial: Lizardo Carvajal

Edición e Impresión

POEMIA, su casa editorial, Carrera 24 D Oeste No. 4-108

Teléfono: (2)3719822, Cali, Colombia.

poemiaterritoriodelaescritura.blogspot.com

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

DIRECTIVOS SECCIONALES

Helio Fabio Ramírez Echeverry

Delegado Personal del Presidente Nacional

Luis Fernando Cruz Gómez

Rector Seccional

Ómar Bedoya Loaiza

Secretario Seccional

Gilberto Aranzazu Marulanda

Censor Seccional

Arnaldo Ríos Alvarado

Director Centro Seccional Investigaciones

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

José Hoover Salazar Ríos

Decano

Ofelia Cecilia Dorado Zúñiga

Secretaria Académica

Patricia Galarza González

Directora (E) Cifader

Hernando Ordóñez Ramírez - Lilia Cortés Monsalve

Coordinación Maestría Derecho Penal

María Inés Muriel Puerto - Maribel Lagos Enríquez

Coordinación Maestría Criminalística y Ciencias Forenses

CONTENIDO

AL LECTOR	13
PRESENTACIÓN	15

I

LAS AUDIENCIAS EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ MAHECHA

Introducción	17
Clases de procesos declarativos	18
Etapas de los procesos	19
Clases de audiencias en los procesos verbales.....	19
Clases de actuaciones en las audiencias	20
El plan de la exposición	20
La oralidad, la memoria, el lugar y el carácter público de las audiencias ...	21
El lugar de las audiencias	23
Asistencia de los medios de comunicación.....	25
Inicio de las audiencias y diligencias	26
Suspensión de las audiencias	26
Previsiones que se deben tener en cuenta	27
1. La audiencia inicial	28
2. Audiencia de instrucción y juzgamiento	44
3. Audiencia única en los procesos verbales	48
4. La audiencia en los procesos verbales sumarios	50

5. Las audiencias en los procesos de pertenencia	51
6. Las audiencias en los procesos de servidumbre	53
7. La audiencia en los procesos verbales especiales de la Ley 1561 de 2012	53
8. Las audiencias en los procesos ejecutivos	55
9. Audiencias en la segunda instancia	56
10. Audiencias en otras clases de procesos	59
11. Audiencia en el trámite de los incidentes	60
12. ¿La oralidad una novedad?	60
Referencias bibliográficas	61

II

HACIA DÓNDE VA EL DERECHO PENAL COLOMBIANO A PROPÓSITO DE LAS REFORMAS RECIENTES ADOLFO MURILLO GRANADOS

A manera de introducción	63
El Derecho Penal colombiano a partir de la Constitución de 1991	63
La Ley 599 de 2000	73
La legislación posterior al año 2000	74
El Estatuto de seguridad ciudadana. Su significado desde el punto de vista políti- co criminal y dogmático	75
El recurso a los denominados bienes jurídicos intermedios	75

III

EL DERECHO Y LA APUESTA A LO TRANSDISCIPLINARIO APUNTES SOBRE CÓMO ORIENTAR LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA DESDE EL AULA JULIÁN ANDRÉS DURÁN PUENTES

1. Derecho, reduccionismo y contextualismo epistemológico	83
2. La metodología de «problemas» como herramienta epistemológica	85
¿Es el Derecho una ciencia humana y social?	86
3. El Derecho y lo transdisciplinario	87

IV

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS SOBRE DERECHOS DE AUTOR

HERMAN GÓMEZ GUTIÉRREZ

Resumen	91
1. Introducción	91
2. Acción civil	94
3. Medidas cautelares en procesos declarativos	95
4. Acción penal	97
Conclusión	99

AL LECTOR

José Hoover Salazar Ríos

Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

El compromiso de la Universidad Libre, en el proceso de formación en el que se empeñó hace ya más de setenta y cinco años, la ha erigido como pionera a nivel local y regional en los procesos de construcción permanente del conocimiento científico, mediante la institucionalización de una cultura investigativa orientada a propiciar el liderazgo en las soluciones de problemas sociales, económicos, políticos y culturales.

Este propósito en los programas de posgrados de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, va más allá, con la institucionalización de una política de publicación de los resultados de investigación de docentes y educandos, adscritos a los grupos de investigación de los programas académicos de la Facultad, que dinamizan sus líneas de investigación, para la difusión del conocimiento en la comunidad académica y en el entorno social convirtiéndose en referente y punto de partida de la investigación para futuras generaciones de estudiantes.

La política institucional de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, de la Universidad Libre, Seccional Cali, se materializa en este primer momento, en la colección titulada: Maestrías en Derecho, que en su primera serie, *Investigación 2016*, consta entre otros, de dos libros, catálogos indizados de avances y resultados en investigación en la Maestría en Derecho Penal y en la Maestría en Criminalística y Ciencias Forenses.

La novedosa estructura de la colección, la convierte en una útil herramienta de consulta y referencia, que entrega información de los elementos que la componen. Incluye además, la producción inte-

lectual de docentes e investigadores de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales y constituye un esfuerzo y producto de la *mesa de redacción*, el espacio creado para la redacción y edición de la producción académica docente, orientada en el propósito de difundir la investigación y resultados en la comunidad académica de la región.

El objetivo de difusión de la investigación se ajusta a los requerimientos de la autoridad nacional en ciencia y tecnología que apoya la formación de investigadores colombianos de las universidades de este país, *Colciencias*, por lo cual, las obras cuentan con el registro ISBN, la catalogación en la fuente, trámite de depósito de ley y registro de derechos de autor de las obras publicadas.

Las obras se sometieron a un cuidadoso y exigente trabajo de revisión de originales, reportes en aspectos de semántica, sintaxis, estilo y ortografía. Respecto a la catalogación en la web, bajo los criterios básicos para la publicación y acreditación de libros universitarios resultado de investigación científica, se da cumplimiento a los requerimientos generales, en el sentido de orientar a los autores y editores en la labor de publicación, contó con la revisión de pares académicos y finalmente constituye una forma de publicidad de los documentos producidos en los programas pos graduales mencionados.

Asimismo, el catálogo, tanto impreso como en la web, difunde la información a través del DOI¹ de la Universidad, que permite la consulta de los documentos en PDF en diferentes dispositivos móviles y navegadores de internet.

Además, incluye las variables documentalísticas de los resúmenes, descriptores o encabezamientos de materia que faciliten el proceso de recuperación de la información contenida en los documentos.

Los anteriores aspectos constituyen el concepto general de la obra que les presento, la serie: *Investigación 2016*, que es la primera entrega de la Colección: *Maestrías en Derecho*, en el que se reconoce el trabajo articulado de docentes, investigadores de los grupos de investigación, estudiantes y autoridades de la Universidad Libre, Seccional Cali.

¹ Digital object Identifier System

PRESENTACIÓN

Hernando Ordóñez Ramírez

Coordinador Maestría en Derecho Penal (2010-2016)

Entregamos a la comunidad académica la serie denominada *Investigación 2016*, que hace parte de la colección Maestrías en Derecho

El proyecto de edición y publicación de esta serie, de carácter académico y científico, se consolidó en la Decanatura del doctor José Hoover Salazar Ríos, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, de la Universidad Libre, Seccional Cali, quien apoyó la iniciativa de los miembros del Comité Editorial, interesados en publicar en medio físico y digital una diversidad de escritos, resultado, de una parte, de los productos de las líneas de investigación de los grupos registrados y categorizados por Colciencias, conformados por docentes del Programa de Derecho, y de otra, de las monografías de investigación realizadas por estudiantes y egresados de la Maestría en Derecho Penal y la Maestría en Criminalística y Ciencias Forenses de la Universidad Libre Seccional Cali.

La serie *Investigación 2016*, consta de diez y seis obras publicadas que recogen el interés de docentes, estudiantes y egresados, inquietos en hacer divulgación académica y científica de la producción intelectual de los resultados de sus investigaciones, con el fin de acreditar su labor como productoras de conocimiento.

Para lograr este cometido, hoy consolidado, fue necesaria la decidida e invaluable participación de quien funge como Asesor Editorial en estas obras, el maestro, escritor, profesor universitario, conferencista y editor colombiano Lizardo Carvajal, quien dirigió el curso que denominamos *Mesa de Redacción*, en el cual un grupo de profesores y estudiantes del Programa de Derecho y de las Maestrías de dicho Programa, asistimos para conocer el proceso de edición, revisión de textos, diseño interior, exterior y registro de ISBN; catalogación en la fuente y asesoría en trámite de depósito de ley y registro de derechos de autor.

I

LAS AUDIENCIAS EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ MAHECHA*

Introducción

En este texto, que tiene carácter descriptivo, crítico y argumentativo, se tratará sobre las clases de procesos y las clases de audiencias, del trámite de las audiencias en los procesos declarativos verbales, en los verbales sumarios, en los declarativos especiales, en los ejecutivos y en las otras clases de procesos, haciendo énfasis en la bondad del sistema establecido en el Código General del Proceso pero también advirtiendo los posibles problemas que se pueden presentar.

Palabras clave: oralidad, audiencias, inasistencia, interrogatorio de parte, determinación del litigio, determinación de lo probado, memoria del proceso.

El Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo PSAA15- 1044 de 15 de diciembre de 2015, reglamentó, con carácter vinculante para todos los jueces y magistrados, el protocolo de las audiencias que se deben realizar con base en el Código General del Proceso a partir de su vigencia, es decir, desde el 1 de enero de 2016, razón por la cual se hará referencia a este acuerdo en la oportunidad pertinente.

También se hará referencia al Acuerdo No. PSAA15-10442 de diciembre 16 de 2015 del Consejo Superior de la Judicatura, por medio del cual se adoptan unas medidas de transición para el ingreso al Código General del Proceso y la oralidad.

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Filosofía de la Universidad del Valle, Especialista en Derecho Privado de la Pontificia Universidad Bolivariana, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre, Especialista en Docencia para la Educación Superior de la Universidad Santiago de Cali, Profesor de Derecho Procesal Civil de las Facultades de Derecho de las Universidades Santiago de Cali y Libre de Cali.

Se tendrán en cuenta en este estudio los textos de los profesores Fredy Andrei Herrera Osorio, Alfonso Rivera Martínez, Miguel Enrique Rojas Gómez, Octavio Augusto Tejeiro Duque, Edgardo Villamil Portilla, Hernán Fabio López Blanco y Ramiro Bejarano. También a la exposición de motivos del Instituto Colombiano de Derecho Procesal sobre el proyecto de Código General del Proceso. Es entendible que no hayan muchas publicaciones sobre el tema habida consideración de que el Código solo está vigente de manera plena y en todo el país a partir de enero de 2016.

Clases de procesos declarativos

De conformidad con el Código General del Proceso, los procesos declarativos son de tres clases: verbales, verbales sumarios y declarativos especiales. Tanto los verbales como los verbales sumarios se pueden subdividir en los que tienen un trámite común y los que tienen el trámite común con reglas especiales.

Los procesos verbales con reglas especiales son: los de resolución de la compraventa a que se refiere el artículo 374; los de pertenencia que se tramitan con las reglas especiales del artículo 375; los de servidumbres, artículo 376; los posesorios, artículo 377; los de entrega del tradente al adquirente, artículo 378; los de rendición provocada de cuentas, artículo 379; los de rendición espontánea de cuentas, artículo 380; los de pago por consignación, artículo 381; los de impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios, artículo 382; los de declaración de bienes vacantes y mostrencos, artículo 383; los de restitución de inmueble arrendado, artículo 384; los procesos de tenencia a que se refiere el artículo 385; los procesos de investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad, artículo 386; los de nulidad del matrimonio civil, artículo 387 y 389; los de divorcio, artículo 388 y 389.

Los procesos verbales sumarios con reglas especiales son: lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales, artículo 393; prestación, mejora y relevo de cauciones y garantías, artículo 394; privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad, remoción del guardador y privación de la administración de los bienes del hijo, artículo 395; inhabilitación y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa, artículo 396; alimentos a favor de mayor de edad, artículo 397; alimentos a favor de menor de edad, párrafo segundo del artículo 397; cancelación, reposición y reivindicación de títulos valores, artículo 398.

Los procesos declarativos especiales son: los de expropiación, artículo 399; los de deslinde y amojonamiento, artículo 400; los divisorios, artículo 404; los de designación de administrador fuera de proceso divisorio, artículo 417; los proce-

procesos monitorios, artículo 419. Los procesos de pertenencia y los de saneamiento de la pequeña propiedad, de que trata la Ley 1561 de 2012, son verbales especiales según la denominación que les da esa misma ley.

Etapas de los procesos

Las etapas de los procesos de conocimiento, es decir, los declarativos y de condena, verbales, verbales sumarios y declarativos especiales son información, comprobación, argumentación, decisión y ejecución.

La etapa de información se surte por escrito y comprende la presentación de la demanda, su admisión y el ejercicio del derecho de contradicción; las etapas de comprobación, argumentación y decisión se surten en audiencias y de manera oral, aunque la de decidir en algunos casos especiales puede ser escrita. La etapa de comprobación se conoce tradicionalmente como la de las pruebas.

La argumentación se surte principalmente con los alegatos de conclusión que preceden a la sentencia, pero nada obsta para que las partes vayan presentando sus argumentos desde la presentación de la demanda y desde el escrito de contestación de la demanda respectivamente. La etapa de ejecución que se surte terminado el proceso implica, en algunos casos, un proceso ejecutivo, en otros una diligencia y en otros simplemente el cumplimiento de una orden.

Clases de audiencias en los procesos verbales

El Código General del Proceso prevé para los procesos verbales dos tipos de audiencias, la audiencia inicial y la audiencia de instrucción y juzgamiento y las regula en los artículos 372 y 373 respectivamente. Sin embargo con una lectura más detenida del Código se puede concluir que hay varias clases de audiencias:

- a. Audiencia inicial, artículo 372
- b. Audiencia de instrucción y juzgamiento, artículo 373
- c. Audiencia única, que es la convocada a discreción del juez, de oficio o a petición de parte, cuando de conformidad con el parágrafo del artículo 372, advierte que en una sola audiencia podrá tratar lo que corresponde tanto a la audiencia inicial como a la audiencia de instrucción y juzgamiento.
- d. Audiencia inicial que deviene en audiencia única. Aunque el juez haya convocado a audiencia inicial con el propósito de convocar posteriormente a la audiencia de instrucción y juzgamiento, si en la audiencia inicial, están

presentes las partes y le resulta posible la práctica de todas las pruebas, podrá practicarlas en esa misma audiencia, conceder la palabra a las partes para los alegatos de conclusión y dictar sentencia de inmediato.

- e. Audiencia única en inspección judicial. En algunos procesos verbales, como en los de pertenencia y servidumbres, de conformidad con el inciso 2 del numeral 9 del artículo 375 y el párrafo del artículo 376, si el juez lo considera pertinente podrá practicar una sola audiencia, en el inmueble objeto de la pertenencia o de la servidumbre, en la cual, además de practicar la inspección judicial, que es obligatoria en esta clase de procesos, podrá tramitar todo lo que corresponde a la audiencia inicial y a la audiencia de instrucción y juzgamiento y dictar sentencia de inmediato.

Se distingue además las audiencias en los procesos de expropiación, (art. 399 numeral 7) en los procesos monitorios, (art. 421 inciso 4) en los procesos de disolución nulidad y liquidación de sociedades, (art. 528) en los procesos de liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales por causa distinta de la muerte de los cónyuges o compañeros permanentes, (art. 523 inciso 5) la audiencia de inventarios y avalúos en el proceso de sucesión, (art. 501 y 502) las audiencias en los procesos de insolvencia de la persona natural no comerciante, (Art.550 y siguientes del CGP) y las audiencias en el trámite de los incidentes. (Artículo 129 del CGP).

Clases de actuaciones en las audiencias

Se pueden distinguir las siguientes clases de actuaciones: 1) Actuaciones que se *deben* cumplir necesariamente en toda audiencia. 2) Actuaciones que se *pueden* realizar si se dan las condiciones y si el juez lo considera pertinente, es decir, es potestativo del juez realizarlas o no. 3) Actuaciones que se *deben* realizar si se dan las condiciones previstas en el CGP y que no dependen de la voluntad del juez. A medida que se avance en el estudio de cada una de las audiencias, se irán calificando las actuaciones conforme a esta clasificación.

El plan de la exposición

Previa una corta consideración sobre la oralidad, la memoria, el lugar y el carácter público y de las audiencias, se tratará sobre las audiencias en los procesos verbales en los que se practican tanto la inicial como la de instrucción y juzgamiento, posteriormente se tratará de la audiencia única y después, de las audiencias en los procesos de pertenencia regulados por el CGP, las de los procesos de pertenencia y

saneamiento de la propiedad regulados en la Ley 1561 de 2013, las audiencias en los procesos de servidumbre, las audiencias en los procesos ejecutivos, audiencias en la segunda instancia y las audiencias en los demás procesos que se han mencionado.

La oralidad, la memoria, el lugar y el carácter público de las audiencias

Una de las principales virtudes del CGP es la que tiene que ver con la memoria del proceso en general y en particular con la memoria de las audiencias y las diligencias. El mérito del CGP en este punto no es el de que haya establecido la oralidad puesto que las audiencias se tramitan en forma oral desde hace siglos, la novedad y el mérito consiste en que la sentencia se dicte oralmente en la audiencia y en la manera como se guarda lo ocurrido y lo dicho en el proceso.

El mérito fue apropiar para el proceso los avances de la técnica y la ciencia, que por otra parte ya había mora en hacerlo. La audiencia grabada en medio audiovisual permite la memoria de todo lo expresado en el lenguaje verbal oral y también y esto es lo sobresaliente, lo expresado en el lenguaje no verbal, además da agilidad y mayor veracidad y como dice el doctor Pablo Felipe Robledo, quien como viceministro de justicia lideró la aprobación del CGP, da transparencia no solo a la actuación del juez sino también a las de las partes y sus abogados.

Constituye un gran avance que la sentencia se dicte en la audiencia y de manera oral. En su ponencia en el XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, el profesor Octavio Augusto Tejeiro Duque dijo:

Es regla general que viene envuelta en todos los postulados propios de oralidad, que la sentencia ha de proferirse en audiencia, en forma oral e inmediatamente, en la medida en que así se honra y se cumple la concentración procesal (unidad de acto), la inmediación, la publicidad y, además, se obtiene el mejor resultado, merced a la percepción directa del juzgador, que constituye insumo fundamental.

El artículo 107, en el numeral 4, dice que «La actuación adelantada en una audiencia o diligencia se grabará en medios de audio, audiovisuales o en cualquiera otro que ofrezca seguridad para el registro de lo actuado». Por consiguiente todo despacho judicial deberá tener los medios necesarios lograr la grabación de las audiencias y diligencias ya que no habrá proceso dictado. Lo común serán las filmadoras que registrarán toda la actuación.

Sin embargo, el inciso 3 del numeral 6 del artículo 107 establece que «solo cuando se trate de audiencias o diligencias que deban practicarse por fuera del despacho judicial o cuando se presenten fallas en los medios de grabación, el juez

podrá ordenar que las diligencias consten en actas que sustituyan el sistema de registro a que se refiere el numeral 4° anterior o que la complementen».

El protocolo de audiencias del Consejo Superior de la judicatura establece al respecto que «Ningún motivo será causa justificada para aplazar la realización de las audiencias fijadas dentro del proceso, por cuanto el juez podrá ordenar que las diligencias consten en actas que sustituyan el sistema de registro, como lo prevé el numeral 6° del artículo 107 del Código General del Proceso». (Par. artículo 5 del Protocolo).

De conformidad con el numeral 6 del artículo 107 del CGP, «las intervenciones orales no podrán ser substituidas por escritos» y se debe entender que no podrán ser substituidas por escritos las intervenciones de las partes ni las de los apoderados pero tampoco las del juez. Resulta improcedente presentarse a dictar un texto escrito con anterioridad. (Protocolo Art. 5).

Las actas de las audiencias tendrán dos partes, una escrita y la otra en grabación en medios de audio o audiovisuales. En la escrita se consignará, como es tradicional, la denominación del despacho judicial, la fecha, la hora y el lugar de la audiencia, y como ordena el inciso primero del numeral 6 del artículo 107, el acta se limitará a consignar el nombre de las personas que intervinieron como partes, los apoderados, los testigos, los auxiliares de la justicia y la relación de los documentos que se hayan presentado en la audiencia. Si se dicta sentencia, en el acta escrita solamente aparecerá la parte resolutive. Esta acta escrita será firmada por el juez. También forma parte del acta escrita el formato del control de asistencia. (Inciso 4 del numeral 6 del artículo 107, Protocolo art. 5 y numeral 6 del artículo 373).

En la grabación quedará todo lo que ocurra en la audiencia. Igualmente quedarán grabadas las intervenciones de las partes y de los intervinientes que participen en la audiencia mediante videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico.

El artículo 4° del acuerdo sobre medidas de transición establece además: Colaboración de las partes para la realización de la audiencia. De conformidad con el numeral 8° del art. 78 del Código General del Proceso, el juez podrá solicitar a las partes y sus apoderados su colaboración para la práctica de las audiencias, en particular, para que la actuación adelantada se grabe en medios de audio, audiovisuales o en cualquiera otro que ofrezca seguridad para el registro de lo actuado. Se puede añadir, que también es válida la colaboración de las partes para el lugar donde deba celebrarse la audiencia especialmente cuando deban intervenir gran número de personas.

Las actas y grabaciones forman parte del expediente del proceso junto con toda la actuación que se surte de manera escrita en la primera etapa del proceso y la que se surte con posterioridad a la sentencia.

Se podrá expedir copia de la parte escrita y reproducción en medio mecánico o magnético de las grabaciones. Está prohibido, por parte del juzgado, la reproducción escrita de las grabaciones. De las grabaciones se dejará duplicado que hará parte del archivo de juzgado, bajo custodia directa del secretario, hasta la terminación del proceso. (Incisos 5, 6 y 7 del numeral 6 del artículo 107 y Protocolo art. 5).

Quizá el único inconveniente de la manera de tener la memoria de las audiencias en grabación es el tiempo que se gasta en escucharlas o verlas, en especial cuando se trata de la segunda instancia, sin embargo, con el tiempo se aprenderá a escuchar y ver solo lo que es pertinente. Si el juez y partes están atentos en las audiencias será más fácil recordar lo que en ellas sucede y alegar y decidir con base en ese recuerdo.

El lugar de las audiencias

Las audiencias deben celebrarse en las salas debidamente adecuadas para el efecto. El Acuerdo No. PSAA15-10442 de diciembre 16 de 2015 por medio del cual se adoptan unas medidas de transición para el ingreso del Código General del Proceso y la oralidad del Consejo Superior de la Judicatura establece que: Artículo 1°. Administración, control y manejo de las salas de audiencia. A partir de la fecha de vigencia del presente acuerdo, todas las Direcciones Seccionales de Administración Judicial asumirán la administración, control y manejo de la totalidad de las salas de audiencia de sus respectivos distritos judiciales, así como de las que se vayan terminando y habilitando, independientemente de la especialidad, categoría o nivel que inicialmente se haya identificado para las mismas.

Artículo 2°. Asignación previa de salas de audiencia. Corresponde a las Direcciones Seccionales de Administración Judicial la asignación de las salas de audiencia a los despachos judiciales, con independencia de la especialidad, para lo cual deberán aplicar los siguientes criterios:

1. Cuando un Magistrado o Juez requiera una sala de audiencias, deberá solicitarlo al Director Seccional o al servidor que él delegue.
2. En ningún caso se asignarán salas de audiencias para el uso exclusivo de un despacho judicial o de una sala de Tribunal.
3. En ningún caso se podrán reservar salas de audiencia con carácter general.

Por otra parte, el artículo 6 del protocolo de audiencias establece: Apoyo de la Dirección Ejecutiva y de las Direcciones Seccionales. La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y las Direcciones Seccionales de Administración Judicial brindarán todo el apoyo necesario para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente acuerdo.

Parágrafo.- Las Direcciones Seccionales de Administración Judicial impartirán las instrucciones necesarias con el fin de garantizar la presencia de las partes, apoderados, intervinientes y asistentes en el primer minuto de la hora señalada para las audiencias o diligencias, fijando y publicando el horario de ingreso del público a las sedes judiciales, y adoptarán las medidas necesarias para garantizar la seguridad y vigilancia de las instalaciones y de los despachos judiciales, como cámaras de videograbación.

No se prevé expresamente ni en el Código ni en el acuerdo del Consejo, que la audiencia pueda celebrarse en el despacho judicial, sin embargo nada se opone a que se celebren allí, al menos mientras se construyen las salas de audiencias de tal manera que los jueces puedan programar las audiencias sin estar sometidos a turno por falta de ellas.

Las partes y demás intervinientes podrán participar en la audiencia a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico, siempre que por causa justificada el juez lo autorice. (Parágrafo primero del art. 107).

Para tal efecto, el inciso 2 del artículo 37 del CGP, que trata de la comisión establece que, «la comisión podrá consistir en la solicitud, por cualquier vía expedita, de auxilio a otro servidor público para que realice las diligencias necesarias que faciliten la práctica de las pruebas por medio de videoconferencia, teleconferencia o cualquier otro medio idóneo de comunicación simultánea».

Asistencia del público.- La audiencia es pública, puede asistir cualquier persona, pero naturalmente ninguna persona distinta a las partes, sus apoderados y quienes estén legitimados, podrán actuar en ella. El artículo 3 del CGP establece que «las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparados por reserva». Por su parte los artículos 3, 4, y 5 del protocolo de audiencias establecen:

Artículo 3.- Publicidad de las audiencias. A las audiencias y diligencias públicas, salvo las que por disposición de la ley tengan carácter reservado, podrán asistir todas las personas mayores de edad, pero el número de asistentes estará limitado por la capacidad de la sala.

Artículo 4º.- Restricción de ingreso a las salas de audiencias. No podrán ingresar o permanecer en la Sala de Audiencias personas en estado de alicoramiento, bajo el efecto de estupefacientes o estén en circunstancias que atenten contra el orden, la dignidad, el respeto, el decoro y la solemnidad que demanda la administración de justicia.

Artículo 5º.- Comportamiento en las audiencias. Las partes, apoderados, intervinientes y asistentes a la audiencia deben guardar las siguientes reglas:

1. Obedecer las órdenes impartidas por el juez y permanecer en el lugar dispuesto para cada uno, salvo que deban desplazarse para intervenir en la audiencia.

2. Mantener apagados o en modo silencioso sus teléfonos celulares, buscaperonas, alarmas o cualquier otro dispositivo o aparato que distraiga la atención o interrumpa el curso de la audiencia. Los jueces, magistrados y demás servidores públicos también deben cumplir esta disposición.

3. Solo podrán hacer uso de la palabra o podrán retirarse de la Sala antes de que la audiencia termine, cuando el juez que la dirige lo autorice.

4. El público deberá permanecer en completo y total silencio, y puede entrar y salir de la sala de audiencias sin generar interferencias.

5. Está prohibido fumar, hablar e ingresar alimentos en la sala de audiencias.

6. Sin perjuicio de la claridad y precisión, deberán emplear en sus intervenciones lenguaje, tono de voz y actitudes decorosas y respetuosas para con sus interlocutores, los asistentes, los demás intervinientes, el juez y las personas que se encuentren en la sala de audiencia.

El protocolo no autoriza que los menores de edad asistan a las audiencias. Deberá hacerse una excepción a esta disposición para que los estudiantes de derecho que sean menores puedan asistir previa identificación. Mientras se construyen las salas de audiencias, es posible que por mera limitación de espacio, pero no por otra causa, se restrinja el ingreso del público.

Asistencia de los medios de comunicación

El artículo 6 del protocolo dice: «El funcionario judicial en uso de sus atribuciones determinará lo procedente respecto a las solicitudes de los medios de comunicación interesados en asistir a la audiencia o diligencia». Se entiende que no hay limitación para que asistan, puesto que son personas mayores, la autorización tiene que ver con la posibilidad de que notoriamente realicen actividades propias de su oficio, como filmar o grabar.

Inicio de las audiencias y diligencias

También en el protocolo se reglamenta lo relacionado con la iniciación y desarrollo de las audiencias y diligencias:

Artículo 7.- Inicio de las audiencias o diligencias. En las audiencias o diligencias se aplicarán todas las previsiones del artículo 107 del Código General del Proceso, siendo necesario resaltar y destacar que:

1. Es fundamental que se desarrollen bajo los principios de inmediación, publicidad y concentración, y se adelantarán sin solución de continuidad.
2. Serán presididas por el funcionario judicial y su ausencia genera la nulidad de la respectiva actuación.
3. Se iniciarán en el primer minuto de la hora señalada para ellas, aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes.
4. Serán públicas, salvo que el juez, por motivos legales o justificados, considere necesario limitar la asistencia de terceros.
5. Las intervenciones orales no podrán ser sustituidas por escritos.
6. El acta se limitará a consignar el nombre de las personas que intervinieron como partes, apoderados, testigos y auxiliares de la justicia, la relación de los documentos que se hayan presentado y, en su caso, la parte resolutive de la sentencia, y en ningún caso se hará la reproducción escrita de las grabaciones.

Suspensión de las audiencias

La regla general respecto del régimen de las audiencias es que no se pueden suspender. El artículo 5 del CGP establece que: El juez deberá programar las audiencias y diligencias de manera que el objeto de cada una de ellas se cumpla sin solución de continuidad. No podrá aplazar una audiencia o diligencia, ni suspenderla, salvo por la razones que expresamente autoriza este código.

Son muy pocos los casos en que el código autoriza la suspensión de la audiencia. Se puede citar los siguientes: 1) Si se declara probada en la audiencia inicial alguna de las excepciones de falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde ocurrieron los hechos, o la falta de integración del litisconsorcio necesario, puesto que debe enviarse el expediente al juez competente o proceder a ordenar la respectiva citación. (Art. 100 y 101 del CGP). 2) en el caso de que un testigo no comparezca pese a haber sido citado y hechas las diligencias para su conducción a la audiencia, si el juez considera fundamental la declaración. (Art. 218 del CGP). 3) En el caso de que se haya aceptado la excusa del perito para comparecer a la audiencia. (Art. 228 del CGP)

Varias disposiciones del CGP, además de la ya citada, establecen la prohibición de suspender las audiencias: El inciso 2 del artículo 106 dispone: Las audiencias y diligencias iniciadas en hora hábil podrán continuarse en horas inhábiles sin necesidad de habilitación expresa. El numeral 2 del artículo 107 dispone: Toda audiencia o diligencia se adelantará sin solución de continuidad. El juez deberá reservar el tiempo suficiente para agotar el objeto de cada audiencia o diligencia. El incumplimiento de este deber constituirá falta grave sancionable conforme al régimen disciplinario. En el protocolo para las audiencias del Consejo Superior de la Judicatura, se establece, ya se dijo, que es fundamental que se desarrollen bajo los principios de inmediación, publicidad y concentración, y se adelantarán sin solución de continuidad.

Previsiones que se deben tener en cuenta

Para el éxito del sistema, el juez deberá tener en cuenta que: 1) no es posible suspender las audiencias salvo los casos expresamente establecidos en la ley, (art. 5 del CGP) 2) el juez deberá programar las audiencias y las diligencias de tal manera que el objeto de cada una de ellas se cumpla sin solución de continuidad so pena de falta grave sancionable conforme al régimen disciplinario, (art. 5 CGP) 3) el juez deberá reservar el tiempo suficiente para agotar el objeto de cada audiencia o diligencia, (num 2 del art. 107 del CGP) 4) las audiencias y diligencias iniciadas en hora hábil podrán continuarse en horas inhábiles sin necesidad de habilitación expresa (inciso 2 del art.106 del CGP).

De la misma manera los abogados deberán prever que todo se hará en la audiencia, que no hay suspensión y que el éxito de su gestión como demandante o como demandado depende de la capacidad para prever lo que sucederá y de estar preparado para ello y tener la competencia para actuar en lo imprevisto. Deben cumplir con los deberes relacionados en los artículos 78, 79, 80 y 81 del CGP, especialmente lo previsto en los numerales 3, 4, 8, 11 y 15 del artículo 78 que establecen que son deberes de las partes y sus apoderados:

3. Abstenerse de obstaculizar el desarrollo de las audiencias y diligencias.

4. Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales, y guardar el debido respeto al juez, a los empleados de este, a las partes y a los auxiliares de la justicia.

8. Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias.

11. Comunicar a su representado el día y hora que el juez haya fijado para interrogatorio de parte, reconocimiento de documentos, inspección judicial o exhibición, en general la de cualquier audiencia y el objeto de la misma, y darle a conocer de inmediato la renuncia del poder. Citar a los testigos cuya

declaración haya sido decretada a instancia suya, por cualquier medio eficaz, y allegar al expediente la prueba de la citación.

15. El limitar las transcripciones o reproducciones de actas, decisiones, conceptos, citas doctrinales y jurisprudenciales a las que sean estrictamente necesarias para la adecuada fundamentación de la solicitud.

1. La audiencia inicial

Casos en que hay lugar a la audiencia inicial. La audiencia inicial presupone que habrá audiencia de instrucción y juzgamiento. Corresponde al juez de conformidad con el parágrafo del artículo 372, decidir, de oficio o a petición de parte, si convoca a audiencia inicial con el propósito de convocar posteriormente a audiencia de instrucción y juzgamiento o si convoca a audiencia única.

Régimen legal.- La audiencia inicial está reglada principalmente en el artículo 372 del CGP, pero también hay disposiciones pertinentes de los artículos 103 y siguientes del mismo código.

Las etapas de la audiencia inicial.- La audiencia inicial se surte por etapas, por esa razón en este escrito se tratará por separado de cada una de la etapas. La etapas son: 1) etapa de convocatoria, 2) etapa de verificación de la asistencia, 3) etapa de resolución de excepciones previas, 4) etapa de conciliación, 5) etapa de interrogatorio de parte, 6) etapa de medidas de saneamiento, 7) etapa de fijación del litigio, 8) etapa de determinación de los hechos y declaración de los que se encuentran probados, 9) etapa de decreto de pruebas y 10) señalamiento de fecha y hora para la audiencia de instrucción y juzgamiento.

Etapas de convocatoria.- Necesariamente el juez debe convocar a la audiencia, no es posible realizarla de manera espontánea ni siquiera porque se encuentren todas las partes en el despacho judicial.

Oportunidad.- La convocatoria para la audiencia inicial se hace una vez terminada la etapa de información del proceso, cuando estén vinculados procesalmente todos los que deben estar, y se hayan vencido los términos de cada uno para ejercitar sus derechos y cumplir con las cargas procesales que les corresponden.

El numeral 1 del Art. 372 del CGP establece que la convocatoria se hará vencido el término del traslado para contestar la demanda, o el término del traslado para contestar la demanda de reconvenición, o el término del traslado al demandante para solicitar pruebas si el demandado propuso excepciones de mérito, (art. 370) o el término para que los llamados en garantía ejerciten su derecho de contradicción, o resueltas las excepciones previas que deben deci-

dirse antes de la audiencia, o vencido el traslado que el juez ordene para resolver las excepciones previas que deben decidirse en la audiencia inicial.

Auto de convocatoria.- La convocatoria se hace por medio de auto que se dicta por escrito, se notifica por estado y no tiene recursos. (Inciso 2, numeral 1 del art. 372)

Contenido del auto de convocatoria.- En este auto, además de señalar la fecha y la hora y el lugar para la audiencia inicial, el juez deberá: 1) advertir a las partes del proceso que deben concurrir personalmente para intentar la conciliación y a responder el interrogatorio de parte que se practicará en dicha audiencia; 2) decretará las pruebas pertinentes y conducentes sobre las excepciones previas que se deben resolver en audiencia (inciso 2 del numeral 2 del artículo 101) y, 3) prevendrá a las partes sobre las consecuencias de su inasistencia. (Inciso 1 del Art. 372 del CGP.)

Citaciones.- Pese a que la disposición normativa, inciso 1 del artículo 372, dice que el juez **convocará** a las partes, debe tenerse en cuenta que los artículos 78 numeral 11, y 200 del CGP, establecen que es deber de los apoderados comunicar a su representado el día y hora que el juez haya fijado para el interrogatorio de parte, el reconocimiento de documentos, la inspección judicial con exhibición y en general la fecha de cualquier audiencia y el objeto de la misma, por consiguiente no habrá por parte del juzgado comunicaciones, ni citas, ni por escrito ni de otra manera.

Iniciación de la audiencia.- El inciso 3 del numeral 1 del artículo 107 dice: Las audiencias y diligencias se iniciarán en el primer minuto de la hora señalada para ellas, aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes. Pero, aunque el inciso 2 del numeral 4 del artículo 372 dice que: Cuando ninguna de las partes concurra a la audiencia, esta no podrá celebrarse, y vencido el término sin que se justifique la inasistencia, el juez, por medio de auto, declarará terminado el proceso, debe entenderse que se inicia la audiencia, se deja constancia de la inasistencia y se termina por esa causa. La verificación de la asistencia se debe efectuar en la audiencia. No basta con dejar constancia de que las partes no asistieron y no iniciar la audiencia. En caso de inasistencia de las partes, en el acta de la audiencia se deberá expresar que se inició, nombrar a quienes estaban presentes, a quienes no asistieron y dejar la constancia de que se terminó por esa causa.

Si no hay acta de la audiencia no se podrá afirmar que no se efectuó por inasistencia de las partes y sus apoderados y no se podría dar cumplimiento a lo ordenado en el inciso 2, del numeral 4 del artículo 372, en el sentido de declarar terminado el proceso.

Etapas de verificación de la asistencia.- A la audiencia **debe** asistir el juez. Si el juez no asiste y se hace la audiencia, es nula, así lo dice el art. 107, numeral 1, del CGP. El juez debe usar toga. (Art. 43 numeral 10). El secretario debe asistir, entre otras cosas para efectos de la elaboración de la parte escrita del acta de la audiencia. Estará presente el personal necesario para la grabación de la audiencia.

Deben asistir las partes, la parte demandante y la parte demandada, con sus apoderados. Si alguien se presenta a la audiencia después de iniciada podrá participar pero no hay lugar a repetir lo actuado. (Art. 107, Núm. 1, inc. 4).

Las partes, personas naturales deben asistir personalmente, así lo dice el inciso 1 del artículo 372. Las personas jurídicas deberán comparecer a la audiencia por medio de su representante legal, de conformidad con los incisos 3, 4 y 5 del artículo 54, entendiéndose que si tiene varios representantes cualquiera de ellos puede asistir, aunque no esté facultado para obrar separadamente.

En el caso de los patrimonios autónomos comparecerá su representante (inciso 3 del art. 54) y si se trata de persona jurídica en liquidación comparecerá el liquidador. (Inciso 5 del art. 54).

Los concebidos serán representados por quien ejercería su representación si ya hubiesen nacido. (Inciso final del art. 54) Los grupos de personas comparecerán conforme a las disposiciones de la ley que los regule. (Inciso 6 del art. 54 y arts. 46 y 48 de la ley 472 de 1998).

Deberán asistir las personas que conforme a la ley están facultadas para intervenir en el proceso: otras partes, terceros, el Ministerio Público y demás funcionarios que deben ser citados al proceso. (Arts. 45, 46 y 60 a 72 del CGP).

Habrán un formato de control de asistencia, elaborado por el Consejo Superior de la Judicatura. Este formato hace parte del acta de la audiencia. (Inciso 4, del numeral 6, del artículo 107 del CGP).

Terminación de la audiencia por inasistencia de las partes y de sus apoderados.- Como ya se dijo, verificada la inasistencia de ambas partes, tanto del demandante y del demandado como de sus apoderados, no podrá haber audiencia. (Inciso 2, del numeral 4 del artículo 372). Como la audiencia ya se inició se declarará terminada por inasistencia de las partes.

Inasistencia de las partes y asistencia de los apoderados.- Si las partes, demandante o demandado, no asisten, pero sí los apoderados, se realizará la audiencia con ellos. En ausencia de las partes los apoderados tienen por mandato de ley, las facultades de confesar, conciliar, transigir, desistir y, en general para disponer del derecho en litigio. Las partes no pueden limitar esta facultad, (Num. 2, art. 372) pero los apoderados no podrán responder el interrogatorio de parte en representación de sus poderdantes.

Inasistencia de los apoderados y asistencia de las partes.- Si las partes concurren pero no los apoderados de conformidad con el numeral 2 del artículo 372, la audiencia se realizará sin ellos, pero a los apoderados que no asistan se les impone la multa de 5 salarios mínimos mensuales vigentes de que trata el inciso 5, del numeral 4 del artículo 372.

Asistencia del curador *ad litem*.- Si alguna de las partes está representada por curador *ad litem*, este debe concurrir a la audiencia inicial, so pena de que se le imponga una multa por valor de 5 a 10 salarios mínimos mensuales vigentes, sin embargo el curador *ad litem* no podrá actuar en la etapa de conciliación y tampoco podrá participar en la admisión de hechos perjudiciales a la parte que representa. (Artículo 372, numeral seis, inciso dos).

Asistencia del representante legal.- Si alguna de las partes es incapaz, deberá concurrir su representante legal. La inasistencia del representante legal del incapaz da lugar a las mismas consecuencias de la inasistencia de las partes. Si se trata de discapacitados absolutos, concurrirá el representante legal y si de discapacitado relativo, de conformidad con lo establecido en los artículos 32 y siguientes de Ley 1306 de 2009, será necesario verificar si puede actuar por sí mismo o requiere de la autorización del asesor y en este último caso deberá probarse dicha autorización y en todo caso se requiere de su asesoría.

Audiencia con asistencia de solo una parte.- Si asiste solo una parte a la audiencia con o sin su apoderado o asiste solo su apoderado aunque la otra no, habrá audiencia.

Consecuencias de la inasistencia.- Si ninguna de las partes concurre, ya se ha dicho, pasados tres días, sin que haya justificación se declara terminado el proceso. Nada se opone a que el demandante pueda promoverlo de nuevo, pero teniendo en cuenta que la presentación de la demanda en el proceso terminado no interrumpe los términos de prescripción ni impide que se produzca la caducidad. (Artículos 94 y 95 del CGP).

Si la parte demandante no asiste, hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión. (Inciso 1, numeral, artículo 372) esta consecuencia se surte aunque comparezca su apoderado. Además se le impondrá una multa de 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Inciso 4, numeral 4, artículo 372).

Si la parte demandada no asiste, hará presumir ciertos los hechos en que se funda la demanda siempre que sean susceptibles de confesión. (Inciso 1, numeral, artículo 372) esta consecuencia se surte aunque comparezca su apoderado. Además, se le impondrá una multa de 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Inciso 4, numeral 4, artículo 372)

Las consecuencias de que se trata en este numeral se surten por la inasistencia de las partes aunque concurren los apoderados. Si no concurren los apoderados hay lugar a las sanciones pecuniarias.

Asistencia e inasistencia en el caso de litisconsorcio.- Todos los litisconsortes deben asistir a la audiencia, cada uno con su apoderado. Si se trata de litisconsorcio facultativo las consecuencias de la inasistencia se surtirán para cada uno de los litisconsortes, tanto respecto de las meramente procesales como de las multas a que haya lugar. (Artículo 60 e inciso 4 numeral 4 del artículo 372 del CGP).

Si se trata de litisconsortes necesarios, las consecuencias procesales por razón de la inasistencia solo se aplicarán por inasistencia injustificada de todos los litisconsortes, pero las multas se aplicarán a cada litisconsorte. (Artículo 61 e inciso 4 numeral 4 del artículo 372 del CGP.) Si asiste algún o algunos de los litisconsortes necesarios, se realizará la audiencia y se llevarán a cabo todas las diligencias que no impliquen disposición del derecho en litigio y «los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos». (Inciso 4 del artículo 61 del CGP).

No se trata en las disposiciones del CGP cuáles sean las consecuencias de la inasistencia de los *litisconsortes cuasi necesarios*, sin embargo parece ser que se les tratará como litisconsortes necesarios tanto para las consecuencias procesales como para las multas.

Queda claro con lo que se acaba de decir que la inasistencia a la audiencia inicial genera consecuencias graves para las partes, sin embargo debe tenerse en cuenta que con base en las disposiciones sobre conciliación se admite excusa para no asistir a la audiencia correspondiente. No parece razonable que haya excusas válidas para no asistir a la audiencia, conciliación pero que esas mismas excusas no sirvan para no asistir a la audiencia inicial pese a que la conciliación debe practicarse en esa audiencia. Al final del capítulo sobre la etapa del interrogatorio de parte en la audiencia inicial se tratará de este asunto.

Régimen de las excusas.- El CGP prevé dos oportunidades para justificar la inasistencia: la primera, cuando se presenta la excusa con anterioridad a la audiencia, caso en el cual el juez, si la encuentra justificada, fijará una nueva fecha. Dice el inciso 2 del numeral 3 del artículo 372 que la nueva audiencia deberá celebrarse dentro de los 10 días siguientes y que no habrá lugar a nuevos aplazamientos. Las causales de justificación para no asistir a la audiencia serán calificadas por el juez, puesto que la disposición normativa no establece limitaciones al respecto, solo dice «*si el juez acepta la justificación*».

La segunda oportunidad para justificar la inasistencia ocurre cuando se presenta la excusa después de la audiencia. Solo habrá lugar a justificar la inasistencia, si la causa alegada es fuerza mayor o caso fortuito y siempre que se presente dentro de los tres días siguientes a la fecha en que la audiencia se verificó. (Inciso 3 del numeral 3 del artículo 372.)

Si hay justificación de ambas partes, aunque no hay norma expresa que lo diga, debe fijarse nueva fecha para la audiencia. Lo anterior se colige de lo dicho en el inciso 2, del numeral 4 del artículo 372, en el sentido de que si no hay justificación se declarará terminado el proceso y resulta obvio que si hay justificación el proceso continúa y la única manera de continuarlo es convocando a la nueva audiencia. Sobre si podrá haber una segunda nueva convocatoria a audiencia por nuevas excusas, dependerá de la calidad de las excusas a juicio del juez.

Si se presenta justificación de la inasistencia por una de las partes, dentro de los tres días siguientes a la celebración de la audiencia y el juez la acepta, no se repite la audiencia. Las excusas aceptadas por el juez, dice la parte final del inciso 3 del numeral 3 del artículo 372, «solo tendrán el efecto de exonerar de las consecuencias procesales, probatorias y pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia». Es decir: 1) respecto de lo pecuniario, no habrá multas; 2) respecto de lo probatorio y procesal, se podrá practicar el interrogatorio de parte en la audiencia de instrucción y juzgamiento para que no haya la consecuencia de que se declaren ciertos los hechos de la demanda o de las excepciones, según quien sea que presentó la excusa (inciso 1 del numeral 4 del artículo 372) y, 3) se repetirá en la audiencia de instrucción y juzgamiento la actuación que se hizo en la audiencia inicial en el sentido de que en esa audiencia, «El juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, fijará nuevamente el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y rechazará las pruebas decretadas en la audiencia inicial que estime innecesarias». (Inciso 2 del numeral 2 del artículo 373.)

Providencias que resuelven sobre excusas.- Las providencias con las que se resuelve lo relacionado con las excusas se dictan por escrito y se notifican conforme al régimen general, es decir, por estado, puesto que no se dictan en audiencia.

Inasistencia y causales de interrupción del proceso.- En el caso que ocurra alguna de las causales de interrupción del proceso, (muerte o enfermedad grave, o privación de la libertad de la parte que está actuando en nombre propio o de los apoderados) de conformidad con el artículo 159 del CGP, habrá lugar a la nulidad de lo actuado conforme al régimen establecido en el numeral 3 del artículo 133 del CGP.

Excusas de los apoderados.- Hay que distinguir entre el régimen de excusas para las **partes** y el régimen para los **apoderados**, en el primer caso las excusas debidamente aceptadas surten efectos de carácter procesal, por ejemplo si una de las partes no asiste hay lugar a que en la audiencia de instrucción y juzgamiento se practique el interrogatorio de parte y se repita lo actuado en la audiencia inicial. Pero la excusa de los apoderados, se repite, solo tiene por objeto exonerarlos de las sanciones pecuniarias establecidas.

Etapas de resolución de excepciones previas.- Verificada la asistencia de las partes, se procede por parte del juez a resolver las excepciones previas. (Art. 372, Num. 5).

Se trata de las excepciones previas que requieren práctica de pruebas, puesto que las que no las requieren se resuelven por auto escrito antes de la convocatoria a la audiencia. El juez, en el auto con el que convoca a la audiencia, debe proceder a decretar las pruebas pertinentes y conducentes sobre las excepciones previas. La parte demandada ha debido presentar las pruebas documentales en el escrito en el cual formuló las excepciones previas y la parte demandante las ha debido presentar en el término del traslado. De conformidad con el artículo 101 del CGP, solo se pueden decretar pruebas documentales, a no ser que se trate de excepciones previas por «falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde ocurrieron los hechos, falta de integración de litisconsorcio necesario, la prescripción extintiva, la caducidad o transacción, casos en los cuales se podrán practicar hasta dos testimonios».

Si se ordenó la prueba de testigos se practicará en la audiencia. Si los testigos no comparecen se dará aplicación a lo previsto en el artículo 218 del CGP, en el sentido de prescindir del testimonio u ordenar la conducción del testigo o suspender la audiencia, entendiéndose que las dos últimas opciones se adoptarán por el juez si considera fundamental el testimonio.

La citación de los testigos corresponde a las partes, aunque se puede, a petición de quien solicitó la prueba, que el secretario haga la citación por cualquier medio, comunicando no solo al testigo sino también al empleador para efectos del permiso que debe darle. (Artículos 78, numeral 11, artículo 44 numeral 4 y 217 del CGP). Deberá darse aplicación a los artículos 188 y 222 del CGP, en el sentido de que los testimonios se pueden recibir como prueba anticipada y que solo ha lugar a la ratificación si la parte contra quien se aducen lo solicita.

Si el juez encuentra probada las excepciones previas procederá conforme a la decisión, teniendo en cuenta lo que ordena el artículo 101 del CGP. Si prospera la excepción de falta de jurisdicción o competencia, se ordenará remitir el expediente

al juez que corresponda, pero lo actuado conservará su validez; si prospera la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario, no haber citado a otras personas que la ley dispone citar, haber notificado a persona distinta de la que fue demandada, se debe suspender la audiencia para hacer las respectivas citaciones y si prospera la de compromiso o cláusula compromisoria se terminará el proceso. (Art. 101, Num 2).

Si no prosperan las excepciones previas o si se cumplió lo ordenado al resolverlas, debe procederse a la siguiente etapa de la audiencia inicial que es la de procurar la conciliación.

Etapa de conciliación.- El numeral 6 del artículo 372, prevé la posibilidad de que el juez, en cualquier etapa de la audiencia, desde el inicio, aún antes de resolver las excepciones previas, exhorte diligentemente a las partes para conciliar diferencias, pero lo usual será que se intente después de resolver las excepciones previas, si las hay. Como será poco común que las haya, el primer punto para tratar en la audiencia inicial, será el relacionado con la conciliación.

Lo primero es que el juez debe exhortar diligentemente a las partes para conciliar, inclusive **deberá** proponer fórmulas de arreglo. Proponer fórmulas de arreglo no significa prejuzgamiento. (Inciso 1 del numeral 6 del artículo 372).

Para efectos de la conciliación se deberá tener en cuenta todo lo establecido en la Ley 640 de 2001, con las modificaciones establecidas en los artículos 620 y 621 del CGP.

Si alguna de las partes es incapaz podrá haber conciliación con intervención del representante legal. La providencia del juez, por medio de la cual se aprueba la conciliación en la que alguna de las partes es incapaz, conlleva la autorización al representante legal para celebrarla, naturalmente solo en los casos en que sea necesario la autorización del juez para efectos de los actos de disposición de derechos de los incapaces. (Inciso 2, numeral 6, artículo 372) Si se trata de discapacitados absolutos o relativos se aplicarán en lo pertinente las disposiciones de la Ley 1306 de 2009.

Las partes, personas naturales, ya se dijo, deben asistir personalmente a la audiencia, sin embargo con base en el artículo 620 del CGP, que modificó el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 640 de 2001, si el domicilio de alguna de las partes no está en el municipio donde se va a celebrar la audiencia o reside en el exterior, la etapa de la audiencia correspondiente a la conciliación podrá celebrarse con la comparecencia de un apoderado debidamente facultado.

Si se logra la conciliación se elaborará el acta correspondiente y se declarará terminado el proceso. Si la conciliación fuere parcial el proceso continuará por los asuntos no conciliados. Es muy importante tener en cuenta que lo que las partes afirmen o nieguen en la etapa de conciliación no se puede considerar ni testimonio ni confesión y que no debe haber grabación de lo que ocurre en la etapa de conciliación, salvo la manifestación de aceptación del acuerdo conciliatorio y el acuerdo.

De conformidad con el inciso 3 del numeral 2, del artículo 372, «Si alguna de las partes no comparece, sin perjuicio de las consecuencias probatorias por su inasistencia, la audiencia se llevará a cabo con su apoderado, quien tendrá la facultad de confesar, conciliar, transigir, desistir, y, en general para disponer del derecho en litigio».

Son casos de excusa justificada para no asistir a la audiencia de conciliación, con base en el artículo 620 del CGP, que modificó el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 640 de 2001, que «el domicilio de alguna de las partes no está en el municipio donde se va a celebrar la audiencia o reside en el exterior» pero los jueces deberán tener en cuenta cualquiera otra causa que razonablemente consideren justificada y que no sea posible la comparecencia de las partes mediante teleconferencia.

Etapa del interrogatorio de las partes.- Si no hay conciliación, o esta es meramente parcial, se procede de inmediato al interrogatorio de las partes. En todos los procesos declarativos es obligatorio que el juez practique la prueba de interrogatorio a las partes.

Oportunidad del Interrogatorio de las partes.- El interrogatorio de parte que se debe practicar en la audiencia inicial, se rige por las disposiciones generales del derecho probatorio establecidas en los artículos 164 y siguientes del CGP y en las disposiciones especiales sobre interrogatorio de parte establecidas en los artículos 191 a 205 del CGP, pero también con aplicación estricta de las disposiciones del numeral 7 del artículo 372 del CGP.

Estas disposiciones son las siguientes: 1) el juez debe interrogar a las partes, 2) el interrogatorio del juez debe hacerse sobre el objeto del proceso, y 3) el juez debe interrogar de modo exhaustivo. El juez podrá hacer preguntas asertivas y no asertivas. Si las respuestas del interrogado reúnen los requisitos del artículo 191 habrá confesión, pero si no cumplen estos requisitos las respuestas serán valoradas conforme a las reglas generales de apreciación de las pruebas de acuerdo con lo ordenado en el último inciso del artículo 191, es decir se considerarán como un testimonio.

Puesto que el primer inciso del numeral 7 del artículo 372 ordena que «*Los interrogatorios de las partes se practicarán en la audiencia inicial*», resulta claro que las partes puedan interrogarse mutuamente en esta etapa de la audiencia

inicial. Por razones de economía procesal y porque no se justifica hacer comparecer dos veces a las partes a las audiencias, el interrogatorio por las partes debe practicarse a continuación del interrogatorio del juez siguiendo el procedimiento señalado en los artículos 202 y 203 del CGP y con las consecuencias previstas en el artículo 205 respecto de renuencia a responder y sobre respuestas evasivas. Dice el artículo 205:

La inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes.

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

Las partes podrán haber presentado interrogatorio por escrito y podrán modificarlo y ampliarlo. Naturalmente las partes no podrán repetir las preguntas que haya hecho el juez. No habrá interrogatorio de parte en la audiencia de instrucción y juzgamiento, a no ser a la parte que no asistió a la audiencia inicial y que presentó oportunamente la excusa.

Como las pruebas, todas deben ser allegadas regular y oportunamente al proceso, debe tenerse en cuenta que solo podrá interrogar a su contraparte quien haya solicitado oportunamente la práctica de la prueba, sin embargo habrá algunos jueces que autoricen el interrogatorio a quien no solicitó oportunamente la práctica de la prueba.

Ya se ha dicho cuales son las consecuencias de no asistir a la audiencia inicial, pero hay que añadir, que la renuencia responder y las respuestas evasivas, tanto a las preguntas del juez como a las de las partes, dan lugar a la aplicación de las consecuencias sobre confesión presunta establecidas en el artículo 205 del CGP. Para efectos del interrogatorio de parte en la audiencia inicial debe aplicarse, además del inciso 1° del artículo 372, la disposición del artículo 198 del CGP que ordena que *«las personas naturales capaces deberán absolver personalmente el interrogatorio de parte»*.

Comparecencia de las personas jurídicas al interrogatorio de parte.-

Las personas jurídicas deben comparecer por medio de sus representantes o mandatarios generales y de conformidad con el artículo 198 del CGP, quien concurra no podrá «invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le

constan los hechos, que no esté facultado para obrar separadamente o que no esté dentro de sus competencias, funciones o atribuciones. Para estos efectos es responsabilidad del representante informarse suficientemente». De conformidad con el inciso 4 del artículo 54 del CGP, «cuando la persona jurídica tenga varios representantes o apoderados distintos de aquellos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente. Las personas jurídicas también podrán comparecer a través de representantes legales para asuntos judiciales o apoderados generales debidamente inscritos».

Careos.- Esta es una figura jurídica revivida por el CGP consiste en poner de frente a dos personas, que han hecho declaraciones o afirmaciones contradictorias o no coincidentes, para que ratifiquen lo dicho o logren un acuerdo respecto de lo que han dicho. En la audiencia inicial se trata de poner de frente a las partes del proceso para explorar la posibilidad de que se pongan de acuerdo sobre los hechos de la demanda y los de las excepciones o para que el juez tenga un mejor criterio sobre lo que realmente ha sucedido. No es obligatorio el careo, corresponde al juez dadas las circunstancias ordenarlo o no. El inciso 2 del numeral 7 del artículo 372 del CGP, prevé esa posibilidad y faculta al juez para ordenarlo.

Etapas de fijación del objeto del litigio y declaración de los hechos probados.- Esta etapa de la audiencia inicial, comprende tres asuntos de gran importancia en el proceso, 1) determinar el objeto del litigio, 2) determinar los hechos en los que las partes están de acuerdo, 3) determinar los hechos que están probados.

Oportunidad.- Esta etapa de la audiencia está prevista en el último inciso del numeral 7 del artículo 372 y constituye un paso fundamental en la estructura del proceso civil tal como está concebido en el Código General del proceso. No cabe la menor duda que esta etapa de la audiencia inicial es la que la caracteriza, en el sentido de que con ella se determina lo que es necesario para dar paso a la práctica de las pruebas y la decisión, es decir, se determina el objeto del proceso y lo que hay que probar.

Dos principios inspiran esta etapa de la audiencia: el principio dispositivo y el principio de celeridad del proceso. Según el primero son las partes las que determinan el objeto del proceso y quienes tienen la iniciativa probatoria y por consiguiente si hay coincidencia, sus afirmaciones se consideran ciertas, el uno afirmando un hecho y el otro aceptándolo, con dos salvedades: que los hechos sean susceptibles de probar por confesión (inciso 3, numeral 7 del art. 372) y que el juez no considere que haya fraude o colusión. (Num. 3 del art. 42 del CGP) Según el segundo principio, si los hechos son aceptados no habrá necesidad de practicar más pruebas, todas las demás pruebas sobre ese mismo hecho o suceso, se consideran superfluas o inocuas de conformidad con el artículo 168 del CGP.

Fijación del objeto del litigio.- El juez requerirá a las partes para determinar el objeto del litigio de manera clara y precisa. La determinación del litigio se refiere expresamente a las pretensiones. Como se sabe en todo proceso concurren dos elementos, el fáctico y el jurídico y la decisión judicial que se materializa en la sentencia deberá tener en cuenta estos dos elementos. (Art. 280 del CGP)

Se supone que, si la demanda reúne los requisitos tanto materiales como formales, el objeto del litigio estará plenamente determinado desde el momento de su presentación, pero puede ocurrir que haya demandas con términos imprecisos o equívocos respecto de las pretensiones o que sea necesario aclarar algunas y prescindir de otras. No se trata de corregir o reformar la demanda puesto que ya pasó la oportunidad para ello. No se puede añadir nuevas pretensiones. Se trata de que en esta etapa de la audiencia tanto el juez como las partes tengan claridad de lo que va ser objeto de la sentencia. No se trata de establecer una nueva relación de congruencia en la que se reemplace la relación demanda – sentencia, sino que quede bien claro lo que se pretende y que las pruebas que se han de practicar sean pertinentes y conducentes a esas pretensiones. Por otra parte es posible que haya habido conciliación sobre algunos aspectos de la demanda.

La etapa de fijación del litigio no es una novedad del CGP, puesto que ya aparece desde el Decreto 2282 de 1989 y en la Ley en 1395 de 2010. Se pretende que los jueces no se limiten a preguntar a cada una de las partes si se ratifican en lo dicho en la demanda y en las excepciones, sino que se pretende que al término de esta etapa de la audiencia, el juez anuncie claramente sobre cuáles pretensiones se pronunciará en la sentencia. Se trata, de dar un primer paso para la aplicación del principio de congruencia, cual es, determinar la materia sobre qué se hará pronunciamiento en la sentencia.

Determinación de los hechos en los que las partes están de acuerdo.- Agotados los interrogatorios de parte y el careo si lo hubo, el juez debe proceder a requerir a las partes y a sus apoderados para que digan si aceptan, uno por uno, los hechos de la demanda y los de las excepciones.

No se trata de que el demandado afirme respecto de cada hecho de la demanda si lo admite o lo niega o no le consta, ni de dar razones precisas y unívocas de las razones por las cuales no los admite o no les consta y tampoco de que el demandante afirme si admite o no admite los hechos de las excepciones, puesto que eso se hizo en la contestación de la demanda y en el traslado de las excepciones. Aquí la actuación procesal tiene que ver con la cuestión probatoria y por eso solo es permitida la afirmación de las partes, aun sin razones, acerca de si aceptan o no aceptan cada uno de los hechos de la demanda y de las excepciones.

La importancia de esta etapa de la audiencia radica en que tiene por objeto evitar la práctica de pruebas superfluas, es decir, pruebas sobre lo que ya está probado.

Determinación de los hechos que están probados. Determinar los hechos que están probados es la consecuencia de las actuaciones anteriores. Si se conoce cuáles son los hechos y se conocen cuáles son las pretensiones se podrá inequívocamente determinar cuáles hechos deben ser objeto de prueba y el juez podrá con conocimiento de causa ordenar la práctica de las pruebas que sean lícitas, pertinentes, conducentes y no superfluas o inocuas, dando aplicación al artículo 168 del CGP.

Al término de esta etapa de la audiencia, el juez deberá hacer una relación de los hechos que considera probados y declararlos probados. No se trata de un prejuzgamiento, aunque al declararlos probados, la tendencia a la sentencia favorable o desfavorable para las partes pueda ser evidente.

El juez podrá, concluir que un hecho está probado por estas tres (3) razones: 1) porque ha habido aceptación, 2) porque hay juramento estimatorio presentado en debida forma y no hubo objeción válida y no fue rechazado por el juez, y 3) con salvedades, porque ocurren los casos de presunciones derivadas de no asumir una carga procesal establecida en la ley.

Hay **aceptación**, cuando el demandado al contestar la demanda afirma que un hecho es cierto, igualmente cuando el demandante en el traslado de las excepciones acepta un hecho afirmado por el demandado, salvo en ambos casos, que esos hechos no sean susceptible de prueba de confesión. También hay aceptación, como ya se dijo, cuando en la audiencia inicial las partes se ponen de acuerdo sobre la veracidad de un hecho de la demanda o de las excepciones. Precisamente esta etapa de la audiencia tiene el propósito de verificar los hechos aceptados. Se impone, aunque sea dispendioso, considerar cada uno de los hechos, uno a uno, y deducir de cada uno de ellos está aceptado o no.

Si hay **juramento estimatorio** presentado en debida forma, no hubo objeción válida y no fue rechazado por el juez, queda probado el valor de la indemnización, compensación, mejoras o frutos de conformidad con el inciso 1 del artículo 206 del CGP.

Las presunciones derivadas de no asumir una carga procesal establecida en la ley y que podrían dan lugar a que se declaren probados los hechos previstos en ellas son:

1.- Presunción establecida en el numeral 2 del artículo 96 del CGP según la cual si al momento de contestar la demanda, el demandado se pronuncia sobre los hechos de la demanda indicando los que se niegan y a los que no le constan sin

manifestar en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta se presumirá cierto el respectivo hecho.

2.- De conformidad con el artículo 97 la falta de contestación de la demanda hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda salvo que la ley le atribuya otro efecto.

3.- Igualmente conforme al artículo 97, la falta de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de la demanda por parte del demandado harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda salvo que la ley le atribuya otro efecto.

4.- Las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad hechas por el demandado al contestar la demanda harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda salvo que la ley le atribuya otro efecto.

5) Si la parte demandante no asiste a la audiencia inicial hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión. (Inciso 1, numeral 4, artículo 372).

6) Si la parte demandada no asiste, hará presumir ciertos los hechos en que se funda la demanda siempre que sean susceptibles de confesión. (Inciso 1, numeral 4, artículo 372).

7) La inasistencia de cualquiera de las partes a la audiencia en la que debe rendir interrogatorio de parte, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles del interrogatorio escrito. Cuando no hay interrogatorio escrito se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda o de las excepciones. (Artículo 205 del CGP).

Se dijo arriba «con salvedades» puesto que las presunciones establecidas en las disposiciones normativas mencionadas son de hecho, *juris tantum*, no de derecho, *juris et de jure*, es decir, admiten prueba en contrario. El juez antes de precisar los hechos que considera demostrados, deberá tener en cuenta, si existe o no la posibilidad de que se pueda probar lo contrario.

Con la misma salvedad, podrá el juez precisar los hechos que considera demostrados si hay confesión, puesto que de conformidad con el artículo 197 del CGP «*Toda confesión admite prueba en contrario*», o si se invoca un *hecho notorio*, o si se ha hecho una *afirmación o negación indefinida*, por cuanto se podrá probar lo contrario en el término probatorio.

Esta etapa del proceso implica un *fuerte cambio* al sistema tradicional en materia de pruebas pues hasta ahora la calificación de las pruebas y su apreciación, se efectuaba en el momento de dictar sentencia. Con este cambio en la actividad pro-

cesal, se garantiza que el juez pueda cumplir con el deber de dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal, a que se refiere el numeral 1 del artículo 42 del CGP.

Etapas del control de la legalidad.- Después de que el juez haya declarado los hechos que están probados deberá revisar toda la actuación para asegurarse de que no hay vicios que puedan ocasionar nulidades u otras irregularidades en el proceso. Deberá dejar constancia de que se ha hecho la revisión y de que no hay irregularidades en el proceso. Cualquier irregularidad, ocurrida antes de esta etapa y que no se denuncie por las partes no podrá ser alegada con posterioridad. Deberá verificarse lo relacionado con el litisconsorcio necesario con el propósito de integrarlo si ha lugar. (Num. 8 del artículo 372 del CGP)

Etapas de decreto de pruebas.- A continuación el juez decretará las pruebas que hayan solicitado las partes y las que considere decretar de oficio para el esclarecimiento de los hechos de conformidad con el artículo 168 del CGP. Solamente podrá decretar pruebas que sean conducentes, pertinentes y lícitas sobre los hechos que consideró no probados.

En el auto con el cual decreta las pruebas deberá disponer todo lo que sea necesario para que se puedan practicar en la audiencia de instrucción y juzgamiento o en las oportunidades y lugares previstos en la ley. No es necesario que ordene la citación de testigos o peritos, por cuanto esta gestión corresponde a los apoderados, pero si la prueba se ordena de oficio o si la parte que solicitó la prueba lo pide, corresponde al secretario hacer las citaciones. (Num. 11 del art. 78 y art. 217).

Deberá comisionar para la práctica de las pruebas que deban producirse fuera de su sede cuando no sea posible emplear los medios técnicos para practicarlas. (Inciso 2 del artículo 179). Si es posible la utilización de medios técnicos, videoconferencia, teleconferencia, o cualquiera otro que garantice la inmediación, concentración y contradicción deberá utilizarlos.

En estos casos «la comisión podrá consistir en la solicitud, por cualquier vía expedita, de auxilio a otro servidor público para que realice las diligencias necesarias que faciliten la práctica de las pruebas por medio de video conferencia, teleconferencia o cualquier otro medio idóneo de comunicación simultánea». (Inciso 2 del art. 37 e inciso 1 del art. 179).

Pruebas de oficio.- Como es sabido el CGP, olvidando el principio dispositivo que debe informar el régimen de pruebas en el proceso, continuó con la tendencia inquisitiva del siglo anterior y estableció el deber del juez de ordenar pruebas de oficio.

El CGP trata de las pruebas de oficio en el numeral 1 del artículo 42, en el artículo 169 y en el 170. En el artículo 170 establece el deber de hacerlo y la oportunidad, dice el artículo 170: «El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia».

El momento procesal oportuno para ordenar pruebas de oficio es la audiencia inicial, aunque nada obsta para que las pueda ordenar en la audiencia de instrucción y juzgamiento, antes de fallar, caso en el cual si es necesario podrá suspender la audiencia.

Pruebas que se practican por fuera de la audiencia.- Hay dos clases de pruebas que se practican por fuera de audiencia, son la inspección judicial y la prueba pericial.

Respecto de la **inspección judicial**, el inciso 2 artículo 236 de CGP establece que salvo disposición en contrario, solo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial o por cualquier otro medio de prueba, por lo que los casos en los que haya que practicar esta prueba serán mínimos.

Sin embargo, si el juez, de oficio, considera pertinente decretar una inspección judicial, o cuando la prueba de inspección judicial sea obligatoria, como en los de pertenencia y en los de servidumbre o en los casos a que se refiere el artículo 236 del CGP, el juez fijará la fecha y hora para la práctica de la diligencia y solamente después de practicada citará para la audiencia de instrucción y juzgamiento. (Inciso final del numeral 10 del artículo 372 del CGP).

Si el juez, en la audiencia inicial decreta de oficio un **dictamen pericial**, de conformidad con los artículos 230 y 231 del CGP, deberá fijar un término para que el perito rinda el dictamen por escrito. Rendido el dictamen permanecerá en secretaría a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia de instrucción y juzgamiento y la contradicción de ese dictamen se hará como se establece en el artículo 228, es decir, presentando otro dictamen o interrogando al perito en la audiencia o con ambas actuaciones.

La contradicción del dictamen pericial se hace mediante la presentación de otro dictamen o interrogando al perito en la audiencia de instrucción y juzgamiento, en este último caso la parte interesada, deberá solicitar que se ordene al perito asistir a la audiencia correspondiente. El juez ordenará la citación pero corresponde a la parte que presentó el dictamen hacer comparecer al perito. También es posible que el juez de oficio ordene la citación del perito.

Fijación de fecha para audiencia de instrucción y juzgamiento.- En la misma audiencia inicial, antes de finalizar, el juez deberá fijar la fecha y la hora para la audiencia de instrucción y juzgamiento. Lo más importante es que el juez debe prever para la audiencia de instrucción y juzgamiento el tiempo necesario para practicar todas las pruebas decretadas, oír los alegatos de las partes y proferir sentencia, porque las audiencias no se pueden suspender salvo los casos de excepción. (Numeral 11 del artículo 372).

2. Audiencia de instrucción y juzgamiento

Régimen legal.- La audiencia de instrucción y juzgamiento está reglada en el artículo 373 del CGP.

Convocatoria.- La audiencia de instrucción y juzgamiento se convoca al finalizar la audiencia inicial, señalando el día y la hora en que se realizará.

Iniciación. La audiencia se inicia en la fecha y hora señaladas en el auto que la convocó, de la misma manera que la audiencia inicial, en el primer minuto de la hora señalada aunque ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes según lo ordena el inciso 3, del numeral 1, del artículo 107 del CGP.

Asistencia.- En primer lugar se procede a verificar la asistencia utilizando el formato de control de asistencia. A esta audiencia deberá asistir el juez sin el cual no se podrá efectuar, so pena de nulidad, y habrá un secretario para efecto de la elaboración del acta y estarán los encargados de la grabación, aunque estos sin connotación jurídica.

Las partes no tienen la carga de asistir a la audiencia, pero pueden hacerlo sin limitación alguna. Los apoderados tienen la carga de asistir y frente a sus clientes la obligación de asistir y actuar en la audiencia. No hay lugar a excusas y aunque los apoderados no asistan la audiencia se celebrará. Solo habría lugar a la nulidad de lo actuado en el caso de que se den las causales de interrupción del proceso previstas en el artículo 159 del CGP. Las partes y los apoderados tienen la carga de hacer comparecer a la audiencia a los testigos para practicar las pruebas correspondientes, si los testigos no asisten se prescindirá de esas pruebas. (Artículos 78, numeral 11, artículo 44 numeral 4 y 217 del CGP). Si los peritos tanto los nombrados por las partes como los nombrados por el juez, no asisten a la audiencia, el dictamen no tendrá valor alguno. (Inciso 1 del artículo 228).

Asistencia de la parte que no concurrió a la audiencia inicial.- Si alguna de las partes no asistió a la audiencia inicial y el juez aceptó su excusa, el trámite de la audiencia tendrá unas etapas adicionales. Se trata de darle la oportunidad de participar en las diligencias propias de la audiencia inicial a la parte que presentó excusas por su inasistencia a esa audiencia.

Verificada la asistencia y elaborado el formato de asistencia, se procede a practicar el interrogatorio de parte a quien no asistió a la audiencia inicial. Se podrá si la otra parte está presente ordenar el careo. (Inciso 1 del numeral 2 del Artículo 373).

A continuación de conformidad con el inciso 2 del numeral 2 del artículo 373, se procede a realizar de nuevo las diligencias de la audiencia inicial en las que no participó la parte que no asistió, es decir, se hará de nuevo la determinación de los hechos en los que las partes están de acuerdo, la fijación del objeto del litigio y la determinación de los hechos que se consideran probados y los que no. Igualmente se ejercerá el control de legalidad. De inmediato el juez decretará de nuevo las pruebas que deben practicarse, prescindiendo de las que estime innecesarias, aunque las haya decretado en la audiencia inicial. En este caso deberá prescindirse de las presunciones derivadas de la inasistencia a la audiencia inicial.

La parte que no asistió a la audiencia inicial y que no presentó excusa o que la presentó pero no le fue aceptada, podrá participar en la audiencia de instrucción y juzgamiento pero no ha lugar a repetir lo actuado en la audiencia inicial. Sin embargo, nada se opone a que el juez ordene y practique el interrogatorio de parte si lo considera necesario para esclarecer los hechos, puesto que está autorizado para practicar pruebas de oficio de conformidad con los artículos 169 y 170 del CGP. Debe tenerse en cuenta que conforme al inciso final del artículo 191 del CGP, que es una novedad, la declaración de parte no solo tiene por objeto lograr la confesión sino que «la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas», es decir constituye una modalidad de testimonio.

Práctica de pruebas. Si no ha lugar al trámite con motivo de la asistencia de la parte que no asistió a la audiencia inicial o cumplido este trámite, se procede de inmediato a la práctica de las pruebas que fueron decretadas por el juez en la audiencia inicial o a las que decretó en la misma audiencia en el caso de la asistencia de quien no estuvo en la audiencia inicial.

La pruebas se practican dando aplicación a las disposiciones normativas del derecho probatorio que aparecen en los artículos 164 y siguientes del CGP.

Teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 3 del artículo 373 se procederá de la siguiente manera:

En primer lugar se procede a interrogar a los peritos que hayan sido citados a la audiencia con el propósito de dar lugar a la contradicción del dictamen. (Artículos 228 y literal a del numeral 3 del artículo 373).

Luego se recibirán las declaraciones de los testigos que se encuentren presentes prescindiendo de los que no concurran a la audiencia. (Literal b del numeral 3 del artículo 373). Sin embargo, el numeral 3, del artículo 218, ordena que si no se pudo convocar al testigo para la audiencia y se considera fundamental su declara-

ción, el juez suspenderá la audiencia y ordenará su citación. Esta disposición está en contravía de lo ordenado en el numeral 1, del mismo artículo 218 y en el literal b) del numeral 3 del artículo 373, en los cuales se ordena que se prescindan del testimonio del que no comparezca, pero se justifica la suspensión si el testimonio es verdaderamente fundamental. Es el juez quien decide según su criterio. Sin embargo hay que recordar que el juez solo tiene un (1) año, prorrogable, para dictar sentencia de conformidad con el artículo 121 del CGP.

De conformidad con el numeral 2, del artículo 218, a petición del interesado o por decisión oficiosa, el juez podrá ordenar la conducción del testigo a la audiencia si fuere factible, y lo es, si el testigo se encuentra en el municipio sede del despacho judicial y es posible localizarlo.

Evacuados los testimonios se procederá, dice el literal c) del numeral 3) del artículo 373, a la exhibición de documentos y las demás pruebas que hubieren sido decretadas.

Si se ha ordenado la exhibición de documentos o cosas muebles que se hallen en poder de la otra parte o de un tercero, (Artículo 265 del CGP) se deben exhibir en la audiencia, aunque hayan sido allegados al expediente con anterioridad. El juez en el auto que ordena la exhibición señalará la forma en que deba hacerse. (Art. 266 del CGP).

Si se trata de exhibición de libros y papeles de los comerciantes, la prueba se debe practicar ante el juez del lugar en que los libros se lleven. (Artículo 268 del CGP). Pero de conformidad con el inciso 4 del artículo 236, «El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso o que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, caso en el cual otorgará a la parte interesada el término para presentarlo. Contra estas decisiones del juez no procede recurso».

Alegatos de conclusión. Practicadas las pruebas se concede la palabra primero al demandante y luego el demandado, 20 minutos a cada uno, para que presenten los alegatos de conclusión. No se recibirá alegato por escrito, todo debe ser oral. De conformidad con el numeral 4 del artículo 373, por solicitud de alguna de las partes se podrá autorizar un tiempo superior, atendiendo las condiciones del caso y garantizando la igualdad. La decisión del juez en este sentido no tiene recursos. El término de 20 minutos es suficiente, salvo casos muy complejos derivados de acumulación de pretensiones o de procesos y de demanda de reconvencción. El término de 20 minutos para presentar los alegatos de conclusión es suficiente si se está utilizando un sistema de grabación audiovisual, pero no lo es, en el caso de que intervención sea dictada.

Sentencia.- Oídos los alegatos de conclusión el juez debe de inmediato proferir sentencia, en la misma audiencia, en forma oral. Sin embargo el inciso 2 del

numeral 5 del artículo 373 del CGP, autoriza al juez para que decreta un receso de hasta dos horas para el pronunciamiento de la sentencia.

Como se dijo arriba, la audiencia de instrucción y juzgamiento se practica aunque no asistan las partes ni los apoderados. Si no asisten las partes ni los apoderados y no hay pruebas que practicar, porque no se presentan ni los testigos, ni los peritos, ni quienes sea necesario para practicarlas, se prescinde de ellas. Si tampoco se presentan los apoderados para hacer los alegatos de conclusión, se prescinde de ellos. La sentencia se dicta aunque las partes o sus apoderados no hayan asistido o se hayan retirado.

La sentencia se notifica en estrados y queda ejecutoriada de inmediato, a no ser que de inmediato se interpongan los recursos pertinentes.

Modalidades de sentencia.- La sentencia que se dicta en las audiencias puede tener 2 modalidades de conformidad con el inciso 3 del numeral 3 del artículo 373 del CGP,

La primera es la sentencia completa que debe dictar el juez cumpliendo los requisitos de fondo y con las formalidades prescritas en los artículos 280, 281 y 282 del CGP y demás disposiciones legales.

La segunda, es una forma de sentencia que se dicta en dos etapas, en la primera etapa en la audiencia, de manera oral, solo anuncia el sentido del fallo con una breve exposición de sus fundamentos y en la segunda etapa, en el término de 10 días contados desde la fecha de la audiencia, por escrito, se dicta la sentencia completa. Esta sentencia debe cumplir con los requisitos de los artículos 280, 281 y 282 del CGP, especialmente en lo que tiene que ver con el inciso final del artículo 280 que dice «*Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación*».

Si el juez decide preferir la segunda modalidad de sentencia es necesario que cumpla con las condiciones establecidas en el inciso 3 del numeral 3 del artículo 373, que son: 1) deberá dejar constancia expresa de las razones concretas por las cuales no se dictó sentencia completa en la audiencia, 2) debe informar de ese hecho a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y, 3) debe anunciar el sentido del fallo con una breve exposición de sus fundamentos. Naturalmente, el juez no podrá cambiar el sentido del fallo en la providencia escrita, puesto que su primer pronunciamiento es la sentencia propiamente dicha, lo que va por escrito es su fundamentación.

Recursos.- Si la sentencia se dicta oralmente la apelación debe interponerse de inmediato en forma oral, pero si la sentencia se dicta por escrito, la apelación se podrá interponer dentro de los tres días siguientes a su notificación por estado. Cuando en la audiencia simplemente se anuncia el sentido del fallo el término para la

apelación corre a partir de la notificación por estado. (Inciso final del numeral 5 del artículo 373 que remite al artículo 322 del CGP).

El acta de la audiencia.- Ya se trató sobre régimen de las actas de las audiencias pero no sobra reiterar que en el acta escrita solamente aparecerá la parte resolutive de la sentencia y que esta acta escrita será firmada por el juez. (Inciso 4 del numeral 6 del artículo 107, Protocolo art. 5 y numeral 6 del artículo 373). Es importante tener en cuenta que el acta escrita es el documento que se utilizará para efectos de la ejecución de la sentencia y por tanto la parte resolutive de la sentencia debe contener todos los datos necesarios para que se pueda ejecutar, no es posible hacer remisiones a la parte motiva puesto que esta parte de la sentencia no aparece en el acta escrita.

3. Audiencia única en los procesos verbales

Clases de audiencia única en los procesos verbales.- Hay dos clases de audiencia única en los procesos verbales, la primera, que se puede denominar *audiencia única convocada*, ocurre cuando de conformidad con el parágrafo del artículo 372, de manera discrecional, de oficio o a petición de parte, en la oportunidad legal para dictar el auto con el cual debería convocar a la audiencia inicial, el juez decide que solo haya una audiencia en la cual se tratarán los asuntos de la audiencia inicial y de la audiencia instrucción y juzgamiento; la segunda audiencia única, que se puede denominar *no convocada*, ocurre cuando estando en la audiencia inicial, el juez, de conformidad con el inciso 3 del numeral 7 del artículo 372 y con el numeral 9 del mismo artículo, encuentra que se dan las condiciones previstas en dichas disposiciones normativas y decide prescindir de convocar a la audiencia de instrucción y juzgamiento, practicar todas las pruebas en la audiencia inicial, oír los alegatos de las partes y dictar sentencia.

Audiencia única convocada.- Para que el juez pueda tomar la decisión de convocar a audiencia única es necesario que, como dice textualmente el parágrafo del artículo 372 «*advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial*».

Es, como se ha dicho, una decisión discrecional del juez y si la toma deberá proceder de la siguiente manera de conformidad con el parágrafo del artículo 372: 1) Mediante auto que se dicta por escrito deberá decidir que el proceso se tramitará en una sola audiencia en la cual se agotarán los asuntos tanto de la audiencia inicial como los de la audiencia de instrucción y juzgamiento, 2) señalará el día y hora para la audiencia, 3) decretará las pruebas solicitadas por las partes en la demanda, en la contestación de la demanda y en el traslado de las excepciones de mérito y las de oficio que considere pertinentes, 4) de conformidad con el

inciso 2 del numeral 1 del artículo 372, citará a las partes para que concurran a rendir el interrogatorio y a la conciliación.

Si decreta **prueba pericial de oficio** deberá surtir el trámite previsto en los artículos 230 y 231 del CGP, es decir, ordenar la prueba, nombrar al perito y fijar el término para que rinda el dictamen. Rendido el dictamen por escrito, por secretaría, se pondrá a disposición de la partes hasta la fecha de la audiencia que solo pueda realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días desde la presentación del dictamen. Si el juez considera que debe practicar *inspección judicial* no será pertinente convocar a audiencia única.

En la audiencia se seguirá el siguiente orden, 1) se intentará la conciliación, 2) se resolverá sobre las excepciones previas, 3) se practicará el interrogatorio a las partes, 4) se determinarán los hechos sobre cuáles hechos hay acuerdo entre las partes, 5) se fijará el objeto del litigio, 6) el juez precisará los hechos que se encuentran probados y los que no, 7) se practicará el control de legalidad, para sanear vicios de procedimiento, 8) se practicarán las pruebas, pero únicamente los que tienen que ver con los hechos que el juez declaró no probados, lo cual puede implicar una modificación al auto por el cual convocó a la audiencia, 9) se oírán los alegatos de conclusión y 9) se dictará sentencia.

El problema que se puede presentar en el caso de la audiencia única es el de las excusas por inasistencia de alguna de las partes. Si hay excusa válida de una de ellas o de ambas, presentada con anterioridad a la audiencia se citará de nuevo a audiencia. Si hay inasistencia de ambas partes, no se lleva a cabo la audiencia y pasados tres días sin que haya justificación, se declarará terminado el proceso.

La pregunta es ¿qué pasa si dentro de los tres días siguientes a la audiencia única, en la cual se dictó sentencia, se presenta excusa justificada por la parte que no asistió? Parece ser que cuando se convoca a audiencia única no hay lugar a excusas, el CGP no prevé esta situación, antes bien, ordena en el numeral 5 del artículo 373 que se dicte sentencia así las partes no hayan asistido, quedará ejecutoriada y hará tránsito a cosa juzgada conforme a la reglas generales.

Quizá la única posibilidad de lograr que se repita la audiencia, es alegar la nulidad proveniente de adelantar el proceso habiendo una causal de interrupción del proceso, pero sino se da esta causal queda en firme la sentencia.

Audiencia única no convocada.- La segunda modalidad de audiencia única es la no convocada y se diferencia de la otra, en que en esta, el juez toma la decisión de realizar todos los actos jurídicos procesales propios de la audiencia inicial y los de la de instrucción y juzgamiento, estando en la audiencia inicial, de conformidad con el inciso 3 del numeral 7 y el numeral 9 del artículo 372.

Las condiciones para que sea posible decidir, que estando en audiencia inicial se tramite también lo que corresponde a la audiencia de instrucción y juzgamiento están previstas en los numerales 7 y 9 del artículo 372 del CGP y son: 1) que estén presentes ambas partes con sus apoderados y 2) que sea posible practicar en esa audiencia todas las pruebas solicitadas por las partes, sería el caso de que todas las pruebas sean documentales y ya obren en el expediente o que todos los testigos estén presentes, igualmente los peritos y que no haya lugar ni a inspección judicial, ni al nombramiento de nuevos peritos.

El orden de la audiencia podrá ser de esta manera: se dará inicio a la audiencia inicial, se cumplirá todo lo que corresponde de conformidad con el artículo 372, pero al decretar las pruebas ordenará que se practiquen de inmediato y practicadas escuchará los alegatos de conclusión y dictará sentencia.

En todo caso el juez deberá anunciar a las partes su decisión de dictar sentencia en esa audiencia. Esta decisión es susceptible de recurso de reposición pero no de apelación por cuanto no está previsto que sea apelable ni en el artículo 321 ni en ningún otro. Esta sentencia podrá dictarse en cualquiera de las formas previstas en el inciso 3 del numeral 3 del artículo 373 del CGP, es decir, sentencia completa o sentencia en las dos etapas.

Se espera que muchos procesos se tramiten en única audiencia. Pero no corresponde al juez crear las condiciones para que sea posible, corresponde a las partes y en especial a la parte demandante.

4. La audiencia en los procesos verbales sumarios

Las etapas de comprobación, argumentación y decisión en los procesos verbales sumarios, de conformidad con lo previsto en el artículo 392 del CGP, se practicarán en una sola audiencia en la cual se cumplirán todas las actividades previstas en los artículos 372 y 373 del CGP, en lo pertinente, puesto que hay algunas reglas especiales que es necesario tener en cuenta.

En el auto que cita a la audiencia, el juez, deberá: 1) señalar el día y hora para la audiencia, 2) citar a las partes para que concurran a rendir el interrogatorio, 3) igualmente las citará para que concurran para la etapa de conciliación y 4) deberá decretar las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere pertinentes.

Pero respecto de pruebas los incisos 2 y 3 del artículo 392 contienen reglas especiales que el juez debe tener en cuenta al dictar el auto que cita a la audiencia y que las partes deben tener en cuenta al presentar la demanda y al contestarla. Solo se admite dos testimonios por cada hecho, por consiguiente en la demanda y en la contestación habrá que determinar, clasificar y enumerar cada hecho como lo or-

dena el numeral 4 del artículo 82 y al pedir el testimonio anunciar concretamente sobre qué hechos declarará cada testigo. (Inciso 1 del artículo 212 del CGP).

Si pide exhibición de documentos, el juez deberá librar oficio a quien los tenga para que los envíe en copia, aun en el caso de que se trate de asuntos que tengan que ver con libros y papeles de los comerciantes. No hay inspección judicial con exhibición de documentos. Se aplicará lo establecido en el inciso 3 del artículo 392 en el sentido de que se debe solicitar al juez que ordene que los documentos sean enviados en copia.

Tampoco hay lugar en estos procesos a inspección judicial. La segunda parte del inciso 3 del artículo 392 ordena que «*Para establecer los hechos que puedan ser objeto de inspección judicial que deba realizarse fuera del juzgado, las partes deberán presentar dictamen pericial*». Sin embargo, de conformidad con los artículos 186, 189 y 236, podrá presentarse copia del acta de la inspección judicial practicada como prueba extraprocésal o videograbación, fotografías u otros documentos, o cualquier otro medio de prueba.

En la audiencia se seguirá el siguiente orden, 1) se intentará la conciliación, 2) no hay trámite sobre excepciones previas, puesto que los asuntos que las configuren se resolverán mediante recurso de reposición (inciso final del artículo 391), 3) se practicará el interrogatorio a las partes, primero por el juez que interrogará exhaustivamente sobre el objeto de litigio y luego cada parte podrá interrogar a su contraparte pero solo podrá formular hasta 10 preguntas, (inciso 2, del art. 392), 4) se determinarán los hechos sobre los cuales haya acuerdo, 5) se fijará el objeto del litigio, 6) el juez precisará los hechos que se encuentran probados y los que no, 7) se practicará el control de legalidad para sanear vicios de procedimiento, 8) se practicarán las pruebas, pero únicamente las que tienen que ver con los hechos que el juez declaró no probados, solo se admite dos testimonios por cada hecho (inc. 2, del art. 392), se practicará el interrogatorio a los peritos, se procede a la exhibición de documentos y las demás pruebas que hubieren sido decretadas, 9) se oír los alegatos de conclusión y 10) se dictará sentencia.

En esta clase de procesos se aplican las mismas reglas sobre inasistencia a la audiencia inicial de los procesos verbales, pero como se trata de una sola audiencia, las excusas solo se podrán presentar con anterioridad puesto que terminada la audiencia habrá terminado el proceso. En la audiencia se seguirá, en lo pertinente, el régimen previsto en los artículos 372 y 373. (Inciso 1 del artículo 392).

5. Las audiencias en los procesos de pertenencia

Hay dos clases de procesos de pertenencia: El proceso verbal con reglas especiales a que se refiere el artículo 375 del CGP y el «*proceso verbal especial para*

otorgar títulos de propiedad al poseedor de bienes inmuebles urbanos y rurales de pequeña entidad económica y sanear la falsa tradición», como se denomina el proceso previsto en la Ley 1561 de 2012. En este capítulo se tratará de las audiencias en los procesos de pertenencia que se tramitan conforme al Código General del Proceso, más adelante se tratará de las audiencias en los procesos de que trata la Ley 1561 de 2012.

En los procesos verbales de pertenencia de que trata el artículo 375 del CGP, las etapas de comprobación y decisión se pueden tramitar de dos maneras: 1) practicando audiencia inicial, luego la inspección judicial por fuera de la audiencia y después la audiencia de instrucción y juzgamiento, 2) de conformidad con el inciso 2, del numeral 9, del artículo 375, si el juez lo considera pertinente, practicando una sola audiencia en el inmueble objeto de la pertenencia, en la cual, además de realizar la inspección judicial que es obligatoria en esta clase de procesos, se tramitará todo lo que corresponde a la audiencia inicial y a la audiencia de instrucción y juzgamiento y se dictará sentencia.

Si se prefiere la primera opción y es al juez a quien corresponde decidir, se tramitará como los procesos verbales con la diferencia de que en la audiencia inicial al decretar las pruebas se debe ordenar la práctica de la inspección judicial y solo después de practicada, se convocará a la audiencia de instrucción y juzgamiento. Esta opción facilita allegar todos los documentos que se piden en el auto admisorio de la demanda conforme a los numerales 6 y 7 del artículo 375 del CGP.

Si el juez se decide por la segunda opción, habrá solo una audiencia en el inmueble objeto de la pertenencia. En el auto que cita a la audiencia debe prever todo lo que se relaciona con la audiencia única de conformidad con lo ordenado en el párrafo final del artículo 372 y con lo ordenado en el artículo 375 del CGP, en especial respecto de la inspección judicial que es obligatoria, como ya se dijo, de conformidad con lo establecido en el numeral 9 de dicho artículo.

En esta audiencia, el juez, deberá practicar, *«además de la inspección judicial todas las actuaciones previstas en los artículos 372 y 373, dictará sentencia inmediatamente, si le fuere posible»*, dice el inciso 2 del numeral 9 del artículo 375 del CGP. La falta de posibilidad para dictar sentencia no puede estar relacionada con falta de pruebas o documentos sino por la complejidad del asunto. Como en esta clase de procesos, por mandato legal deben aportarse todos los documentos a que se refieren los numerales 6 y 7 del artículo 375 no se podrá convocar a este tipo de audiencias si no se han allegado completamente. Los alegatos de conclusión se oirán en la audiencia.

Si no se dicta la sentencia en la audiencia se deberá hacerse por escrito, puesto que no está previsto que haya audiencia únicamente para dictar la sentencia.

La actuación adelantada en esta diligencia, aunque se practique en el inmueble objeto de la pertenencia, se debe grabar en medios de audio, audiovisuales o en cualquiera otro que ofrezca seguridad para el registro de lo actuado. (Numeral 4 del artículo 107 del CGP)

6. Las audiencias en los procesos de servidumbre

Los procesos de servidumbre son verbales con reglas especiales y de la misma manera que en los procesos de pertenencia las etapas comprobación y decisión se pueden tramitar de dos maneras: 1) practicando audiencia inicial, inspección judicial por fuera de la audiencia y luego audiencia de instrucción y juzgamiento, o, 2) si el juez lo considera pertinente, practicando una sola audiencia en los inmuebles objeto del proceso en la cual, además de realizar la inspección judicial que es obligatoria, se tramitará todo lo que corresponde a la audiencia inicial y a la audiencia de instrucción y juzgamiento y se dictará sentencia.

En ambos casos se deberá tener en cuenta el artículo 376 del CGP que establece las reglas especiales para este proceso verbal.

7. La audiencia en los procesos verbales especiales de la Ley 1561 de 2012

La Ley 1561 fue promulgada un día antes del Código General del Proceso y empezó a regir seis meses después de su promulgación, es decir, el 11 de enero de 2013. Como consecuencia de su expedición hay dos clases de procesos de pertenencia, el proceso regulado en el artículo 375 del Código General del Proceso y el proceso de la Ley 1561. El primero es aplicable a la pertenencia de bienes muebles y para toda clase de prescripción adquisitiva de bienes inmuebles con excepción de los casos relacionados en la Ley 1561.

El proceso a que se refiere la Ley 1561 es verbal especial, así se le denomina en el encabezado de la ley que dice: «Por el cual se establece un proceso verbal especial para otorgar títulos de propiedad al poseedor material de bienes inmuebles urbanos y rurales de pequeña entidad económica, sanear la falsa tradición y se dictan otras disposiciones».

No está previsto en dicha ley que haya una audiencia al estilo de la de los procesos verbales o verbales sumarios. El proceso establecido en la Ley 1561 es fundamentalmente escrito pero debe practicarse una diligencia de inspección judicial. En este texto se tratará de la diligencia de inspección judicial que por razón de

las actuaciones que se deben realizar constituye una audiencia al estilo de la audiencia única que se puede practicar en el proceso de pertenencia, de hecho, el par.1° del art. 15 y el numeral 3 del artículo 16 de la Ley 1561 utilizan la palabra audiencia.

Oportunidad. La diligencia de inspección se practicará una vez vencido el término del traslado de la demanda y cumplida toda la actuación relacionada en los artículos 10 a 14 de la Ley 1561 que tienen que ver con los requisitos especiales que debe contener la demanda y con la documentación que constituye la información necesaria para la calificación y admisión de la demanda.

Citación.- El juez por medio de auto señalará el día y la hora para la práctica de la diligencia. La diligencia se practicará dentro de los 10 días siguientes al auto que la señala.

Asistentes. Necesariamente deberá asistir el juez y el personal del juzgado necesario para elaborar el acta de la diligencia, tanto en lo escrito como en lo grabado. Debe comparecer necesariamente la parte demandante so pena de que no pueda llevarse a cabo la diligencia y si no hay excusa justificada dentro de los tres días siguientes, se archivará el expediente y se le impone una multa de un salario mínimo legal mensual vigente, pero el inciso segundo del artículo 15 es muy claro al decir que se podrá presentar de nuevo la demanda.

Podrán asistir a la diligencia todas las personas a quienes se notificó la demanda por ser titulares de derechos reales principales sobre el predio objeto del proceso, el curador *ad litem* de los demandados indeterminados y el de los determinados si es el caso. También los colindantes si el proceso es de saneamiento del título que conlleva la llamada falsa tradición. El Juez deberá, si lo considera pertinente nombrar un perito que lo asesorará para la identificación del inmueble.

En la diligencia se escuchará a cualquier persona que se presente y formule oposición a las pretensiones del demandante. Las partes del proceso deberán hacer comparecer a la diligencia a los testigos y peritos que sean necesarios para el éxito de su pretensión.

El orden de la diligencia. El orden de la diligencia es como sigue: Se procede a identificar el inmueble por sus linderos y cabida. (Par. 2 del artículo 15). Para lograr este propósito el juez puede ordenar la práctica de las pruebas que sea necesario, especialmente se apoyará en los informes de los comités locales de atención integral a la población desplazada, en la información suministrada por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, IGAG, por la autoridad catastral correspondiente, por la Fiscalía General de la Nación y en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. El juez deberá consultar el plan de ordenamiento territorial del respectivo municipio. Todo lo anterior de conformidad con lo ordenado en el artículo 12 de la ley.

Si el inmueble no reúne los requisitos para que sea objeto de prescripción adquisitiva se ordena el archivo del expediente. (Par. 3 del art. 15).

Si el inmueble reúne los requisitos, el juez procede a escuchar las pretensiones, excepciones y argumentos de las partes. Podrá decretar y practicar las pruebas que soliciten las partes e inclusive puede ordenar la práctica de un dictamen pericial, caso en el cual suspenderá la diligencia y concederá un término máximo de 10 días al perito para que rinda dictamen. Vencido este término reanudará la diligencia, en esta diligencia las partes conocerán el dictamen y se pronunciarán al respecto y luego de los alegatos de conclusión, aunque la ley no contempla esta etapa, se profiere sentencia que se notifica en estrados. (Art. 17 Ley 1561)

Respecto de la memoria de la audiencia, a falta de disposición especial se aplicará la regla general del numeral 4 del artículo 107 del Código General del Proceso: «La actuación adelantada en una audiencia o diligencia se grabará en medios de audio, audiovisuales o en cualquiera otro que ofrezca seguridad para el registro de lo actuado».

8. Las audiencias en los procesos ejecutivos

En el caso de los procesos ejecutivos, como es conocido, la etapa de comprobación se tramita únicamente si el demandado propone excepciones. Del escrito de excepciones se corre traslado mediante auto al demandante por el término de 10 días. El demandante podrá pronunciarse sobre ellas y adjuntar las pruebas documentales que tenga y pedir las pruebas que pretenda hacer valer.

El trámite de las excepciones se hará en forma oral, en audiencia, conforme a lo establecido en los artículos, 372 y 373 del CGP si se trata de proceso de mayor o menor cuantía, es decir como en los procesos verbales, y conforme artículo 392 del CGP si se trata de procesos de mínima cuantía, es decir, como en los procesos verbales sumarios. (Numeral 2 del artículo 443 del CGP)

Como el trámite previsto para las excepciones en los procesos ejecutivos es el del proceso verbal o el verbal sumario, las audiencias tendrán las mismas etapas y se practicarán en el mismo orden que en esos procesos.

En los procesos de mayor y menor cuantía, de conformidad con el numeral 2 del artículo 443 del CGP, el juez dispone de facultades discrecionales para decidir el trámite que se ha de seguir, en el sentido de que puede citar a una sola audiencia, en la cual se practicarán las pruebas y dictar en ella misma la sentencia de excepciones o citar primero a la audiencia inicial y luego a la de instrucción y juzgamiento. Es decir podrá como en los procesos verbales citar a audiencia única o las dos audiencias.

El primer caso ocurre cuando el juez advierte de oficio o a petición de parte, que es posible y conveniente la práctica de las pruebas en la audiencia inicial. Si es así, en el auto que fije fecha y hora para la audiencia decretará las pruebas y en esa sola audiencia realizará lo correspondiente a la audiencia inicial y a la audiencia de instrucción y juzgamiento y proferirá la sentencia como lo ordena el numeral 5, del artículo 373 del CGP.

En los procesos de mínima cuantía (Numeral 2, Artículo 443, del CGP) vencido el término del traslado de las excepciones, el juez citará para la audiencia prevista en el artículo 392 del CGP, es decir la audiencia prevista para los procesos verbales sumarios.

Las excepciones se deciden en la sentencia que se dictará en la misma audiencia, en forma oral. Si no fuere posible dictar la sentencia en forma oral, en la audiencia, el juez, deberá anunciar el sentido del fallo, con una breve exposición de sus fundamentos, y emitir la decisión escrita dentro de los 10 días siguientes. (Numeral 5, artículo 373, del CGP).

Por otro lado está previsto en el artículo 452 del CGP que el *remate de bienes* se haga en audiencia cumpliendo las reglas y requisitos estipulados en esa disposición que en lo fundamental establece:

Llegados el día y la hora para el remate, el secretario o el encargado de realizarlo anunciará el número de sobres recibidos con anterioridad y, a continuación, para los presentes para que presente sus ofertas en sobre cerrado dentro de la hora. El sobre deberá contener además de la oferta suscrita por el interesado, el depósito previsto en el artículo anterior, cuando fuere necesario. La oferta es irrevocable.

Transcurrida una hora desde el inicio de la audiencia, el juez o el encargado de realizar la subasta abrirán los sobres y liberar las ofertas que reúnan los requisitos señalados en el presente artículo. A continuación adjudicará al mejor postor los bienes el material del remate. En caso de empate, el juez invitará a los postores empatados que se encuentren presentes, para que, si lo consideran, incrementen su oferta y adjudicará al mejor postor. En caso de que ninguno incremente la oferta el bien será adjudicado al postor empatado que primero haya ofertado.

Los interesados podrán alegar las irregularidades que pueden afectar la validez del remate hasta antes de la adjudicación de los bienes.

9. Audiencias en la segunda instancia

Conforme al factor funcional de competencia corresponde la segunda instancia a Tribunales Superiores del Distrito Judicial, a los Jueces Civiles del Circuito y eventualmente a los Jueces de Familia. Aunque los Tribunales de Distrito son jueces colectivos, de conformidad con el artículo 35 del CGP, unos recursos de apelación se resuelven en sala y otros por el magistrado sustanciador.

Corresponde a la sala de decisión decidir, en audiencia, sobre la apelación de: 1) sentencias, 2) de los autos contra el auto que rechace el incidente de liquidación de perjuicios por condena impuesta en abstracto, 3) del auto que rechace la oposición a la diligencia de entrega, 4) del auto que resuelva sobre la diligencia de entrega. Las demás apelaciones corresponden al magistrado sustanciador, es decir, cuando se trate de apelación de autos, con las excepciones anotadas, no se resuelve de manera colectiva sino individualmente por el magistrado sustanciador, el cual resuelve de plano, por escrito y no hay audiencia.

En el caso de *apelación de sentencias* se debe distinguir si se dicta por escrito u oralmente en audiencia. Si se trata de apelación de sentencias *dictadas por escrito* el recurso se interpone mediante un memorial en el cual se debe: 1) expresar que se interpone el recurso de apelación; 2) «precisar de manera breve los reparos concretos que le hace a la decisión». (Inciso 2 del numeral 3 del artículo 322 del CGP). 3) Se concede el recurso indicando el efecto que corresponde. 4) Se envía el expediente o las copias al superior.

Si la sentencia se *dictó oralmente*, en audiencia o en diligencia, 1) el recurso se interpone de manera oral, inmediatamente después de que el juez termine de decir o pronunciar la providencia y basta con decir que se apela. 2) Al finalizar la audiencia, dice el numeral 1 del artículo 322, el juez resolverá sobre todas las apelaciones, aunque no hayan sido sustentados los recursos. El juez concede o no el recurso y si lo concede deberá indicar el efecto, suspensivo o devolutivo, en que lo concede. 3) El apelante debe «precisar de manera breve los reparos concretos que le hace a la decisión». Puede precisar los reparos que le hace a la providencia de manera oral en la misma audiencia en que interpone el recurso o puede hacerlo por escrito dentro de los 3 días siguientes, (inciso 2 del numeral 3 del artículo 322 del CGP) 4) Presentado el escrito de reparos se envía el expediente o las copias al superior. (Parte final del inciso 1 del art. 324 del CGP). Si no se presenta el escrito de reparos se declara desierto el recurso.

El concepto de reparos es nuevo en la legislación procesal civil nacional y determinarlo no va a resultar fácil. Al interponer el recurso de apelación el impugnante deberá expresar claramente cuáles decisiones del juez deben ser revocadas o modificadas pero en esto no consisten los reparos. Hay que buscarlos en la parte motiva de la sentencia. Se trata de relacionar las razones invocadas por el juez con las que no se está de acuerdo.

Estas razones pueden tener que ver con el aspecto fáctico del proceso o con el aspecto jurídico. En lo fáctico se podrá relacionar, por ejemplo, que el juez no tuvo en cuenta un hecho afirmado y probado, o no tuvo en cuenta un medio probatorio o no le dio el alcance que la ley le señala o le dio uno que no le corresponde; en lo

jurídico no haber tenido en cuenta una disposición normativa vigente y pertinente o haberla interpretado erróneamente, haber tenido en cuenta una disposición no pertinente, no haber tenido en cuenta la jurisprudencia, la doctrina probable o el precedente jurisprudencial y también que hubiera cambiado de criterio respecto de otros casos similares.

Precisar los reparos es muy importante porque es sobre ellos, exclusivamente, que versará la sustentación, así lo dispone la parte final de la disposición citada y en el inciso 2 del artículo 327 se dice que «el apelante debe sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia» y como lo que se hace ante el *a-quo* es precisar los «reparos», debe entenderse que cuando el artículo 327 habla de desarrollar los argumentos, se está refiriendo a los reparos.

Recibido el expediente, el magistrado sustanciador procede al examen preliminar de la sentencia en lo que tiene que ver con las firmas, la omisión de decisiones sobre demanda de reconvencción, sobre procesos acumulados o sobre alguna causal de nulidad. (Art. 325 del CGP). Del examen preliminar decide si ordena devolver o no el expediente o las copias al juez de primera instancia o si admite o inadmite el recurso.

Durante la ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir la práctica de las pruebas que son admisibles en la apelación. (Inc. 1 del Art. 327 del CGP. Ejecutoriado el auto que admite la apelación se convocará mediante auto escrito a la *audiencia de sustentación y fallo* y ordenará la práctica de las pruebas si fueren pertinentes.

En la audiencia de sustentación y fallo, verificada la asistencia se procederá a la práctica de las pruebas, si las hay y practicadas que sean, o si no las hubo, se oírán las alegaciones de las partes, de manera oral, primero el apelante, luego la otra parte y a continuación se dictará la sentencia de segunda instancia. (Art. 327 del CGP). Si hay apelante único la competencia del superior está limitada a los argumentos del apelante, si ambas partes apelaron resolverá sin limitaciones. (Art. 328 del CGP).

A la audiencia de sustentación y fallo deberán asistir todos los magistrados que integran la sala so pena de nulidad. (Art. 36 del CGP). Si el magistrado sustanciador considera que se trata de «*asuntos de trascendencia nacional, o que se requiera unificar jurisprudencia o establecer un precedente judicial*», deben asistir todos los magistrados de la sala especializada, civil o de familia. (Inciso final del artículo 35 del CGP). Sin embargo es posible, cuando la ausencia de un magistrado obedezca a un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito llevar a cabo la audiencia con la mayoría de los magistrados que integran la sala. (Inciso 2 del numeral 1 del artículo 107 del CGP).

Deberán asistir los apoderados de las partes para efectos de la práctica de las pruebas y para efectos de las alegaciones sustentando el recurso o para impugnarlo. La inasistencia de los apoderados de las partes no impedirá que se realice la audiencia, de todos modos se realizará. (Inciso 3 del numeral 1 del artículo 107 del CGP). Si no se sustenta el recurso se declara desierto, y aunque no asista la parte que no apeló se dictará sentencia. (Inciso 4 del numeral 3 del artículo 322).

Deberán estar presentes los testigos, peritos y demás personas que se requiere para la práctica de las pruebas. Cada parte deberá citar a quienes les corresponda. (Numeral 11 del art. 78 y art. 217 del CGP). Si no asisten los testigos o peritos se prescindirá de la prueba.

Tanto las alegaciones como la sentencia se producirán de manera oral. La sentencia de segunda instancia se dicta siempre en forma oral aunque la de primera instancia se haya dictado por escrito. Las partes no podrán sustituir su alegato oral por un escrito. (Num. 6 del Art. 107 del CGP).

La apelación ante los jueces civiles del circuito o ante los jueces de familia, cuando son jueces de segunda instancia, se surte de la misma manera solo que como se trata del juez individual, la audiencia estará presidida únicamente por él.

10. Audiencias en otras clases de procesos

Está previsto en el CGP, la actuación en audiencias en otras clases de procesos, las cuales tienen un objetivo determinado, pero que se deben adelantar cumpliendo las reglas generales establecidas.

En los procesos de expropiación se pretende en la audiencia, practicar las pruebas, en especial el interrogatorio a los peritos que hayan elaborado los avalúos y dictar sentencia sobre la expropiación, y si la decreta ordenar cancelar los gravámenes, embargos e inscripciones y determinar el valor de la indemnización. (Art. 399 numeral 7).

En los procesos monitorios si el demandado contesta con explicación de las razones por las que considera que no debe y aporta las pruebas en que sustenta su oposición, el asunto se resolverá con los trámites del proceso verbal sumario y el juez cita a la audiencia del artículo 392 del CGP, previo traslado al demandante para que pida las pruebas que pretende hacer valer. (Art. 421 inciso 4).

En los procesos en los que se demande la disolución o la nulidad de sociedades se tramitarán como procesos verbales. (Art. 528). La liquidación se practicará a continuación y habrá una audiencia para decidir, practicando las pruebas solicitadas, sobre las objeciones a los inventarios y avalúos. (Num. 3 y 4 del art. 530 del CGP).

En los procesos de sucesión y en los de liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales por causa distinta de la muerte de los cónyuges o compañeros permanentes, (art. 523 inciso 5) se citará a la audiencia prevista en el artículo 501 del CGP para la diligencia de inventarios y avalúos. En la audiencia podrán participar quienes hayan sido reconocidos como herederos o legatarios y el cónyuge o compañero o compañera permanente y todas las personas relacionadas en el artículo 1312 del Código Civil.

Si hay acuerdo entre los interesados sobre los inventarios y avalúos y se cumple con las disposiciones legales mencionadas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 501, se aprobarán en la audiencia. Si hay objeciones se suspenderá la audiencia y previo el trámite sobre petición y traslado de pruebas, se reanudará y en ella se resolverá sobre todas las objeciones y se aprobarán los inventarios y avalúos definitivos. (Art. 501 y 502).

En los procesos de insolvencia de la persona natural no comerciante se prevé la celebración de audiencias de negociación de deudas, (Arts. 550 y 552) de convalidación del acuerdo privado, (Art. 562) y de adjudicación en el proceso de liquidación patrimonial (Art 570).

11. Audiencia en el trámite de los incidentes

El artículo 129 del CGP reglamenta el trámite de los incidentes. Según dicha disposición, de los incidentes que se promuevan por escrito, por fuera de audiencia, o, de los que se promuevan en audiencia pero que no guarden relación con el objeto de la audiencia, se corre traslado a la otra parte por tres días, vencidos los cuales el juez convocará a audiencia mediante auto en el que decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere pertinentes. En la audiencia se practicarán las pruebas y se resolverá el incidente. Un trámite incidental frecuente es el promovido para el levantamiento del secuestro de bienes por quien no estuvo presente en la diligencia. (Numeral 8 del art. 597 del CGP).

12. ¿La oralidad una novedad?

El profesor Fredy Andrei Herrera Osorio en un artículo publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, en el volumen I de «*Estudios sobre el Código General del Proceso*» 2014, se pregunta si la oralidad es un nuevo paradigma y afirma:

No es un nuevo paradigma, es una simple cuestión del énfasis que se pone en la oralidad, pero esta modificación sí supone una fractura a la larga tradición nacional basada en la escritura, demandando de los profesionales en derecho el uso de habilidades para las cuales no fueron capacitados, tales como argumentación oral y persuasión, preparación

de teorías del caso y trabajo en equipo, ya que requiere la compañía de expertos en los diferentes campos del derecho que afronten en tiempo real los más variados giros que pueden experimentarse en una audiencia, donde la capacidad de reacción es de tan solo minutos.

Continúa diciendo que: el ejercicio de la oralidad en los procesos civiles se instrumenta a través de audiencias, en las cuales prima el intercambio verbal de argumentos, ideas y representaciones [...].

Como ya se dijo la principal virtud del trámite de las etapas de comprobación y decisión en audiencias es la celeridad y la posibilidad de la memoria grabada de todo lo que ocurra en ellas, en medios audiovisuales.

El éxito del sistema impuesto por el Código General del Proceso depende de la voluntad de todos los operadores judiciales: el juez deberá necesariamente conocer el expediente escrito antes de la audiencia, el demandante y el demandado deberán presentar con la demanda y con la contestación de la demanda todas las pruebas, que les sea posible, de manera documental y deberán llevar a sus testigos y peritos a las audiencias. Igualmente deberán estar listos a presentar sus alegatos de conclusión. Toda demanda y toda contestación de la demanda implica una labor de investigación y recolección de pruebas, no se puede seguir pensando que en el curso del proceso hay una etapa de investigación, solo hay una etapa de comprobación de lo afirmado o negado por las partes en la demanda y en la contestación. El juez, aunque tiene facultades para decretar pruebas de oficio no es un investigador es simplemente un comprobador de lo que afirman las partes en la demanda y en la contestación.

El proceso concebido en las cuatro etapas, la de información que se tramita por escrito y las de argumentación, comprobación y decisión que se tramitan en forma oral y en audiencias, solo puede colapsar si quienes participan en él no se ponen en el nivel de voluntad, de diligencia y de conocimientos necesarios.

Referencias bibliográficas

- ÁLVAREZ GÓMEZ, MARCO ANTONIO. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Vol. I y II, Temis, Bogotá. 2014
- AZULA CAMACHO, JAIME. *Manual de Derecho Procesal*. Temis, Bogotá, 2003.
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. *Derecho Procesal*. Harla, México, 1995.
- BEJARANO RAMIRO. *Procesos Declarativos, Ejecutivos, y Arbitrales*. Temis. Bogotá. 2016.
- CARDONA GALEANO, PEDRO PABLO. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Leyer. Bogotá. 2001
- CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, Ley 1564 de 12 de julio de 2012, Colombia.
- COUTURE EDUARDO. *Fundamentos de derecho Procesal Civil*. De Buenos Aires. 1973.

- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de Derecho Procesal*. Ed. A B C., Bogotá. 1984.
- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL, PROYECTO DE CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.
- HERRERA OSORIO FREDY ANDREI. *Audiencias de Primera instancia en el Código General del Proceso*. En *Estudios sobre el Código General del Proceso*. Universidad Nacional de Colombia. 2014.
- LEY 1561 de 11 de julio 2012
- LÓPEZ BLANCO HERNÁN FABIO. «*Código General del Proceso*». Ed. Dupré, Bogotá, 2016.
- MENDONCA, DANIEL. *Ficciones Jurídicas, Estudio preliminar*. Hans Kelsen, Lon F. Fuller, Alf Ross. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, 2006.
- JAIRO PARRA QUIJANO, *Manual de Derecho Probatorio*, Ediciones Librería del Profesional Ltda. Bogotá. 2007.
- PRIETO QUINTERO, ANDRÉS. *La nueva normativa procesal colombiana: del proceso monitorio y de los procesos ejecutivos*. En *Temas Procesales*. Librería Jurídica Sánchez, Medellín. 2012.
- RIVERA MARTÍNEZ, ALFONSO. *Derecho Procesal Civil. Parte General y Pruebas*. Leyer. Bogotá 2015.
- ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE, *Código General del Proceso Comentado*, Esaju, 2012. Bogotá D. C.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 21 mayo 2002, Exp. 7328, Dr. Silvio Trejos.
- TEJEIRO DUQUE OCTAVIO AUGUSTO, *La Sentencia Oral, Estructura, Forma, y Modelos en el Código General del Proceso*, ponencia presentada en el XXXV Congreso de Derecho Procesal, Cartagena Colombia, en XXXV Congreso de Derecho Procesal, Homenaje al doctor Hernando Morales Molina, Universidad Libre, Instituto de Derecho Procesal, Colombia, 2014.
- VILLAMIL PORTILLA, EDGARDO, *Juramento Estimatorio en el Código General del Proceso*, Ponencia presentada en el XXXV Congreso de Derecho Procesal, Cartagena Colombia, en XXXV Congreso de Derecho Procesal, Homenaje al Doctor Hernando Morales Molina, Universidad Libre, Instituto de Derecho Procesal, Colombia, 2014.



II

HACIA DÓNDE VA EL DERECHO PENAL COLOMBIANO A PROPÓSITO DE LAS REFORMAS RECIENTES

ADOLFO MURILLO GRANADOS¹

A manera de introducción

Para empezar es importante destacar que el título escogido no es original, se inspira en la denominación de dos obras de dos importantes autores hispanoparlantes –Eugenio Raúl Zaffaroni² y Gonzalo Quintero Olivares³– aunque se concentra en el análisis de las leyes recientes para poner en evidencia lo que está sucediendo con el Derecho Penal colombiano. El propósito esencial de estas reflexiones es examinar qué está sucediendo con el Derecho Penal colombiano, previo análisis de las tendencias que se registran en la actualidad para tomar posición frente a la orientación que se advierte en las últimas reformas.

El Derecho Penal colombiano a partir de la Constitución de 1991

La adopción de una Constitución con las características de la de 1991, tuvo clara incidencia en la concepción del Derecho Penal colombiano puesto que al fortalecer la Carta de derechos, elevar a la categoría de norma constitucional algunas instituciones propias del Derecho Penal, introducir nuevas herramientas para la defensa de la Constitución, definir su carácter normativo y crear un sólido Tribunal Constitucional, sentó las bases para que se iniciara el denominado proceso de constitucionalización del Derecho Penal.

-
1. Abogado. Especializado en derecho penal y criminología y en derecho constitucional. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal en los programas de las universidades Libre de Cali y Santiago de Cali. Profesor en especializaciones de Derecho Penal, en Maestrías de Derecho Penal y de Derecho Constitucional. Autor de publicaciones sobre la materia. Miembro de los grupos de investigación en Derecho Penal y Derecho Procesal de la Universidad Libre seccional Cali. Conjuez de los Tribunales Superiores de Cali y Buga. Abogado en ejercicio.
 2. Zaffaroni Eugenio Raúl. Hacia dónde va el poder punitivo. Medellín. Sello Editorial Universidad de Medellín. 2009.
 3. Quintero Olivares Gonzalo. Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles. Madrid. Thomson, Civitas. 2004.

La constitucionalización del Derecho Penal se advierte por un lado, porque la Carta incorpora preceptos, valores y postulados que inciden de manera significativa en el Derecho Penal, orientando y determinando su alcance.

La consecuencia de lo anterior es que el legislador no goza de una discrecionalidad absoluta para determinar el contenido de las disposiciones penales, puesto que debe respetar los derechos constitucionales de las personas que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado.

La Constitución no define de una vez por todas el Derecho Penal, porque el legislador tiene ante sí un espacio relativamente autónomo caracterizado por los valores, presupuestos y finalidades fijados por la Carta.

Dentro de esos límites son posibles diferentes desarrollos de la política criminal, que se materialicen las diversas opciones que la misma ofrece en función del pluralismo y la participación democrática, como el ejercicio de la libertad de formación democrática o la libertad de configuración política del legislador.⁴

Si bien se ha advertido que la Constitución no define en términos estrictos la política criminal del Estado, es evidente que fija las bases para su definición y que el Congreso debe hacerlo siguiendo pautas que aseguren la vigencia de las garantías individuales, por ello entre la política criminal y la dogmática se establece una relación inescindible.

Como lo advierte Zipf, la política criminal constituye un «sector objetivamente delimitado de la política jurídica general: Es la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal» y por ello puede definirse como «obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal».⁵

Por ello, para que el sistema penal pueda rendir con eficiencia frente al delito es necesario reflexionar metódicamente sobre el papel que cada uno de sus componentes ha de jugar en el enfrentamiento contra la criminalidad.

Es necesario considerar cuáles son los requisitos o exigencias que cada uno de esos institutos debe asumir para cumplir con eficacia su función. La política penal no puede ser reducida a ser política de aplicación de la ley penal. Corresponde preguntarse, en primer término, cómo debe procederse para conseguir leyes penales razonables y se afirma que es necesario que los responsables legislativos pongan el mayor interés en las distintas etapas, esto es, la prelegislativa, la legislativa y lo postlegislativa.⁶

4. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de febrero 19 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

5. Heinz Zipf. Introducción a la Política Criminal. Editorial Revista de Derecho Privado. Jaén. 1979. Págs. 3 y 4.

6. Herrero Herrero César. Política criminal integradora. Dykinson. 2007. Pág. 167 y siguientes.

El Congreso, titular de la potestad de configuración legislativa, debe, en principio, definir una postura frente al papel que debe jugar el Derecho Penal en el contexto social, sin perder de vista los lineamientos constitucionales, que equivale a decir sin desconocer el denominado «programa penal de la Constitución». Naturalmente debe apoyarse en el desarrollo de la dogmática penal y reconocer las nuevas realidades sociales y las opciones que ofrece el Derecho Penal en la actualidad.

Es frecuente encontrar en los desarrollos teóricos modernos alusiones a un «viejo derecho penal» y a un «nuevo derecho penal» que se hacen coincidir con el paralelo entre la sociedad tradicional y la sociedad moderna, inmersa esta última en los avances científicos y que ha sido considerada una «sociedad de riesgo».

Dentro de la sociedad moderna se encuentran calificaciones para el Derecho Penal, que pasa a ser denominado derecho penal de riesgo, derecho penal del enemigo, derecho penal simbólico y derecho penal promocional, en consideración al papel social que se le asigna.

Estas nuevas vertientes del Derecho Penal han sido causa de preocupación en importantes sectores doctrinales, que consideran que la nueva legislación penal lesiona de manera múltiple los principios del Estado de derecho, porque le atribuye al individuo responsabilidad por desarrollos sociales defectuosos que escapan a su control y erige al Derecho Penal en simple medio de dirección social sin referencia a los bienes jurídicos tradicionales, pensamiento que ha sido sistematizado bajo la denominación de Escuela de Frankfurt, a la que se atribuye un «discurso de la resistencia» no exento de críticas por parte de quienes se ubican en el otro extremo.

El sector que critica la aparición del «derecho penal moderno» lo tilda de *antigarantista* por su ruptura con las garantías penales del modelo liberal, le atribuye ocuparse de la protección de bienes jurídicos universales o colectivos que trae como consecuencia la tendencia a «licuar, espiritualizar o desmaterializar» el concepto de bien jurídico, pudiéndose dar tal carácter a cualquier sustrato social inmaterial al que se atribuya un valor, aunque en realidad solo constituyan funciones, es decir, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o económica, razón por la que en el «derecho penal moderno» el concepto de bien jurídico tendría un sentido solo «nominal».⁷

7. Hassemer, citado por Luis Gracia Martín en «Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia». Tirant lo Blanch. Valencia 2003.

Por su parte, quienes defienden el discurso de la modernización sostienen que la totalidad de los principios, criterios e instrumentos dogmáticos de la modernización se ajustan a los requerimientos del Estado de Derecho, pero presenta rasgos diferenciales frente a la concepción tradicional porque busca integrar toda la criminalidad material propia de las clases poderosas, que han logrado mantener excluida gracias al dominio que han ejercido sobre el principio de legalidad y a que su discurso es la «realización histórica de la utopía de la burguesía».⁸

Hassemer,⁹ refiriéndose a las tendencias del Derecho Penal en Alemania, sintetiza la actual situación en los siguientes términos: Se pasa de la formalización y la vinculación a principios valorativos a una especie de tecnología social, que se convierte en instrumento político en ámbitos como el económico, medio ambiente, salud pública y seguridad del Estado, que se manifiestan en el interés por combatir los «problemas más difundidos» a través de la protección preferente de bienes jurídicos universales en lugar de los tradicionales, el creciente empleo de delitos de peligro abstracto y el aumento sensible de las penas con finalidades preventivo-generales intimidatorias.

Al plantear la distinción entre el «viejo» y el «nuevo» derecho penal, destaca que en la concepción clásica, el Derecho Penal cumple una función estabilizadora de las condiciones del contrato social, es el derecho que castiga y pretende evitar las lesiones de la libertad. El Derecho Penal es un medio violento de represión, pero también instrumento de garantía de la libertad ciudadana.

Gracia Martín caracteriza el «derecho penal moderno» como el «conjunto integrado por las nuevas figuras delictivas a las legislaciones penales y por las modificaciones -o agravaciones- de las tradicionales, con el fin, en todos los casos, de extender la intervención penal a conductas y a ámbitos de la realidad social del presente que estaban excluidos de la punibilidad en el sistema tradicional de la Parte Especial, o bien, en su caso, para dispensar a determinados hechos tradicionalmente punibles un tratamiento penal más severo cuando concurren determinadas circunstancias a las que en el presente se atribuye un significado especialmente relevante desde el punto de vista penal».¹⁰

8. Gracia Martín Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Tirant lo Blanch. Valencia 2003.

9. Winfried Hassemer. Persona, mundo y responsabilidad. Editorial Temis Bogotá. 1999.

10. Luis Gracia Martín. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Tirant lo Blanch. Valencia 2003.

El Derecho Penal, dentro del paradigma moderno, cambia en cuanto la protección de bienes jurídicos deja de ser un criterio negativo, convirtiéndose en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, es decir, se convierte en exigencia para la penalización de determinadas conductas. Pasamos de la «prohibición de exceso» a la prohibición de defecto. Se exagera la idea de prevención, a través de la agravación de los marcos penales, dramáticas ampliaciones de las facultades de intervención y la utilización de instituciones de derecho penal premial.

De igual manera, se caracteriza por el propósito de utilizar el Derecho Penal como instrumento de «*pedagogía social*» que lleva a considerarlo no como *última ratio* sino como primera o «*sola*» solución de los problemas sociales. El Derecho Penal se ha convertido en un medio de dirección social.

El Derecho Penal deja de ser instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, para asumir el papel de instrumento de una política de seguridad, perdiendo su *status* frente a las funciones de las otras ramas del ordenamiento jurídico, desarrollando la pretensión de convertirse en un instrumento de transformación.

La *violencia*, elemento integrante de la vida cotidiana, ampliamente difundida en sus diferentes manifestaciones por los medios de comunicación, se ha convertido en regulador de la política criminal y la seguridad ciudadana aparece con mayor intensidad como un bien jurídico. Cuando la violencia se convierte en elemento central de la percepción social, los conceptos cambian, pues ya no se hablará de fin terapéutico sino de instrumentos efectivos y altamente intervencionistas en la lucha contra la violencia y el delito.

Una sociedad con estas características, no concibe el Derecho Penal como garantía de la libertad, porque lo que necesita es un «arsenal» de medios efectivos de lucha contra el delito y de represión de la violencia. El delincuente tiende a convertirse en un enemigo y el Derecho Penal en un «*derecho penal para enemigos*».

Silva Sánchez,¹¹ tomando como referencia lo ocurrido en la legislación española, destaca que no es extraño que la expansión del Derecho Penal se presente como un permanente recurso a la legislación penal, para dar aparente solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico lo que debería resolverse en el nivel instrumental.

11. Jesús María Silva Sánchez. La expansión del derecho penal. Madrid. Civitas. 1999.

Los desarrollos del Derecho Penal en Europa, especialmente en Alemania, han planteado la necesidad de revisar los modelos tradicionales, para dar entrada a nuevas manifestaciones, que pueden ser ubicadas como «el viejo y buen derecho penal» «el derecho penal de riesgo» que serían posiciones antípodas o una intermedia que pretende la existencia de un «Derecho Penal de dos velocidades», teniendo en cuenta que han surgido tendencias que acogen elementos estructurales como los delitos de peligro abstracto, de peligro cumulativo, las remisiones estructurales y la flexibilización en la apreciación del nexo causal, orientadas a enfrentar nuevas clases de delincuencia como la socioeconómica o la ambiental.

La adopción de este «nuevo» derecho penal ha propiciado la aparición de nuevos bienes jurídicos con la pretensión de regular relaciones sociales novedosas que más que novedad representan complejidad, asunto problemático porque el Derecho Penal adopta como objeto de protección fenómenos sociales demasiado complejos enfrentando tres efectos perversos como son que el contenido del bien jurídico no se traduce fácilmente en estado de cosas tangibles lo que dificulta establecer qué conductas lo pueden afectar volviendo difuso el concepto de lesión del bien jurídico o de su puesta en peligro, otro efecto es que cuando el bien jurídico se define en términos muy abstractos se torna difícil de justificar como objeto de protección del Derecho Penal y por último la definición de los bienes jurídicos mediante la referencia a fenómenos macro sociales constituye un método erróneo para la formulación de una política criminal.

Cambia igualmente el paradigma tradicional del Derecho Penal, orientado a la prevención de riesgos calculables, para orientarse a la precaución ante la incertidumbre e incalculabilidad de los riesgos.

Los desarrollos del Derecho Penal en Europa, especialmente en Alemania, han planteado la necesidad de revisar los modelos tradicionales, para dar entrada a nuevas manifestaciones, que pueden ser ubicadas como «el viejo y buen derecho penal» «el derecho penal de riesgo» que serían posiciones antípodas o una intermedia que pretende la existencia de un «Derecho penal de dos velocidades», teniendo en cuenta que han surgido tendencias que acogen elementos estructurales como los delitos de peligro abstracto, de peligro cumulativo, las remisiones estructurales y la flexibilización en la apreciación del nexo causal, orientadas a enfrentar nuevas clases de delincuencia como la socioeconómica o la ambiental.

Una postura liberal extrema, orientada a recuperar el clásico Derecho Penal, propende por devolver a las otras ramas del ordenamiento jurídico el monopolio sobre sectores en los que ha incursionado el Derecho Penal causando la hipertrofia que se ha venido denunciando, como por ejemplo al derecho administrativo, reservando el Derecho Penal para los delitos nucleares que se preocupan por la protección de los derechos subjetivos individuales.

La posición intermedia propone la creación de un derecho penal de dos velocidades o derecho de intervención, que se ubicaría entre el derecho penal nuclear y el derecho administrativo sancionador, que se caracterizaría por ser un sistema jurídico al margen del Código Penal pero regido por criterios penales que se ocupe de modalidades especiales de delincuencia como la económica, medioambiental o en materia de drogas. En este modelo se flexibilizarían las garantías materiales y procesales, pero no se recurriría a la pena privativa de la libertad sino que privilegiaría los fines preventivos.¹²

Autores como Silva Sánchez plantean la existencia de un derecho penal de tres velocidades entre las que se distinguen un primer sector en el que se imponen penas privativas de la libertad y se mantienen intactos los principios tradicionales, un segundo sector en el que solo se impondrían penas pecuniarias o privativas de derechos con una flexibilización de los principios y reglas clásicos y un tercer sector que estructuraría el denominado derecho penal de enemigo en el que coexistían la imposición de penas privativas de la libertad y la flexibilización de los principios político criminales y de las reglas de imputación.

Se ha desarrollado recientemente la noción de un *derecho penal de riesgo* que tendría como finalidad enfrentar los nuevos riesgos que la sociedad genera, orientación que ha sido objeto de críticas porque se le atribuye poner en peligro los principios básicos que se ha querido que limiten el poder punitivo así como sus garantías y su aplicación, aunque hay quienes consideran que tales transformaciones son inevitables debido a los cambios sociales que se están produciendo y permite enfrentar con medios más idóneos fenómenos novedosos de criminalidad. El concepto de Derecho Penal de riesgo surge asociado a la teoría de la sociedad de riesgo.

El desarrollo y el progreso científico y tecnológico propicia actividades que se caracterizan por originar multitud de «nuevos» riesgos, como por ejemplo la tecnología atómica, la informática, la genética, la fabricación y comercialización de productos potencialmente peligrosos para la vida y la salud, creando lo que se ha denominado una «sociedad de objetiva inseguridad».¹³

Cambia igualmente el paradigma tradicional del Derecho Penal, orientado a la prevención de riesgos calculables, para orientarse a la precaución ante la incertidumbre e incalculabilidad de los riesgos.

12. Gorriz Núñez Elena. Posibilidades y límites del derecho penal de dos velocidades. En Temas de derecho penal económico. Editorial Trotta. 2004.

13. Gracia Martín Luís. Ob. Cit Pág. 63.

Dentro del derecho penal moderno, se ubica igualmente el *derecho penal económico*, configurado bajo el influjo de las nuevas realidades económicas, de las relaciones de nuevo estilo, cuyo núcleo está constituido por tipos penales orientados a la protección de nuevos bienes jurídicos, que suelen denominarse colectivos, universales o supraindividuales, o intermedios como los denomina *Tiedemann* como por ejemplo los relativos a la competencia, a los intereses de los consumidores, de los trabajadores, abusos de instrumentos en el tráfico económico moderno como la falsificación de balances, el abuso de cheques, de tarjetas de crédito o de equipos informáticos.

El auge de la globalización que acarrea la reducción de los límites que tradicionalmente los Estados imponen a las operaciones económicas con el exterior ha dado pie al incremento y la fluidez de la actividad y de las transacciones económicas, que conlleva la aparición de condiciones para manifestaciones de una nueva criminalidad asociada a la globalización, que es un fenómeno de significado fundamentalmente económico.

La criminalidad de la globalización por su contenido es esencialmente económica y empresarial puede adaptarse a tipologías ya existentes o asociadas a transacciones internacionales ilícitas por su naturaleza como el tráfico internacional de drogas, moneda falsa, órganos humanos, personas para la prostitución, blanqueo de capitales, niños para la adopción internacional y la corrupción política y de funcionarios estatales, que por sus características requieren de elementos de organización, transnacionalidad y poder económico, tomando los ribetes de *criminalidad empresarial organizada*.

La doctrina también se ocupa de lo que se ha denominado «*derecho penal simbólico*» que se fundamenta en figuras que parecen únicamente destinadas a proporcionar réditos políticos a corto plazo a quienes las aprueban sin que realmente merezcan atención, tan solo cumplen efectos simbólicos, tienen como propósito la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.

Dentro de esta perspectiva, el Derecho Penal carece de la capacidad instrumental para brindar a la sociedad y sus miembros la seguridad requerida frente a la amenaza de nuevos riesgos, no obstante se recurre por parte del legislador a sabiendas de su incapacidad para resolver eficazmente esos problemas al Derecho Penal, creando nuevos tipos penales incluso inaplicables, con el único fin de producir el efecto meramente aparente de que con la criminalización de los comportamientos vinculados a los nuevos riesgos da al problema la solución eficaz que se demanda o con el fin pedagógico de que la sociedad adquiera la conciencia de respetar determinados valores o el comportamiento estándar en ciertas actividades.

La adopción de ciertos valores por parte del constituyente y el propósito de generalizarlos apelando con tal propósito al Derecho Penal, ha configurado una nueva expresión de la disciplina, que se conoce como *derecho penal promocional*, caracterizado entonces porque el instrumento penal se utiliza para promover en la comunidad o un sector de ella ciertos valores o principios que son considerados deseables o adecuados por la opinión mayoritaria, es lo que sucede con el valor de la solidaridad impuesto a través de normas como la que penaliza la omisión de socorro y la omisión de denuncia.

Desde esta perspectiva el Derecho Penal deja de ser un modelo de contra motivación de las conductas para pasar a promover o propulsar valores, fines culturales o fines sociales previstos en la Carta, tendría que cumplir una especie de función propulsora de ciertos fines o postulados del Estado social intervencionista, el Derecho Penal tendría que asumir una función de carácter pedagógico.¹⁴

Cuando la norma penal asume la función «educadora del pueblo» se amplía la posibilidad para que aparezcan delitos de deber y se abre la puerta para que se estructure un derecho penal de la conciencia, como lo destaca *Aponte Cardona*.

Nuestro derecho no ha estado al margen de estos desarrollos y ello se evidencia en el tipo de disposiciones que progresivamente se han incorporado al catálogo de conductas punibles, los desarrollos jurisprudenciales y las posturas asumidas por la doctrina.

Pero, no puede perderse de vista que el análisis de conveniencia y oportunidad que compete hacer al legislador cuando pretende intervenir penalmente determinada conducta debe estar acompañado de la reflexión constitucional correspondiente para no desconocer los límites correspondientes y materializarse utilizando técnicas de legislación que hagan posible el respeto a los principios, derechos y garantías constitucionales, para lo que la dogmática jurídica se constituye en una herramienta importante.

Luego de hacer la revisión de las disposiciones constitucionales que determinan el contenido del Derecho Penal, puede decirse que al legislador se le reconoce un amplio margen de configuración del Derecho Penal, sin embargo no puede desconocer los límites que emanan de los valores, principios, derechos, libertades y garantías contenidas en la Constitución ni perder de vista el papel que juega el bien jurídico en la definición del Derecho penal.

14 Aponte Alejandro. Legalismo vs. Constitucionalismo: Institucionalización de la función penal y superación de una antinomia. En *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*. Legis 2001.

No es posible afirmar que la Constitución tome partido definido por alguna de las opciones teóricas que han sido desarrolladas, de tal manera que es compatible con la Constitución el denominado derecho penal mínimo, el derecho penal de los derechos humanos, pero también tienen cabida dentro de la Constitución del denominado derecho penal del enemigo, el derecho penal simbólico, el derecho penal promocional, el derecho penal de riesgo, el derecho penal de la globalización, el derecho penal de la seguridad, siempre que no desborden los límites antedichos.

Muy seguramente la utilización excesiva del Derecho Penal puede ser objeto de críticas desde la perspectiva político criminal pero no necesariamente cuestionada desde el punto de vista constitucional. Sin embargo, debe señalarse que la ampliación de los contenidos penales entraña un mayor reto para el legislador por cuanto al no proceder de manera coherente puede vulnerar los límites constitucionales mencionados por acción o por omisión, por lo que cobra importancia la adaptación de parámetros claros de política criminal, de política criminal y de dogmática penal.

Como se ha señalado, la Constitución no toma partido por una tendencia u orientación determinada de política criminal o de Derecho Penal, muy seguramente se podrá afirmar una mayor compatibilidad de la orientación política dominante en la Constitución con alguna orientación, sin embargo, fácilmente se podrá concluir que en la medida en que se acuda con mayor frecuencia al Derecho Penal –es decir que se privilegie el Derecho Penal como alternativa para enfrentar ciertas situaciones y se produzca una inflación penal- la necesidad de las herramientas que suministra la dogmática -en particular de la dogmática penal- será mayor y no acudir a ellas va a potenciar la posibilidad de incurrir en errores como la falta de precisión en la descripción de las conductas, la indeterminación de los sujetos a quienes va dirigida la norma o a quienes se pretende proteger o la falta de coherencia y proporcionalidad frente a la totalidad del ordenamiento, terreno abonado para que surjan reclamos por tratamiento discriminatorio en determinados casos o déficit de protección en otros, y por ende a eventuales acciones por omisiones del legislador.

En síntesis, debe decirse que la utilización adecuada de las herramientas que ofrece la dogmática penal tanto por parte del legislador como por parte de quienes examinan críticamente su trabajo disminuiría sustancialmente los riesgos de generar omisiones legislativas.

Es en este contexto que se plantea una reforma integral a la legislación penal en el año 2000, que busca en lo esencial acoger los nuevos desarrollos constitucionales y las tendencias dogmáticas imperantes sin comprometerse abiertamente con alguna de ellas, por lo que se anuncia un cuerpo normativo fundado en la Constitución, pero de dogmática abierta.

La Ley 599 de 2000

Para los propósitos de este análisis es importante destacar de la Ley 599 de 2000 algunos aspectos que se anunciaron en la exposición de motivos y que fueron finalmente recogidos en el texto que contiene lo que podría denominarse la columna vertebral del Derecho Penal sustantivo colombiano, a saber:¹⁵

- Introducir reformas estructurales para superar la costumbre de legislar en forma coyuntural.
- Adecuar el sistema normativo al nuevo concepto de Estado y a los fundamentos que permiten identificar aquellos bienes jurídicos que el constituyente pretendió proteger, entendiendo que la teoría del bien jurídico tiene un fondo constitucional.
- Partir del principio de intervención mínima, para configurarlo como disciplina de «última ratio», conjugándolo con el principio de proporcionalidad entendido como la necesidad de adecuar la sanción a la gravedad del hecho tipificado que se ha cometido.
- Concebir un código que permitiera que la base normativa se ajustara a la velocidad social y encontrar una concatenación entre el ser humano y la normatividad.
- Conseguir una política criminal coherente que partiera de la realidad social y permitiera la interpretación a través de la normatividad constitucional permitiendo su adaptabilidad permanente a los cambios de la sociedad.
- Acabar con la profusa legislación de carácter especial y paralela en materia penal para recodificar la materia en lo que pudiera denominarse «Derecho Penal Fundamental».

Independientemente de los reparos dogmáticos que se puedan hacer a dicha ley, en términos generales, podría decirse que finalmente la ley termina siendo coherente con los propósitos anunciados.

15. Tomado de la exposición de motivos publicada en la Revista de Derecho Penal No. 8. Editorial Leyer. Págs. 238 a 271.

La legislación posterior al año 2000

Después de más de diez años de efectiva vigencia de la Ley 599 de 2000, se registran más de 45¹⁶ modificaciones de diferentes aspectos de la normatividad original expedidas con finalidades muy diversas y con las consecuencias naturales de inseguridad jurídica derivada de los vertiginosos cambios y la hipertrofia normativa.

Debe reconocerse al legislador penal que a diferencia de lo que sucedía con anterioridad, los diferentes estatutos y disposiciones modificatorias han sido incorporados al cuerpo del código penal evitando la dispersión que imperaba en otras épocas, por lo que el código actual incorpora numerales y literales respecto de determinadas conductas.

Las modificaciones en cuestión no afectan en lo sustancial la parte general de la codificación salvo algunas precisiones que tienen que ver con modalidades de ejecución de la pena y requisitos para subrogados.

El impacto principal se ubica en la parte especial, que se ha ensanchado de manera significativa. La tendencia imperante es el endurecimiento de las penas existentes y la adición de nuevas descripciones típicas.

Algunas de las disposiciones mencionadas introducen requisitos adicionales para acceder a algunos subrogados o incorporan la prohibición expresa de su concesión respecto de determinadas conductas, con las implicaciones que esto tiene sobre el sistema de ejecución de penas y de materialización de medidas cautelares.

En síntesis, si bien el legislador colombiano ha tratado de dar respuesta a diferentes circunstancias de nuestra realidad, su reacción no siempre ha sido adecuada y coherente, impactando de manera negativa la totalidad del sistema penal, al considerar que la única respuesta a las nuevas formas de criminalidad es la tipificación de comportamientos o el incremento de penas, dejando de lado hacer un examen integral frente a la noción sistema penal.

16. Ley 679 de 2001, Ley 733 de 2002, Ley 738 de 2002, Ley 747 de 2002, Ley 759 de 2002, Ley 777 de 2002, Ley 788 de 2002, Ley 813 de 2002, Ley 882 de 2004, Ley 890 de 2004, Ley 919 de 2004, Ley 975 de 2005, Ley 1028 de 2006, Ley 1032 de 2006, Ley 1098 de 2006, Ley 1121 de 2006, Ley 1142 de 2007, Ley 1154 de 2007, Ley 1181 de 2007, Ley 1200 de 2008, Ley 1220 de 2008, Ley 1236 de 2008, Ley 1257 de 2008, Ley 1273 de 2009, Ley 1309 de 2009, Ley 1311 de 2009, Ley 1326 de 2009, Ley 1329 de 2009, Ley 1336 de 2009, Ley 1356 de 2009, Ley 1357 de 2009, Ley 1393 de 2010, Ley 1426 de 2010, Ley 1445 de 2011, Ley 1453 de 2011, Ley 1474 de 2011, Ley 1482 de 2011, Ley 1520 de 2012, Ley 1542 de 2012, Ley 1639 de 2013, Ley 1675 de 2013, Ley 1696 de 2013, Ley 1709 de 2014 y Ley 1719 de 2014, Ley 1752 de 2015, Ley 1761 de 2015 y Ley 1762 de 2015.

El Estatuto de seguridad ciudadana. Su significado desde el punto de vista político criminal y dogmático

Teniendo en cuenta que la denominada ley de seguridad ciudadana¹⁷ incluye medidas penales, de procedimiento penal, relacionadas con la extinción de dominio, con el código de infancia y adolescencia y en materia de seguridad y convivencia en el deporte profesional, nuestra atención se centrará en algunos aspectos relacionados con las medidas de contenido penal destacando los siguientes aspectos:

El recurso a los denominados bienes jurídicos intermedios

Muchas de las disposiciones incorporadas a la legislación so pretexto de propender por crear condiciones adecuadas de seguridad se fundamentan en la protección de bienes jurídicos catalogados como intermedios o con referencia personal.

Cuando se hace referencia a los denominados bienes jurídicos intermedios, en principio se alude a la frecuente configuración de tipos penales en los que se da cabida simultáneamente a intereses de los particulares y colectivos.¹⁸ Frente a esta tendencia expansiva del Derecho Penal se plantean muy variadas críticas, entre las que se pueden destacar, el abuso de la incriminación de comportamientos contra bienes jurídicos altamente imprecisos a través de delitos de peligro abstracto convirtiendo al Derecho Penal en un instrumento de control de los grandes problemas sociales, lo que acarrea importantes disfunciones técnicas orientadas a alcanzar la máxima eficacia en el control de los nuevos procesos de riesgo y de problemas sociales complejos con evidentes desvaríos en aspectos trascendentales como los de autoría, participación, causalidad, dolo e imprudencia.¹⁹ Desde el punto de vista del bien jurídico ya no se pretende la protección de intereses humanos concretos, sino la protección de instituciones sociales o «unidades funcionales de valor».²⁰

Estos se dirigen a tutelar de manera ambivalente intereses individuales y supra-personales, se caracterizan en lo fundamental porque: (i) son bienes de signo supra-personal, (ii) tienen una vinculación a un bien personal, (iii) obedecen a una decisión legislativa, (iv) corresponden a bienes colectivos y personales como intereses homogéneos o situados en una misma línea de ataque, (v) existe una relación de complementariedad entre el bien colectivo y el bien personal y (vi) las conductas suponen un riesgo potencial para una pluralidad de víctimas.²¹

17. Ley 1453 de 2011

18. Mata y Martín Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada. Editorial Comares. 1997.

19. *Ibidem*. Pág. 4

20. *Ibidem*. Pág. 5

21. *Ibidem*. Págs 21 a 24

La utilización de este tipo de bienes jurídicos suele ser justificada con argumentos como (i) las dificultades para precisar la lesión de los bienes colectivos, (ii) la tutela anticipada de bienes personales y (iii) la relación de complementariedad entre los bienes protegidos y la tutela anticipada como realidades armónicas.²²

Sin embargo, debe decirse siguiendo a Ferrajoli que:

Prosigue la expansión incontrolada de la intervención penal que parece haber llegado a ser, al menos en Italia, el principal instrumento de regulación jurídica y de control social, aunque sólo sea por la total ineficiencia de los otros tipos de sanciones: civiles, administrativas, disciplinarias, políticas. Desde las pequeñas infracciones contravencionales hasta las variadas formas de ilícitos en materia monetaria y comercial, desde la tutela del ambiente y de otros intereses colectivos hasta la represión de las desviaciones políticas y administrativas de los poderes públicos, cada vez más la sanción penal aparece como la única forma de sanción y la única técnica de responsabilización dotada de eficacia y de efectividad. De ahí ha resultado tal inflación de los intereses penalmente protegidos, que se ha perdido toda consistencia conceptual de la figura del bien jurídico.

La seguridad puede ser garantizada a través de medidas de diversa índole, jurídicas, económicas, presupuestales, militares, sociales, educativas, pero todas ellas, tienen como límite la normativa constitucional, esto es, deben ser diseñadas las políticas de seguridad, dentro de los límites que trazan los principios, valores y derechos reconocidos en la Carta, definiéndose el perfil del programa de gobierno en lo que atañe a esta materia, por el énfasis que se dé a los diversos componentes.

Las condiciones del orden público interno, la estabilidad normativa, la eficacia del sistema penal, la seguridad ciudadana, la inexistencia de marcadas inequidades sociales, las adecuadas condiciones de salubridad, empleo, educación vivienda, entre otras, constituyen soporte fundamental de la seguridad pública, por lo tanto, si bien se acepta, que las adecuadas condiciones de orden público constituyen uno de los pilares de la seguridad, no son exclusivas en esta materia, como parecen entenderlo algunos líderes en este hemisferio y en Colombia especialmente.

La seguridad, en su sentido más general, «es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si estos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación».²³

22. *Ibidem*. Págs. 34 a 45

23. Delos J. T. Los fines del derecho, Pág. 47, citado por Máximo Pacheco en su Teoría del Derecho. Editorial Temis.

La seguridad pública ha sido definida por el Tribunal Constitucional español como «actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano».

La seguridad es un sentimiento vulnerable, que puede ser influido por las circunstancias, por la experiencia propia o ajena y por la información que sobre los hechos reciben los individuos. Por esto, los medios de comunicación tienen una incidencia singular en la sensación de seguridad del colectivo a través del tipo de información que difunden y de manera directa en algunas oportunidades y en otras en forma indirecta, juegan un rol de trascendencia cuando de definir las políticas de seguridad se trata.

No cabe duda, que por el papel que a las autoridades públicas corresponde asumir dentro de la organización social, como garantes de los derechos y libertades de los individuos y garantizadas de los fines del Estado, tienen a su cargo el diseño, desarrollo e implementación de políticas públicas que confluyan a garantizar seguridad a los habitantes del territorio, sin desconocer los atributos esenciales del ciudadano, reconocidos de manera muy clara por la vía de su positivización.

Es una tentación frecuente para los poderes políticos pretender utilizar como un factor de prevención, no la racionalidad, sino el endurecimiento de la ley penal. Tal tentación aun suponiendo que sea sincera, constituye un espejismo, pues cuando las leyes penales se endurecen aunque sea únicamente las dictadas para situaciones excepcionales o para delitos especialmente alarmantes desde la perspectiva social, todo el sistema se reciente, pues todas las normas tienden a contagiarse de los principios propios de las normas excepcionales y todas pueden convertirse en sospechosas.

El ordenamiento jurídico no puede combatir a quienes se enfrentan al ordenamiento situándose por fuera de los principios básicos del mismo ordenamiento. Esto lógicamente sería insoportable, jurídicamente una situación injusta, políticamente el comienzo de la tiranía y socialmente un fraude.

En este aspecto, le asiste razón a *Ferrajoli* cuando advierte que la existencia de elementos normativos y prácticas que riñen con los principios constitucionales, como la formulación de términos vagos e imprecisos de las figuras de delito, la previsión de delitos de sospecha, la prisión provisional, los ataques a la presunción de inocencia, la expedición de disposiciones que dan vida a un derecho penal, procesal y administrativo de competencia de la policía, la asunción de medidas de prevención, de orden público y por los numerosos poderes instructorios y de limitación cautelar de la libertad personal atribuidos en vía subsidiaria a la policía judicial.

Una política penal de orden público entraña especiales peligros, porque la excepcionalidad se trasmite a toda la estructura del aparato represivo del Estado, los institutos penales se interpretan o utilizan al máximo de su potencialidad represiva, el derecho termina por convertirse en una organización de la fuerza y la persecución penal de los delitos contra el orden público se convierten en una excelente coartada para introducir en el ordenamiento jurídico penal una serie de normas excepcionales útiles para introducir un hábito de flexibilidad en las garantías del Estado de Derecho.

Importante por lo ilustrativo, resulta el comentario consignado en el prólogo a la obra de Fernández Entralgo, por el Magistrado Movilla Álvarez que dice:

La ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana, es una muestra de un entendimiento de la Constitución como obstáculo a las exigencias del poder... como una especie de incomodo corsé que es necesario forzar, de ser posible sin romper las costuras, a fin de evitar que el poder quede inerte y privado de esa eficacia que debe primar a costa de todo, una eficacia que en muchas ocasiones no se sabe a quién beneficia pero sí contra quien va dirigida. Los derechos fundamentales y las libertades públicas dejan de ser esos valores objetivos básicos del Estado de derecho, para convertirse en recipientes vacíos dispuestos a ser rellenos a través de la pura discrecionalidad administrativa.

Debe entenderse entonces que la preservación del orden público no es una finalidad en sí misma, sino que constituye un valor subordinado a la dignidad humana, por lo que la preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático.

A pesar de que la Carta establece que el interés general prevalece sobre el particular y fija deberes a los particulares, destacándose en relación con el tema el deber de apoyar a las autoridades legítimas o la obligación de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, debe entenderse que el principio de prevalencia del interés general no implica que deban preferirse los intereses de la mayoría y el bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, por cuanto esa interpretación implica la anulación del mandato del artículo 5°. Que consagra la inalienabilidad de los derechos de la persona y su prevalencia.

Si el respeto de un derecho inalienable de la persona está sujeto a que este sea compatible con el bienestar colectivo, en cualquier momento las autoridades podrían invocarlo para limitar, restringir o anular ese derecho constitucional con lo cual la Carta quedaría privada de cualquier eficacia jurídica.

El dilema entonces es este:

O los derechos de la persona son verdaderamente derechos y entonces deben tener la virtualidad de limitar y condicionar las estrategias destinadas a lograr propósitos de interés

general o por el contrario, por la prevalencia del interés general, los derechos de la persona solo deben ser respetados en la medida en que sean compatibles con la realización de esos objetivos de interés general, con lo que dejan de ser derechos constitucionales con verdadera eficacia jurídica.

Se infiere, que los derechos de las personas representan límites que deben ser respetados por el Estado cuando buscan alcanzar objetivos de interés general, como la paz, la seguridad y la defensa nacional.

La consecuencia de esta línea de pensamiento es que el principio de prevalencia del interés general permite preferir la consecución de objetivos comunes sobre intereses particulares, siempre y cuando el interés particular no se encuentre amparado por un derecho constitucional.

La consecución de objetivos en materia de seguridad o de orden público no son suficientes para legitimar constitucionalmente la restricción o limitación de un derecho constitucional o para autorizar la consagración de determinados deberes a los particulares, si esas medidas resultan desproporcionadas y el objetivo no es específico e imperioso.

En desarrollo del deber de garantía, el Estado tiene la obligación de asegurar unas condiciones básicas de orden público y de convivencia pacífica, como presupuesto para que las personas puedan gozar verdaderamente de sus derechos.

Los propios instrumentos internacionales autorizan que en situaciones de especial gravedad las autoridades puedan decretar un estado de excepción y limitar la vigencia de ciertos derechos humanos. Sin embargo, la obligación estatal de asegurar la paz y el orden no permite a las autoridades olvidar su deber de respetar y no vulnerar los derechos humanos y por ello las políticas de seguridad están enmarcadas por el estricto respeto a los límites impuestos por los derechos humanos.

Un Estado de derecho debe armonizar la libertad y el orden, de tal forma que para lograr la seguridad no vulnere los derechos fundamentales y las libertades puedan ser ejercidas dentro de un orden justo, respetuoso del pluralismo y de la libertad crítica. En eso consiste el orden público democrático que aspiran a consolidar los regímenes constitucionales que fundan su legitimidad en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

Otro caso que puede válidamente mencionarse es el relacionado con la aplicación del tipo penal de explotación de menores de edad contemplado en el artículo 93 de la Ley 1453 de 2011. La conducta que describe correspondía a la hipótesis de trata de personas agravada, situación prevista por el legislador al derogar el artículo 231 de la Ley 599 de 2000, pese a ello se expide una nueva norma que recoge de manera importante la descripción típica de trata de personas, pero contempla una pena sustancialmente menor, lo que genera dificultades interpretativas

que se mantienen a pesar de los esfuerzos realizados por la Corte Constitucional al expedir la sentencia C-464 de 2014. Es un típico caso de sobre legislación.

Llama poderosamente la atención lo sucedido con la incorporación a la legislación colombiana del delito de *feminicidio*. Al respecto es importante destacar que el homicidio cometido en una mujer por el hecho de ser mujer pasa por distintos momentos y tratamientos legislativos.

En vigencia de la legislación anterior a la expedición de la Ley 1257 de 2008 y entendiendo que se trataba de un homicidio motivado por razones de discriminación contra la mujer era viable darle el tratamiento de homicidio agravado catalogando la motivación como un motivo abyecto, luego quizás con la pretensión de visibilizar el delito y especificar el tratamiento de este tipo de conductas, se adicionó un numeral al artículo 104 de la Ley 599 de 2009 especificando que un homicidio de estas características constituiría un homicidio agravado. Ahora es la Ley 1761 de 2015 que adiciona dos disposiciones al código penal, dándole tratamiento especial a feminicidio en el artículo 104A y el 104B que señala las circunstancias de aplicación aplicables a dicha conducta.

Una revisión detallada del precepto y de las penas previstas llevan a las siguientes conclusiones: Quien incurra en feminicidio en los términos del artículo 104^a recibirá una pena menor que la que recibiría de ser considerado un homicidio agravado (esto porque la pena pasa a ser de 250 a 500 meses mientras que si se tratara como un homicidio agravado la pena sería de 400 a 600 meses de prisión y en caso de concurrir alguna circunstancia de agravación la pena sería de 500 a 600 meses de prisión), por ello paradójicamente podría suceder que personas procesadas o condenadas en vigencia de la norma anterior podrían invocar por favorabilidad la aplicación del feminicidio.

A lo anterior debe agregarse, que las circunstancias precedentes o concurrentes que dan lugar a la tercera hipótesis de feminicidio son tan amplias y ambiguas que recogerían algunos supuestos de otros delitos convirtiendo esta conducta en un delito complejo (véanse los literales b, d y f) que impedirían incluso configurar un concurso de conductas punible so pena de violar el principio del non bis in ídem). En conclusión diríamos a partir de un estudio preliminar y apelando a expresiones coloquiales que «el legislador queriendo hacer mucho hizo muy poco».

De tiempo atrás en nuestra legislación se ha advertido una marcada tendencia a la utilización de la técnica de tipificación reforzada, que trae como consecuencia la inclusión de conductas de diversa gravedad, algunas incluso insignificantes en plano de igualdad ensanchando injustificadamente el ámbito de aplicación de los tipos penales, lo que trae en oportunidades como consecuencia anexa la reedición del concepto unitario de autor, categoría que se creía superada y que no permite dife-

renciar entre autores y partícipes acudiendo a criterios propios de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Otro aspecto preocupante es el relacionado con el desconocimiento del principio de proporcionalidad que no solamente se advierte en la situación que acaba de reseñarse, sino también en la asignación de penas que riñe con los más elementales criterios de la lógica (así, sucede por ejemplo con las penas asignadas a algunos delitos constitutivos de explotación sexual, el tráfico de niños, niñas y adolescentes, utilización de menores en la comisión de delitos y la fabricación, tráfico y porte de armas), lo que se suma a algunos casos de sobre legislación sobre la explotación de menores para la mendicidad que tenía plena cabida en la hipótesis de trata de personas agravada.

Hoy, se debate en el Congreso una norma que busca recoger el drama de las personas atacadas con ácidos o sustancias similares, que ya tuvo tratamiento en lo atinente a las lesiones personales y que busca ampliarse a otros supuestos, valdría la pena preguntarse si se justifica esta norma teniendo en cuenta que el numeral tercero del artículo 104 integra al tipo penal de homicidio el delito de empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos y en su cuarto inciso se refiere específicamente al lanzamiento de artefactos explosivos, elementos incendiarios o sustancias químicas que pongan en riesgo la vida, la integridad personal o los bienes.

En síntesis, se está generando un derecho penal que no se corresponde con los lineamientos de un Estado social de derecho, que restringe injustificadamente libertades ciudadanas.

Un programa de Derecho Penal mínimo debe entonces apuntar hacia una masiva deflación de los bienes penales actualmente tutelados por la ley, por lo tanto a una drástica reducción de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica, lo que riñe con la tendencia a la criminalización de la protesta social a través de fórmulas de elaboración bastante discutible desde el punto de vista constitucional como la tipificación la obstrucción de vías públicas que afecten el orden público.

El legislador, en materia penal, ha caído en el casuismo, cada situación que impacta a la opinión pública se traduce en norma penal entregándole una parcela de la legislación, propiciando un cuerpo normativo incoherente y desarticulado en contravía de lo que se espera de la legislación penal. Es notorio que se está usando al Derecho Penal de manera funcionalmente política, eso es solo circunstancial. No pertenece a la esencia del Derecho el ser un discurso justificador y una herramienta de poder; y en tanto se la use de esa manera no puede justificarse. Recorremos un peligroso camino hacia la expansión ilimitada del Derecho Penal, que al no responder a una política criminal definida genera incoherencias internas y desdibuja las garantías constitucionales so pretexto de generar seguridad.

III

EL DERECHO Y LA APUESTA A LO TRANSDISCIPLINARIO APUNTES SOBRE CÓMO ORIENTAR LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA DESDE EL AULA

JULIÁN ANDRÉS DURÁN PUENTES²⁴

1. Derecho, reduccionismo y contextualismo epistemológico

Si se tuviese que plantear la pregunta en torno a cuál es quizás la más grande dificultad interna del Derecho como formación del saber, sin duda, se tendría que responder qué es su definición epistemológica, es decir, el lugar que este ocupa en el mundo del conocimiento. La posibilidad de clasificar al Derecho como un saber con estatura «científica» ha sido uno de los grandes debates de la disciplina. Sin embargo, el interrogante ha sido contestado con ligereza en muchos casos, algo muy propio del pragmatismo de un saber que surge de la razón práctica, y en otros, por la especulación como instrumento de la *doxa* en su expresión más llana.²⁵

Es en este punto donde el debate por la enseñanza y la metodología vuelven a tener un importante papel al facilitar la tarea de conocer los cimientos propios de una disciplina relativamente nueva.²⁶ La epistemología y la pedagogía han estado siempre vinculadas, y a la hora de definir al Derecho como disciplina, la relación entre ambas se muestra muy útil. Nociones como «concepto», «método», «teoría», «demarkación», «deducción–inducción», «saber», «evolución», «selección», «co-

24. Abogado de la Universidad Santiago de Cali con Especialización en Derecho Penal de la misma Universidad. Licenciado y Magíster en Filosofía de la Universidad del Valle. Estudiante de Doctorado en Filosofía. Docente hora cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre seccional Cali. Desarrolla actividades investigativas con el Grupo «Derecho Procesal» que lideran los Drs. Ofelia Dorado y Herman Gómez. Email: julianduran76@hotmail.com. Las opiniones expresadas por el autor son de carácter exclusivamente personal y académico.

25. Ver la diferencia entre *Doxa* y *Episteme* entre los griegos. Ver Zuleta, Estanislao. *Acerca de la Ideología*, en *El Elogio de la Dificultad*. Editores Hombre Nuevo, 2005. p. 61.

26. En este punto es relevante destacar la diferencia entre un sistema de regulación legal, el cual puede tener orígenes ancestrales y el «Derecho» como un sistema de garantías, el cual tiene muy poco tiempo en la historia de la Humanidad. (La Carta de Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, es una buena muestra de ello).

munidad científica», entre otras, son ajenas a la reflexión jurídica. Dicha indiferencia ha mecanizado la disciplina y le ha hecho presa de restringidas formas de análisis que redundan casi siempre en argumentos o falacias de autoridad alrededor de una u otra solución.

En el marco de la epistemología moderna y contemporánea han aparecido dos términos que pueden contribuir a fundamentar el Derecho como una formación con capacidad de explicación y análisis. Dichas nociones son aquellas vinculadas al *reduccionismo* y al *contextualismo*.

Para la primera noción, el saber puede ser llevado a criterios mínimos, que, sobre la base de la formalización, podría contribuir a generar un tipo de conocimiento de carácter intra-disciplinar en el cual la teoría se valida así misma en sus propios conceptos. El Derecho y su enseñanza han tenido una forma específica de divulgación y de formación en este sentido: el legalismo y la formalización del Derecho, vinculadas a la liturgia judicial y el ritualismo han forjado una cultura de estas características.²⁷

Al lado de dicha forma de entender el Derecho, el contextualismo ofrece una visión distinta. La desilusión por la demarcación y cientifismo condujeron a la búsqueda de un «contexto de justificación» en el cual el Derecho es una más de las ciencias humanas que debe encargarse de descifrar las claves que permitan alcanzar una mejor sociedad. Una concepción del Derecho como «ciencia social» necesariamente requiere de una contextualización de los problemas jurídicos de tal forma que estos pueden ser referenciados con otras disciplinas y con otras formas de comprender la sociedad.

En este sentido, este pasa de ser un saber *intra-disciplinar* a ser una formación *interdisciplinaria* y *transdisciplinaria* en la cual no solo existe un *diálogo* entre las distintas formas de pensamiento, sino que también hay una transferencia de distintas formas de problematizar los conflictos y las dificultades del ser humano y la sociedad. Si el derecho es una formación humana y social la mejor manera de comprenderlo es a través de la referenciación y la comunicación de las disciplinas. De esta manera, se ha forjado una nueva modalidad para enseñarle.²⁸ En oposición a la liturgia judicial y la cabalística jurídica, el Derecho busca ahora ser transmitido a través de la historia, la sociología, la psicología y la filosofía como escenarios para comprender los problemas *nomológicos*, que, en últimas, son los problemas del ser humano, la sociedad, y porqué no decirlo, del lenguaje y la comunicación.²⁹

27. Ver López Medina, D. *Teoría Impura del Derecho*, Legis-Uniandes, 2008. Lo anterior, muy ligado al positivismo y a las tautologías de la autoreferenciación funcionalista.

28. Ver Kennedy, D. *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Siglo XXI, 2012.

29. Ver Habermas, J. *Facticidad y Validez*, Trotta, 1998. p. 120.

En este orden de ideas, queda claro que la relación «metodología-enseñanza-aprendizaje» debe pasar del *reduccionismo* epistemológico al *contextualismo* como una forma de integrar el Derecho a las ciencias sociales y humanas, compartiendo no solo sus métodos sino también su interdependencia histórica. Al orientarse, entonces, la investigación y la enseñanza en torno a contextos, puede surgir un instrumento que permita articular las distintas disciplinas para definirles pedagógica y epistemológicamente. Dicho instrumento se denomina «*pregunta*» y de forma mucho más estricta «*problema*».

Veamos, en adelante, cual es la importancia de este concepto para la construcción de conocimiento.

2. La metodología de «problemas» como herramienta epistemológica

Toda disciplina se forja a través de la construcción de problemas. Ello significa que, contrario a lo que se piensa en un paradigma reduccionista, no existe una relación «sujeto-objeto» que constituya una base para la producción de conocimiento. Dicha noción se torna infundada cuando descubrimos que el conocimiento no surge de la relación «sensación-percepción», como quizás lo pensaron los empiristas más puros, sino a través de *la pregunta* como un generador de inquietud es a partir de las cuales el conocimiento se ve estimulado y surge para generar preguntas y respuestas. Quizás ha sido *la filosofía* la que ha conservado, por encima de la *ciencia*, la premisa según la cual conocemos en la medida en que nos preguntamos por todo y sobre todo aquello que nos rodea.³⁰

La pregunta, o mejor el problema, como fuente de conocimiento y no el «objeto» como generador del mismo es una de las grandes conquistas epistemológicas que por encima del realismo o del empirismo ponen de presente la necesidad de considerar, en serio, un monismo metodológico que nos permite entrever cómo antes que teorías, métodos y problemas, existen paradigmas que forjan lo uno o lo otro sin importar si estamos en el mundo del Derecho o de la Física cuántica. No

30. Véase en Habermas cómo la lucha contra el positivismo implica la lucha contra la razón instrumental y el detenimiento de la reflexión. Ver, Habermas, J. *La lógica de las ciencias sociales*. Tecnos, 1996. p. 19.

solo es el «problema» el generador del saber sino también la construcción *argumentativa* alrededor del mismo lo que permite articular, muy claramente, la epistemología y la pedagogía.³¹

Queda claro, entonces, que no solo el derecho tiene una alta carga de inquietudes o problemas que generan debate y alimentan a la disciplina, sino que también el resto de las ciencias humanas y sociales han poblado sus ámbitos de reflexión. En este sentido, el concepto de «problema» es vital para comprender la relación entre el Derecho y las ciencias humanas, encontrando, en últimas, que muchos de estos interrogantes no solo son compartidos, sino que también son connaturales al sentido mismo del saber. El Derecho tiene al ser humano y a la sociedad, como principal eje de debate más allá de la aparente formación sistémica que le haría concebirse como una formación autopoética.³²

¿Es el Derecho una ciencia humana y social?

Lo dicho anteriormente permite resolver las dudas en torno al estatuto epistemológico de este, dado que si es enseñado a través de «preguntas y problemas», el Derecho al igual que la Física, la historia, la filosofía y la Biología pueden producir conocimiento para darle respuesta a tales preguntas. En este sentido, el Derecho es una ciencia social, que estudia al ser humano y su interdependencia con el lenguaje y la sociedad como una forma de comprender las normas, las reglas y los principios jurídicos. No es la falsa oposición entre «ciencia e ideología» la que permite comprender cuándo una disciplina es o no científica sino la capacidad de producir pre-

31. Es oportuno recordar que la enseñanza por «casos» tiene alguna relación con el modelo propuesto. En Alemania se propone pedagógicamente la enseñanza y la investigación jurídica a través de la llamada *Gutachtenstil*. Sin embargo, se debe estar alerta con relación al *pragmatismo* en la enseñanza que reemplaza, sin consideración alguna, los fundamentos teóricos de la disciplina por las prácticas y los efectos, automatizando el derecho, esta vez, desde la técnica y el entrenamiento. Sobre la *Gutachtenstil* (metodología de informe sobre casos), véase Tarapues, D. *La evaluación del Derecho mediante la solución de casos prácticos*. Ámbito Jurídico, ejemplar del 21 de noviembre al 4 de diciembre de 2016. p. 21.

32. Sobre autopoiesis, puede decirse lo siguiente: «Humberto Maturana acuñó el término de autopoiesis para explicar lo propio de la vida. De acuerdo con este concepto, los seres vivos son caracterizados como sistemas autopoieticos (autoproducidos) esto es, sistemas que se producen y se reproducen constantemente sus propios componentes. La autopoiesis implica la clausura operacional, lo cual quiere decir que todo componente es producido internamente por el propio sistema; nada ingresa desde fuera del sistema para pasar a formar parte del mismo. (Maturana, 1975; Maturana y Varela, 1984)». Ver Mancilla Darío Rodríguez, Niklas Luhmann: *Teoría de los sistemas organizacionales*, en Monterrosa, Alberto (Editor). *Aportaciones de Niklas Luhmann a la comprensión de la sociedad Moderna*. Universidad del Norte, 2014. p. 83.

guntas y ofrecer construcciones racionales y críticas para su solución, distinguiendo el saber científico de aquel que no lo es. Es esta premisa la que permite que aún la religión pueda ser asumida *científicamente*, es decir, con una *actitud* científica y por ello pueda existir algo así como «la teología» en su versión más secular.³³

Lo anterior, nos lleva a concluir que la enseñanza del derecho como la enseñanza de una ciencia social no solo involucra la construcción de problemas y la construcción de *dudas* sino también de métodos de discusión colectiva y racional que contextualicen en lugar de dogmatizar, como una forma de rechazar lo anticientífico como fenómeno antidemocrático.³⁴

La construcción de problemas y de ejes comunes para articular el Derecho con las ciencias de la sociedad y el ser humano permite identificar preocupaciones comunes que el reduccionismo no puede reconocer y que des-contextualiza con el propósito de dominar.³⁵

De esta forma, queda claro qué problemas, por ejemplo, como aquellos que rodean a la institución familiar pueden ser examinados no solo inter o intra-disciplinariamente, a través del derecho de familia, el derecho penal, el derecho constitucional, el derecho de género y otros, sino también desde una perspectiva social, política, filosófica y psicológica. Esto no solo facilita abordar de manera correcta un problema, sino que también fortalece la utilidad de las disciplinas alrededor de la necesidad de *explicar, comprender y diagnosticar*. Es quizás, en el reduccionismo epistemológico en donde está presente el germen de destrucción del entendimiento y la comprensión de lo que somos.

3. El Derecho y lo transdisciplinario

El Derecho tiene hoy el mejor momento de su historia.³⁶ Las ciencias sociales descubrieron en la modernidad que solo es posible entender el orden social a través del

33. Sobre cómo estos problemas se debaten y cómo se denuncia a las «seudociencias», Ver, Barry. B. *Sobre ciencia*. Editorial Labor, S.A. Barcelona, 1987. pp. 88-89.

34. Ver Popper, Karl. *Conjeturas y Refutaciones*, Paidós, 1994.

35. Recuérdese la maravillosa frase de Boris Cyrulnik: «Un saber que no es compartido humilla a aquellos que no tienen acceso a él». Véase Grupo de investigación en Filosofía y Etología (Profs. W. González y Luis Humberto Hernández), Universidad del Valle. «*El mundo de Boris Cyrulnik*». *Filosofía y Etología de la Vida*. Editorial Extremo Occidente, Fundación Filosofía y Ciudad, p. 43.

36. Ver Habermas, J. *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta, 1998. P. 120. Dice el pensador alemán, con relación a la importancia de este en una sociedad post-industrial y post-secular, lo siguiente: «El lenguaje ordinario constituye, ciertamente un horizonte universal de entendimiento; en principio puede traducir todo *de* todas las lenguas. Pero no puede a la inversa, operacionalizar sus mensajes para todos sus destinatarios de forma comportamentalmente eficaz. Para la traducción *a* códigos especiales, depende del derecho, el cual está en comunicación con los medios de control o regulación como lo son el dinero y el poder administrativo».

estudio y la presencia de instituciones, normas, reglas y principios que orientan axiológica y funcionalmente a los asociados. Dado que la modernidad es la época de las grandes generalizaciones, el Derecho ha resultado ser un instrumento de integración social que permite la regulación de los sistemas sociales.

Dicha situación particular le ha convertido cada día más en un referente de las demás ciencias encargadas de estudiar la sociedad y el ser humano. Por ello, no es extraño encontrar estudios en los cuales la Biología y el Derecho comparten un formato epistemológico, al igual que estudios en los cuales la historia, la literatura, la sociología y la filosofía se integran a problemas de orden jurídico y brindan distintas alternativas de respuesta. Ello es posible de advertir en obras como las de N. Luhmann, R. Dworkin, R. Posner, A. Ghelen, C. Schmitt, entre otros. El Derecho es hoy un punto de encuentro de las distintas disciplinas del ser humano y la sociedad y ello ha provocado una explosión de alternativas metodológicas que han sido el objeto de debate de aquellos que han propuesto la idea de un pensamiento complejo.³⁷

En este sentido, el Derecho y las ciencias sociales estudian hoy los mismos problemas y giran sus teorías y sus preocupaciones alrededor de los mismos asuntos. Son los ejes problemáticos- o problémicos- aquellos que permiten el encuentro y el diálogo entre las distintas disciplinas del hombre y la sociedad.³⁸

Es esto quizás una expresión de la *transdisciplinariedad*, es decir, de la capacidad de ver distintos problemas desde disciplinas diversas y de saber traducir los problemas de un saber para ser discutidos por otro.³⁹ Lo que tenemos, entonces, es una torre de babel en donde, a pesar de hablar distintas lenguas, nos entendemos en la presencia y la necesidad de dar respuesta a tres problemas y subproblemas comunes: el ser humano, la sociedad y el lenguaje.⁴⁰

La transdisciplinariedad, entonces, reconoce que el problema a estudiar es más grande que la disciplina misma y en razón de ello busca abordarle desde el lenguaje o los términos de distintas disciplinas para poder visualizarle y comprenderle de mejor manera.

37. Ver Morín, E. *Los Siete Saberes para una educación del futuro* (coautoría con la Unesco, año 2000). También, Morín, E. *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, 2009.

38. De ahí, entonces, que resulte correcto investigar y orientar a través de la formulación de «problemas» y no solo de autores, épocas o teorías.

39. Sobre el término transdisciplinariedad, ver, González, W. *Filosofía de la investigación transdisciplinar*. Revista Criterio Libre Jurídico, Vol. 5 No. 2, julio-diciembre de 2008. Editorial Unilibre, p. 87.

40. Habermas hablará de sociedad, lenguaje, personalidad. Ver, Habermas, J. *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, 1990. p. 67

Lo anterior hace, entonces, que no solo la investigación académica se torne mucho más amplia de lo acostumbrado, sino que, por primera vez, las disciplinas, y por ende las *comunidades* que les impulsan, salgan del autismo al abandonar el egoísmo investigativo. Esto contribuiría, sin duda, a formar contextos de discusión amplios y generosos en los cuales los problemas de la sociedad serían abordados de manera mucho más integral.

Conforme a ello, el Derecho debe ser asumido en la modalidad de problemas que a su vez involucren procesos de inter y transdisciplinariedad para ser abordados desde el lenguaje y los aportes de disciplinas afines que el Derecho debe reconocer y no temer.

Ello implica, sin duda alguna, una transformación no solo pedagógica sino también en el currículo y en la formación de los docentes que deberán orientar en la enseñanza y el aprendizaje del Derecho desde lo multidisciplinario y lo transdisciplinario recordando siempre que esta es una ciencia social que trata problemas humanos y que no puede ser asumida de otra manera por el bien de todos.



IV

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS SOBRE DERECHOS DE AUTOR

HERMAN GÓMEZ GUTIÉRREZ⁴¹

Resumen

Las medidas cautelares en la legislación colombiana han sido objeto de modificaciones que hacen posible efectivizar el derecho sustancial y particularmente el derecho de autor, permitiéndole a los justiciables tener la tutela efectiva de sus derechos en la búsqueda de la reparación por la defraudación patrimonial o moral.

Palabras claves: embargo, secuestro, decreto, práctica, reparación de perjuicios, tutela efectiva, constitucionalidad y funciones jurisdiccionales.

Abstract. Summary measures precautionary legislation Colombian have been the subject of amendments that make it possible to make substantial law and particularly the law of copyright, allowing you to resorting to have effective protection of their rights in search of repair by the patrimonial or moral fraud.

Sumario: 1. Introducción. 2. Acción civil. 3. Medidas cautelares en procesos declarativos. 4. Acción penal. 5. Conclusión.

1. Introducción

Históricamente los ciudadanos han reclamado que sus peticiones y reclamos sean resueltos por el sistema judicial con rapidez y efectividad para proteger sus derechos e intereses, pero en muchos países, entre ellos el nuestro, las decisiones judi-

41. Abogado de la Universidad de La Sabana. Especialista en Derecho Comercial Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derecho Procesal Universidad Externado de Colombia. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Centro Colombiano de Derecho de Autor. Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, del Instituto Iberoamericano de Derecho de Autor. Coautor del libro Cargas Probatorias Dinámicas en el proceso de Simulación. Conferencista. Profesor de pregrado y postgrado. Árbitro adscrito a ocho Cámaras de Comercio de Colombia, Abogado Litigante.

ciales suelen tardarse varios años, afectando seriamente derechos fundamentales; de ahí que el legislador, atendiendo a su libertad de configuración en materia procedimental y actuando dentro de los principios constitucionales, haya previsto la necesidad de normalizar las medidas cautelares, en este caso, como una forma de tutelar de manera efectiva los derechos de autor y los derechos conexos.

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos jurídicos con los cuales el ordenamiento protege transitoria y provisionalmente a quien acude a los tribunales judiciales a reclamar un derecho.

Estas medidas que se imponen antes que una persona sea vencida en juicio, tienen como finalidad impedir que se siga vulnerando el derecho o preservar las pruebas que pudieren ser utilizadas dentro del proceso. Se sustentan constitucionalmente en el derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia, en el principio de eficacia de la administración de justicia y la igualdad procesal.

Para garantizar los derechos de autor, el artículo 61 de la Constitución Política colombiana establece que el⁴² «Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley».

Le corresponde entonces al legislador determinar durante qué tiempo y bajo qué procedimientos se asegura de manera eficiente y eficaz la protección de dichos derechos y definir cuáles son los mejores instrumentos jurídicos a fin de proteger a los autores de quienes usan, representan, ejecutan, exhiben o explotan sus obras.

Con el propósito de proteger los derechos morales y patrimoniales de autor y sus derechos conexos, entendidos estos últimos como «aquellos que se conceden a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión en relación con sus interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y radiodifusiones, y tienen, también, manifestaciones morales y patrimoniales»,⁴³ bajo procedimientos justos y razonables, el legislador colombiano ha expedido particularmente la Ley 23 de 1982 o Estatuto Autoral colombiano, en las que se detalla en el capítulo XVII, las sanciones penales y las acciones civiles en contra de quienes incurran en conductas contrarias al bien jurídico protegido.

Las sanciones penales comprenden prisión, multa, arresto y secuestro de la publicación o reproducción ilícita. Así, el artículo 232 instituye *sanción penal consistente en prisión y multa*.

42. Constitución Política Colombiana

43. Corte Constitucional. Sentencia C-523/09

En el artículo 236, como medida de protección, se establece el *secuestro de la publicación* o reproducción ilícita para luego ser adjudicada en la sentencia penal condenatoria, al titular cuyos derechos de autor fueron defraudados.

De igual manera, el artículo 244 autoriza a los titulares de los derechos de autor y conexos (al autor, el editor, el artista, el productor de fonogramas, el organismo de radiodifusión, los causahabientes de estos y quien tenga la representación legal o convencional de ellos) para que puedan pedir al juez el *secuestro preventivo*, bien sea de toda obra, producción, edición y ejemplares; del producto de la venta y alquiler de tales sobras, producciones, edición o ejemplares, y del producido de la venta y alquiler de los espectáculos teatrales, cinematográficos, musicales y otros análogos.

Para que esta acción proceda, la norma, en su artículo 246, exige que el que solicita la medida afirme que ha demandado o va a demandar a la persona contra la cual dicha medida se impetra por actos y hechos jurídicos vinculados con el derecho de autor.

El artículo 245 del Estatuto Autoral colombiano dispone que los titulares de derechos de autor pueden pedir al juez que⁴⁴ *interdicte* o *suspenda* la representación, ejecución, exhibición de una obra teatral, musical, cinematográfica y otras semejantes, que se van a representar, ejecutar o exhibir en público sin la debida autorización del titular o titulares del derecho de autor.

La Ley 23 de 1982, en su artículo 247, establece la posibilidad de que el Juez Municipal o del Circuito del lugar del espectáculo, a prevención, aun cuando no sea competente para conocer del juicio pueda decretar las medidas cautelares de *secuestro preventivo* (art. 244), *interdicción* o *suspensión* (art. 245) de la obra, siempre que el que la solicite preste *caución* suficiente que garantice los perjuicios que con ella puedan causarse al organizador o empresario del espectáculo teatral, cinematográfico, musical, y presente una prueba sumarial del derecho que lo asiste.

Estas medidas nos permiten que, ante cualquier juez de la República, se puede solicitar preventivamente medidas cautelares con el propósito inequívoco de garantizar la reparación por la vulneración de los derechos de autor o conexos, sin importar quién será el Juez que conozca de un futuro proceso donde se ventilarán las controversias autorales que planteen las partes en el proceso o la causa cursante.

44. Ley 23 de 1982, art.245

Esta posibilidad de peticionar y que sean decretadas y practicadas estas medidas, resulta fundamental para proteger el derecho tutelado constitucional y legalmente.

De igual manera, y conforme a las reglas del proceso de expropiación previsto en el artículo 399 del Código General del Proceso, y con fundamento en el artículo 80 de la Ley 23 de 1982, podrán expropiarse los derechos patrimoniales de una obra antes de que haya expirado el plazo de protección.

2. Acción civil

En la legislación civil se puede solicitar el de decreto, práctica, modificación, sustitución, o revocatoria de las medidas cautelares, asumiendo competencia para conocer de los diferentes asuntos que se suscitan por razón de los derechos de autor, así:

En relación al procedimiento para la defensa de derechos de autor, la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso, dispone en su artículo 427, parágrafo 1, numeral 5, que a partir de su vigencia, se tramitará a través de *un proceso verbal de mayor y menor cuantía*, «las controversias que se susciten sobre los derechos de autor y las conexas de que trata el artículo 242 de la Ley 23 de 1982, que no correspondan a las autoridades administrativas».

El artículo 390, numeral 5, del Código General del Proceso, también consagra la posibilidad de resolver mediante un proceso verbal sumario los asuntos «relacionados con los derechos de autor previstos en el artículo 243 de la Ley 23 de 1982, las cuestiones civiles que se susciten con motivo del pago de los honorarios; por representación y ejecución pública de obras y de las obligaciones consagradas en el artículo 163 de esta Ley» (obligaciones de la persona que tenga a su cargo la dirección de las entidades o establecimientos en donde se realicen actos de ejecución pública de obras musicales).

Los jueces civiles municipales, en única instancia, según el artículo 243 de la Ley 23 de 1982, conocerán, en una sola instancia y a través de un proceso verbal las cuestiones civiles que se surjan con motivo del pago de los honorarios; por representación y ejecución pública de obras y las que surjan de las obligaciones a cargo de los directores de establecimientos públicos en donde se realicen las presentaciones.

Los jueces civiles municipales en primera instancia conocen de las controversias de menor cuantía relacionados con los derechos de autor y los conexas a los que hace referencia el artículo 242 de la Ley 23 de 1982, siempre y cuando no correspondan a las autoridades administrativas.

Los jueces civiles de circuito, en primera instancia, conocen de las controversias de mayor cuantía que se susciten sobre los derechos de autor y los conexos de que trata el artículo 242 de la Ley 23 de 1982, cuya competencia no corresponda a las autoridades administrativas. También conocen en primera instancia de los procesos de expropiación de los derechos patrimoniales de una obra.

3. Medidas cautelares en procesos declarativos

En los procesos declarativos se pueden solicitar las siguientes medidas cautelares:⁴⁵

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

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.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Asimismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare

45. Código General del Proceso, art. 590.

procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. 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.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniaras, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.

Este artículo está vigente desde el 1 de octubre de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el art. 627.4

Se presenta un importante fortalecimiento de las medidas cautelares al permitir al juez autorizar cualquier medida que encuentre razonable para proteger el derecho que está por ser vulnerado o el que ya sufrió agravio. Debe tener como derrotero la apreciación y evaluación de la legitimación de las partes, la apariencia de buen derecho, la existencia de amenaza o vulneración del mismo y una gran ponderación de efectividad y proporcionalidad en el decreto de la medida.

Lo anterior responde al hecho de que es necesario constituir por el peticionante de la medida, caución en un equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda con el propósito de responder por los perjuicios y costas que se deriven de su práctica, estando el juez oficiosamente o a petición de parte, estar facultado para aumentar o disminuir su cuantificación.

En ejercicio de esta facultad de persecución de bienes en cabeza del demandado civilmente o del imputado, procesado o condenado en el proceso penal, se pueden embargar bienes sujetos a registro (inmuebles-automotores-naves y aeronaves), los derechos por mejores cosechas, bienes muebles no sujetos a registro y la posesión sobre bienes muebles e inmuebles consumada mediante el secuestro, el de créditos, el de acciones en sociedades anónimas o comandita por acciones,

bonos, certificados nominativos de depósito, unidades de fondos mutuos, títulos similares, efectos públicos nominativos y en general títulos valores de todo orden, los salarios devengados o por devengar sumas de dinero depositadas en entidades bancarias y similares, etcétera.

Dice el párrafo 1º del artículo 593 del Código General del Proceso que cuando son utilizados mensajes de datos los emisores dejarán constancia de su envío y los destinatarios, sean oficinas públicas o particulares, tendrán el deber de revisarlos diariamente y tramitarlos de manera inmediata.

Las medidas cautelares como tal no son permanentes o definitivas en el tiempo por cuanto se pueden presentar circunstancias que permiten el levantamiento como cuando se desiste de la demanda, si el demandado presta caución suficiente para garantizar lo que se pretende, cuando es absuelto el demandado en proceso declarativo o termina por cualquier otra causa.

4. Acción penal

El titular de un derecho de autor también tiene la opción de solicitar la protección de sus derechos, por la vía penal y aunque el estatuto autoral, en su artículo 238, consideraba que «la acción civil para el resarcimiento del daño o perjuicio causado por la infracción de esta ley puede ejercerse dentro del proceso penal o por separado, ante la jurisdicción civil competente a elección del ofendido», el régimen procesal penal de 2006 en su artículo 52 no permite ejercer simultáneamente la acción civil en la jurisdicción civil y a la vez, en el proceso penal.

La Ley 906 de 2004 en sus artículos 102 al 108 contempla el ejercicio del incidente de reparación integral a las víctimas del daño. La primera norma establece que el incidente de reparación procede una vez emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público [...]. Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes», los demás artículos hacen referencia al procedimiento del incidente.

El Estatuto Procesal Penal también establece que en la audiencia de imputación el Fiscal o la víctima puedan solicitar medidas cautelares con fines indemnizatorios tendientes a buscar la reparación por la conducta punible desplegada por el imputado, conforme lo establece el artículo 92.⁴⁶

46. Ley 906 de 2000

La incorporación al proceso penal de una figura de raigambre civil, como es el embargo y secuestro en el ámbito de derechos de autor, es residual por cuanto la defraudación patrimonial de derechos de autor generalmente está en cabeza de personas que carecen de bienes en su entorno patrimonial lo que convierte este derecho de la víctima en una opción no muy recurrente, sino por el contrario de utilización excepcional.

Sumada a esta situación no es muy frecuente que el fiscal la solicite y por ende en la etapa de investigación no se profundiza en el descubrimiento bienes en cabeza del indicado, no obstante se trate de comerciantes formales donde sus establecimientos de comercio tales como locales, bodegas, parqueaderos, inmuebles y muebles son utilizados para la comercialización del producto ilegal.

Como quiera que es la legislación civil, concretamente el Código de Procedimiento Civil y posteriormente el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, son las normas que regulan los procedimientos para denunciar los bienes del iniciado con el propósito de embargarlos y secuestrarlos para que, una vez proferida el fallo condenatorio, se puedan perseguir demostrando en el incidente de reparación integral el monto de los perjuicios que le causaron a la víctima y así poder con el producto de su remate obtener su reparación.

La actitud de la víctima debe ser activa por cuanto le recae la carga de la prueba de demostrar el patrimonio en cabeza del indicado existiendo los medios propicios ante las autoridades de registro de inmuebles, de automotores, bancarias, jefaturas de personal, entidades privadas o públicas que tengan créditos a favor del indicado y demás que fueron citadas anteriormente [...].

Con la nueva modalidad delictual donde las herramientas tecnológicas son pilares para la defraudación autoral, en la diligencia de allanamiento resulta vital intervenir los computadores, iPad, celulares, memorias con un correcto manejo y protección de la información a fin de no contaminar la prueba y poder acceder a datos que demuestran ingresos e identificación de bienes.

Resulta importante resaltar cómo el Código General del Proceso trae a nuestra legislación las medidas cautelares innominadas permitiéndole al fiscal y a la víctima buscar medidas atípicas para la protección de bienes a fin de asegurar la reparación de los perjuicios. Este es un gran avance legislativo que permite llenar vacíos normativos que con su rigidez tornaban inoperantes el decreto de medidas cautelares.

Dentro de la clasificación de medidas cautelares propias de la legislación penal, tales como las materiales de incautación como son la ocupación y destrucción; jurídicas como la suspensión de poder dispositivo, la acción de extinción de dominio; con fines de comiso como la incautación, ocupación, destrucción; con fines preventivos como la suspensión de personería jurídica, el cierre temporal del esta-

blecimiento, cancelación de registros fraudulentos de bienes sometidos a registro y, con fines indemnizatorios; *cómo la prohibición de enajenar, embargo y secuestro* se puede colegir claramente, cómo estas medidas propias del proceso civil colombiano son aplicables en la audiencia de imputación y después del fallo condenatorio, donde tanto el fiscal como la víctima deben impulsar su petición.

Conclusión

Pareciera que en el ámbito penal y civil están incursos las cautelas en el derecho de autor, pero esta afirmación es incorrecta dado que en la jurisdicción contenciosa administrativa también conoce de actuaciones para conocer de aquellos casos donde se discutan derechos de autor, donde actúe un órgano administrativo como contratante de derecho público, o cuando el causante del perjuicio causado sea la administración pública, por acción u omisión.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 18 de marzo de 1981, donde fue ponente el Dr. Carlos Betancour Jaramillo, sostuvo:⁴⁷

Las acciones que se susciten con motivo de la ley de propiedad intelectual, ya sea como consecuencia de los actos y hechos vinculados con dicha propiedad, serán del conocimiento de la justicia ordinaria. Pero agrega la Sala, siempre y cuando el litigio o la controversia sean entre particulares, porque cuando ese perjuicio es causado por hechos u omisiones de la administración, su conocimiento estará a cargo de la jurisdicción administrativa, por ser esta la competente, según se precisa en el artículo 20 del decreto 528 de 1964.

El Código General del Proceso, en su artículo 24, denominado ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, numeral 3 literal b), determina que autoridades administrativas tienen funciones jurisdiccionales, enumerando entre otras a la de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, en los procesos relacionados con los derechos de autor y derechos conexos.

El Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor en ejercicio de las facultades legales conferidas por la Ley 1564 de 2012, los decretos 2041 de 1991 y 4835 de 2008, teniendo en cuenta que el artículo 24, numeral 3, de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, confirió funciones jurisdiccionales a la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor en los procesos relacionados con derechos de autor

47. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 1981, M.P., Dr. Carlos Betancour Jaramillo.

y derechos conexos, expidió para tal efecto la Resolución 366 de 2012,⁴⁸ aplicando la gradualidad en asunción de competencia en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012.

Al respecto, la Dirección Nacional de Derechos de Autor ha manifestado que mientras se fortalece la planta de personal de la Dirección con el fin de implementar su función jurisdiccional, se ha limitado hasta diez (10) el número de trámites judiciales que se atenderán de manera simultánea.

Esta asignación de facultades jurisdiccionales no fue al azar. Las autoridades nacionales a las que les fueron otorgadas facultades jurisdiccionales para conocer litigios de propiedad intelectual, son autoridades que conocen y deciden los trámites de registro de estos derechos, expertas en la materia por cuanto sus funcionarios han tenido experticia suficiente en las temáticas a su cargo que les permite tener las competencias suficientes para tramitar los asuntos a esta entidad asignados.

En igual sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene ahora facultades jurisdiccionales (art. 24, numeral 1º, literales a) y b), numeral 3 literal a) para conocer y decidir acciones por infracción de derechos de los consumidores y violación de las normas relativas a la competencia desleal e infracciones de derechos de propiedad industrial.

Se puede observar cómo se ha estructurado una planta de personal que asumió las nuevas funciones jurisdiccionales previstas en el Estatuto Procesal colombiano con mucha eficacia y prontitud dado que en desarrollo de las solicitudes de medidas cautelares incoadas ante esta entidad, su decreto en algunas oportunidades no supera las 16 horas para ser resueltas favorablemente permitiéndole al solicitante obtener pronta y decidida justicia.

Igualmente, el Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, tiene estas facultades para acciones relacionadas con infracción de derechos de obtentor de variedades vegetales⁴⁹ desde el 12 de junio de 2012. Tal y como los dos anteriores, esta también es la entidad encargada de estudiar y conceder los registros de obtentores de variedades vegetales.

Como es usual en Colombia, país de juristas, ya fue objeto de reproche constitucional una afirmación en el sentido de preguntarse si: ¿es constitucionalmente legítimo atribuir funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas?

Este asunto estuvo a cargo de la Corte Constitucional colombiana,⁵⁰ que en el año 2000, con Ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, sentencia de cons-

48. Dirección Nacional del Derecho de Autor, Unidad Administrativa Especial, Resolución 366, 28 de noviembre de 2012.

49. Código General del proceso, artículo 24, numeral 3, literal c)

50. Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

titucionalidad 1641, manifestó cómo en la ley autoriza y en materias precisas confiere a las autoridades administrativas ejercer funciones jurisdiccionales siempre y cuando no se trate de adelantar sumarios ni juzgar delitos. Se trata de un ejercicio excepcional al reparto general de funciones entre las ramas del poder donde se deben precisar, de manera expresa, las materias precisas dentro de las cuales es posible.

La Corte consideró que esa atribución de funciones jurisdiccionales a las superintendencias se ajustaba a los requerimientos que establece el artículo 116⁵¹ de la Carta sobre esta materia.⁵²

Es decir, son múltiples las posibilidades que se tienen de obtener tutela efectiva de nuestros derechos. Está el de los operadores de justicia en todas sus ramas, los que deberán estar constantemente actualizados de las instituciones novedosas y vanguardistas que nuestros legisladores han otorgado a los justiciables para hacer prevalecer los derechos constitucionalmente consagrados.

Se avizora un horizonte con nueva formación educacional, son las nuevas generaciones de la aldea virtual quienes estarán encargadas de efectivizar y poner en práctica estas herramientas que, sumadas a todas las aplicaciones tecnológicas del expediente virtual, harán cierto y realizable el derecho sustancial.



51. Constitución Política Colombiana artículo 116

52. Sentencia C-1641, 2000, pág. 18

La presente edición e impresión se terminó en POEMIA, su casa editorial, en Santiago de Cali, Colombia, en mayo de 2017.