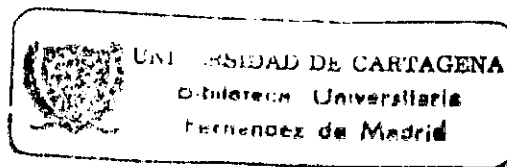


T
345.1
LL791

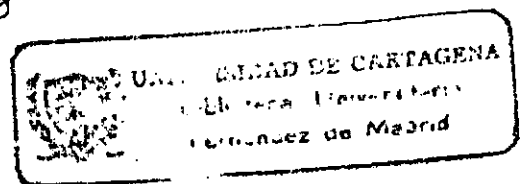
EL FRAUDE PROCESAL EN COLOMBIA COMPORTAMIENTO, PREVENCIÓN
Y REPRESIÓN



POMPEYO RAFAEL LLAMAS TORRALVO
||
JOSE FERNANDO AGUAS BADEL

SCIB
00014068

51515



CARTAGENA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

1988

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTORA :	LIC. BEATRIZ BECHARA DE BORGE
SECRETARIO GENERAL	DR. MANUEL SIERRA NAVARRO
DECANO :	DR. ALCIDES ANGULO PASSOS
SECRET. ACADEMICO:	DR. PEDRO MACIA HERNANDEZ
PRESIDENTE DE TESIS	DR. ELOY TOUS LIÑAN
PRIMER EXAMINADOR :	DR. ELOY TOUS LIÑAN
SEGUNDO EXAMINADOR	DR. ALVARO SALGADO
TERCER EXAMINADOR	DR. SERGIO GIRADO

CARTAGENA- NOVIEMBRE DE 1988

3

EL FRAUDE PROCESAL EN COLOMBIA COMPORTAMIENTO, PREVENCIÓN
Y REPRESIÓN

POMPEYO RAFAEL LLAMAS TORRALVO
JOSE FERNANDO AGUAS BADEL

Trabajo de grado presentado
como requisito parcial
para optar al título de
ABOGADO

CARTAGENA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO

1988

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Cartagena,

PRESENTACION

Un nuevo modelo de juristas está en vías de nacer; se distingue del modelo anterior ante todo por el hecho de que el acento está puesto en el trabajo crítico sobre y con el derecho, en la comprensión de lo político y de lo social y en la conciencia de responsabilidad para determinar su imagen en el porvenir.

(Charless Eisenmann)

DEDICATORIA

A Dios, por estar siempre en mi, por dar fuerza y razón de ser a mi vida.

A mi madre, NIDIA TORRALVO Z., "Especialmente" por su esfuerzo, sacrificio y consagración a nosotros.

A mis hermanos, FRANKLIN, TRINY, NIDY y EDWIN mi más sinceros sentimientos de agradecimiento, por su amistad y comprensión.

A ti, hermosa "Criatura" que feliz tu mi vida haces.

A ti, Turka por ser como eres.

Gracias.

POMPEYO

DEDICATORIA

A mi padre y amigo, quien con sus consejos y sabiduría me ha guiado para así poder culminar esta importante etapa en mi vida.

A mi madre, quien con sus buenos principios éticos y morales me ha educado para poder estar en el camino de la honestidad y rectitud.

A mis hermanos, con quienes he compartido los momentos más importantes de júbilo y las adversidades que la vida nos ha deparado.

JOSE

TABLA DE CONTENIDO

	Págs,
INTRODUCCION	1
1. CONCEPTO DE MORAL EN EL PROCESO - DOCTRINA EXTRANJERA	6
1.1 EL PRINCIPIO DE LEALTAD Y BUENA FE EN EL PROCESO POSITIVO	9
1.2 EL PRINCIPIO EN EL DERECHO PROCESAL COLOMBIANO	11
1.3 LA LEALTAD PROCESAL COMO DEBER, COMO CARGA Y COMO OBLIGACION PROCESAL EN NUESTRO SISTEMA	13
2. DEL FRAUDE PROCESAL	17
2.1 NOCION	17
2.2 PERSONAS QUE COMETEN EL FRAUDE	18
2.2.1 Fraude ejercido por los representantes tutores, curadores, etc.	19
2.2.2 Fraude llevado a cabo por apoderados judiciales	20

6.1.4 Diferentes medios utilizados para desvir tuar el contenido del interrogatorio	48
6.2 EL FRAUDE EN LA PRUEBA TESTIMONIAL	52
6.2.1 Concepto previo	52
6.2.2 Formas de manipulación de la prueba testimonial	53
6.2.3 El entrenamiento del testigo	55
6.2.4 La inhabilidad	56
6.2.5 La tacha	57
6.2.6 El contrainterrogatorio	58
6.3 EL FRAUDE PROCESAL EN LA DILIGENCIA DE INSPECCION JUDICIAL	62
6.4 EL FRAUDE EN LA PRUEBA PERICIAL	68
6.5 OTRAS CONDUCTAS FRAUDULENTAS	73
6.5.1 En el Proceso Civil	76
6.5.2 En el Proceso Laboral	77
6.5.3 En el Proceso Penal	79
7. NORMAS PROCESALES SOBRE PREVENCION DEL FRAUDE PROCESAL	81
7.1 LEY PROCESAL CIVIL	81
7.1.1 Facultades inquisitivas en materias de pruebas	82
7.1.2 Igualdad de las partes en el proceso	82
7.1.3 La conducta de las partes como indicio	83

7.1.4 Integración del contradictorio	84
7.1.5 Adopción de medidas de saneamiento	85
7.1.6 Inmediación del juez sobre el material probatorio y sobre los sujetos del proceso	87
7.1.7 Poderes disciplinarios del juez	87
7.1.8 Intervención ad-excludendum	87
7.1.9 Llamamiento ex-oficio	90
7.1.10 Rechazo al allanamiento de la demanda	91
7.1.11 Recursos de revisión	93
7.1.12 Saneamiento de nulidades	98
7.1.13 Suspensión del proceso por prejudicialidad	98
7.1.14 Procedencia de la tacha de falsedad	99
7.2 LEY PROCESAL LABORAL	99
7.2.1 Facultades inquisitivas del juez laboral en materia de pruebas	100
7.2.2 Igualdad de las partes en el proceso laboral	102
7.2.3 La conducta de las partes en el proceso laboral	103
7.2.4 Integración del contradictorio en el proceso laboral	104
7.2.5 Adopción de medidas de saneamiento	105

7.2.6 Pautas objetivas de la temeridad en el proceso laboral 106

7.2.7 Inmediación del juez laboral sobre el material probatorio y sobre los sujetos del proceso 106

7.2.8 Intervención ad-excludendum en el proceso laboral 107

7.2.9 Llamamiento ex-oficio en el proceso laboral 108

7.2.10 Saneamiento de nulidades en el proceso laboral 109

7.3 LEY PROCESAL PENAL 109

7.3.1 El principio inquisitivo para la iniciación del proceso penal y para la actividad probatoria 111

7.3.2 La conducta de las partes como indicio en el proceso penal 113

7.3.3 Inmediación del juez sobre el material probatorio 117

7.4 LEY CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA 118

7.4.1 Facultades inquisitivas en materia de pruebas en el proceso contencioso administrativo 118

7.4.2 La conducta de las partes como indicio en

	Págs.
el proceso contencioso administrativo	118
7.4.3 Intervención de terceros en el proceso contencioso administrativo	119
7.4.4 Rechazo al allanamiento de la demanda en el proceso contencioso administrativo	119
7.4.5 Recurso de revisión en el proceso contencioso administrativo	120
7.4.6 Saneamiento de nulidades en el proceso contencioso administrativo	121
8. FRAUDE PROCESAL COMO HECHO PUNIBLE	122
8.1 ARTICULO 182 DEL CODIGO PENAL	122
8.1.1 Antecedentes	122
8.1.2 Elementos del Delito	123
8.1.3 El bien jurídico protegido	124
8.1.4 Los sujetos	125
8.2 EL FRAUDE PROCESAL Y LA ESTAFA PROCESAL	127
8.3 AMBITO DE APLICACION	131
8.3.1 Para obtener sentencia	132
8.3.2 Medio Fraudulento	134
8.3.3 Aspecto material del hecho punible	135
8.3.4 Aspecto subjetivo del hecho punible	135
8.4 DEL CONCURSO	136
8.5 DE LA CONSUMACION	138
9. TEORIA Y PRACTICA (ENCUESTA)	141

9.1 COMO UTILIZACION NUESTROS JUECES SUS PODERES PARA CONTROLAR EL FRAUDE PROCESAL	156
9.2 COMO DEBEN APLICARSE LAS NORMAS RELATIVAS AL CONTROL DEL FRAUDE PROCESAL	158
CONCLUSIONES	162
BIBLIOGRAFIA	169



Universidad de Cartagena
Cartagena-Colombia
(Sur América)

19

Cartagena, 30 de junio de 1988.

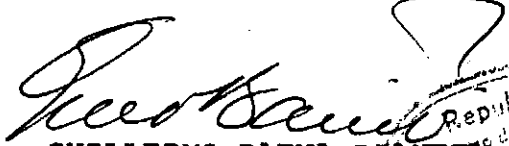
Oficio 054-88.

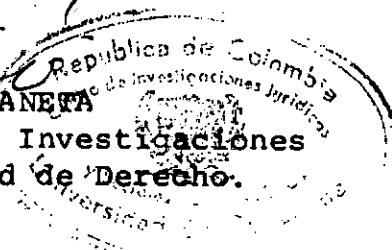
Señores
JUECES PENALES DE BARRANQUILLA
Barranquilla.

Los egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, Pompeyo Rafael Llamas Torralvo con cédula - de ciudadanía # 73'109.801 de Cartagena y José Fernando - Aguas Badel, con cédula de ciudadanía # 9'314.130 de Corozal, se encuentran realizando un trabajo de investigación para obtener su grado de Abogado sobre "EL FRAUDE PROCESAL", para lo cual requieren consultar -en los casos previstos por la ley- procesos adelantados por dicho delito.

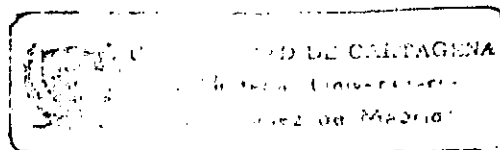
Les agradezco la colaboración que les presten a los mencionados señores.

Atentamente,


GUILLERMO BAENA PIÑERA
Director Centro de Investigaciones
Jurídicas, Facultad de Derecho.



GBP/cvg.





Universidad de Cartagena
Cartagena-Colombia
(Sur América)

16

Cartagena, 30 de junio de 1988.


Oficio 052-88.

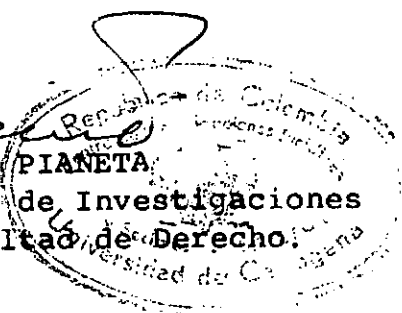
Señores
JUECES PENALES DE CARTAGENA
E. S. D

Los egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, Pompeyo Rafael Llamas Torralvo con cédula - de ciudadanía # 73'109.801 de Cartagena y José Fernando - Aguas Badel, con cédula de ciudadanía # 9'314.130 de Corozal, se encuentran realizando un trabajo de investigación para obtener su grado de Abogado sobre "EL FRAUDE PROCESAL" para lo cual requieren consultar -en los casos previstos por la ley- procesos adelantados por dicho delito.

Les agradezco la colaboración que les presten a los mencionados señores.

Atentamente,


GUILLERMO BAENA PIANETA
Director Centro de Investigaciones
Jurídicas, Facultad de Derecho.



GBP/cvg.



Universidad de Cartagena
Cartagena-Colombia
(Sur América)

17

Cartagena, 30 de junio de 1988.

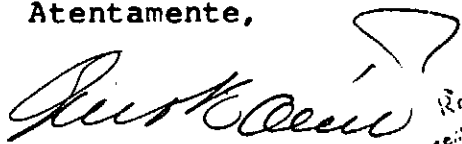
Oficio 055-88.

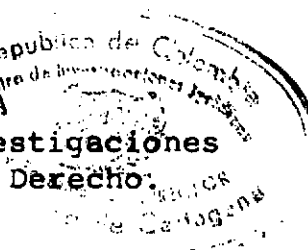
Señores
JUECES PENALES DE MONTERIA
Montería, Córdoba.

Los egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, Pompeyo Rafael Llamas Torralvo con cédula - de ciudadanía # 73'109.801 de Cartagena y José Fernando- Aguas Badel, con cédula de ciudadanía # 9'314.130 de Corozal, se encuentran realizando un trabajo de investigación para obtener su grado de Abogado sobre "EL FRAUDE PROCESAL", para lo cual requieren consultar -en los casos previstos por la Ley- procesos adelantados por dicho delito.

Les agradezco la colaboración que les presten a los mencionados señores.

Atentamente,


GUILLERMO BAENA PIANETA
Director Centro de Investigaciones
Jurídicas, Facultad de Derecho.



GBP/cvg.



18

Universidad de Cartagena
Cartagena-Colombia
(Sur América)

Cartagena, 30 de junio de 1988.

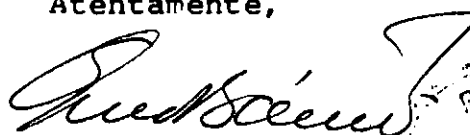
Oficio 053-88.

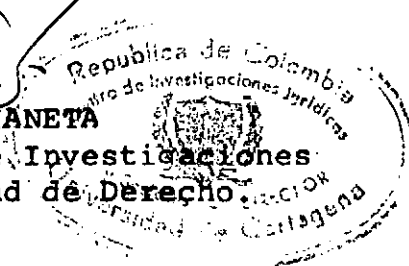
Señores
JUECES PENALES DE SINCELEJO
Sincelejo, Sucre.

Los egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, Pompeyo Rafael Llamas Torralvo con cédula de ciudadanía # 73'109.801 de Cartagena y José Fernando Aguas Badel, con cédula de ciudadanía # 9'314.130 de Corozal, se encuentran realizando un trabajo de investigación para obtener su grado de Abogado sobre "EL FRAUDE PROCESAL", para lo cual requieren consultar -en los casos previstos por la ley- procesos adelantados por dicho delito.

Les agradezco la colaboración que les presten a los mencionados señores.

Atentamente,


GUILLERMO BAENA PIÑETA
Director Centro de Investigaciones
Jurídicas, Facultad de Derecho



GBP/cvg.

INTRODUCCION

1. POR QUE?

Es una de las metas del juzgador poder garantizar, en cuanto los instrumentos jurídicos y judiciales se lo permitan, el principio de la buena fé y la lealtad procesales, conocido también como principio de la moralidad.

Es igualmente escuchado de voz de los mismos jueces: ¿Hasta dónde? ¿En qué forma?

Con este trabajo se pretende iniciar el ciclo de inquietudes y respuestas que en torno a aquellas es necesario pronunciar dada la escasez de referencias que sobre el punto tiene nuestra doctrina.

El principio de moralidad imperó, según parece, hasta la llegada del positivismo. La exégesis, en todos los campos del derecho, incrustada en un ambiente individualista, fueron los primeros eslabones superados para llegar a una gran crisis en la ética procesal.

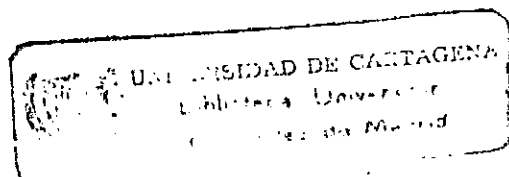
El formalismo desde que fuera lícito era justo, contractualmente hablando. En el campo del proceso, el más hábil en el manejo de las formas era el justo ganador.

Una concepción normalógica acerca del derecho, derrumbaba las estructuras sociológicas y axiológicas lo que conllevó a una absoluta separación entre el derecho y la moral de tal manera que lo justo fuera el resultado de la legalidad de las formas.

Consecuencia de lo anterior fue que se abusó del llamado principio dispositivo y se deterioró el principio de autoridad.

Como lo ha dicho Clemente Díaz¹, el principio de moralidad en el proceso está a la altura de un categórico imperativo cuando lo define expresando: "La buena fé, la lealtad, la veracidad, la probidad, son predicados que se involucran en el principio de moralidad; inclusive son concreciones positivas de la legislación en materia de moralización del derecho procesal. El principio de moralidad es el conjunto de reglas de conducta presididas por el imperativo ético a que debe ajustar su

1. Instituciones de derecho procesal civil, Bs. As, 1968 t. I, P. 264.



comportamiento procesal todos los sujetos procesales (partes, procuradores, abogados, jueces, etc.)".

No obstante, estos principios de dignificación del proceso con frecuencia son pisoteados tanto en lo teórico como en lo práctico.

Tanto los trámites judiciales como las leyes mismas abren brechas que dejan, el principio en la más absoluta orfandad.

Estos son uno de los más importantes motivos que nos lleva a realizar este trabajo del "FRAUDE PROCESAL", su comportamiento, prevención y represión en Colombia, además el de mostrar a los estudiantes, abogados, y demás estudiosos del derecho, la forma como ha tomado auge la práctica de la conducta denominada "FRAUDE PROCESAL" y las diferentes formas como éstas se llevan a cabo, así mismo como la de hacerlos despertar de esa insensibilidad colectiva ante tan graves y escandalosos hechos y de esta manera evitar que se deteriore aún más nuestra justicia.

Como autorizados comentaristas² lo expresan dentro del

2. Conf. Metodología de Reimundin Ricardo en "El problema de la buena fé en el proceso civil, Revistas de estudios procesales No. 32. Rosario 1979 P. 25 y subsiguientes.

trámite del proceso se puede distinguir la buena fé creencia y la buena fé-lealtad.

Hay de la primera cuando una persona demanda a otra como poseedora, a quien verdad la cree como tal, pero resulta siendo simple tenedora; habrá mala fé, cuando siendo proseedora se demanda como tenedora a través de un proceso de tenencia y no posesorio como corresponde.

Del proceso y con ocasión del mismo nacen los deberes de lealtad y de probidad que aspiran a que las partes se conduzcan con veracidad. Es una tarea ardua del juez (a través del principio de la oficialidad en nuestra legislación) o de la contraparte que ni puede ni debe esperar resultados derivados de conductas antiprocesales.

En la historia del Derecho Iberoamericano, el principio de moralidad descansa en "Juramentos" (preliminares, calumnia, malicia, etc.). Es justamente el origen de lo que se conoce como perjurio. Los códigos modernos, generalmente, incluyen admoniciones son sanciones porque las solas exhortaciones sin coerción no fructifican.

El fraude procesal es una gran verdad que no se puede ocultar, además de ser de gran actualidad, debemos to

mar conciencia al respecto y tener presente que el derecho procesal debe constituir el medio eficaz e idóneo para lograr la defensa o restablecimiento del derecho sustancial, pero por ningún motivo puede ni debe entenderse como el arma esgrimida por muchos profesionales para burlar, desconocer o entorpecer los derechos que a cada persona corresponden, así como la buena marcha de nuestra justicia.

En síntesis, el fraude procesal que tratará este trabajo, es el mismo que trata de evadir maliciosamente el normal desarrollo de un proceso civil, laboral, contencioso administrativo, penal, haciéndole desnaturalizar su objeto y fin, mediante conductas, activas u omisivas, ejecutadas por los litigantes, por terceros, por el juez o sus auxiliares, que no pueden subsanarse mediante remedios que han sido instituídos con otros fines.

Si lo cometido se cumple, habremos contribuido no solamente a una ciencia más rica, sino también a una mejor justicia.

1. CONCEPTO DE MORAL EN EL PROCESO - DOCTRINA EXTRANJERA

¿Existe un deber de lealtad, probidad y buena fé en el proceso judicial en Colombia? ¿Se trata de un precepto de derecho? ¿La disponibilidad del derecho material impedirá su defensa? ¿Cuál es la situación del juez cuando observa que una o ambas partes faltan a ese deber?

El tema que abordaremos ha sido tratado desde los textos jurídicos más antiguos, al reclamar el deber jurídico de decir la verdad³.

Los códigos modernos lo han también referido⁴ al punto que podamos afirmar que todas las fuentes de codificación de los textos americanos han consignado en forma expresa ese deber jurídico.

A fines del siglo XIX el Código Austríaco, en materia

3. Exódo 20, 16 "No levanteis falso testimonio contra tu prójimo"; partida III Ley 41.

4. C. Italiano 1940, Art. 88 "Las partes y sus defensores deben comportarse en juicio con lealtad y probidad".

procesal civil, consagró un texto específico y fue luego reproducido en otros códigos del viejo continente⁵ y luego lo han venido haciendo algunos códigos Latinoamericanos.

No podemos afirmar, sin embargo que si hay códigos que omiten la regla es porque consientan que el proceso puede edificarse sobre cimientos de engaño y deslealtad. En efecto, célebres autores como KOHLER sostuvieron que no cabe dentro del derecho procesal un deber de esta naturaleza y que, puede ser hasta inconveniente para los fines políticos del proceso.

No obstante, lo dicho se ha generalizado el criterio que el deber existe, con o sin texto expreso, con o sin sanciones, admitiendo como suficiente sanción por su infracción, el conjunto de normas tendientes a reprimir la malicia, el dolor, la temeridad, que se hallan en todos los códigos.

Nos conviene afrontar el problema partiendo del análisis de la actividad del juez frente al proceso y a través de los sistemas dispositivo e inquisitivo.

5. Novela Alemana 1933, Sanciona en el Art. 138, la obligación de decir la verdad.

Como lo expresa Couture al referirse al proceso civil, es notorio que éste, ha venido admitiendo, a través de su evolución histórica, dos grandes formas: La inquisitoria y la dispositiva.

Nosotros agregamos que esta afirmación debe extenderse a los procesos laborales y contenciosos - administrativos.

El proceso dispositivo que supone UBI PARTES SUNT CONCORDS NIHIL AD JUDICEM, permite que el demandado reconozca hechos y pretenciones de la demanda mediante el allanamiento y en muchos casos que el debate concluya sin más que una sentencia de condena contra el demandado, también establece reglas en la carga de la prueba según cada una de las partes debe demostrar lo que álega.

Esto ha hecho que se piense que el proceso se adelanta sobre la base de una verdad aparente o formal, de tal manera que si el demandante dice que su demandado le debe un millón de pesos y éste lo admite, para el juzgador no hay más verdad que ésta. No importa cual es la verdad real porque para el juez "Lo que no está en el expediente no es de este mundo".

Así las cosas, en un sistema estrictamente dispositivo,

la verdad quedará supeditada a esta concepción, de tal manera que si las partes tienen la disponibilidad de hechos y pruebas, la verdad real será frecuentemente deformada.

Sabemos que el inquisitivo supone iniciativa del Estado que conlleva la iniciativa en la prueba y en la averiguación de los hechos impidiendo que la voluntad de las partes desvien el proceso de su rumbo.

Por fortuna para el derecho procesal contemporáneo, no se concibe un proceso totalmente dispositivo ni totalmente inquisitivo, lo que supone que el juez ha dejado de ser un espectador porque como lo expresó el poeta del derecho procesal⁶, "El juez sin interés en el litigio es algo tan inconcebible como el médico sin interés por el enfermo".

1.1 EL PRINCIPIO DE LEALTAD Y BUENA FE EN EL PROCESO POSITIVO

Para desarrollar este tema comencemos por decir que una tarea ardua en la labor de escribir artículos en

6. "Couture: Cfr. Exposición de motivos del proyecto de código de procedimiento civil, Uruguay 1945"

un código, es la preliminar de determinar los principios que lo han de regir. Es labor del legislador estructurar la ley sobre principios que debe dosificarlos. No confundiremos, en consecuencia, un mandamiento constitucional con un principio o con una ley o viceversa.

En materia procesal, toda ley debe ser el desarrollo de un principio procesal y éste un medio para asegurar la realización de la justicia que garantiza la constitución.

En la interpretación de los textos y los principios con cierta frecuencia suelen encontrarse interferencias como aquella que establece que: "Con excepción de los casos expresamente señalados en la Ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos..." (Impulsión oficiosa u oficial) y el artículo que establece: "Cuando por causa distinta al decreto de suspensión del proceso, el expediente permanezca en la secretaría durante la primera instancia por seis meses, sin que el demandante promueva actuación alguna, el juez decretará la perención del proceso, a solicitud del demandado". Sin embargo, si concluimos que los principios se deduce de una sistematización de todos los textos, teniendo en cuenta sus permanentes alusiones, la labor del intérprete debe enrutarse por la prelación del principio, por ser carác

ter general, al punto que la situación especial se mire como excepción al principio.

En el tema en estudio, la moralización del proceso es un fin que se persigue por todas las legislaciones como medio insustituible para administrar correcta justicia⁷.

El principio de la buena fé y la lealtad procesal ha sido considerado como tal en virtud que el Estado y la sociedad están interesados en su eficacia y rectitud⁸.

1.2 EL PRINCIPIO EN EL DERECHO PROCESAL COLOMBIANO

El código de procedimiento civil colombiano sanciona la mala fé de las partes o de sus apoderados, estableciendo para ello ciertas medidas, que son aplicables a lo laboral y a lo contencioso administrativo (Art. 71-74) otorgando al juez facultades para prevenir, investigar y sancionar tanto aquella como el fraude procesal (Art. 37 No. 3 y 4).

7. Ricardo Reimundi: Derecho Procesal Civil, 1956 T I P. 144-55.

8. Hernando Devis: Compendio de Derecho Procesal T I 1978.

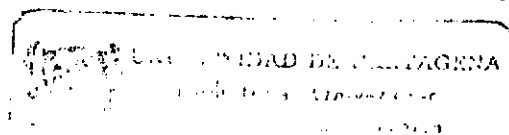
Es evidente que con un sistema inquisitivo y libre apreciación de la prueba, es más práctico para el juez vigilar la actuación de los litigantes e impedir la trampa judicial, la prueba fraudulenta, etc.

En nuestra legislación se ha querido destacar el principio como deber de lealtad y buena fé—más que como deber de decir la verdad.

En efecto, en un proceso de separación de cuerpos en el cual se autoriza la suspensión de vida en común de los casados, una causal puede serlo las relaciones sexuales extramatrimoniales. En situaciones concretas en que existe tal motivo, el cónyuge prefiere no acudir a él sino a otra causal sin poner en entredicho la honra de su hogar y el bienestar de sus hijos o a la separación de mutuo acuerdo.

Nótese si acaso se habrá faltado a la verdad. No creemos que se dude que así ha acontecido y afirmamos que si el deber fuera, en su estricto sentido, el de hacer el proceso en nombre de la verdad llamada verdad real, habría que admitir un procedimiento ilícito.

Amparado en la norma constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo



o contra sus parientes dentro de ciertos grados de consanguinidad o afinidad, una parte puede comportarse diciendo objetivamente la verdad y subjetivamente la mentira. Puede perfectamente describir los hechos que favorecen su situación y ocultar los que le perjudiquen sin que se pueda afirmar que falta a la verdad.

En nuestro entender el deber de decir la verdad existe porque es un deber de conducta humana⁹, pero el proceso tiene un objeto y un fin que no permiten convertirlo en una telaraña en que el contrincante caiga, ni en lugar oscuro que facilite el asalto a mano armada para sustraerlo del debate natural de hechos y derechos. El proceso no sólo requiere la verdad sino el juego limpio y no el acto innoble, el subterfugio.

1.3 LA LEALTAD PROCESAL COMO DEBER, COMO CARGA Y COMO OBLIGACION PROCESAL EN NUESTRO SISTEMA

Ante las teorías expuestas por los alemanes y los italianos en materia de cargas procesales, conviene que desentrañemos el aspecto estructural de la figura en nuestros códigos.

9. Conture Ob. Cit. P. 253

Resulta que en nuestra legislación se establece una reparación al adversario por el daño que se le hace con el acto temerario por lo cual no cabe duda que se lo ha erigido en OBLIGACION PROCESAL. (Arts. 72 y 73 C.P.C). Código de Procedimiento Civil.

Cuando en el Código Penal se describe como conducta punible el FRAUDE PROCESAL, se le da el carácter de DEBER DE LEALTAD.

Desde otro ángulo, cuando en nuestros códigos se regula la confesión bajo la forma de interrogatorio de parte con la amenaza de tenerse por cierto lo que se establece, siempre que sea susceptible de tal prueba en el respectivo pliego en los casos de no concurrirse a declarar, o bajo la amenaza que las respuestas evasivas se apreciarán como indicio en contra del absolvente, no hay duda que se trata de una carga procesal.

No podemos desconocer que dentro del campo de la libertad se puede elegir entre la verdad y la mentira.

Si alguien declara en contra de su interés o rehusa declarar tiene garantía constitucional de libertad pero



cualquiera que sea su actitud la ley la ha previsto para que el juez imponga el efecto que corresponde como obligación, como deber y como cargas procesales.

Permítannos afirmar que la función de todas partes del mundo supone un cúmulo de incertidumbres, de vacilaciones, de angustias que, hacen que el magistrado, el juez, en más de una ocasión, decida sin tener una idea clara de la verdad, cubriendo su conciencia con las formas.

¿Cuántas veces el presunto padre que cree que no puede, en conciencia, negar la paternidad, obtiene al examinar su grupo sanguíneo que no es aquel su hijo? ¿Cuántas veces la madre ha luchado por el reconocimiento de su hijo ante alguien que lo niega y obtiene que ella tampoco es la madre porque se lo cambiaron en la clínica de partos?

Si ellos desconocían estas verdades también, con más razón le puede suceder al magistrado; pero cuando las partes alegan esos hechos a sabiendas, para conseguir a toda costa una sentencia favorable, es labor que el juez debe sancionar (Si se percata de ello) porque no es lo mismo perseguir de buena fé, una decisión que hacerlo temerariamente, engañando la justicia.

Nuestra sociedad descansa sobre unos factores que impiden una vida justa en donde los ideales de la constitución política no se observan ni siquiera para la expresión formal de las leyes. El estado de derecho no es tal, en los términos de la filosofía clásica. Así, el principio de igualdad no pasa de ser un postulado formal, la garantía de derecho a la vida, al trabajo; la propiedad como función social, son pasajes retóricos que, cuando se ventilan ante la justicia, además de presentarse como una nueva manifestación de la descomposición social, se ve agravado cuando se viola el principio, la constitución y la disposición legal, utilizando los mecanismos más innobles y el subterfugio, etc.

La lucha entre el PODER y LA REALIDAD SOCIAL que viven los pueblos, es la lucha entre la VERDAD FORMAL y LA VERDAD REAL vive el mundo del proceso. El juez tiene los instrumentos que le da el PODER POLITICO que: No son, las más de las veces, los más conformes con la realidad social.

Así la función del Juez es tan noble como delicada al tratar de conciliar LA REALIDAD DERECHO y EL DERECHO-PROCESO.

2. DEL FRAUDE PROCESAL

2.1 NOCION

Delito que consiste en la obtención de beneficios, generalmente materiales, por medio del engaño, la inexactitud consciente y el abuso de confianza, realizados con la intención de preparar y realizar un daño que reporta utilidad. También hay fraude por ocultación, contrabando, acaparamiento y adulteración.

El fraude, desde el punto de vista estrictamente jurídico. Es la actividad uni, bi o plurilateral ejercida intra o extra proceso, con dolo, mala fé o en forma temeraria, para modificar o alterar ilícitamente la verdad legal o formal, en un proceso judicial, o fin de causar daño o perjuicio a otro, con beneficio propio o de un tercero.

En general, es fraude en derecho la "Frustración" de la ley o de los derechos que de ella se desprenden.

2.2 PERSONAS QUE COMETEN EL FRAUDE

Desde el punto de vista procesal, pueden ser sujetos activos o pasivos de fraude procesal la totalidad de las personas que intervienen o deben intervenir dentro del proceso, e incluso los terceros no intervinientes a ningún título, así:

Las propias partes, tanto demandantes o codemandantes, como las demandadas o codemandadas; los terceros intervinientes como litisconsortes facultativos o necesarios; los intervinientes adhesivos, ad excludendum; aquel a quien se ha denunciado el pleito; el llamado en garantía; el llamado exofficio; el nominato autoris; el sucesor procesal; etc.

La actividad ilícita, en estos casos, la puede ejercer la parte a espaldas del propio apoderado o mandatario y es por ello por lo que se le sanciona patrimonialmente como parte (C. de P.C., Art. 72). Cuando ha procedido con temeridad o mala fé.

Muchos son los casos, especialmente tratándose del cobro de presuntas deudas dejadas por el causante, en que se acude con letra de cambio, pagaré, e incluso con testamento falsificado, a la oficina del abogado para

que éste, de buena fé, ejerza la acción pertinente en perjuicio de los legítimos herederos. Como al abogado la parte le presenta un título ejecutivo aparentemente legítimo y le da al mandatario explicación convincente sobre la adquisición del crédito. El apoderado, desconocedor del fraude maquinado por su poderdante, intenta la acción judicial, que si prospera, se traduce en un fraude procesal, fraguado exclusivamente por la parte.

2.2.1 Fraude ejercido por los representantes, tutores, curadores, etc. A veces, la actividad ilícita fraudulenta no proviene de las partes sino de sus representantes legales o judiciales (Curadores, tutores, padres, representante de personas jurídicas). En estos casos, la actividad ilícita desempeñada por el representante generalmente va en detrimento de su representado y en beneficio del representante o de un tercero.

El fraude típico que cometen los representantes de incapaces es el de enajenación, hipoteca o pignoración de los bienes raíces y demás derechos reales de que es titular el incapaz. Todo ello mediante procesos de jurisdicción voluntaria¹⁰, procesos en que mediante remate se enajenan los bienes del menor a precios irriso

10. C.P.C. Arts. 649 al 653.

rios, como son por lo general los de toda subasta pública, distráyanse o dilapidándose a continuación por el curador o guardador, el productor de la enajenación.

Es indudable que se debe modificar la ley sustantiva y procesal para impedir este tipo de fraudes, puesto que ni siquiera la venta en pública subasta es garantía de que por los bienes se va a pagar un justo precio, pues en estos casos, generalmente, los dictámenes periciales están amañados, máxime cuando no hay quien los objete y si hay puja en la licitación, usualmente y para prevenir sorpresas, de antemano se celebra entre el representante y el presunto rematante una especie de contrato de promesa de remate, conforme al cual se pacta un precio por el bien que se va a subastar, y si llegado el momento en la licitación tal precio es sobrepasado en la puja por terceros, el rematante amañado puede tranquilamente aumentar el precio de la puja hasta donde sea necesario, en consideración a que, conforme al pacto previamente acordado, una vez aprobado el remate, el representante del incapaz reintegrará al rematante el excedente que sobrepase la suma convenida.

2.2.2 Fraude llevado a cabo por apoderados judiciales. También puede acontecer que la actividad fraudulenta

no provenga de la parte sino de su apoderado o consejero, es decir, que el comportamiento o conducta procesalmente ilícita la realice el mandatario judicial Motu propio, a espaldas y en perjuicio de su representado o de tercero; o en su favor o beneficio y en contra de la administración de justicia.

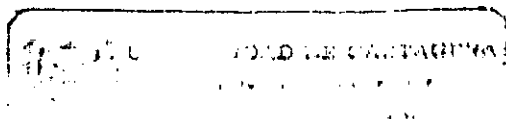
En estos casos, según la forma y modo como se tipifica la conducta procesal ilícita, si el apoderado ha sido infiel a sus deberes profesionales, o de mutuo acuerdo con la parte contraria ha comprometido la causa que se le ha confiado, su defraudación configurará el delito de colusión previsto en el Art. 196 del C.P.C. o el previsto en el 182 del C.P.C. o simplemente puede haber incurrido en cualquiera de las faltas previstas en el código de ética del abogado.

3. EL FRAUDE PROCESAL Y LA VERDAD

3.1 NOCION

Dentro de la estructura del mundo real, el ser humano, en todos los actos y hechos de la vida cotidiana, tiene que manipular, utilizar, admitir o rechazar, según sus necesidades, intereses o conveniencias, una multiformidad de criterios acerca de lo que es verdad, o se cree que es verdad; de ahí la complejidad que asume dentro de todo proceso judicial.

La verificación de la verdad, además hay que tener en cuenta a la cantidad de maquinaciones a que está sometida dentro del mismo, pues sobre la reconstrucción o verificación de ella necesariamente descansa el fallo, tal es el motivo que fuerza en el presente trabajo a realizar una pequeña breve excursión por el mundo de la verdad.



3.2 MUTACION HISTORICA DEL CONCEPTO DE VERDAD

Para los Griegos, creadores del pensamiento occidental verdad, significa descubrir, revelar, creando las condiciones de posibilidad para que las cosas por sí mismas mostrarán su ser. PLATON, cumbre del pensamiento griego, en LA REPUBLICA, Libro VII, en el llamado "SIMIL DE LA CAVERNA" por primera vez se enfrenta al problema de la verdad y hace una minuciosa descripción de la "Verdad Aparencial", es decir, las imágenes que desfilan frente al fondo de la caverna y que son las únicas que pueden ver los hombres que se encuentran encadenados; "La Verdad Doxográfica", esto es, la verdad según la opinión de los hombres que siempre han permanecido en la caverna, frente a aquel que salió a la luz a quien, tras el retorno, los encadenados están dispuestos a darle muerte, porque ha regresado con los ojos estropeados, y finalmente, la "VERDAD ONTOLOGICA", que es la que, paso a paso, entre dolor, asombro y descubrimiento ha permitido a quien fue desatado salir hasta el mundo exterior y luego retornar a la caverna, permitiéndole en esta forma conocer a los hombres y a las cosas tal como son en realidad.

TOMAS DE AQUINO¹¹, define la verdad como "Adecuación

11. Cuestiones disputadas acerca de la verdad.

entre el entendimiento y la cosa", lo cual, en cierto modo, tomó de ARISTOTELES, quien sostiene que "Las representaciones mentales (NOEMATA) son adecuaciones a las cosas" (De interpretación). Pero en Tomás de Aquino, sin embargo, quedó inexpresada la naturaleza de la correspondencia, conveniencia, correlación o adecuación entre el entendimiento y la cosa, para que tuviera efecto el acontecimiento de la verdad.

DESCARTES, refiriéndose al problema de conocimiento, dice que una idea es clara cuando DISCIERNE un objeto de los otros y que una idea es distinta cuando manifiesta las notas del objeto que lo caracterizan, por lo que el conocimiento debe ser claro y distinto para que sea adecuado, es decir, que DESCARTES, cuando hay claridad y distinción en cuanto a la concordancia del juicio con el objeto, el conocimiento es verdadero.

A principios de este siglo Husserl¹², replanteó el problema de la verdad, asimilándola a una situación objetiva y a su identidad o plena concordancia entre lo mentado y lo dado como tal, es decir, el vivir en la evidencia del objeto dado, en el modo del objeto mentado.

12. Investigaciones lógicas.

Más recientemente HEIDEGGER, en ser y tiempo¹³, de la esencia de la verdad dice: "Sólo hay verdad, hasta donde y mientras el ser ahí es"; y luego agrega: "La mostración de la verdad acaece dentro del estado de abierto", siendo el "Ser ahí" el que descubre y pone en libertad a los "Entes mismos".

3.3 CLASES DE VERDAD

Existen, según lo expuesto las siguientes clases de verdad:

VERDAD ONTOLOGICA O REAL. Es la que acontece cuando lo que se piensa, se siente o se enuncia de una cosa, necesariamente corresponde a la estructura real del objeto pensado, sentido o mentado.

VERDAD APARENCIAL. La que se da cuando los hechos, los actos o las cosas, por sí mismos, muestran a los sentidos o a la institución una determinada manera de ser de la cosa que se exhibe, pero sin que necesariamente lo intuído, percibido o enunciado por el sujeto cognoscente, corresponda a lo que las cosas, los actos o los hechos muestran. Es decir, que según este criterio

13. Ser y tiempo 2 Ed. México F.C.E.

niños estaban acostumbrados a percibir sobre el frontón del fondo de la cueva, era el único mundo real, y lo creían con tal fé y fuerza, que consideraban loco a quien pensara en forma diferente y aun estaban dispuestos a dar muerte a quien pretendiera desatarles y hacerles salir fuera de la cueva.

VERDAD FORMAL O REAL. Que es cuando, por ministerio de la ley, se ordena tener un hecho como cierto (Presunciones), o como probado con calidad de cierto, o cuando al proceso juez en el fallo como verdadero y en este caso recibe el nombre de "Verdad judicial".

3.4 DIVERSAS CLASES DE VERDAD DENTRO DEL PROCESO

En consideración a lo expuesto dentro del proceso por el juez y las partes, se deben tener en cuenta las siguientes clases de verdad:

VERDAD REAL Y ONTOLOGICA

LA VERDAD LEGAL

Cuando por ficción normativa o presunción legal, o por aporte de determinados medios probatorios al proceso, se ordena tener un acto, hecho o circunstancia como cierto.

LA VERDAD PROPUESTA

Por cada una de las partes (Demandantes, demandados y terceros), que puede corresponder a verdades reales, aparentes, doxográficas, etc.

LA VERDAD MORAL

Que es la establecida por el juez teniendo en cuenta tanto las pruebas legalmente allegadas al expediente, como cualquier otro medio extraprocésal que haya utilizado o empleado el fallador para acercarse a la verdad ontológica.

LA VERDAD JUDICIAL DECLARADA

Que, como se dijo, consiste en la declaración de ser ciertos, o no, determinados hechos y circunstancias propuestos o alegados por la parte dentro del proceso.

3.5 LA VERDAD REAL U ONTOLOGICA EN EL PROCESO

A los abogados y a las partes por falta de precepto legal en materia civil y laboral, no se les impone la obligación de adecuar los hechos y pretensiones de la demanda a la verdad real u ontológica, por lo cual ellos

pueden enunciar los hechos y formular sus pretencio-
nes de acuerdo con la verdad aparential o la verdad
doxográfica, y aunque parezca insólito, hasta es permiti-
do fingir, o eclipsar la verdad ontológica, sin que
ello acarree sanción real y efectiva contra quien ha
acudido a tales prácticas.

De otra parte, nuestros jueces y magistrados no están,
por regla general, expresamente autorizados para buscar
la verdad ontológica. Disponen el Art. 179 del C.P.C.
que "Las pruebas pueden ser decretadas petición de parte,
o de oficio cuando el magistrado o juez las considere
útiles para la verificación de los hechos relacionados
con las alegaciones de las partes". Por consiguiente,
el principio es que el juez sólo puede decretar la prác-
tica de pruebas que sean conducentes al esclarecimiento
de la verdad propuesta o alegada por las partes (Que
puede ser real, aparential, doxográficas, e inclusive,
corresponder a una tergiversación u ocultamiento de
la verdad), pues como lo dice el Art. 179 citado no
puede ir el juez más allá de la verificación de los
hechos relacionados con las alegaciones de las partes
en la demanda o su contestación, como en las pretencio-
nes, salvo, claro está, las excepciones de los Arts.
37, 38, 93, 404, y 417 del C. de P. C., conforme a los
cuales el juez debe tomar las medidas conducentes a

en la verdad aparential lo mentado, percibido o enunciado por el sujeto cognoscente puede corresponder o no a la verdad real; así, es verdad que la luna tiene aproximadamente un pie de diámetro, o que es el sol el que gira alrededor de la tierra, o que una varilla sumergida hasta la mitad en un tanque de agua, en apariencia está doblada, cuando en realidad es recta. En el caso de PLATON, en "Simil de la caverna", para los hombres que se encuentran encadenados son verdaderas (aparentemente) las sombras e imágenes que se proyectan sobre el fondo de la curva, que representan a hombre y figuras.

VERDAD DOXOGRAFICA. En la verdad doxográfica, a diferencia de lo que acontece en la verdad aparential, la causa del error no emana de la cosa misma, sino que reside en el propio sujeto cognoscente en razón de defectos en la percepción o de convicciones fundadas en el imperio de creencias que tienen una base equivocada. Así, para aquellos que exigieron la retractación a GALILEO, era dogma de fé que la tierra era inmóvil, y para los cristianos de la Edad Media era un hecho incontrovertible que el único Dios verdadero era el cristiano. En el caso del simil de la caverna, para quienes habían permanecido siempre AHERROJADOS era verdad incuestionable que el mundo de las imágenes y sombras, que desde

prevenir el fraude procesal.

En conclusión, dentro de los procesos civil y laboral, y por ende administrativos, no se le propone al juez la búsqueda de la verdad ontológica o real sino la delimitación de una verdad aparential siñéndose a las alegaciones y pretensiones aducidas por las partes.

Naturalmente que dentro del C.P.P. existen varias normas referidas al esclarecimiento de la verdad real u ontológica más la práctica demuestra lo contrario, porque es en los procesos penales donde es más frecuente la ocultación, adulteración, falsificación y tergiversación de la verdad.

Por necesidad debe imponerse, como criterio máximo, que al lado de los principios de equidad, debido proceso, igualdad entre las partes y efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, se imponga como principio prioritario el de buscar y establecer la VERDAD ONTOLOGICA para hacer descansar en ella la verdad judicial.

3.6 OBJETO DEL FRAUDE PROCESAL

Tratado suscintamente el problema de la verdad en gene

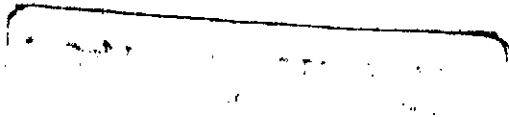
ral, la verdad frente al proceso y la verdad judicial, se comprende que el fraude procesal tiene por finalidad.

O alterar, modificar o cambiar la verdad ontológica para acreditar dentro del proceso una verdad distinta a la real, mediante la declaratoria de la verdad judicial que se hace en el fallo, cuando se declara que hechos se tienen como ciertos o verdaderos y cuáles como falsos, y con base en ello se aceptan o rechazan las pretensiones.

O, para hacer que coincida la verdad judicial declarada en el fallo con la verdad real, alterar o falsificar pruebas para el logro de tal cometido, porque muchas veces sucede que los hechos han tenido ocurrencia como los alega la parte, pero ésta carece de medios idóneos para acreditar la verdad real, y entonces acude a la alteración, falsificación o aporte de pruebas falsas, para demostrar la verdad ontológica.

En el primero de los casos el fraude procesal está encaminado a alterar la verdad real u ontológica para probar y establecer una seudoverdad que tendrá carácter de verdad judicial.

En el segundo, el fraude procesal está encaminado no



a alterar o modificar la verdad ontológica, sino a cambiar, falsificar o sustituir los medios probatorios para demostrar judicialmente la verdad real u ontológica, es decir, para que la verdad judicial coincida o concuerde con la verdad real.

3.7 EL FIN DEL FRAUDE PROCESAL

El fin del fraude procesal es ocasionar daño o perjuicio a la contraparte o a un tercero, en beneficio del defraudador o de un tercero, con el uso de toda clase de artimañas y de esta manera obtener sentencia favorable.

Naturalmente habrá casos excepcionales en que únicamente se causa perjuicio, sin que a la vez, como contrapartida, el defraudador o un tercero obtengan beneficios.

El fraude procesal se caracteriza y tipifica por su resultado nocivo. Si no hay resultado nocivo en perjuicio de una parte o de un tercero, el fraude resultará inocuo e ineficaz y como no ha producido efectos dañosos, pues no será sancionable; esto en consideración a que el fraude procesal, como las conductas culposas, necesariamente producen efectos o resultados nocivos.

De otra parte conviene aclarar que, es menester que

todos los actos inherentes al fraude se hayan consumado y que a más de ello haya producido efecto dañoso, y de otra parte el perjuicio ocasionado por el fraude tiene que ser cierto, real y directo; de ahí que considerar como inocuos los fraudes que sólo hipotéticamente o eventualmente puedan causar daño o perjuicio.

4. EL FRAUDE Y LA LUCHA CONTRA EL DERECHO POR DEFICIENTE ESTRUCTURA NORMATIVA

4.1 NOCION DEL PROBLEMA

Como se sabe, una de las principales causas del fraude, la impunidad, la anarquía jurídica, la inmoralidad, etc., radica en la deficiente estructura normativa que nos gobierna, empezando por la carta fundamental.

La constitución está montada, estructurada sobre conceptos filosófico-político, económicos-sociales y éticos-jurídicos, que fueron instituidos para resolver problemas atinentes a estructuras físicas, ambientales, sociales, humanas, técnicas, etc., imperantes hace un siglo, los cuales hoy por el progreso y desarrollo de la sociedad, la ciencia, la evolución y cambio de las instituciones, se encuentran obsoletos, es decir, que los principios y orientaciones que son el sustrato de nuestra constitución, han perdido vigencia, porque ahora son otras las necesidades y otros los intereses primarios de estado. La sociedad, las personas, etc, que llaman

consideración, cuidado y solución

4.2 COMO DEBE SER TRATADO

Una carta fundamental debe normar la realidad vigente, y lo que es más, su mayor bondad reside en la forma como esté proyectada hacia el futuro, previendo los posibles cambios en la estructura del mundo real, tanto institucional, como científico, técnico y humano, pero sujetándose a un modelo político, económico y social. De ahí que los constituyentes deban tener muy presente el futuro, de analistas de porvenir, para así de esta forma preveer qué instituciones, principios, sistemas, etc., van a ser objeto de cambio o punto de conflicto y anticipándose al futuro, consignar las soluciones pertinentes; por las mismas razones los reformadores deberán reactualizar, amoldándolos a las nuevas circunstancias, los conceptos de justicia, paz, seguridad, libertad, orden, etc.

51515

Las constituciones, como las culturas, las civilizaciones y los hombres también nacen, se desarrollan, declinan, se desintegran y mueren, así que el futuro y el destino histórico de la nación están en manos de quienes elaboran sus normas y en especial, su carta fundamental.

5. LA PRETENDIDA IGUALDAD ANTE LA LEY

5.1 NOCION

Los principios que reglan nuestras instituciones, formalmente la igualdad ante la ley: Así el Art. 7o. de la DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, adoptada por la ONU y ley de la República, preceptúa que "Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la Ley". Ahora bien: Para garantizar la igualdad ante la ley, los ordenamientos procesales, llámense de procedimiento penal, civil, laboral, administrativo, etc., consagran crecido número de reglas y contra reglas para avalar idealmente tal paridad; sin embargo, no puede sólidamente sostenerse que estemos equiparados ante la ley que se consagra para todos idéntica protección jurídica.

5.2 OBJETO DEL APARATO JURIDICO

Es importante dentro del presente trabajo preguntarse: ¿Cuál es el objeto del aparato jurídico?

Las conclusiones no pueden ser más agobiantes, porque en esencia, en materia civil, el aparato jurídico está destinado es a mantener el STATU QUO, a garantizar y defender los derechos adquiridos, bajo el llamado principio de legalidad, es decir, a garantizar la defensa de los bienes, derechos e intereses de los pudientes (Que en la práctica, los pobres, los desvalidos, no tienen intereses ni derechos patrimoniales que defender), lo cual permite concluir que el aparato jurídico tiene por objeto primordial defender la clase plutócrata, el oligopolio, los grupos de presión, los detentadores de poder, etc., y que, a contrario sensu, el sistema jurídico, por lógica contraposición, está destinado a mantener en la miseria al menesteroso, confinándolo dentro de los límites de sus exiguos derechos adquiridos, de su status quo, es decir, prorrogándole su situación de indigencia.

La justicia es magnificencia de y para privilegiados, porque demanda abogados costosos, larga espera y cuenta bancaria para empujar el litigio, por lo que, a no dudar lo, está instituida para defender los derechos de los adinerados y porque el eufemísticamente llamado amparo de pobreza, concedido a quien no se encuentre en capacidad de atender los gastos del proceso, no pasa de ser un recurso de la sofística jurídica, destinado a encu

brir la inequidad del aparato jurídico; que sólo los típicos representantes del proletariado jurídico acuden a tal medio procesal.

5.3 CAUSAS DE LA DESIGUALDAD ANTE LA LEY

Son motivos de inequidad legal:

- Todos aquellos hechos o actos de índole política, económica, social, cultural o religiosa, que por la fuerza misma de las cosas, a lo largo de cualquier litigio, usualmente favorecen al más acaudalado, al de mayor influencia política o social, así no le asista la razón jurídica en el caso debatido.

- En Colombia y Latinoamérica, las sentencias favorables no las obtiene por regla general, quien esté asistido de la razón, desde el punto de vista ético-jurídico, sino aquel que tenga mayor poder y actitud política, social, económica e intelectual para manejar el proceso, mediante la actuación del mejor corsario-abogado, usualmente llamado mandatario judicial, para que formule la demanda o su contestación, suministre los documentos o comprobantes que requiera el negocio, busque y obtenga la comparecencia de los testigos, la práctica de pruebas periciales costosas,

etc., lo que raras veces logra la parte menesterosa, así esté asistida por el derecho, e incluso en muchas ocasiones con recursos económicos suficientes, pero desprovista de actitud logística para acometer y llevar adelante el proceso.

En nuestro medio, a menudo los litigios no se fallan en favor de quien ontológicamente esté asistido por la verdad moral, sino de la parte que más convincentemente haya manipulado la prueba, los hechos y la ley, en la tarea procesal de fabricar la verdad legal o formal, para crear en el juez la "Persuasión racional" que le asiste la razón"¹⁴.

- Regla de oro es que la decisión recaerá preferentemente en favor de la parte mejor asesorada; luego en lugar de garantizarse la igualdad ante la ley, lo que se ha entronizado es la vigencia de la ley del más fuerte, del más hábil, del más dispuesto intelectual, política y económicamente; en otras palabras, estamos en presencia del tipo de dominación más sofisticado y difícil de detectar.

14. Decreto 196 de 1971, Art. 51 Número 1.

Los griegos, agudos observadores de la realidad social, profundos conocedores del alma humana, describieron el velo del problema y como dice Flavio Filostrato¹⁵ "Cuando los Atenienses observaron la gran inteligencia de los sofistas, los excluyeron de los juicios ante los tribunales, porque podían vencer con una causa injusta, una causa justa y hacer prevalecer la injusticia sobre la equidad", no hay pues, igualdad ante la ley, y en las decisiones judiciales prevalecerá la causa sustentada por la parte más diestra o poderosa.

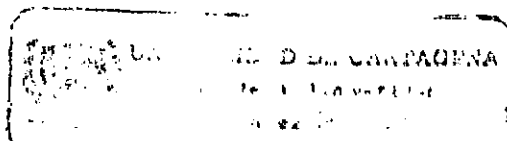
15. Vidas de los sofistas. Libro I.

6. EL FRAUDE PROCESAL EN COLOMBIA

6.1 DEL FRAUDE EN EL INTERROGATORIO DE PARTE

6.1.1 Noción. El interrogatorio de parte es el medio probatorio utilizado en asuntos civiles, laborales y administrativos, para que la contraparte (cuando tal medio procesal es viable acepte como ciertas, es decir, confiese hechos sobre los que versa la demanda o su contestación.)

Es un medio de gran eficacia, considerado por muchos como la prueba reina, porque salvo excepciones consignadas en la ley, es apto para probar plenamente la existencia de cualquier hecho, acto o circunstancia; de ahí que los traficantes del derecho probatorio han afilado su argucia para retrasar, eludir o impedir su práctica o para desvirtuar su contenido, cuando la parte necesariamente ha tenido que enfrentarse al interrogatorio.



6.1.2 Artimañas para retrasar o aplazar la diligencia. A más de la utilización de los recursos pertinentes de reposición y apelación, para retardar o evadir el interrogatorio anticipado, así como el interrogatorio dentro del proceso, se acude al CAMBIO DE DOMICILIO o presunto demandado, ya que el tenor de lo reglado en el Art. 82 del Código Civil cualquier persona puede concurrir donde el Alcalde Municipal y manifestar su ánimo de avecindarse en dicho municipio, presumiéndose se para todos los efectos legales que a partir de la declaración de avecindamiento y su aceptación por el Alcalde, el avecindado se encuentra domiciliado en el lugar, lo que probará con la copia de la declaración y aceptación del domiciliamiento, y con la inscripción de ésta en el Registro Civil de Nacimiento, según lo ordenado por el Art. 25 del Decreto 1260 de 1970, a los Arts. 1, 4, 5 y 14 del Decreto 2158 de 1970, que dando en esta forma avecindada civilmente la persona, a tenor del Art. 82 del Código Civil; acudiendo a este sistema es que muchas personas concurren a un municipio diferente de aquel donde trabajan o actúan y hacen declaración de avecindamiento, lo que equivale a la constitución de domicilio civil conforme al Art. 82 del Código Civil, por lo que en adelante para estas personas la mera residencia ya no hace las veces de domicilio civil, y en caso de ser demandadas o que con su citación se

tenga que practicar pruebas anticipadas, como el interrogatorio de parte, a tenor del Art. 20, num. 20 del C.P.C. será competente el juez del domicilio donde se produjo el avecindamiento.

Pertrechada con tal sistema defensivo, la parte así avecindada y citada, pide al juez declare la nulidad de la actuación invocando el Art. 152, num. 2 del C.P.C., por falta de competencia, y la parte que solicitó el interrogatorio anticipado, se ve avocada a tener que destruir una presunción legal de avecindamiento, por lo que es común que se resigne a perder el incidente de nulidad sin siquiera discutirlo y formular el interrogatorio ante el juez del domicilio donde se produjo el avecindamiento.

Otro recurso del que se hace uso para retrasar la diligencia consiste en alegar inhabilidad relativa para rendir el interrogatorio de parte, aduciendo que la persona, al momento de la diligencia, se encuentra en estado de embriaguez, bajo el efecto del alcohol, sustancias estupefacientes o alucinógenas, aplicando por analogía el Art. 216 del C.P.C., en el sentido que si las personas son inhábiles para testimoniar cuando se encuentra en tales circunstancias, con mayores veraz lo serán para confesar dentro del interrogatorio de

parte y es evidente que ningún juez de la República se atreverá a practicar la diligencia con quien se encuentre beodo, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una inhabilidad relativa, por lo que lo prudente es señalar nueva fecha y hora para que la diligencia tenga lugar y no puede hablarse de confesión ficta por que el citado ha comparecido, ni es el caso de alegar que sus respuestas sean evasivas o inconducentes.

6.1.3 Medios utilizados para no concurrir personalmente al interrogatorio de parte. La confesión por apoderado judicial está autorizada en el Art. 197 del C.P.C., y es diferente de la confesión por representante a tenor del Art. 198 del mismo ordenamiento.

En el primer caso, el citado a responder el interrogatorio confiere poder especial, suficiente, con autorización expresa para confesar, al apoderado judicial, siendo este quien concurre al despacho a dar respuesta al cuestionario que le formule la contraparte.

Sobra decir que el éxito de la prueba, en estos casos, es relativo, porque un abogado, conocedor de la materia, puede darse el lujo de responder a los hechos sobre los cuales se le interrogue, sin comprometer a la parte que representa, manifestando que a tenor de lo reglado

en el Art. 195, num 5, del C.P.C., no tiene conocimiento personal acerca de lo que se le pregunta, o que ignora si su representado tiene tal conocimiento y como conforme al Art. 208, Inc. 5, del C. de P. C., el juez no puede, de oficio ni a petición de la contraparte, ordenar al interrogado que se documente para responder, es obvio que la pregunta queda sin respuesta.

Sistema también utilizado por las personas jurídicas es el de sustituir al representante, gerente o administrador.

Efectivamente entre el momento de la notificación de la demanda o del auto que decretó el interrogatorio anticipado y la práctica de la diligencia, la persona jurídica cambia el representante legal inscrito en la Cámara de Comercio, inscribiendo la nueva acta de nombramiento (Especialmente cuando tal cambio es protestativo de la Junta Directiva) y acaece que el representante inicialmente citado, pero ya sustituido en sus funciones, asiste a la diligencia, se entera del contenido de las preguntas, responde a ellas con evasivas o como bien tenga, pero antes de cierre de la diligencia, entrega al despacho certificado de la Cámara de Comercio en el que consta que ya no es el representante legal de la persona jurídica citada, con la cual la confesión

carece de eficacia probatoria porque no tiene capacidad para hacerla conforme a lo reglado en los Arts. 195, num. 1 y 198 del C.P.C., pero con el resultado anterior quedó avisado el genuino representante, para llevar a cabo una adecuada defensa, una vez que sea citado el nuevo gerente o presidente de la compañía.

Medio también utilizado por compañías donde los litigios son frecuentes, es el de constituir en el contrato social apoderado exclusivamente para fines y actuaciones judiciales en cabeza de abogados inscritos, haciéndose constar en los estatutos que los representantes o administradores generales, carecen expresamente de facultades para representar a la empresa en litigios o actuaciones judiciales. Esta clase de representación a dado lugar a problemas de difícil solución, por cuanto el Art. 203 de C. de P.C. establece que "Cuando una persona jurídica tenga varios representantes podrá citar se a todos para el interrogatorio, y cualquiera deberá concurrir a absolverlo, aunque no esté facultado para obrar separadamente", lo cual no cobija el caso de representación con poderes limitados o exclusivos, porque se trata de un poder especial, otorgado por escritura pública, para realizar actos o intervenciones respecto de los cuales la ley exige la calidad de abogado titulado

e inscrito; de consiguiente, a tenor del Art. 840 del Código de Comercio, el apoderado para fines judiciales en verdad no es el administrador o representante de la empresa previsto en el Art. 203 del C. de P.C., en virtud que no ejecuta los actos propios del negocio u objeto social ordinario de la compañía, sino que la representa para actos especialísimos y porque los administradores de los bienes y negocios ordinarios, al carecer de facultades para representar a la sociedad en asuntos judiciales, no la obligan ante terceros, de acuerdo con lo reglado en el Art. 196, inciso final del Código de Comercio, siempre y cuando tales limitaciones y restricciones consten en el contrato social, incrito en el registro mercantil.

Dando aplicación a este sistema es como algunas empresas excluyen a los gerentes o administradores generales de los litigios, y se hacen representar en los asuntos judiciales exclusivamente por abogados inscritos; por lo que es un error, en estos casos, notificar la demanda o el auto que ordena el interrogatorio de parte a los administradores o gerentes generales, en consideración a que si se alude tal sistema, la persona jurídica invoca la causal de nulidad de la actuación, por indebida representación de la parte o por falta de notificación legal a quien realmente ha debido hacerse para esos

finés, es decir, al representante para fines judiciales de la compañía, y entonces el interrogatorio anticipado se transforma en un incidente de nulidad cuya evacuación bien puede durar, con la respectiva apelación de seis meses a un año.

6.1.4 Diferentes medios utilizados para desvirtuar el contenido del interrogatorio. La parte enfrentada al interrogatorio dispone, además, de medios muy poderosos para soslayar las preguntas que se le formulen, sin incurrir en confesión ficta por respuestas evasivas o inconducentes como lo prevé el Art. 210 del C. de P. C.

Según el Art. 195 del C. de P. C. la confesión debe versar sobre hechos personales del confesante o hechos de los cuales tengan conocimiento, por lo que, tratándose de interrogatorios de parte rendido por representante de persona jurídica que recientemente haya entrado a desempeñar el cargo, tal persona queda colocada en situación ventajosa, pues no es pertinente interrogarla, ni debe serlo, sobre hechos personales, en su calidad de persona natural, sino sobre hechos relacionados con la empresa que representa y de los cuales se supone tiene conocimiento, por lo cual le será muy fácil al representante así interrogado, alegar que ignora o desco

noce el hecho por el que se le pregunta y que, en consecuencia, no está en capacidad de afirmarlo ni negarlo, y aduce los motivos que tiene para ello; excusa que es viable en interrogatorio anticipado de parte, tratándose de empresas con crecido volumen de negocios y personal, ante lo cual el interrogador poco o nada puede hacer, debido a que la autorización que trata el Art. 208, inc. 5, del C. de P. C., para consultar documentos, papeles o informarse del hecho con otra persona, sólo es viable de conceder cuando se formula petición del propio interrogado; de modo, el juez no puede, a petición del interrogador ni de oficio, suspender la pregunta y ordenarle al interrogado que se documente o consulte con terceros para responder en posterior fecha y hora, cuando éste se haya limitado a contestar que "no tiene conocimiento del hecho".

El truco procesal de sustituir al representante legal de la persona jurídica para la diligencia de interrogatorio de parte, dada la deficiente redacción de nuestro código y la habilidad maquiavélica de algunos defensores, ha permitido a un gerente responder las veinte preguntas que le fueron formuladas, con la letanía que no tiene conocimientos del hecho sobre el cual se le interroga, sin que la parte interrogante haya podido obtener la delcaratoria de confesion ficta, porque el

absolvente, aportando los documentos necesarios, demostró llevar en el cargo escasas veinticuatro horas.

Recurso empleado por representantes de sociedades es el de pedir al juez autorización para consultar documentos, papeles, o informarse del hecho con otras personas a fin de poder responder (C.P.C. Art. 208, Inc. 5); y amparándose en tal norma a veinte preguntas responder en idéntica forma, por lo que enterado del contenido del cuestionario y auxiliado por expertos en asuntos judiciales, en la nueva diligencia a cada pregunta dará respuestas sutiles que sólo por excepción envuelven la confesión de los hechos pretendidos por el demandante, si es que no da respuestas tan justificativas como la que no puede consultar los libros o documentos por que los archivos de la fábrica fueron saqueados, o se incendiaron inexplicablemente, y para acreditar esta circunstancia acompaña copia autenticada del denuncia pertinente. Esguince empleado, sobre todo cuando las preguntas no son acertivas (en razón que se hace difícil preguntar en estos casos sobre un sólo hecho, como lo ordena el Art. 207, inc. 5), es pedirle al juez que divida la pregunta porque esta versa sobre más de un hecho; respecto de este punto, muy errados andan quienes sostienen que son suficiente veinte (20) preguntas,

pues la verdad es que este número es escaso cuando se interroga en asuntos relacionados con la responsabilidad civil extracontractual, acerca de la cual, en materia de transporte terrestre, por ejemplo, se hace necesario averiguar sobre propiedad de los vehículos, características de los mismos, contratos de administración, contrato de trabajo del conductor y de explotación del automotor, área de operación, forma de despacho, nivel de servicio, modalidad, forma como se presta el servicio, continuidad, los perjuicios, y su clase, lugar forma y modo como sucedieron los hechos, relación de causalidad, etc., para lo cual las veinte preguntas son insuficientes, si se aspira a interrogar adecuadamente, en virtud que cada uno de los puntos anotados, por las múltiples interrelaciones que los ligan entre sí, puede encerrar preguntas hasta sobre tres o cuatro hechos, siendo esta la razón por la cual algunos gerentes de empresas de transportes, como se dice gallos finos, con sólo pedirles al juez que divida las preguntas, sean acertivas o no, en virtud que versan sobre más de un hecho, impiden un interrogatorio exhaustivo, que es lo que quiere la ley en estos casos.

El artificio del embrutecimiento. A veces, para deducir las consecuencias que puedan entrañar una pregunta, la parte se "Embrutece" y humildemente le solicita al

juez que como no la ha entendido, "Se sirva explicarla mejor", para así solapadamente, saber hasta dónde puede extenderse en las respuestas y de esta manera no dar respuestas en las cuales se vea muy comprometido.

Como se ha observado, el fraude procesal dentro del interrogatorio de parte, merced a la defectuosa redacción de nuestras normas, permite toda clase de abusos, trucos y ardidés, en perjuicio de la recta administración de justicia y del esclarecimiento de la verdad ontológica.

Está bien que el derecho sea una carrera de astucia, de personas audaces, pero esto no implica que siempre se tenga que estar acudiendo a toda clase de ardidés con el fin de verse beneficiados con la resolución judicial, vale más una victoria sobre la base de un estudio serio y jurídico del proceso.

6.2 EL FRAUDE EN LA PRUEBA TESTIMONIAL

6.2.1 Concepto previo. Uno de los medios probatorios más utilizados es la prueba testimonial; de ahí la intensa manipulación a que es sometido este medio probatorio para imponer una "verdad formal" distinta a la verdad real u ontológica.

Gracias a un vacío legal increíble, los abogados no están en la obligación de acreditar la verdad real u ontológica, sino la "verdad formal" que ha de "Convenecer" al juez acerca de cómo acaecieron los hechos materiales del debate probatorio (Veáse Art. 175, inc. 1 del C. de P.C.); por ello, en el Art. 179 del C. de P.C., se establece que las pruebas se decretarán cuando se consideren "Útiles" para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, es decir, que la lucha procesal es para instaurar una verdad formal una verdad ajustada a lo que las partes hayan alegado, y no como debería ser: Una lucha para que brille la verdad ontológica, para acreditar procesalmente cómo ocurrieron los hechos en realidad.

Comprendido lo anterior se entiende y explica por qué cada parte trata de probar "su verdad" dentro del proceso, por qué el expediente se edifica sobre la "verdad formal" y no sobre la verdad real u ontológica, aunque muchas veces hay coincidencia entre una y otra; y se comprende también por que' cada parte trata de desdibujar la realidad ontológica, acomodándola a sus alegaciones e intereses.

6.2.2 Formas de manipulación de la prueba testimonial. La prueba testimonial es otro de los medios probatorios donde es más intensa la manipulación por parte de aboga

dos para tergiversar la verdad real.

Dos sistemas de manipulación de la prueba testimonial se enfrentan en el proceso: De un lado, la parte que pretende aducir la prueba testimonial para acreditar determinada verdad formal y de otro la contraparte que acude a cuantos medios encuentra a su alcance, o para que no se produzca la prueba, o para que se desvirtúe su contenido o eficacia probatoria.

El principal sistema de manipulación de la prueba testimonial es el entrenamiento de testigos a fin de que al momento de declarar no vaya a incurrir en errores o contradicciones. Es por eso tan importante el relato espontáneo de los hechos que debe exigir el juez al declarante para tratar de indagar si éste en realidad dice la verdad. Se ha visto el caso en que se allegan a un proceso de lanzamiento como prueba sumaria del contrato dos declaraciones de nudo hecho que al ser ratificadas en el proceso quedan sin fundamento alguno pues los declarantes incurren en profundas contradicciones respecto de las afirmaciones que inicialmente habían en las declaraciones extrajuicio.

Son innumerables las actuaciones ilícitas de apoderados, o de las mismas partes en los medios de prueba,

tales como las tácticas utilizadas, para retrasar, o impedir la práctica del interrogatorio de parte, las empleadas para impedir u obstaculizar las diligencias de inspección judicial, las realizadas con el fin que el perito rinda en forma amañada a los intereses de una parte su experticio.

Sin embargo estas actuaciones ilícitas en los medios probatorios son muy difíciles de detectar por parte de los funcionarios para quienes es casi imposible des cubrir estos fraudes.

6.2.3 El entrenamiento del testigo. Hecho de diaria ocurrencia es el entrenamiento previo a que se somete el testigo antes de ser llevado a los estrados judiciales.

Hoy es usual que las partes lleven a "sus testigos" al lugar de los hechos, los sometan a toda clase de observaciones, réplicas y contraréplicas, reconstrucción acomodada de los hechos para probar determinada realidad, a fin de que al momento de declarar no vayan a incurrir en errores, olvidos o contradicciones, y puede afirmarse que en asunto de importancia, casi sin excepción, todo testigo es sometido al contrainterrogatorio previo y a la reconstrucción anticipada de los

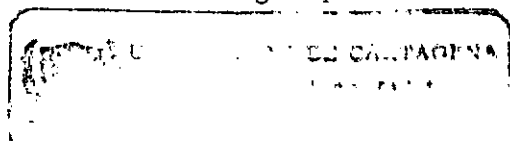
hechos.

Es el entrenamiento a que son sometidos los testigos o declarantes tan minucioso y efectivo, que estos hacen un relato muy minucioso y detallado de los hechos inclusive en mejor forma que las personas que realmente estuvieron en el lugar de los hechos, que por lo rápido que suceden las cosas se le escapan muchos detalles y muchas cosas que se suceden el día de los hechos y que las personas bien entrenadas hacen una explicación de los hechos con lujo de detalle por el contrario las personas que si estuvieron presentes incurren en ciertas fallas, o en muchas ocasiones no recuerdan detalles, haciendo por lo mismo una declaración menos convincente.

6.2.4 La inhabilidad. Conforme al Art. 216 del C. de P.C., son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado, los que al momento de declarar sufren alteraciones mentales o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, o sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol, de estupefacientes o alucinógenos. Dios libre al testigo de cualquier "amigo desprevenido" que desde la tarde anterior al día y hora fijados para declarar, le arrastre a una tendida con damas, pues su único propósito será el de

impedir que llegue al juzgado, o hacer que concurra en estado de beodez; y si de una maniobra tal se libra, que el testigo se abstenga de tomar tinto o bebidas en cualquier sitio, pues es corriente, la utilización de alucinógenos, estupefacientes y drogas similares, para perturbar mentalmente al testigo, y de este modo lograr que sea declarado inhábil para testimoniar, esto sin mencionar las distintas amenazas de todos los calibres y presiones a que se puede ver sometido determinado testigo, logrando de esta forma presionarlo y hacerlo variar de una u otra forma su declaración.

6.2.5 La tacha. Pero si el testigo ha salido incólume y ha logrado llegar sano de mente al despacho, entonces debe aprestarse a sufrir la tacha cuando menos por sospecha, de que tratan los Arts. 217 y 218 del C. de P.C. generalmente por razones de dependencia, sentimiento o interés para con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otros hechos similares, para lo cual entran en actividad las agencias de investigación que funcionan en nuestras principales ciudades, donde a cambio de una módica suma investigan del testigo los antecedentes personales, económicos, familiares, las relaciones económicas, afectivas, de dependencia o interés que haya tenido con alguna de las partes, y como en la práctica generalmente se es testigo por razones



de dependencia, parentesco, interés o afecto (porque es obvio que los asuntos personales no se comparten con extraños), la tacha por sospecha se produce fundada en tales motivos e inclusive se somete al declarante a una requisitoria personal sobre asuntos privados, bien para establecer los hechos de la tacha, o a lo menos para determinar su personalidad como lo ordena el Art. 228, numeral 1, del C. de P.C.

6.2.6 El contrainterrogatorio. Finalmente, el testigo es blanco del arma más poderosa de que dispone la contraparte para cuestionar la credibilidad o imparcialidad del declarante: El contrainterrogatorio.

Nuestras normas procesales, a diferencia de lo que ocurre en otros países, dejan desprotegido al declarante frente al contrainterrogador por las siguientes razones: No se ha limitado el número de preguntas que pueden formularse sobre un mismo hecho; las preguntas, para que sean procedentes, basta que versen sobre un hecho y que sena claras y concisas, y el juez sólo puede rechazar las impertinentes y las superfluas, a menos que sean útiles para precisar la razón de la ciencia del testigo, y las que recaigan sobre hechos perjudiciales al declarante (C. de P. C., Art. 227); por tanto, todas las preguntas son "Viabiles", y si la parte se ha documen

tado adecuadamente sobre la forma y modo como acontecieron los hechos, las condiciones de percepción y audibilidad del declarante, las circunstancias que sirven para establecer su personalidad, etc., fácilmente podrá hacerlo incurrir en contradicciones o equivocaciones, especialmente cuando le pide que explique o exponga la razón de su ciencia sobre cada hecho, ya que en este caso el declarante, en lugar de exponer sobre el hecho visto o percibido, debe deponer sobre la relación del conocimiento, es decir, sobre la forma y modo como conoció el hecho sobre el cual declara, y como la relación de conocimiento es séxtuple (porque es doble tanto para lo existencial como para lo esencial y lo axiológico o valorativo), pocas personas son capaces de diferenciar la relación de conocimientos ESENCIAL, de la relación de conocimientos EXISTENCIAL, o la relación de conocimiento AXIOLOGICO o AFECTIVO, por lo que el testigo fácilmente puede incurrir en error al explicar la ciencia de su dicho.

Por tanto deberá prohibirse formular al testigo preguntas para que exponga la razón de su dicho, desde el punto de vista axiológico, pues ello implica adentrarse en la concepción del mundo de cada persona, limitando la ciencia del dicho del testigo a las relaciones del conocimiento esencial y existencial.

Naturalmente, existen otros muchos trucos, trampas y fraudes procesales del alta eficacia y constante utilización, pero los indicados son suficientes para que se tenga una noción de la forma y modo como se fabrica la "Verdad formal" mediante la prueba testimonial.

El fácil comprobar como se sacaba el testimonio de un honesto declarante sometiéndole a las más refinadas técnicas de manipulación y ablandamiento: Por ejemplo, tan pronto como el declarante es puesto en manos de la parte, ésta le aplica la llamada técnica del "Bloqueo o Restricción", que consiste en encerrar al testigo dentro de un círculo de preguntas breves previamente analizadas, en un campo de acción limitado, buscando reducir el alcance del testimonio a un mínimo de hechos.

Seguidamente el asedio del contrainterrogatorio pasa a la etapa del "Debilitamiento" del testigo, donde se le pregunta sobre hechos, circunstancias o situaciones que si bien es cierto estaba "Teóricamente en condiciones de percibir y saber", en la práctica no se perciben o no se recuerdan, como por ejemplo, hacer que enumere la totalidad o gran mayoría de las vestimentas, características, colores, etc., de persona que tan gentilmente observó por tres o cuatro segundos; o sobre los colores, modelos, placas y demás características, etc., de un

vehículo que cruzó Faudó , preguntas ante las cuales el declarante objetivamente tiene que responder en forma dudosa o negativa, con lo cual se va creando ante el juez y ante el jurado la imagen de que el testigo sólo es capaz de deponer en relación con determinados hechos, paso previo para alegar parcialidad del declarante.

En tal situación el propio testigo advierte que lo están llevando a la encerrona, lo que se traduce en confusión y angustia para él, por lo que ha quedado listo para la tercera etapa del contrainterrogatorio, también llamada de Vulneramiento o confesión, donde se le hace incurrir en contradicciones en relación con lo por él expuesto y lo que obra en autos, lo cual se logra informándole parcialmente de lo que otros declarantes bajo juramento han expuesto, es decir, se le hace caer en cuenta de que dentro del proceso otras personas tan serias como él, o más, están afirmando lo contrario, y si a esto se agrega que de seguro el deponente ya ha incurrido en contradicciones, estará madura para el asalto final o destrucción del testigo, cuando enredado por la dialéctica desintegradora del defensor, ante la mirada imposible del juez, que generalmente asiste fascinado al espectáculo, sin atreverse a intervenir, "Para no ir a violar el derecho de defensa del procesado", el testigo o se cierra en un mudismo, o se contra



dice por la ofuscación, o se retracta, o termina manifestando que no está seguro de los hechos, que le parece que los hechos ocurrieron en forma como los narró, pero sin estar seguro de ello, ante la complacencia de los funcionarios y en especial del secretario o escribiente, porque al fin se ha dado término al exhaustivo interrogatorio; y así, mutatis mutandi, se trabajan "Todas las pruebas: La inspección judicial, los dictámenes periciales, la prueba documental, y ni que decir de la prueba indiciaria o de las llamadas presunciones como oportunamente se mostrará.

6.3 EL FRAUDE PROCESAL EN LA DILIGENCIA DE INSPECCION JUDICIAL

Los Arts. 262 a 265 del C. de P.P., y 244 a 247 del C. de P.C., reglan la inspección judicial en materia penal y civil respectivamente.

En términos generales se entiende por inspección judicial, el examen y reconocimiento personal que de los hechos materia del proceso hace el juez para verificar, comprobar o esclarecer lo pretendido o alegado por las partes. No es indispensable la concurrencia de peritos, pero si el juez lo estima conveniente o las partes lo solicitan, la diligencia puede hacerse con la interven

ción de peritos.

Así como en los casos ya analizados, en la inspección judicial cada parte, prescindiendo de la verdad real y ontológica, aspira a "Demostrar y acreditar su verdad legal o formal" dentro del proceso, que bien puede coincidir o no con la verdad real.

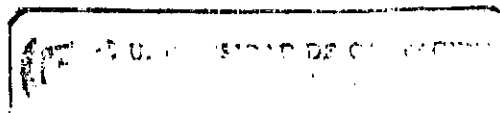
Para alterar la verdad real o para que ésta no se refleje dentro del proceso a través de la inspección judicial se acude a las siguientes tácticas.

- Interposición de recursos contra el auto que decretó la diligencia, aduciéndose que la inspección judicial no fue decretada en debida forma, o que no reúne el auto los requisitos legales, o que no se ordenó la verificación de todos los hechos solicitados, etc.
- El bloqueo de la diligencia mediante la solicitud de aplazamientos (por enfermedad, porque coincide esa diligencia con otra, o porque llegados el día y la hora no se suministran los elementos pertinentes para el traslado de los funcionarios, etc.), lo importante es lograr de cualquier forma el bloqueo, el aplazamiento o la no práctica de la diligencia.

- El no permitir la práctica de la inspección judicial a bienes muebles. Según el Art. 247 del C. de P. C., se puede practicar inspección judicial a bienes muebles o a documentos que se hallen en poder de la parte contraria o de terceros, pero observando las reglas de la exhibición (C. de P. C. Art. 286).

Es evidente que si una de las partes, en una inspección judicial a bienes muebles, advierte que los hechos y circunstancias observados por el juez, y los peritos van a ser desfavorables para el éxito de sus pretensiones, ocultará los bienes muebles, por lo cual no se podrá efectuar la diligencia y se someterá a pagar la multa; además su conducta será tenida como mero indicio en contra y no se verá tan perjudicado, como si se vería en caso de llevarse a cabo la inspección judicial sobre los mencionados bienes muebles.

Naturalmente que en la vida real se simulan y disfrazan las circunstancias y acontece que el vehículo no puede ser materia de examen, porque la parte lo arrendó a un tercero quien lo ha trasladado a otra ciudad del país y todo es probado con documento auténtico. O bien, el tercero que recibió el bien a título precario, simplemente se opone a la diligencia de inspección judicial al bien mueble y no dice al



despachado dónde se encuentra, limitándose a pagar la multa, sin que tal conducta pueda siquiera ser considerada como indicio en contra de la parte, por que la oposición o el ocultamiento del bien mueble proviene de un tercero.

- Cuando la parte interesada en que no se lleva a cabo la diligencia no tiene otra alternativa que concurrir a ella, procede a hacer uso de tácticas dilatorias dentro de la propia diligencia, como estas entre otras:
- Ampliación del cuestionario, o del número de puntos que se han de tratar en la diligencia, lo mismo sucede en materia civil, ya que el Art. 246, nu. 2 y 3, del C. de P. C., autoriza a ampliar a petición de parte los puntos materia del dictamen, o recibir declaraciones de testigos que versen sobre hechos objeto de la diligencia, y entonces lo que en principio se creyó sería una diligencia sencilla, de corta duración se torna en acto interminable, agobiador, que altera las previsiones de la contraparte y del propio juez.
- Recibo de declaraciones. Luego de decretados los testimonios la parte pide que se evacúe antes que nada tal prueba, porque los testigos "son de excepción",

y entonces el apoderado a quien primeramente se le recepcionen los declarantes tiene el control de la diligencia, porque somete los testigos a amplio interrogatorio, con lo cual consume tiempo y va desgastando al juez, los peritos, la contraparte, etc., pues habitualmente transcurren no menos de dos horas en la recepción de un testimonio controvertido, ante lo cual el juez se ve obligado a suspender la diligencia luego de despachar dos declarantes, y así la recepción de diez o quince testimonios trae consigo tres o más suspensiones antes de entrar en los hechos propios de la inspección, o que se traduce en vencimiento de términos; e incluso con la prueba testimonial aportada, si se trata de asunto civil, puede ocurrir que el juez considere innecesaria la inspección judicial, a tenor de lo reglado en el Art. 244, num. 3 del C. de P.C. y la diligencia no se lleve a cabo.

Pero si la prueba testimonial que se va a recibir corresponde a declarantes presentados por la contraparte, entonces a estos se les somete al martirio expuesto al analizar el Fraude en la prueba testimonial y es el conainterrogatorio de cada testigo consume el interrogatorio entre tres y cuatro horas, hasta que el juez virtualmente tiene que arrancarle el tes

tigo a la parte, perspectiva nada agradable y desmoralizante para los declarantes que siguen en turno, muchos de los cuales, para escapar a tal ordalía, de salida manifiestan que no percibieron los hechos, o que estaban distraídos, o que nada saben acerca de lo que se les interroga.

Testigos tapados. Como se ha indicado la forma más común de desgastar al juez y a la contraparte, es hacer que dentro de la diligencia se les reciba declaración a personas cuyo testimonio inicialmente no se solicitó la argucia de presentar testigos tapados, muchas veces no da a la contraparte la oportunidad para tachar de sospechosos a tales declarantes por falta de oportunidad y tiempo para investigar sus antecedentes.

Para alterar la realidad material, es decir, los hechos que van a ser materia de EXAMEN y RECONOCIMIENTO PERSONAL, las partes se valen de los fraudes y trucos más insólitos.

Como puede observarse, los fraudes en la diligencia de inspección judicial son comunes y abundantes y conste que hay otras muchas técnicas de desgaste económico de la contraparte, el agotamiento del juez, el cambio de placas y nomenclaturas urbanas.

6.4 EL FRAUDE EN LA PRUEBA PERICIAL

En apariencia, tanto en el código de procedimiento penal, como en el de procedimiento civil, se encuentran adecuadamente reglados el decreto y la práctica de la prueba pericial; efectivamente, existen seis requisitos para la existencia jurídica del dictamen (debe ser acto procesal; consecuencia de encargo judicial; que verse sobre hechos y no sobre puntos de derechos; que contenga conceptos personales del perito, quien debe tener la calidad de tercero frente a las partes, y el dictamen en sí, debe ser un acto personal del experto); siete son los requisitos para la validez del peritazgo (ordenación en forma legal; capacidad jurídica del perito para desempeñar el cargo; oportuna posesión; presentación o rendición del dictamen en legal forma; realización personal del trabajo o investigación; ausencia de prohibición legal para practicar la prueba, y que el dictamen sea un acto libre del perito), y los requisitos para la eficacia probatoria son igualmente siete (que sea conducente el hecho que se pretende probar; idoneidad del perito para el desempeño del cargo; que el perito sea imparcial; que el dictamen esté debidamente fundado; que sus conclusiones sean claras, firmes y consecuencia racional de sus fundamentos; que se haya dado traslado del dictamen a las partes y que éstas exitosa

mente no lo hayan objetado), es decir, existen nada menos que veinte requisitos para garantizar la EXISTENCIA, VALIDEZ, y EFICACIA probatoria de la prueba pericial, por lo que difícilmente podrá que usualmente se utilice este medio probatorio para manipular la verdad acomodándola a los intereses de las partes.

Con todo, la práctica enseña que es uno de los medios probatorios más ENDEBLES y de más fácil objeto de fraude, veamos:

a. POR QUE LOS PERITOS REALMENTE NO SON IDONEOS? La forma y modo como se elaboran las listas de auxiliares de la justicia deja mucho que desear, porque al hacerse la selección de peritos por especialidades, usualmente no se acredita la IDONEIDAD de los escogidos con títulos académicos y tradición forense; de ahí que resulten integrando las listas, crecido número de empíricos, todo ello en desmendo de la administración de justicia.

El perito que realmente es experto, que conoce a fondo su especialidad, debe estar capacitado para responder de inmediato las preguntas sobre los hechos se formulen, criterio éste que rige en Estados Unidos, Inglaterra, etc., y donde el perito, en



plena audiencia o diligencia, da respuestas concretas concediéndosele sólo el tiempo indispensable para realizar cálculos o revisiones; en cambio, entre nosotros, el otorgar plazo al perito para que rinda el dictamen (hasta diez días) es lo que permite a los interesados influir, directamente o por apadrinamiento, en los expertos para que desnaturalicen el peritaje o lo realicen en forma amañada; y aunque en muchos casos el perito logra salvar con éxito las presiones de las partes, no puede jurídicamente seguirse auspiciando tal quiebra moral, por lo que debe suprimirse el plazo de días que se concede para entregar el dictamen; de consiguiente, si se trata de peritaje dentro de inspección judicial, el experto deberá rendir concepto de inmediato, que si tiene dudas o vacilaciones sobre algunos puntos, con ello a entender que no es tan experto y que realmente no está habilitado para pronunciar el dictamen; y si para conceptuar, requiere de investigaciones, lo práctico es que el perito, en la propia sede del juzgado, tanto en materia penal como civil, desde la primera hora hábil, se le entregue el expediente para su estudio y luego, sin permitir que se ausente del despacho, hacer que rinda el dictamen, autorizándose por excepción su retiro, con anuencia expresa del juez, exclu

sivamente para llevar a cabo investigaciones o comprobaciones específicas, pero debiendo, sí, rendir el dictamen el mismo día, so pena que quede automáticamente inválido el peritazgo.

- b. POR QUE SE PERMITE QUE TERCEROS ELABOREN EL DICTAMEN PARA QUE EL PERITAZGO TENGA VALIDEZ? Los peritos deben haber realizado PERSONALMENTE su trabajo y para que el dictamen tenga existencia jurídica debe ser acto personal de los peritos, por lo que tal acto procesal no puede delegarse en otra persona; empero, mientras perdure el sistema de otorgar plazo a los peritos, seguirá imperando la nefasta costumbre que no son los peritos quienes elaboran el dictamen sino las partes las que realizan el trabajo adecuado a sus intereses, y convirtiéndose los "Expertos" en meros firmones de los litigantes.
- c. POR QUE SE PRESTA PARA LOS MAS INIMAGINABLES ARDIDES PROCESALES.
- d. CAPITULO APARTE DEMANDAN LOS DICTAMENES RENDIDOS POR LOS MEDICOS LEGISTAS O MEDICOS FORENCES. Es opinión que los profesionales del derecho ejercen la profesión más acientífica y que su ciencia radica en la mayor o menor habilidad para escamotear la verdad; en cambio, la misma fama pública presenta a los

profesionales más respetables y a su profesión como la más científica y economizable; sin embargo, quien haya trabajado en clínicas y hospitales o tenido la forma de seguir de cerca la forma y modo como se labora en tales centros de salud, puede atestiguar acerca de la forma irresponsable como se trata a los pacientes, claro está que existen excepciones con respecto a los médicos puesto que también los hay muy responsables, lo mismo sucede con los abogados, también los hay muy serios y responsables, sin atrevernos a decir cual sea la excepción.

Doloroso es aceptar que un crecido número de profesionales médicos no está a la altura de su misión no poner y son muchos los ilícitos y faltas en que incurren los profesionales de la salud, que como es tradicional quedan impunes.

51515

La irresponsabilidad de los profesionales de la salud aparece múltiplemente acreditada en los procesos donde actúan. De ello dan fé la exhumaciones de cadáveres hechas para demostrar que los legistas iniciales etaban equivocados.

6.5 OTRAS CONDUCTAS FRAUDULENTAS

En la práctica judicial son innumerables los casos en que los apoderados obstruyen el desarrollo normal del proceso, interponiendo recursos sin fundamento alguno y solo con el fin de dilatarlo. Ocurre ello generalmente en los procesos de lanzamiento donde hay litigantes expertos no en defender a sus clientes, sino en dilatar los procesos tratando injustamente de mantener a los inquilinos dentro del bien y causando graves perjuicios a su contraparte.

Sin embargo, es muy difícil que un juez llegue a sancionar a un apoderado esté cometiendo un acto de mala fé o de temeridad como sería la carencia de fundamento legal de un recurso o el entorpecimiento del normal desarrollo del proceso, pues los abogados pueden fácilmente excusarse alegando que no han abusado de las vías del derecho dadas por la ley para hacer sus propias peticiones y que simplemente han empleado su propio criterio interpretando de determinada manera, una norma, interpretación ésta que puede ser muy diferente a la que da el juzgador e inclusive a la dada por la Corte Suprema de Justicia o por el Consejo de Estado por vía de doctrina, y la cual como es bien sabido solo los jueces pueden tener en cuenta al momento de tomar

sus decisiones y los funcionarios públicos más no a los particulares quienes pueden interpretar la ley acomodándola a sus intereses personales.

Así las cosas, es casi imposible por parte de los funcionarios la aplicación de ese poder que le confiere el estatuto procesal civil para evitar el manoseo del proceso por parte de abogados inescrupulosos, viéndose así resquebrajados el principio del equilibrio procesal o igualdad de las partes en el proceso por cuya efectividad debe velar el juez a voces del Art. 37 del C. de P.C.

Otra forma disimulada del fraude procesal la tenemos en el allanamiento a la demanda cuando el demandado previo acuerdo con el demandante acepta las pretensiones de la demanda causando con su actitud graves perjuicios a quienes son verdaderos titulares de derecho.

Además, se comete con frecuencia el fraude procesal mediante el uso a sabiendas de pruebas falsas o la desfiguración o amaño a las mismas, y mediante el consabido y tantas veces usado proceso simulado.

En cuanto al uso a sabiendas de pruebas falsas tenemos que el elemento a sabiendas es muy difícil de probar, así es muy difícil de probar, así es que tendremos que

este tipo de fraude queda reducido a la desfiguración o amaño de las mismas.

La prueba testimonial es otro de los medios probatorios donde más intensa es la manipulación por parte de los abogados para tergiversar la verdad real.

Son innumerables las actuaciones ilícitas de apoderados, o de las mismas partes en los medios de prueba, tales como las tácticas utilizadas, para retrasar, o impedir la práctica del interrogatorio de parte, los empleados para impedir u obstaculizar las diligencias de inspección judicial, las realizadas con el fin de que el perito rinda en forma amañada a los intereses de una parte su experticio.

Otra forma de fraude procesal es la que ocurre en los procesos ejecutivos con título hipotecario en los que en la práctica el deudor reduce considerablemente la garantía real acudiendo a un proceso laboral simulado pues sabido es que primero deben atenderse los créditos de primera clase, y dentro de ellos están las deudas de origen laboral.

No es extraño para la ley procesal colombiana este flagelo, entre las conductas fraudulentas más comunes se encuentran las siguientes:

6.5.1 En el Proceso Civil

- a. ALGUNOS PROCESOS FRAUDULENTOS. Ejecución de presuntas deudas dejadas por los causantes, en perjuicio de legítimos herederos (proceso ejecutivo fraudulento); enajenación, hipoteca o pignoración de derechos reales del incapaz a través de procesos de jurisdicción voluntaria maniobrados por sus representantes, con dictámenes acomodados; lanzamientos con contratos simulados celebrados entre el arrendador inicial, que luego se convertirá en arrendatario y, un tercero nuevo arrendador que servirá de calanchín para lanzar al verdadero arrendatario sin oposición (proceso de lanzamiento fraudulento); ejecución ficticia para secuestrar inmuebles y aprovechar la diligencia para lanzar a quienes el inmueble en el acto; proceso policivo de lanzamiento por ocupación de hecho para lanzar a poseedores y así impedir la prosperidad de pretensiones de pertenencias en trámite; proceso policivos de amparo a la posesión para "Justificar una posterior demanda de pertenencia totalmente acomodada y originar conflictos sociales."
- b. ALGUNOS ACTOS PROCESALES FRAUDULENTOS. Uso de pruebas falsas y la desfijación o amaño de éstas; la

intervención de terceros especialmente para formular oposiciones temerarias; formulación de recursos carentes de fundamento legal, lo mismo que excepciones (especialmente previas); alegación de hechos contrarios a la realidad; obstrucción en la práctica de prueba; acumulación de demandas ejecutivas en concierto con el ejecutado para perjudicar al legítimo acreedor; en los procesos de divorcio, separación de cuerpos, etc., la aparición de terceros para dejar al otro cónyuge sin bienes sociales; el trámite de procesos laborales ordinarios para "reducir" o "Extinguir" créditos hipotecarios o precarios; en el remate de bienes en procesos de ejecución, se facilita en gran medida el fraude, pagando el deudor por cuotas, cuando el tercero (Eventual rematante o calanchín) no concurre a consignar el saldo, por lo cual debe señalarse nueva fecha para remate y seguir nuevamente el ciclo.

6.5.2 En el Proceso Laboral. Se utiliza mucho la conciliación extraproceso obligándose a pagar el patrono o el presunto patrono incausadas prestaciones, sueldos, indemnizaciones, salarios caídos; el presunto trabajador ejecuta con fundamento en ella con el propósito de afectar acreedores hipotecarios, prendarios, etc., muchas veces se hace para eludir todo tipo de acreedo

res en razón de su más sencilla tramitación y por la imposibilidad de acumulación de créditos de diferente naturaleza.

Dentro del proceso se observan muchas maniobras engañosas en contra de los intereses del trabajador. Estos son algunos casos:

- a. El demandado aprovecha al máximo la gran cantidad de deficiencias que tiene la regulación de este tipo de proceso, así la notificación del auto admisorio de la demanda para alegar prescripciones, como el silencio del demandado sobre uno o varios hechos al contestar la demanda no lo sanciona la ley, coloca la carga de la prueba al trabajador.
- b. El hecho que la etapa de la *litiscontestatio* sea más amplia que en el proceso civil, ya que no cierra con la contestación de la demanda, permite que se produzcan muchas sorpresas en contra del trabajador.
- c. El de que a la parte demandada, cuando fuere persona jurídica, no se le exija en forma imperativa acreditar su existencia, es también, fuente de fraude en contra del trabajador, como la de enterarse

que la razón social real no fue con lo que demandó sino una muy distinta porque siempre se le ocultó la verdadera identidad del patrón.

6.5.3 En el Proceso Penal. Es la más común la falsa denuncia en relación con hechos punibles no cometidos, especialmente contra persona determinada especialmente como mecanismo de paralizar procesos de otra naturaleza; la falsa autoacusación, con el agravante de que para éste, nuestra ley no establece razones de justificación, sino de agravación con respecto a esta última, recordamos aquí lo dicho sobre los derechos de mentir y callar de que goza el sindicato y sus limitaciones cuando se trata de desviar la acción de la justicia para amparar al culpable.

La falta de oralidad facilita muchas formas de engaño en la práctica de la prueba, comenzando desde la misma indagatoria, los testimonios (cuyo dicho generalmente produce efectos buscados por quienes los propone), la inspección judicial (con dilataciones dentro de la misma, excesivo número de testimonio), la prueba pericial (falta de idoneidad de los peritos que producen dictámenes anticientíficos que facilitan el fraude).

En el proceso contencioso administrativo las conductas fraudulentas son generalmente iguales a las que se pre

sentan en el proceso civil.

7. NORMAS PROCESALES SOBRE PREVENCION DEL FRAUDE PROCESAL

7.1 LEY PROCESAL CIVIL

Los postulados constitucionales de nada sirven si no se dan los instrumentos eficaces para hacerlos una realidad en el proceso.

Las normas procesales deben tener un contenido social ojalá con mayores perspectivas de lograr una justicia real que permita el mantenimiento de la armonía y la paz social.

Cuáles son las medidas que la ley procesal civil consagra para tal efecto?

Por razones prácticas haremos una explicación de las normas existentes, aceptando como postulado que ellas deben perseguir una igualdad real de las partes en el proceso, la protección de la parte débil, verificar la verdad de los hechos y dictar sentencia justa.

7.1.1 Facultades inquisitivas en materias de pruebas. En realidad la desigualdad en el proceso es inevitable dentro de una sociedad desigual. Generalmente la parte sin recursos está representada por un profesional poco o nada apto y sufre las consecuencias, como las colusiones, la mala fé de los apoderados.

Uno de los grandes males del sistema dispositivo puro es que las partes pueden ocultar hechos o pruebas. La prueba que el juez decreta oficiosamente puede ser que ese hecho salga a la luz, sin que con ello se considere violado el derecho de defensa.

En nuestra opinión, es la más importante atribución que tiene el juez con ello se puede garantizar en una alta medida la lealtad procesal. Se persigue que se exhiban las pruebas con honestidad, que no se desfiguren, que no se escondan, que no se entorpezca la labor probatoria.

Nótese que en la demanda se deben pedir todas las pruebas que se pretendan hacer valer, lo mismo que en la contesta de ella para evitar sorpresas (Arts. 179, 180, 75, 92 del C.P.C).

7.1.2 Igualdad de las partes en el proceso. Es deber

del juez procurar hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando las facultades que el código le otorga. (Art. 37 No. 2 C.P.C.) también con ella se pretende llegar a la verdad de los hechos. Se complementa con una disposición del mismo artículo que autoriza al juez para prevenir, remediar y sancionar, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la verdad, a la lealtad, probidad y buena fé y toda tentativa de fraude procesal. (Art. 37).

7.1.3 La conducta de las partes como indicio. Es de vital importancia la tendencia de los modernos códigos de darle a la conducta de las partes el valor de prueba indiciaria. No cabe la menor duda que se pretende sancionar la mala conducta, que puede consistir en negar la colaboración para la práctica de una prueba, ejercida por cualquier parte. Son varias las disposiciones que así lo contemplan.

- a. Falta de contestación a la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de la demanda (Art. 92 C.P.C.)
- b. Retención de expedientes (Art. 131 No. 1 y 2)
- c. Falta de colaboración a los peritos (Facilitando

datos, cosas y acceso a lugares, etc.) Art. 242 C.P.C.

d. No permitir examen de personas como producto de la inspección judicial (exámenes radiológicos, bacteriológicos, etc.) (Art. 246 No. 5 C.P.C.).

Es indudable que las partes pueden recurrir a esos medios para entorpecer el proceso y especialmente el debate probatorio. Naturalmente que le corresponde al juez determinar la gravedad de esa conducta porque la tarifa legal no existe, lo cual con unos cuantos indicios y algunas otras pruebas puede llevarlo a conclusiones contrarias a las que pretende.

7.1.4 Integración del contradictorio. Puede suceder que se formule demanda contra un número menor de personas de las que de acuerdo con la ley o con el contrato deben demandarse y con ello tratar de violar su derecho de defensa. Nuestra ley, le otorga al juez la facultad de citar a quienes faltan para integrar ese contradictorio.

Quando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito

sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas. Si no se hiciere así el juez en el auto que admite la demanda ordenará la citación de quienes falten para integrar el contradictorio, lo que se hará en la forma y con el término de comparecencia dispuesto para el demandado.

Cuando por cualquier causa no se haya ordenado tal citación al admitirse la demanda, el juez la decretará posteriormente, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan.

El proceso se suspenderá durante dicho término. Pero si para entonces hubiere precluido la oportunidad probatoria y algunas de dichas personas solicitare pruebas, el juez concederá para practicarlas, según el caso, un término que no podrá exceder del ordinario, o señalará día y hora para audiencia.

7.1.5 Adopción de medidas de saneamiento. Uno de los mayores pecados en el proceso es el de los defectos que conllevan nulidad o fallo inhibitorio.

Muchos litigantes son especialistas en buscar todos los mecanismos, todos los defectos de forma que puedan existir (o se los crean) a todo lo largo del proceso para dilatar el resultado del mismo, lo cual los beneficia enormemente en un sistema escriturario como el nuestro (y aun oral como el proceso laboral que, en nuestro medio, ha resultdo más demorado que el escrito).

El despacho saneador, traído a nuestros procesos, es el mecanismo que hace que el juez sea un sujeto activo, que no tome una posición de espectador, que observa un proceso viciado, que facilite la deslealtad, la temeridad, etc., (Atr. 403, 417 C.P.C.).

Es de resaltar que la lealtad procesal como obligación general condenada en perjuicios en caso de incumplimiento, es decir, cuando se obre con temeridad, mala fé, o abuso del derecho de litigar.

La mayoría de los códigos de procedimiento reserva al juez que conoce el proceso el derecho-deber de determinar los alcances de la malicia, de la temeridad en el proceso, pero algunas legislaciones, entre ellas la nuestra, se han inclinado por precisar las pautas objetivas de tal conducta.

7.1.6 Inmediación del juez sobre el material probatorio y sobre los sujetos del proceso. Aunque nuestro proceso civil no es realmente oral sino en audiencias (Sólo la prueba), existen algunas medidas que también tienden a controlar el fraude:

El juez no puede comisionar para la práctica de pruebas en su sede; se le exige recibir en audiencias los testimonios y el interrogatorio de parte e interrogar a los testigos antes que lo hagan los abogados así como practicar interrogatorios de oficio a las partes o decretar careos entre ellas y con los testigos, además le es prohibido al juez comisionar la práctica de inspecciones judiciales dentro de su jurisdicción territorial.

7.1.7 Poderes disciplinarios del juez. Con el Art. 39 del C.P.C. se pretende sancionar a quienes incumplan las órdenes del juez o demoren su ejecución; devolver escritos irrespetuosos con los funcionarios o las partes o terceros; para expulsar de audiencia y diligencia a quien impida su curso normal. En este artículo se señalan todas las facultades del juez dentro del proceso para evitar tentativa de fraude de las partes y de esta manera garantizar la recta marcha del proceso.

7.1.8 Intervención ad-excludendum. Si bien desde el Derecho Romano se ha sostenido que los efectos del proce

so, en especial la cosa juzgada, no alcanza a los terceros, con el advenimiento de la práctica judicial medioeval, se autoriza para llegar hasta los códigos Latinoamericanos en los procesos de ejecución y en los de conocimiento.

Se ha considerado que el tercero puede tener un interés propio como el quien reclama el dominio frente a las partes originales que también lo alegan.

En estos casos, el tercero que ha sido admitido en el proceso, adquiere la calidad de parte con todas las facultades de ésta, como lo ha reconocido la doctrina en el derecho comparado.

Entre las tercerías voluntarias se encuentra la llamada excluyente que, al decir de redenti, es una pretensión conexas pero en contraste por oponerse a las dos partes originales.

El C.P.C. colombiano regula esta figura en la sección 2a. T VI, Cap. III, Art. 53 y en el proceso ejecutivo, (Arts. 687 No. 6 y 540 No. 5). En este último se distingue la tercería de posesión del buen embargado y sujeto a la ejecución y, la superior razón jurídica y reclama preferencia o el desconocimiento del crédito

de otros acreedores.

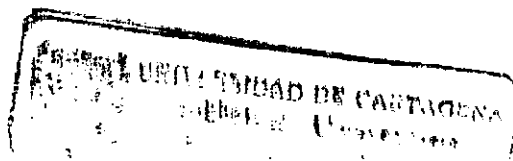
Ambos se tramitan incidentalmente pero éste se resuelve en la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución.

Esta disposición tiende a evitar colusión entre demandantes y demandados en perjuicio de terceros.

No obstante en nuestra legislación difieren el campo de aplicación y su forma según se trate de proceso de conocimiento o proceso de ejecución.

Sea lo primero advertir que la figura tal como está descrita en el artículo 53 C.P.C., solo es procedente en los procesos de conocimiento, pues se trata de formular una pretensión principal y autónoma frente al demandante y demandado, sobre todo o parte de la cosa o el derecho controvertido que precluye con la sentencia de primera instancia.

Entre tanto la prevista en el Art. 540 C.P.C., establece un derecho para cualquier acreedor consistente en reclamar la preferencia para el pago con el objeto de defenderse de créditos basados en títulos ficticios que suelen presentarse y que son quizá la forma más



frecuente de fraude procesal.

Aquí se tramita un incidente que se resuelve en la sentencia de excepciones o de seguir adelante la ejecución. Debe tratarse de un acreedor. A su vez, en el Art. 687 núm. 6 se contempla el caso que el tercero poseedor del bien secuestrado solicite el levantamiento del secuestro previo el trámite incidental. Puede tratarse de un embargo para perjudicar a terceros, como se ve no se trata de formular una demanda con pretensiones como la descrita en el Art. 53 del C.P.C.

Consideramos que estos casos, el juez puede hacer uso del Art. 37 num. 3, decretando pruebas de oficio siempre que sospeche fraude o se le insinúe el posible perjudicado, como interrogatorios y careos entre terceristas y deudor, inspecciones a contabilidades, cuentas bancarias, etc.

7.1.9 Llamamiento ex-oficio. En el Art. 58 del C.P.C. se faculta al juez para ordenar oficiosamente la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas por el fraude o la colusión que sospeche que se está llevando a cabo en el proceso, mientras que, se recuerda los Arts. 37, 279 y 280 ordena decretar las pruebas que estime conveniente para impedir cualquier fraude,

109

como careos, interrogatorios, etc.

No se conocen antecedentes en el derecho comparado que regule la figura como lo hace nuestra legislación.

Según lo expresado en la parte final del artículo en mención en cuanto la intervención debe sujetarse a lo previsto para las interverciones adhesivas y litisconsorcial; aquella sólo procede en los procesos de conocimiento lo que no obsta para que en los de ejecución se decrete prueba oficiosa como ya se dijo una vez que alguien concurra en la forma estudiada en el apartado anterior, consideramos que en el llamamiento no impide que el presunto perjudicado concurra ante el juez para que permita su intervención, cuando no hay citación pero conoce de la existencia del proceso para prevenirlo.

El llamado no formula pretensión como en la figura anterior pues su deseo es que el resultado que buscan las partes no se produzca para que no se le cause el perjuicio.

7.1.10 Rechazo al allanamiento de la demanda. Nótese que el Art. 93 del C.P.C., se consagra una nueva medida contra el fraude como es la de rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta

110

fraude o colusión, o lo pida un tercero que intervenga como parte principal dentro del proceso.

Es claro que en este momento, cuando es al contestar la demanda, es muy posible que pase inadvertido porque la maniobra no resulta protuberante.

La sospecha del juez creemos que es suficiente para que no acepte el allanamiento y ordene la prueba de los hechos como si éste no hubiere existido. Recordemos que, de otra parte, la confesión puede impugnarse con cualquier medio de prueba sin necesidad de demostrar que ella no se produjo a sabiendas de falsedad del hecho sino por error al creerlo veraz.

Creemos que el juez debe expresar por qué no acepta el allanamiento, mientras que si es en cualquier otro estado del proceso, no tiene porque hacerlo y sí, con toda libertad, decretar pruebas de oficio, las que puedan llegar a establecer al fraude, caso en el cual así lo debe declarar, imponiendo las sanciones correspondientes en la sentencia o en el auto, según el caso, enviando copias al juez para que se investigue el posible hecho punible, lo mismo que las copias al tribunal superior correspondiente para la investigación disciplinaria que le merece el caso por la posible falta contra

AAA

la ética del abogado.

7.1.11 Recursos de revisión. Dentro de las medidas estudiadas en el presente trabajo como mecanismo de control a la conducta temeraria, señalamos el Art. 380 del C.P.C. que establece el RECURSO DE REVISION contra sentencias ejecutoriadas que hayan sido el producto de pruebas falsas o de ocultamiento de pruebas por la parte favorecida en ellas, cohecho, violencia, colusión, maniobra fraudulenta de las partes.

Pues bien, dice la norma : Art. 380 -Causales-. Son causales de revisión: "... 6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente."

Antes de todo se debe tener en cuenta que hay dos tipos de fraude procesal: El fraude con el proceso y el fraude en el proceso.

Un proceso puede ser fraudulento cuando, por ejemplo, el deudor se hace demandar de otra persona con crédito ficticio para que lo ejecute un acreedor ficticio y burlar a los verdaderos acreedores.

En un proceso puede haber actos fraudulentos cuando, siendo aquel real, serio, cierto, etc., es escenario de sus pasos de colusión u otra conducta desleal con el objeto de causarle daño a una de las partes o a terceros o a una de las mismas partes autoras de la manobra.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el interés para interponer por esta causal el recurso, lo poseen quienes fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia y también el damnificado que no fuere parte.

De otra parte conviene agregar que, como lo ha admitido la misma corporación, las maniobras fraudulentas no siempre consisten en la ejecución de hechos constitutivos de delito, lo que se tuvo en cuenta para la redacción de la norma. Esto no basta para afirmar, sin vacilación que, de todos modos, es indispensable demostrar plenamente la ocurrencia de la manobra fraudulenta.

Según la ley, el recurso, por esta causal debe interponerse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia (Art. 381 C.P.C.) y, si la corte o el tribunal la encuentra fundada, debe invalidar la sentencia revisada y dictar la que en derecho corresponda (Art. 384 C.P.C.). Creemos sin embargo

que existe un vacío que debe llenarse en relación con esta causal para aquellos casos en que la maniobra fue materializada con desistimiento de pruebas (Art. 186 C.P.C.), según autorización de la misma ley, pues si bien las partes pueden de común acuerdo pedir que se proceda a dictar sentencia, con base en las pruebas acompañadas a la demanda y a la contestación; o pedir que se de por concluso anticipadamente el término para la práctica de pruebas, desistiendo de las que estén pendientes, no es menos cierto que el afán de verificación de los hechos por parte del juez, hace que este pueda decretar y practicar oficiosamente las pruebas que estime conveniente. Sin embargo, consideramos que cuando el juez del conocimiento haya admitido fallar sin practicar aquellas de que se desistió v. gr.; el tribunal o la corte deben practicarlas, de oficio o a petición de parte, pues creemos que para sustituir la sentencia revisada debe acudirse a todos los medios que sirvan para determinar si efectivamente existió el fraude.

Otro causal de revisión y que tiene mucha relación con nuestro tema es la del No. 7 del mismo Art. 380 que dice: "Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento contemplados en el Art. 1521, siempre que no

haya saneado la nulidad".

Puede tratarse de una maniobra fraudulenta y desleal la de citar como representante de una parte a quien no lo sea; o cuando se emplaza al demandado sin haber intentado notificarlo personalmente en su lugar de habitación o de trabajo; de cuyos sitios tenían conocimiento el demandante o su apoderado o ambos (Art. 319 C.P.C.)

La ley establece que la causal de nulidad de los Nos. 7 y 8 del Art. 152 del C.P.C., queda saneada cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente, (Art. No. 3o. C.P.C.)

Esto nos hace pensar o mejor reflexionar que si fraudulentamente se hace un emplazamiento, por ejemplo, el indebidamente emplazado debe alegar el hecho inmediatamente concurre al proceso y si no lo hace, queda saneada la nulidad.

Sin embargo nos preguntamos ¿Qué sucede si el mal citado comparece al proceso por intermedio de apoderado y éste no alega en su primer escrito (solamente presentó el poder) porque fallece o simplemente actúa negligentemente?.

Puede afirmarse que la nulidad está saneada; pero el perjuicio causado con el acto temerario no puede considerarse que haya perdido relevancia para legitimar al demandante en revisión.

En nuestra opinión si la nulidad se ha subsanado el perjuicio queda latente y al perjudicado no se le puede recortar el derecho de demostrar que fue víctima de un acto temerario y que la justicia fue burlada sin que el juzgador haya tenido el mínimo de sospecha del acto fraudulento.

Consideramos que la parte como tal no puede sufrir un doble perjuicio pues en tal supuesto debe anteponerse el deber fundamental que todo juez tiene que obrar con la máxima diligencia en la investigación y verificación de la verdad de los hechos que se han alegado (Art. 37 No. 4o. C.P.C.).

Otra caso muy diferente es que la parte indebidamente citada haya tenido toda la posibilidad de establecer el fraude dentro del proceso en que éste existió.

En el caso que hemos planteado podrá pensarse en autorizar al demandante para que formule demanda de revisión extraordinaria o proceso ordinario de revisión.

7.1.12 Saneamiento de nulidades. La maniobra fraudulenta de callar una nulidad para reclamarla cuando el proceso resulte desfavorable queda reprimida cuando la ley establece que no puede ser alegada por quien dio lugar al hecho que la origina (Art. 155 C.P.C.) y que queda saneada cuando fue alegada en la primera oportunidad que para tal efecto se presente; (Art. 156) cuando se autoriza igualmente al juez para que rechace de plano la nulidad propuesta después de allanada (Art. 155); se complementa la norma con el precepto que establece como acto temerario el que se utilice el incidente para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos, caso en el cual procede imponer la condena respectiva en el auto que lo rechace. Si no se puede fijar allí mismo monto alguno, debe ordenarse su liquidación en la forma prevista en el Art. 308 si el proceso verbal separado (Art. 72).

7.1.13 Suspensión del proceso por prejudicialidad. Muy frecuentemente el uso de la denuncia penal para paralizar u obstaculizar un proceso civil, es otro de los actos fraudulentos que encuentran su antídoto en los Arts. 170 a 173 del C.P.C., estas normas señalan pautas muy precisas en relación con la suspensión y su término de duración, así como su eliminación tratándose de posibles ilícitos en las pruebas (que puede ser ventilado

117

en el mismo proceso civil).

7.1.14 Procedencia de la tacha de falsedad. En el Art. 289 del C.P.C., con el objeto de evitar la maniobra desleal de objetar tardíamente los documentos, se estableció un término corto, en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al que hay sido aportado en audiencia o diligencia. Se complementó la disposición con lo establecido en el Art. 292 al expresar que se condenará a quien propuso tacha, cuando se resuelva en contra, a pagar una multa por el equivalente al 20% del monto de las obligaciones contenidas en el respectivo documento, o de mil a cinco mil pesos cuando no represente un valor económico. Igual sanción se aplicará a la que adujo el documento, a favor de la que probó la tacha.

7.2 LEY PROCESAL LABORAL

Al referirnos a la ley procesal civil dijimos que los postulados consitucionales de nada sirven si no se dan los instrumentos constitucionales para hacerlos una realidad en el proceso.

Se repite ahora lo que allí se dijo: Las normas procesales deben tener un contenido social ojalá con mayores perspectivas de lograr una justicia real que permita el mantenimiento de la armonía y la paz social.

7.2.1 Facultades inquisitivas del juez laboral en materia de pruebas. El decreto ley 2158/48 sobre procedimiento en los procesos del trabajo, tal como sucede en el proceso civil, consagra normas (dos), en este punto, que consideramos conveniente destacar: Art. 49 que alude al PRINCIPIO DE LEALTAD PROCESAL y Art. 54 que se refiere a pruebas de oficio.

Según el primero, el juez puede hacer uso de sus poderes para rechazar cualquier solicitud o acto que implique una dilación manifiesta o ineficaz del litigio, o cuando se convenza que cualquiera de las partes o ambas se sirven del proceso para realizar un acto simulado o para perseguir un fin prohibido por la ley.

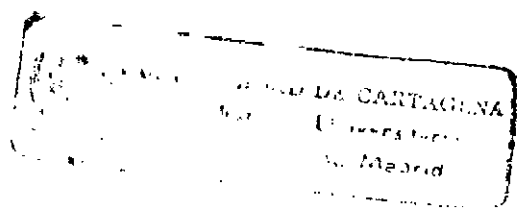
No se establece aquí una forma de sanción concreta, pero entenderemos que de conformidad con la remisión que hace el Art. 145 a las normas del Código de Procedimiento civil, deben aplicarse en lo pertinente, las disposiciones del C.P.C. ya comentadas. El mandato no puede ser sólo la expresión literaria de un buen deseo

y no debe mirársele como letra muerta, sin ninguna operancia.

En este proceso, también por su naturaleza dispositiva, las partes pueden ocultar hechos o pruebas. La prueba que el juez decreta oficiosamente puede hacer que ese hecho salga a la luz. Es la importancia del Art. 54 del C.P.C., la que resulta de poder ordenar la práctica de todas las pruebas que a juicio del juez sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos.

Debemos afirmar que para justificar aún más la importancia de las normas procesales laborales, el procedimiento del trabajo es el medio para actuar las normas constitucionales y sustanciales del trabajo. Si el derecho procesal pertenece al derecho público, en el proceso laboral tal carácter tiene más relevancia, por cuanto las controversias del trabajo se caracterizan además por su finalidad social y económica.

El profesor E. Couture dijo que el conflicto derivado de las relaciones de trabajo, por su complejidad, por su figura, por sus propias necesidades, se escurre la de la trama de la justicia ordinaria. MENENDEZ, PIDAL afirma que entre los principios generales de derecho



social, merece especial mención la equidad, puesto que se afirma que es una jurisdicción de equidad, que para nosotros es la justicia social.

Las controversias de trabajo concurren a la forma como se encuentra las relaciones de trabajo en un momento y un lugar determinado, frente a los postulados constitucionales y sustantivos, que el juez debe tutelar pensando y dando por sentado que el trabajo es una obligación social que goza de la especial protección del Estado (Art. 17 C.N.).

Dentro del moderno proceso laboral tiende a desaparecer el formalismo. En algunas legislaciones como la Mexicana el proceso laboral no exige fundamento de las pretensiones sino sólo la presición del objeto. Se impone principios tradicionales como el de IN DUBIO PRO OPERARIO, la liberación de la carga de la prueba al trabajador. Está por encima la norma constitucional así las cosas, en el proceso laboral el juez no sólo debe ejercer sus poderes de control sobre la conducta de las partes sino impedir que a través de él se note fraudulentamente el Art. 17 de la C.N., para lo cual dispone de las medidas comentadas.

7.2.2 Igualdad de las partes en el proceso laboral. Es deber del juez procurar hacer efectiva la igualdad

de las partes en el proceso, usando las facultades que el código le otorga. También con ella se pretenda llegar a la verdad de los hechos.

Es aplicable a éste lo comentado con respecto al proceso civil especialmente en relación con el uso del Art. 37 No. 2 y 37 C.P.C.

7.2.3 La conducta de las partes en el proceso laboral. También en el proceso laboral se debe sancionar la mala conducta, que pueda consistir en negar la colaboración para la práctica de una prueba ejercitada por cualquier parte. Veamos lo que el C.P.L. dispone:

- a. La falta de pronunciamiento expreso sobre los hechos de la demanda, no tiene ningún tipo de sanción (Art. 30 y 31.).
- b. La falta de contestación de la demanda, o la falta de comparecencia a la audiencia de trámite hace que se continúe el proceso sin nueva citación (Art. 30).
- c. La falta de colaboración de los peritos (se rige a lo establecido por los Art. 242 y ss. del C.P.C.)
- d. No llevarse a cabo una inspección judicial por renuencia de la parte que debe facilitarse, hace que se

tengan como probados en su contra los hechos que la otra se proponga demostrar, cuando sea admisible la confesión. Si no lo es, se impone multa (Art. C.P.L.).

Nótese que para estos eventos, el indicio ni es la forma de medir la conducta, sino que expresamente se dice cual es el efecto procesal desfavorable: Consideramos que deben aplicarse los indicios que en el proceso civil en todos aquellos casos que no se exprese un efecto concreto, pues no hay duda que las partes, también acá, pueden recurrir a esos medios para entorpecer el debate probatorio. Debe el juez determinar la gravedad del indicio porque la tarifa legal no existe, unos cuantos indicios apreciados en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, así como su relación con las demás pruebas que obren en el proceso, pueden llevar al juez a conclusiones contrarias a las súplicas de la parte temeraria.

7.2.4 Integración del contradictorio en el proceso laboral. De acuerdo con la ley laboral sustantiva hay cosas en que debe demandarse a más de una persona, natural o jurídica. Puede traerse como ejemplo el que nace de la llamada sustitución de patronos, para los efectos de la responsabilidad solidaria de éstos conforme a lo previsto por el art. 69 del C.S.T. En nuestro crite

rio, como el C.P.L., no expresa nada en relación con el litisconsorcio, es posible dar aplicación a los Arts. 403 del C.P.C. por remisión del C.P.L.

7.2.5 Adopción de medidas de saneamiento. Nuestro proceso laboral está constituido sobre la base de un sistema de oralidad y publicidad (Art. 42 C.P.L.), de tal manera que su inobservancia conlleva nulidad, salvo casos especiales determinados en la ley.

El juez como director del proceso (Art. 48 C.P.L.), lo dirige en forma tal que garantice su rápido adelantamiento, sin que por ello se autorice vulnerar los derechos de las partes.

Creemos que en este tipo de proceso se facilita más la aplicación de las medidas de saneamiento y como consecuencia el control de la deslealtad y la mala fé.

El sistema de la nulidad sobre la base de la especificidad aplicable del proceso civil, constituye una mayor garantía en la marcha del proceso sobre bases de buena fé y lealtad.

Una de las ventajas que ofrece el procedimiento laboral es la concentración de los actos procesales, derivando

de ellos la posibilidad de una mayor intermediación del juzgador con las partes.

Sin embargo pueden aparecer casos en los cuales deba dictarse alguna providencia fuera de audiencia.

Lástima que nuestro proceso oral laboral haya sido tan desnaturalizado hasta hacerse más largo y tedioso.

7.2.6 Pautas objetivas de la temeridad en el proceso laboral. Las normas laborales no determinan pautas para precisar las conductas temerarias y por ello consideramos que deben aplicarse las del C.P.C. (Art. 74 C.P.C por remisión del Art. 145 C.P.L.).

7.2.7 Intermediación del juez laboral sobre el material probatorio y sobre los sujetos del proceso. Existen algunas medidas que pueden prevenir el fraude: El juez no puede comisionar para la práctica de pruebas en su sede (Art. 52 C.P.L.) por lo demás, los testimonios, el interrogatorio de partes, etc., deben recibirse como lo indica el C.P.C., para cada medio de prueba.

Esta regla sin embargo ha sido desconocida en los tribunales laborales y es por ello que existe un verdadero caos, facilitando así las conductas temerarias y

llevándose de calle todo lo que hasta aquí hemos dicho sobre el proceso laboral.

7.2.8 Intervención ad excludendum en el proceso laboral. Recordamos que con esta figura se tiende a evitar colusión entre demandantes y demandados en perjuicio de terceros. Pueden presentarse procesos entre un "Patrono" y un "Trabajador" en perjuicio de acreedores prendarios, hipotecarios y quirografarios. Sin embargo, si ello es posible en el proceso de conocimiento, para el proceso de ejecución de la naturaleza del crédito laboral y ante créditos de diferente naturaleza. No podríamos acumular un crédito quirografario a un crédito laboral, ni viceversa.

Encontramos entonces que el C.P.C., contempla un sistema que garantiza el pago preferencial para evitar, además que se traten de procesos civiles o laborales fraudulentos o ficticios.

En efecto, el Art. 542 del C.P.C., establece no un simple embargo de remanente. Así, el acreedor laboral (verdadero) debe determinar los bienes embargados en el proceso (civil verdadero o simulado), sobre los cuales quiere hacer valer la prelación y pedir que en el ejecutivo laboral se decrete el embargo de esos bienes, no del

remanente. De tal manera que si en el proceso civil se encuentran embargados varios bienes, el acreedor laboral puede limitarse a pedir el pago preferencial a uno o varios de ellos y no está obligado a hacerlo respecto de todos. Cuando el oficio llega al juez civil, éste continúa el proceso y los embargos siguen vigente pero opera la prelación del crédito laboral en el acto de distribución del producto del remate, antes de lo cual, el juez del proceso civil debe solicitar al del laboral la liquidación definitiva y especificada del crédito y costo, la cual no puede ser discutida en el proceso civil y con base en la misma debe hacer la distribución entre los acreedores civiles y laborales.

Creemos que en este supuesto los acreedores civiles pueden concurrir al laboral para impugnar la liquidación de acuerdo con la regla general que estamos estudiando porque pueden ser perjudicados con una liquidación equivocada, pues tienen interés jurídico y económico, debido a la prelación legal y a la supuesta confabulación entre demandante y demandado en fraude al acreedor civil.

7.2.9 Llamamiento ex-oficio en el proceso laboral. En el proceso laboral, por los supuestos analizados anteriormente, son aplicables las disposiciones relativas a esta figura en el procedimiento civil.

En relación con la recusación en el proceso laboral, por no contemplarlos estas normas, son aplicables los Arts. 446 Nos. 2 y 135, 143 de C.P.C.).

7.2.10 Saneamiento de nulidades en el proceso laboral. Deben aplicarse las normas del proceso civil por no haber disposiciones expresas en el C.P.L.

Como hemos podido observar, si bien el proceso laboral descansa sobre principios tan contundentes, no goza de normas propias que tiendan a prevenir, remediar y sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fé que debe observarse en el proceso, o cualquier tentativa de frau de procesal.

7.3 LEY PROCESAL PENAL

Antes de entrar en materia, a manera de introducción expongamos algunas palabras sobre el tema.

Las reformas procesales penales del S. XIX procuraron transformar los fines materiales del procedimiento penal de absolutos en relativos, reconociendo valores superiores a ellos frente a los cuales aquellos ceden. El reconocimiento de una serie de garantías y derechos

que amparan a la persona perseguida penalmente y que forman parte de los derechos humanos, es lo que se han propuesto algunas legislaciones.

Es importante la persecución penal pública con sus correspondientes excepciones, de manera que el procedimiento sirva a la averiguación objetiva de la verdad como fundamento para actuar la ley material, que los fines inquisitivos se relativicen y concilien con el sistema acusatorio que intenta transformar en realidad la protección de la dignidad humana de la persona perseguida penalmente.

En el tema que tratamos, como en los anteriores, debemos decir que en la legislación comparada se acostumbra a presentar los códigos procesales penales con una introducción que desarrolla las bases políticas del ordenamiento, normalmente emanada de la Constitución Política del Estado, ya, como derechos fundamentales de los ciudadanos súbditos de ese Estado, los que pueden sintetizarse así: Juez Natural, juicio legal previo, principio de inocencia o sus consecuencias, NE BIS IN IDEM, inviolabilidad de la defensa, publicidad del debate.

No trataremos cada uno de ellos por no ser tema éste de trabajo pero si relievaremos uno que consideramos

trascendental por tener mucha relación con el principio de la buena fé y lealtad procesal: El de inocencia.

Es de trascendental importancia su repercusión práctica. Su mayor importancia quizá se ubica en la valorización probatoria y en la medida de coerción personal contra el imputado, sobre todo en el encarcelamiento preventivo.

En cuanto a lo primero, la cuestión se resuelve afirmándose el IN DUBIO PRO REO. Sin embargo la regla supera la aplicación y sólo en la sentencia, lo que es mezquino, es examinado. Creemos que es una afirmación que debe extenderse por todo el procedimiento.

Dicho lo anterior, entraremos a examinar como regula la Ley Colombiana el problema del Fraude Procesal y la Temeridad.

7.3.1 El principio inquisitivo para la iniciación del proceso penal y para la actividad probatoria. Es de todos conocido que en nuestra legislación, los procesos son iniciados generalmente sin estímulo de parte interesada, sin perjuicio que lo haga y en algunos casos el Ministerio Público. También sabemos que en el proceso penal el juez tiene absoluta libertad de iniciativa

para la investigación de los hechos lo que es indiscuti-
ble en la justicia moderna.

Ahora bien, ya expresamos que ni siquiera el proceso
civil se considera como actividad privada, ni sus normas
como de derecho privado. Esto es suficiente para dedu-
cir que el proceso penal debe descansar sobre el prin-
cipio fundamental de la buena fé y lealtad de las partes
y del juez. La moralización del proceso es un fin que
persiguen todas las legislaciones.

Así es deber decir la verdad en la denuncia y en la
querrela, en la demanda de parte civil.

Creemos que las normas que consagran los deberes de
las partes y los apoderados en los Arts. 37 y 71.1 y
71.2 del C.P.C., son aplicables a los procesos penales,
sin perjuicio de aquellas que establezcan penas severas
para el perjurio y el fraude procesal tanto de las partes
como de los testigos y abogados.

Consideramos que dentro de este tipo de procesos está
el juez en mejor capacidad para vigilar la actuación
de las partes y mucho más si le aplicamos una alta dosis
de humanización, como se recomienda en congresos inter-
nacionales, para todo tipo de proceso.

El proceso no puede ser un frío e inhumano procedimiento por lo cual debe haber mayor inmediación del juez con las partes para conocerlas, entender y comprender el aspecto humano; los jueces deben ser menos arrogantes y sentarse al lado de las partes y no por encima de ellas; preocuparse mucho por quien por pobreza o ignorancia tiene mala representación profesional; su actividad oficiosa debe mirar el interés de la justicia; aceleración máxime porque su larga duración es el peor enemigo del desposeído; control y sanción a todo intento de fraude procesal o colusión.

7.3.2 La conducta de las partes como indicio en el proceso penal. Relativa a la falta de colaboración para la práctica de alguna o de cualquier otro acto procesal, no hay duda que constituyen una manifestación de mala conducta que debe ser sancionada. La conducta debe ser calificada en forma diversa a aquella que es objeto del proceso pero puede tener ingerencia.

El profesor Italiano Giuseppe Bettiol atribuye al proceso penal un planteamiento dialéctico que se traduce en la regla de la contradicción, ligada con el principio de defensa que contribuye a separar lo verdadero de lo falso para que surja la verdad, al punto de considerar que por esto algunas legislaciones suprimen la etapa

instructoria escrita y secreta y la sustituyen por el de, tras una declaración preliminar a la policía, enviar al imputado ante el juez para que entre el Ministerio Público y el detenido se haga un exámen (cross examination). El Art. 25 de la C.N. establece que "Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía a declarar contra si mismo..."

Como se expresó en las primeras páginas de este trabajo, amparado en la norma constitucional, una parte puede comportarse en el proceso diciendo objetivamente la verdad y subjetivamente la mentira, puede perfectamente describir los hechos que favorecen su situación y ocultar los que le perjudiquen sin que se pueda afirmar que falta a la verdad.

No puede suceder en el proceso penal, respecto del sindicado o el procesado lo mismo que en el civil frente a las partes en relación con la conducta de éstas.

La reglamentación de la conducta del inculpado no deben ser contempladas sólo en función que ella pueda incidir en el quebrantamiento de reglas moralizadoras, sino en un ámbito de mayores perspectivas como lo es el del ejercicio de derechos por parte de éste, pues como lo expresó algún autor: "El derecho a la defensa implica

el de callar y el de mentir. La obligación jurídica de veracidad, cualquiera que sea la motivación con la que se justifique, es una idea difícilmente compatible con una sociedad de hombres libres".

De lo anterior inferimos que la exigencia del principio de probidad y buena fé en el proceso civil es indiscutible, pero resulta dudosa en el proceso penal, respecto del imputado.

El proceso penal es mecanismo de conflicto entre la sociedad y el individuo lo que supone acción en el ente social y derecho de contradicción en el individuo.

Si el individuo tiene legalmente el deber, la carga, la obligación de actuar con probidad, y, de consiguiente, el deber de "Decir la verdad", tiene el derecho constitucional de no "Declarar contra si mismo".

Estamos de acuerdo con algunos autores que aquella exigencia en el plano civil, laboral y contencioso, en virtud del objeto del debate es justa y lógica, pero injusta y desprovista de todo fundamento jurídico o moral en el proceso penal.

Es el famoso principio NEMO TENETUR EDERE CONTRA SE

el que origina esa quiebra del principio de probidad en el proceso penal, con referencia a la persona del imputado, que a su vez se halla en el propio derecho natural al considerarse CONTRA NATURA la sujeción del imputado a ese deber. Fue ésta el sentido de la orientación del pensamiento que surge entre las leyes y los sentimientos naturales del hombre, con las instituciones del juramento, que fuerza a un hombre a ser sincero cuando tiene el máximo interés en ser falso, y la tortura, que fuerza a un hombre a ser simultáneamente acusador y acusado.

Muy oportuno nos parece citar la frase de PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ: "El derecho procesal es una parte de la enciclopedia jurídica, y por ser tal, está adornado de todas las notas que la filosofía predica del derecho".

Naturalmente que el derecho que el imputado tiene a esa reticencia no es absoluto, pues su existencia obedece a la necesidad del derecho natural, por lo que, cuando se persiguen fines distintos, como desviar la acción de la justicia para amparar el culpable, la actuación del imputado debe ser sancionada.

Precisamente entre las diversas formas de ejercicio ilegítimo de este derecho se pueden agregar las siguientes:

1. El silencio o la falsedad sobre las propias circunstancias personales exigidas por la ley.
2. La autoacusación.
3. Comportamientos conducentes a mostrar procesos con fines fraudulentos.

En nuestra ley penal se encuentran descritas: Falsa autoacusación (Art. 168) y fraude procesal (Art. 182).

Así pues, podemos concluir que para el procesado se impone el principio como deber de lealtad y buena fé más que como deber de decir la verdad porque el proceso requiere del juego limpio y no el acto innoble, el subterfugio como ya lo hemos sostenido.

7.3.3 Inmediación del juez sobre el material probatorio. Nuestro proceso penal es esencialmente escrito, exige que no se practique ninguna prueba sino por disposición del juez o funcionario instructor, de oficio o a petición del procesado, su apoderado, el representante de la parte civil y el Ministerio Público con reglas especiales para garantizar la inmediación en la producción de la prueba. El juez puede conseguir que los testigos vengan directamente a su despacho, cuando se hallan

fuera del lugar donde se tramita el proceso.

7.4 LEY CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

El decreto 01 de 1984 conocido como Código Contencioso Administrativo contempla en su libro II, el control jurisdiccional de la actividad administrativa que tiene objeto juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas.

7.4.1 Facultades inquisitivas en materia de pruebas en el proceso contencioso administrativo. También aquí puede haber ocultamiento de hechos o pruebas en detrimento del interés de una de las partes. En efecto, la ley exige que en la demanda se pidan las pruebas que se pretendan hacer valer lo mismo que en la contestación de ella para evitar sorpresas (Arts. 137, 144 C.C.A.). A su vez, el Art. 169 establece el decreto de pruebas de oficio en la primera o única instancia cuando el ponente las considere necesarias para el establecimiento de la verdad.

7.4.2 La conducta de las partes como indicio en el proceso contencioso administrativo. También sigue el C.C.A., las orientaciones del C.P.C., en este sentido. Aquí

algunas de las más importantes:

- a. La falta de contestación de la demanda. Creemos equivocado generalizar el principio especialmente para aquellos casos que se refieren a la constitucionalidad o legalidad del acto.
- b. En relación con las pruebas deben aplicarse las reglas del C.P.C., por expresa disposición del Art. 168 del C.C.A., por lo cual nos remitimos a lo dispuesto por el proceso civil sobre el punto.

7.4.3 Intervención de terceros en el proceso contencioso administrativo. En los procesos relacionados con contratos y de reparación directa y cumplimiento, son admisibles la integración del contradictorio, las intervenciones adhesivas y la ad-excludendum, la denuncia del pleito, el llamamiento en garantía y el llamamiento ex-oficio, por lo que debe tenerse en cuenta todo lo dicho sobre el proceso civil en relación al punto.

7.4.4 Rechazo al allanamiento de la demanda en el proceso contencioso administrativo. En punto a los procesos relativos a contratos y de los de reparación directa y cumplimiento, el Art. 218 autoriza la figura cuando el demandado sea persona de derecho privado, sociedad

de economía mixta o empresa industrial y comercial del Estado, en cuyo caso se dará aplicación a los Arts. 93 y 94 del C.P.C., lo cual significa que el ponente puede también, rechazar el allanamiento cuando advierta fraude o lo pida un tercero que intervenga como parte principal. No hay que perder de vista que, según la misma disposición la nación se puede allanar con autorización del Gobierno Nacional y que las demás entidades públicas lo pueden también hacer con autorización expresa y escrita del Ministerio, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde que las represente o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas.

7.4.5 Recurso de revisión en el proceso contencioso administrativo. Tomó las causales del C.P.C., pero dejó vacíos en torno al tema que hemos venido tratando, pues no contempla la posibilidad de haber existido colusión u obra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que se hubiese causado perjuicios al recurrente y se dejó un margen muy amplio en cuanto al hallazgo de piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente, sin detenerse a contemplar que ello pudo haber sido por obra temeraria del mismo recurrente, lo cual atenta contra la propia administración de justicia (Art. 188 C.C.A.).

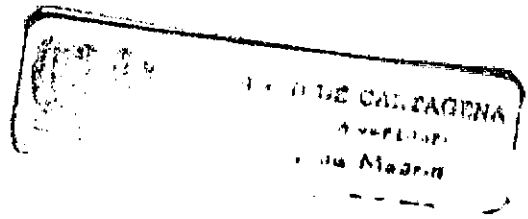
7.4.6 Saneamiento de nulidades en el proceso contencioso administrativo. En relación con este tema se aplican las mismas reglas del Art. 152 y 153 del C.P.C., por mandato del Art. 165 del C.C.A., por lo cual nos remitimos a lo allí expresado.

8. FRAUDE PROCESAL COMO HECHO PUNIBLE

8.1 ARTICULO 182 DEL CODIGO PENAL

Expresa: "Que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años".

8.1.1 Antecedentes. Un antecedente normativo de esta figura no aparece en nuestra legislación, quizás porque una tipicidad similar no se encontraba en el código de Zanardelli en 1889, sino que fue incluido por Roceo en el código italiano de 1930, en el Art. 374: La norma citada dice: "El que en la tramitación de un procedimiento civil o administrativo, con el objeto de engañar al juez en el acto de inspección o de comprobación judicial, o al perito en la ejecución de una pericia, altere el estado de los lugares, de las cosas o de las personas, será castigado, cuando el hecho no estuviere previsto como delito por otro precepto".



Esta figura tuvo aceptación en códigos europeos, como Alemania y Noreuega. Quizás tomado de ellas, apareció en el Código del Brasil y, más tarde en el código Argentino. Con tales modelos se dio la redacción del fraude procesal en el anteproyecto de 1976 Art. 222 y por primera vez aparece entre nosotros. En el anteproyecto de 1978 Art. 229 se incluye casi intacto. Pero al examinarse su estructura en la comisión de 1979 el doctor Federico Estrada Vélez, criticó la sintaxis diciendo:

- a. No contempla todos los casos o todas las formas de inducir en error.
- b. Abarca elementos constitutivos de otros delitos, como la falsedad en documentos públicos.
- c. Comprende personas como víctimas del engaño, que no merecen la tutela penal, como los auxiliares de la justicia.

La figura del Art. 182 fue obra de el doctor Estrada Vélez y no tiene antecedentes en nuestra legislación, o sea que se puede calificar de SUI GENERIS.

8.1.2 Elementos del Delito. Los elementos que estructuran este delito son los siguientes :

- a. Agentes: Cualquier persona.
- b. Conducta: La conducta delictiva consiste en inducir en error a un empleado oficial con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.
- c. Mecanismo: Cualquier medio fraudulento.

8.1.3 El bien jurídico protegido. Es decir Manzini el objeto genérico de la tutela penal, en relación a los delitos contra la administración de la justicia, son los intereses concernientes al normal y eficaz funcionamiento de la actividad judicial, el respeto hacia la autoridad de las decisiones judiciales y el sometimiento de los particulares a la jurisdicción; intereses que quedan garantizados contra determinados hechos, capaces de obstaculizar o desviar la actividad judicial, o que importan evasión de providencias jurisdiccionales, o desconocimientos de función de jurisdicción..., el objeto de la tutela penal, en relación a los delitos contra la actividad judicial, es el interés corriente al normal y eficaz funcionamiento de la administración de justicia en sentido lato, por cuanto conviene impedir que se frustre el fin de la justicia, o que se desvíe o que obstaculice su actividad por determinados hechos individuales..."

Como bien lo podemos deducir en nuestra legislación el tipo no exige el perjuicio ni el error concentrados y tiende a respaldar al "empleado oficial" en general, lo que comprende al juez de cualquier rama, en particular.

En relación con la autoridad del juez, éste necesita respaldo para su autoridad y la organización del proceso, especialmente, respecto de la etapa de conocimiento de los hechos porque para el normal y libre ejercicio de sus funciones, la administración de justicia debe desenvolverse sin obstáculos.

8.1.4 Los sujetos. El sujeto pasivo directo es la administración de justicia; por reflejo la parte contraria o terceros en procesos judiciales.

Se debe igualmente aclarar que puede ser cualquier "empleado oficial", lo que comprende las autoridades judiciales que no son jueces.

El sujeto activo puede ser cualquier persona, sea parte o no en un proceso o una actuación ante "empleado oficial".

También lo que puede cometer cualquier miembro del tri

bunal; juez, secretario, oficial mayor, escribiente, etc., sin perjuicio de que en estos últimos el hecho punible pueda ser ubicado dentro de un tipo más grave, quedando bajo las reglas del concurso o de la subsidiariedad.

Un agente de la policía judicial, para valorar positivamente su trabajo puede modificar maliciosamente el estado de un lugar, de una cosa, caso en el cual existirá el delito.

El juez del conocimiento obrando en colusión con una de las partes puede incurrir en este hecho punible sin perjuicio de un concurso de delitos, para engañar al juez de la segunda instancia.

En relación con el imputado en el proceso penal, se ha discutido, como anteriormente se anotó, si aquel puede ser autor de la figura, si solo se ha preocupado por mejorar sus condiciones de inculcado. Para el derecho italiano, algunos autores lo han sostenido, el imputado ha obrado por estado de necesidad, necesitado de demostrar su inocencia o por ocultar su inculpabilidad, por lo que su conducta quedará respaldada por una causal de inimputabilidad. Otros por el contrario sostienen que al imputado ello no le es dado.

Como en páginas anteriores se mencionó, el derecho que el imputado tiene a callar y a mentir no es absoluto, pues su existencia obedece a la necesidad de que no se produzca contradicción con los principios del derecho natural, por lo que, cuando se persiguen fines distintos, como desviar la acción de la justicia para amparar al culpable, la actuación del imputado debe ser sancionada.

Si bien, la disposición constitucional tiende a garantizar que nadie esté obligado a confesar un delito, no autoriza que una prueba material estado de lugares, cosas o personas sea distorsionada cuando precisamente puede ser un elemento más de eficaz de autoimputación que su propia declaración. La garantía constitucional no ampara la comisión del hecho sino el derecho a la libre expresión de su voluntad.

8.2 EL FRAUDE PROCESAL Y LA ESTAFA PROCESAL

Es indudable que la teoría del fraude procesal se deriva del concepto civil de lo, que recoge el Art. 63 del código civil que es la intención positiva de inferir injuria o daño a otro, bien sea en sus bienes o en sus familiares.

De esta manera por dolo procesal se entiende la actuación

cumplida por alguna de las partes en litigio o conflicto extraprocesal, pero reducido al campo del derecho privado, realizado con el ponderado propósito de perjudicar a su contendiente, haciéndolo adoptar posiciones o situaciones que, procesalmente, le sean favorables, con obvia desventaja para quien, engañado las realiza.

Por dolo no ha de entenderse el propósito de obtener un lucro indebidamente, sino el emplear fraude o artificio para engañar a la contraparte, sea engañado o no el juez. El dolo procesal no tiene figura típica penal, y su sanción solo tiene cabida en el campo civil.

De la figura del dolo apareció la del fraude procesal. En ella el engaño está dirigido al propio juez, porque es a él a quien se pretende hacer incurrir en error. Lo que se busca no es una posición ventajosa, sino una sentencia favorable o la decisión que vaya a proferir lo beneficie, en relación con sus pretenciones últimas, y es el juez quien tiene el poder legal para hacerlo. El fraude procesal no tiene como campo de acción una actuación por fuera del proceso, salvo cuando estendida, como prueba anticipada. El fraude procesal algunos doctrinantes consideran que queda agotado en la manobra fraudulenta o insidiosa, con aptitud para engañar al juez. Sí, además, la disposición patrimonial a su

contradictor se logró por decisión judicial, el engaño al juez habrá alcanzado su cometido final: desposeer a su víctima, y se configura, entonces, una estafa procesal, que es un engaño dirigido a un juez, con el propósito deliberado de obtener una sentencia o (resolución) decisión dispositiva de los bienes de otra persona, a fin de entrar en posesión formalmente lícita de ellos, pero esencialmente injusta.

Con la figura de la estafa procesal se obtiene un provecho patrimonial ilícito propio de su esencia delictuosa.

Con fecha febrero 14 de 1984, dentro del proceso No. 28.153, la sala de casación penal de la H. Corte Suprema de Justicia, con ponencia del distinguido miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Magistrado de aquella, expresó en alguno de sus apartes: "Es evidente que entre el fraude procesal y el delito de estafa cometido a través de una engañosa actividad procesal y que la doctrina ha denominado estafa procesal, existen algunas analogías y también algunas diferencias que deben ser precisadas, se asemejan estos dos hechos en que en ellos el agente se vale del empleo de medios engañosos con el fin de obtener un determinado resultado, las diferencias más destacadas son las siguientes:

- a. Mientras en el delito de fraude procesal se busca amparar la recta administración de justicia, en el delito de estafa el bien jurídico tutelado es el de patrimonio económico.
- b. El sujeto pasivo en el fraude procesal es el Estado como titular del bien jurídico que con esta disposición se ampara. En cambio en el delito de estafa el sujeto pasivo es la persona que sufre el menoscabo de carácter patrimonial.
- c. En el delito de fraude procesal la conducta consiste en inducir en error a un empleado oficial, en tanto que la conducta del delito de estafa consiste en obtener provecho ilícito aún cuando las circunstancias modales de los dos comportamientos típicos son similares, los distintos verbos rectores empleados en cada una de estas disposiciones destacan la diferencia entre las dos conductas.
- d. Como consecuencia de lo anterior es obvio de que son distintos los resultados que en cada caso exige la legislación.
- e. Mientras en los delitos contra el patrimonio la restitución e indemnización es circunstancia específica

de anulación, en el fraude procesal no es dable hacer referencia a este aspecto, no solo porque no existe previsión legal en ese sentido, sino porque este delito no exige para su tipificación finalidad de carácter pecuniario.

- f. En el fraude procesal el agente actúa para engañar al empleado oficial; con el fin de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, en la estafa obra con la finalidad de obtener un provecho económico en perjuicio ajeno.

Las anteriores precisiones nos llevan a la conclusión de que los dos tipos penales mencionados tienen diverso campo de aplicación y que, en consecuencia no se excluye entre sí.

En fin, el fraude procesal se consuma con la ejecución de actos engañosos, dirigidos a provocar interpretaciones erradas, aunque nadie se beneficie ilícitamente ni tampoco se perjudique. Es un delito de simple conducta, de peligro, en tanto que la estafa es un delito de resultado, de lesión.

8.3 AMBITO DE APLICACION

El Art. 182 del C.P., extiende su aplicación a actua

ciones judiciales y administrativas. De aquellas no hace distinción, ya que uno de los requisitos que presupone en la existencia de un proceso judicial o actuación administrativo, sea de carácter civil, laboral o contencioso administrativo, o bien trátase de actuaciones cumplidas por autoridades administrativas, con poder legal dispositivo y decisorio. Supone, por tanto, que quien todo esto hace, está actuando dentro de los límites de un proceso, en el cual va a ser oído y merece respuesta, según la ley, y que del funcionario con poder decisorio, se espera una providencia judicial o administrativa con aptitud dispositiva de bienes según la ley.

El fraude realizado en prueba anticipada o extrajudicial, carece de valor punible como tal, a menos que se emplee posteriormente, como prueba en un proceso.

8.3.1 Para obtener sentencia. Una sentencia supone el trámite de un proceso ante el órgano judicial. Puede tratarse de proceso contencioso o voluntario; con autoridad de cosa juzgada o no. Así entonces debemos admitir que la conducta puede desarrollarse con ocasión del proceso pues puede suceder que la actuación sea preparatoria de un proceso en el cual se va hacer valer o a que dentro de este ocurra.

El acto administrativo puede ser proferido por cualquier "empleado oficial" que tenga potestad para ello. Así los ministros, jefes de departamento administrativos, gobernadores, mesas directivas de las cámaras legislativas, jueces (nombramiento de subalternos o destituciones), etc.

La conducta punible puede presentarse entonces en un secuestro de bienes, un embargo, un lanzamiento, una notificación, un reconocimiento de imputado en fila de personas, en un reconocimiento de documento privado. Es entonces bastante amplio el concepto de fraude procesal.

En la práctica judicial, en los procesos civiles, generalmente la conducta se presenta luego de incoado éste y simultáneamente con la respectiva demanda. El engaño generalmente está vinculado con el proceso, normalmente en relación con los medios de prueba o con el allanamiento de la demanda.

Es obvio que el autor del hecho conoce la existencia del proceso y diligencia. Ese conocimiento, en nuestra manera de entender, es elemento integratorio del dolo. Si así no fuera, el hecho será atípico. El delito es contra la administración de justicia y el actor es con

ciente de que está burlando a la autoridad judicial y no exclusivo interés de su contraparte o de terceros.

8.3.2 Medio Fraudulento. En algunas legislaciones se señalan cuales pueden ser las maquinaciones o medios engañosos propios del tema que analizamos.

Como atinadamente expresa en la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, transcrita parcialmente, existe semejanza en cuanto al empleo de la maniobra engañosa para obtener un determinado resultado, en los delitos de fraude procesal y la estafa. En el primero se requiere de "cualquier medio fraudulento" idóneo para inducir en error al empleado oficial.

En el segundo se requiere inducción en error" por medio de artificios o engaños" con los cuales se obtiene provecho ilícito.

Para el fraude procesal la maniobra engañosa puede consistir en cambio de lugares, cosas, o personas: apertura de un camino o construcción de un puente y envejecerlo a la víspera de una inspección judicial para acreditar posesión; alterar libros de contabilidad, colofar personas diferentes en un inmueble objeto de entrega para materializar una oposición.

a la autoridad judicial o administrativa.

Es importante anotar que si el hecho se produce para perjudicar a un procesado, creemos conveniente que la pena se agrave, pues con frecuencia se observan ardidés con este propósito.

8.4 DEL CONCURSO

Es muy frecuente que ante un juez se presenten actuaciones procesales de donde surgen la comisión presunta de fraude procesal, sin que el funcionario adopte las medidas que la respectiva ley procesal consagra ni tampoco ponga en conocimiento del hecho a la autoridad penal respectiva.

Creemos que ello se debe a la falta de una difusión práctica de las normas procesales a que se hizo referencia al comienzo de este trabajo así como de la norma penal que aquí comentamos. Tanto los jueces civiles como los jueces penales se hallan incurso en el mismo pecado, en el alto porcentaje.

En orden a las posibilidades concursales del delito de fraude procesal con otros delitos creemos que pueden presentarse, teóricamente algunas modalidades: CONCURSO

En conclusión, el hecho punible puede presentarse durante el curso de un proceso civil, penal, laboral, administrativo, o con anterioridad a ellos, lo que importa es que tienda a tener influencia en la sentencia.

8.3.3 Aspecto material del hecho punible. Inducir: Es el verbo que estructura la materialidad del tipo. Conviene, entonces, analizar semánticamente y de acuerdo con el fin de la disposición, su significado, INDUCIR v (Lat. inducere). hacer por diversos medios, que alguien realice determinada acción.

8.3.4 Aspecto subjetivo del hecho punible. Esta conducta se concibe a título doloso. El dolo específico es el propósito de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley. No es necesario alcanzar ese resultado porque se consuma el delito con la sola intención de obtenerlo.

No creemos que se pueda hablar de fraude procesal culposo. La figura exige un dolo genérico y otro ya específico: voluntad libre de cometer el artificio y la voluntad finalista de INDUCIR EN ERROR a un empleado oficial.

Es el dolo directo la base de la figura, es decir, el conocimiento del hecho y el ánimo de inducir a engaño

FORMAL. En relación con el concurso ideal deben aplicarse los principios generales.

Así, si la inducción en error provocó la obtención de un provecho ilícito, caso en el cual podemos hablar de fraude procesal y estafa.

A propósito puede suceder que el sujeto se valga de un proceso fraudulento para cometer un delito de estafa. La corte ha dicho: "... Resulta obvio que la estafa no es una forma especial de fraude procesal, ni el fraude una simple modalidad de estafa, así esta puede cometerse eventualmente por medio de la inducción en error de empleados oficiales. Si esto es así no es del caso hacer referencia, por este aspecto, a un concurso aparente de tipos que pueda resolverse a través del principio de la especialidad". Y agrega: "tampoco hay razón alguna para afirmar que el fraude procesal es un tipo subsidiarios, aplicable sólo en la medida en que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor, porque cuando el legislador ha querido que una disposición penal tenga este limitado alcance generalmente así lo ha consignado expresamente (Arts. 152, 198, 248, 247, 357, 370).

Además la subsidiaridad sólo se presenta cuando los

dos tipos penales se concluyen, de modo que no pueden aplicarse en forma concurrente". CONCURSO MATERIAL. El delito puede darse en concurso material cuando el agente pretende con su nueva conducta prohibida ocultar un fraude procesal anterior como cuando formula falsa denuncia contra su contraparte. Esto revela una mayor peligrosidad que en nuestro entender, debe ser calificada.

8.5 DE LA CONSUMACION

Ya hemos afirmado que se trata de un delito de peligro que se concreta con la sola acción típica, con prescindencia de su éxito o fracaso, de que se haya engañado o no a la autoridad judicial o administrativa. Esta opinión es mayoritaria en la doctrina italiana, en la Argentina y en la colombiana.

Alguna inquietud nos queda sin embargo, si se hace una diligencia anticipada para construir un título ficticio, la figuración requerirá la existencia de la demanda en que se va hacer saber para que se considere consumado el delito: será punible esa acción preparatoria?

Consideramos que el momento consumativo es el instante de la acción material; que se produzca el proceso poste

rior es algo contringente, adventicio. El solo hecho de la diligencia anticipada pone en peligro la integridad decisoria de la administración de justicia.

Con esa actuación temeraria se puede obtener una medida cautelar para disponer de sus bienes a un tercero y al juez que conoció de tal actuación le fue materialmente imposible tomar alguna medida para evitarlo.

Puede haber tenido el juez conocimiento de tal actuación y no procede a realizar el acto perseguido, pero ya el bien jurídico de la administración de justicia ha sido lesionado, si hay nulidad de la actuación fraudulenta, el delito subsiste.

Qué es de la tentativa?

Muchos sostienen que la tesis antigua de que los delitos de peligro no pueden ser tentados, está superada y por consiguiente afirman la posibilidad de la tentativa del fraude procesal.

En nuestra jurisprudencia hemos encontrado la siguiente afirmación sobre el punto 2: "... la expresión " INDUZCA EN ERROR" parece exigir que se haya producido tal inducción en la equivocada apreciación de la realidad de

parte del funcionario. Como en el caso concreto, ello ya no era posible desde el punto de vista del sujeto por engañar, visto que el despliegue publicitario hizo evidente el engaño, y que los supuestos ganaderos declararon sobre falsedad ante el Consejo de Estado, será admisible que toda la actividad quedó en el campo del conato. Habrá tentativa pues se utilizaron medios absolutamente idoneos para inducir el error, y tal intención había en los sujetos determinantes del fraude". Más adelante la providencia cita una frase de Giuseppe Bettiol, en su obra Derecho Penal, Temis, 1965, pág. 486, según la cual : "Cuando la idoneidad objetiva del acto y la intención delictuosa están probados, existe todo lo necesario para que se pueda considerar el acto punible a título de tentativa".

9. TEORIA Y PRACTICA (ENCUESTA)

Se ha analizado muy superficialmente la regulación que nuestros distintos ordenamientos procesales establecen como mecanismos de "bloqueo" al fraude procesal.

Pero bien, qué podemos decir de conformidad con la práctica judicial? Ya está dicho que el fraude puede hacer su aparición desde la misma demanda, la denuncia, la contestación de aquella, con la intervención de terceros (procesos de ejecución, especialmente), en la quiebra, en el concurso de acreedores, en el proceso laboral, en el proceso contencioso administrativo, etc.

Se ha afirmado igualmente que las partes originales llegan a confabularse en detrimento de los intereses de terceros: de la nación o de las entidades públicas.

Respecto de la obra de una de las partes, del denunciante o querellante (proceso penal), también hemos observado que puede presentarse la figura y esencialmente relacionada con el debate probatorio (confesiones frau

160

dulentas, testimonios falsos, peritaciones maliciosas, ocultamiento de pruebas, falsificación de documentos o la inducción a que la otra parte produzca un acto procesal o se abstenga de ejecutarlo para obtener beneficios que no le correspondían al autor de la conducta temeraria).

No podemos dudar que todos estos actos pueden ser productos extra, para y procesales y que son mensajeros de una voluntad afectados de dolo, violencia, coacción error, etc.

Para tratar de establecer que está sucediendo en la práctica judicial con esta conducta fraudulenta y que tanto auge ha tomado en los últimos años y que a pesar de estar regulado desde la expedición de nuestro código penal de 1980 parece que dicho artículo fuera inoperante, puesto que muchos abogados y sus colaboradores siguen en esta practica, hemos realizado una investigación de campo a nivel de la Costa Atlántica, con los jueces penales del circuito de las ciudades de Montería, Sincelejo, Barranquilla y Cartagena respectivamente.

La encuesta se realizó con el fin de establecer el número de procesos iniciados por este delito, el número de los mismos que han terminado con sentencia, condena

toria si es el caso, en fin tratar de establecer en que estado se encuentran actualmente.

El presente trabajo de investigación se realizó tomando como marco de referencia los últimos cinco años.

Además se realizó una entrevista con cada uno de los titulares de cada despacho judicial, esta se hizo con base en las siguientes preguntas esencialmente.

- a. Cuál es la frecuencia del fraude como conducta de las partes dentro del proceso?
- b. Cree usted que los jueces si tienen medios con que prevenir o en último caso reprimir este delito? o es el elemento humano el que esta fallando en estos casos?

Las preguntas se irán ampliando o reduciendo dependiendo de los datos suministrados por los señores jueces.

CIUDAD DE CARTAGENA

JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ : D.R. WILLIAM PATERNINA

1. Si hay cantidades de personas que comenten el delito

162

de fraude procesal sin embargo no es denunciado, no llegan a nuestro conocimiento.

2. Si hay medios con que prevenir y reprimir este delito, el problema es de personas que teniendo conocimiento del mismo no lo denuncian.

Las fallas son humanas, los funcionarios de otras ramas especialmente de la rama civil están fallando al deber de denunciar este delito, tienen conocimiento del mismo y sin embargo no dan conocimiento al juez penal del circuito.

JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: D.R. NESTOR AYOLA CABARCAS

1. La realidad es que si, sabido es que existen los testimonios falsos, pero muy difícil de probarlos muchas veces el juez tiene la convicción del testigo falso, pero no puede iniciar proceso por falta de prueba, trayendo como consecuencia la desviación de la investigación.

El fraude generalmente se comete en otra rama, pero las personas no denuncian esta conducta.

163

JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: D.R. SIMON HERRERA MACIA

1. Si se da con frecuencia en otras ramas.
2. Si, la ley si tiene mecanismo de prevención, si el número de investigciones no es numeroso es por fallas de aspecto humano y no por falta de elementos jurídicos.

Los jueces generalmente consideran que la investigación disciplinaria no llega a nada.

JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: DRA. GLORIA VALENCIA DE BARRIOS

La doctora no pudo atendernos puesto que se encontraba ocupada.

JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO

JUZ: D.R. LUIS EDUARDO URIBE P.

1. Piensa que no se da con frecuencia, pero que si hay

abogados que en determinados momentos si recurren a ardidés, engaños con el fin de verse favorecidos en el proceso aunque también hay abogados honestos que no atentan contra la ética.

Considera que un caso típico que se da con bastante frecuencia el fraude procesal es en el cambio de caución prendaria por juratoria, ya que basta con traer dos (2) declaraciones juramentadas de dos personas a quien les conste que dicha persona no tenga dinero, para que de esa persona si contaba con suficiente recursos económicos con que hacer efectiva la caución prendaria.

JUZGADO SEXTO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: DRA. MORAIMA CABALLERO DE NIEVES

1. Pienso que no es tan frecuente, pero que en la actualidad si se está dando auspiciado generalmente por abogados que son parte en el proceso, que lo utilizan como medio ilegal para obtener beneficios para su cliente.

Generalmente usan artimañas en vez de realizar un estudio serio y jurídico de los procesos.

165

El abogado está siempre en busca de crear nulidades para de esta forma salir favorecido en la sentencia y lo que deberían hacer es un estudio concienzudo y jurídoco del negocio.

La misma ley con su gran cantidad de formalismos facilita la comisión de esta conducta y por eso queda impune.

CIUDAD DE BARRANQUILLA

JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO

El señor Juez nos manifestó que no nos podía atender porque se encontraba muy ocupado.

JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: DR. GEORING SILVERA SANJUAN

1. Si se da más que todo en lo que se refiere a las pruebas, es difícil sacar la conclusión, darse cuenta de las pruebas falsas en el proceso y por eso es muy difícil para el funcionario poder estar seguro o distinguir una prueba falsa.

166

2. Pienso que no se tienen medios jurídicos con que prevenir la conducta, ya que esta tiene carácter netamente personal, íntimo y por eso es muy difícil de probar.

JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: DRA. GREY VILLAMIL

1. La conducta si se da en la práctica con mucha frecuencia, pero es muy difícil de detectar, ya que por lo general no se tienen pruebas, además casi siempre se da como delito medio.

Muchas veces se tiene la duda sobre la existencia del delito, creo que por eso no se investiga el mismo.

JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO

El señor Juez nos manifestó que se encontraba muy ocupado y que no nos podía colaborar.

JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: DR. ABRAHAM NADER

Nos manifestó que lo único que nos podía decir al respec

167

to era que únicamente había tramitado un sólo proceso por ese delito y que había terminado en sentencia condenatoria.

JUZGADO SEXTO PENAL DEL CIRCUITO

Este despacho se encontraba en turno y fue imposible que nos atendieran.

JUZGADO SEPTIMO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: DRA. GELMIS CECILIA CHACON

1. Si se da la mencionada conducta, pero las personas se abstienen de denunciarla, por falta de conocimiento de la mencionada conducta o porque ellas mismas hacen parte del fraude.

En este juzgado se han tramitado tres procesos por ese delito.

JUZGADO OCTAVO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: DR. ARMANDO ARANZALES

1. Si la conducta se da frecuentemente, el hecho es

típico, a pesar de ser una conducta bastante nueva es muy interesante.

Por la forma habilidosa como se presenta hace imposible detectarla en la práctica, pero si se da frecuentemente.

CIUDAD DE MONTERIA

JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: DR. PEDRO PEREZ CARDENAS

1. No es muy frecuente esta conducta en la rama penal, aunque se da en otras ramas.
2. Hay medios con que prevenirlos, pero a veces el fin tiene que aceptarlo para llegar a la verdad del proceso, a veces se tiene la duda pero hay que darle trámite a la prueba que se cree que es falsa.

Otro aspecto en que se da el fraude y que generalmente es subsumido por la falsedad.

JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: LUIS ALFONSO GUTIERREZ G.

1. Si se da, surgen en otros procesos, en los laborales con los créditos, ya que son privilegiados, en civil se da con los autoembargos más que todo.

Lo que pasa es que en estos procesos generalmente está envuelto un abogado y el juez es un abogado, hay cierta condescendencia y proceden a pasarlo mejor a una investigación disciplinaria para una sanción.

La conducta se da pero no es denunciada por eso son pocos los procesos que se inician y menos aún los que terminan en sentencia.

2. Si se tienen medios para reprimir. La justicia es silenciosa y de la aplicación de ella se encarga el juez.

El problema empieza en las universidades, los alumnos salen y se encuentran con que tienen que ser o ya son nombrados jueces y estos no están preparados para administrar justicia.

Otro problema es la prensa, esta falla antes que

el juez de derecho, esto debido a la lentitud de la justicia y por eso es importante hacer la presente cita: La justicia lenta es la peor de las injusticias.

JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: RUBEN DARIO CORREA SANCHEZ

El presente despacho se encontraba en turno, el señor Juez se encontraba ocupado, sin embargo nos manifestó que en su despacho en los últimos cinco años no se ha tramitado ningún proceso por ese delito.

CIUDAD DE SINCELEJO

JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: DRA. ESPERANZA ANAYA DE PEREZ

La doctora nos manifestó que en este despacho sólo se ha tramitado un sólo proceso por este delito, pero con la entrada en vigencia del nuevo código de procedimiento penal pasaron a instrucción ante los jueces de instrucción criminal.

AA

JUZGADO SEGUNDO DEL CIRCUITO

JUEZ : DR. IVAN DAZA

El doctor nos manifestó que en ese juzgado no se había tramitado ningún proceso por el delito de fraude procesal.

JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO

JUEZ: DRA. MARITZA VILLARREAL

En este juzgado sólo se ha tramitado un solo proceso por este delito, actualmente se encuentra ante los jueces de instrucción criminal, este por razón de la vigencia del nuevo código de procedimiento penal que estatuyó la competencia de los jueces de instrucción criminal para instruir y calificar.

Las estadísticas del DANE indican que en Colombia se han iniciado desde 1981 un promedio de 250 investigaciones por año, pero la mayor parte no ha sido calificada. Entre las que sí, el más alto índice ha sido de sobrecimiento temporal.

Con base en la encuesta realizada por nosotros se pudo establecer lo siguiente :

1. Que en los últimos cinco años sólo se han iniciado 18 procesos en estas cuatro capitales de departamento de la Costa Atlántica.
2. Que la gran mayoría de las autoridades entrevistadas coincidieron en que la conducta si es frecuente, pero por una u otra razón no se inician los procesos correspondientes, tal vez por la misma forma como se lleva a cabo la conducta, es muy difícil de detectar, por los sistemas tan íntimos de cada persona, son muy difícil de probar, y terminan las autoridades desistiendo y no iniciando ninguna investigación por el posible delito o la posible falta a la ética profesional, aunque la gran mayoría de jueces consideró que estos procesos disciplinarios no llegan a nada.
3. Que el 80% de los procesos se encuentran actualmente en etapa instructiva.
4. Que solo dos procesos de los diez y ocho iniciados han terminado con sentencia condenatoria.

En nuestra opinión, la novedad de la figura, y la poca ilustración que al respecto se ha hecho, no ha facilitado su imposición y hasta ahora sólo hay resultados negativos.

Creemos que es importante plasmar en el presente trabajo la experiencia que se tuvo, que se vivió al realizar la anterior encuesta con las jueces penales del circuito de las principales ciudades de la Costa Atlántica.

En efecto, con la realización de la anterior encuesta y palpando en cierta forma el conocimiento de estos señores jueces, es cuando nos damos cuenta de cuan necesario es que se ponga en práctica realmente el sistema de concurso para aspirar a estos cargos, y de esta forma dejar atrás definitivamente el sistema del padrinazgo que tanto daño a nuestra justicia le está haciendo, poniéndola en manos de personas que muchas de las veces por no decir que la mayoría no están en capacidad de ocupar estos cargos de tanta responsabilidad, como lo es la de administrar justicia.

Esto lo decimos por lo mostrado por algunos jueces al momento de realizar la entrevista, aunque también hay que decirlo no todos los están en las mismas condiciones hay jueces que desde que se entabló la conversación del tema tratado se da uno cuenta que está ante personas que saben su oficio, si saben de derecho.

Otro punto negativo de estos señores jueces es el rece lo para hablar, la forma esquiva como se comportan y

174

de una u otra forma dando o presentando excusas o dejándonos en manos del secretario u el notificador para que nos atendieran.

Otra circunstancia importante de anotar, es que algunos jueces creen que por el cargo que ocupan solo les falta un escalon para ser dioses, se mostraban más que arrogantes, intratables y creemos que es una gran falla puesto que nuestra carrera es muy humanista y de mucho tacto social.

Por lo demás creemos que la encuesta si cumple su cometido cual es el de mostrar la realidad jurídica con respecto a este delito: como es de que son muy pocos los procesos iniciados, y de los pocos que se inician casi ninguno a terminado por no decir que ninguno con sentencia y mucho menos condenatoria.

9.1 COMO UTILIZAN NUESTROS JUECES SUS PODERES PARA CONTROLAR EL FRAUDE PROCESAL

Según encuesta realizada con los estudiantes de la Universidad Gran Colombia, en el año de 1985, los resultados no son nada halagadores.

En efecto, el primer obstáculo que se encontró es que

un buen número de jueces de Bogotá, consideró que era una falta de respeto hacer esta clase de encuesta con ellos; el segundo, la respuesta de no tener tiempo para resolver un cuestionario que sólo les quita tiempo; el tercero ponernos generalmente en manos del secretario o de cualquier otro funcionario subalterno.

Sin embargo, ciertos jueces que consideraron alguna importancia a nuestro trabajo dieron las siguientes directrices:

- a. No son los jueces civiles, ni laborales, ni contencioso administrativos competentes para imponer sanciones por actuaciones fraudulentas porque esto le corresponde a los jueces penales del circuito, y hacerlo constituye un acto de prejuzgamiento.
- b. Algunos que creen ser competentes consideran inconveniente hacerlo por temor a ser denunciados penalmente o porque es difícil probar la temeridad o la mala fé.
- c. Para unos de conducta penal descrita en el art. 182 del C.P. es completa y para otros incompleta.

- d. Que en todo caso las investigaciones que por tal reato se adelantan concluyen con reapertura de la investigación y excepcionalmente hay un llamamiento a juicio.,
- e. Que es un hecho evidente el abuso de denunciar.
- f. Dice algunos que la presunta denuncia falsa le corresponde desvirtuarla al sindicado porque aquella se considera auténtica hasta que no se demuestre lo contrario, etc.

Como se observa en la encuesta realizada se encontraron respuestas que constituyen una voz de alarma para la administración de justicia y con mayor razón cuando se trata de respuestas de jueces de la capital de la República. En síntesis hay un absoluto desconcierto en relación al tema que se está presentando mientras la figura es muy familiar en la actividad judicial. Vive con nosotros y no sabemos que trato darle, se tiene el poder los medios para prevenirlo y no sabemos que hacer con el.

9.2 COMO DEBEN APLICARSE LAS NORMAS RELATIVAS AL CONTROL DEL FRAUDE PROCESAL

Tal como quedó esbozado en la parte relativa al proceso

177

civil y a las normas del control del fraude, la mala conducta de las partes en el proceso debe tener una calificación.

Esta calificación está determinada, entre otras formas, por su colaboración o no para la práctica de pruebas, en el entorpecimiento de la marcha del proceso; las respuestas "dudosas" o "nofrancas" en los interrogatorios de cualquier clase: De todo esto el juez puede deducir indicios más o menos graves, a unque en nuestro sentir siempre será grave, aunque la ley no lo diga, porque es contra la administración de justicia.

Con varios indicios o con testimonio o con interrogatorio practicado a la parte o a ambas, puede el juez hallar algo más cerca de la verdad real y desenmascarar el fraude.

Es decir, en nuestra legislación el juez civil, el laboral, el contencioso administrativo, tiene absoluta libertad para investigar, paralelamente con lo principal del proceso, la posibilidad de fraude con respecto a terceros y de una parte contra la otra, haciendo uso de sus poderes inquisitivos probatorios, como puede serlo con la formulación de interrogatorios sin sujeción a formas especiales, sin suspender el curso del

478

proceso, citar a personas que puedan perjudicarse; disponer investigación penal cuando lo estime conveniente.

Nótese que la ley colombiana señala pautas objetivas de la temeridad (Art. 74 C.P.C.) a diferencia de otras legislaciones que reservan al juez que conoce del proceso, el derecho deber de determinar los alcances de la malicia.

Pero es más, la ley le dice al juez; si usted observa que en el proceso o en el incidente aparece la prueba de la conducta temeraria según las pautas que yo les doy, aparte de cualquier otra condenación imponga una adicional en perjuicios por tal conducta en el auto o en la sentencia que resuelve.

Si ve que no es posible fijar una cantidad líquida, ordene que se liquide en la forma prevista en el Art. 308, si el proceso concluye allí. Si no concluye ordene la liquidación de tales perjuicios en proceso verbal separado para no traumatizar el principal.

En muchas ocasiones son los abogados los motores de estas actuaciones y, entonces la misma ley advierte al juez que si es un apoderado, el sujeto temerario debe impedirle tal condena y hasta la de pagar las costa

199

del proceso, del incidente, del recurso en forma solidaria con la parte, sin perjuicio de ordenar la expedición de copias de lo pertinente para lo relativo a la falta contra la ética profesional, dejando a salvo los derechos de la parte que no autorizó a su apoderado tal proceder, para repetir contra este lo que haya pagado como consecuencia de tales condenas.

En síntesis, una parte de la resolución (auto o sentencia) se reserva para la decisión de lo principal debatido y otra para la condenación a que se ha hecho referencia anteriormente, pues para ello no se requiere incidente separado.

No debemos concluir esta parte sin recordar que la lealtad procesal en nuestro sistema está consagrado como deber, como carga y como obligación procesal, razón por la cual no siempre LAS MANIOBRAS FRAUDULENTAS CONSISTEN EN HECHOS CONSTITUTIVOS DE DELITO, lo que también se tuvo en cuenta para que en caso de recursos de revisión no se exija previa investigación penal.

Pero ello no significa que no sea tan grave lo uno como lo otro para la recta administración de justicia.

CIUDAD DE BARRANQUILLA

	PROCESOS INICIADOS	PROCESOS EN ETAPA DE INSTRUCCION	SENTENCIA CONDENATORIA	SENTENCIA ABSOLUTORIA	CESE DE PROCEDIMIENTO	APELACION
JUZGADO 1º PENAL DEL CIRCUITO	-	-	-	-	-	-
JUZGADO 2º PENAL DEL CIRCUITO	1	-	-	-	1	-
JUZGADO 3º PENAL DEL CIRCUITO	2	2	-	-	-	-
JUZGADO 4º PENAL DEL CIRCUITO	-	-	-	-	-	-
JUZGADO 5º PENAL DEL CIRCUITO	1	-	1	-	-	-
JUZGADO 6º PENAL DEL CIRCUITO	-	-	-	-	-	-
JUZGADO 7º PENAL DEL CIRCUITO	3	2	1	-	-	-
JUZGADO 8º PENAL DEL CIRCUITO	1	1	-	-	-	-

CIUDAD DE MONTERIA

	PROCESOS INICIADOS	PROCESOS EN ETAPA DE INSTRUCCION	SENTENCIA CONDENATORIA	SENTENCIA ABSOLUTORIA	CESE DE PROCEDIMIENTO	APELACION
JUZGADO 1º PENAL DEL CIRCUITO	-	-	-	-	-	-
JUZGADO 2º PENAL DEL CIRCUITO	2	2	-	-	-	-
JUZGADO 3º PENAL DEL CIRCUITO	-	-	-	-	-	-

CIUDAD DE SINCELEJO

JUZGADO 1º PENAL DEL CIRCUITO	1	1	-	-	-	-
JUZGADO 2º PENAL DEL CIRCUITO	-	-	-	-	-	-
JUZGADO 3º PENAL DEL CIRCUITO	1	1	-	-	-	-

CIUDAD DE CARTAGENA

	PROCESOS INICIADOS	PROCESOS EN ETAPA DE INSTRUCCION	SENTENCIA CONDENATORIA	SENTENCIA ABSOLUTORIA	CESE DE PROCEDIMIENTO	APELACION
JUZGADO 1º PENAL DEL CIRCUITO	1	1	-	-	-	-
JUZGADO 2º PENAL DEL CIRCUITO	-	-	-	-	-	-
JUZGADO 3º PENAL DEL CIRCUITO	2	1	-	-	1	-
JUZGADO 4º PENAL DEL CIRCUITO	1	1	-	-	-	-
JUZGADO 5º PENAL DEL CIRCUITO	2	1	-	-	-	1
JUZGADO 6º PENAL DEL CIRCUITO	-	-	-	-	-	-

REALIDAD JURIDICA

	PROCESOS INICIADOS	PROCESOS EN ETAPA DE INSTRUCCION	SENTENCIA CONDENATORIA	SENTENCIA ABSOLUTORIA	CESE DE PROCEDIMIENTO	APELACION
BARRANQUILLA	8	5	2	-	1	-
CARTAGENA	6	4	-	-	1	1
MONTERIA	2	2	-	-	-	-
SINCELEJO	2	2	-	-	-	-
TOTAL	18	13	2	-	2	1

CONCLUSIONES

Al llegar a la parte final de nuestro trabajo, que no pretende agotar el tema sino por el contrario sembrar algunas inquietudes que serán resumidas y presentadas en la misma forma que se desarrolló el temario.

En conclusión el hecho punible (El fraude como conducta procesal de la partes) puede presentarse durante el curso de un proceso civil, laboral, penal, administrativo, o con anterioridad a ellos, lo que importa es que tienda a tener influencia en la sentencia.

En los procesos civiles es donde mejor se haya regulado el control del fraude procesal, no solo en nuestro medio sino quizá en el derecho procesal latinoamericano sin embargo deben adoptarse algunas medidas complementarias que podrían ser las siguientes.

Debe imponerse la audiencia preliminar en todo proceso e instancia una vez planteadas las opuestas posiciones de las partes con el fin de determinar.

1. Planteamiento definitivo de las posiciones de las partes.
2. Tentativa de conciliación.
3. Solución de asuntos formales planteados.
4. Prevenir con cualquier clase de tentativa de fraude el proceso desde que se conoce las opuestas posiciones de las partes.

La causal de revisión No. 6 del Art. 380 del C.P.C. debe ser ampliada a los casos en que hay desistimiento de pruebas (Art. 186) así: HABER EXISTIDO COLUSION, PRESCINDENCIA TOTAL O PARCIAL DEL TERMINO PROBATORIO FRAUDULENTAMENTE U OTRA MANIOBRA FRAUDULENTA..."

La causal 7 del Art. 380 del C.P.C. debe adicionarse "... o que aunque saneada, haya causado perjuicios al recurrente.

El Art. 40 del C.P.C. debe adicionarse "... o no hubiere tomado las prevenir, remediar y sancionar... los actos contrarios a la dignidad de la justicia.

En el proceso de ejecución para ejercer un mayor con

trol a las autodemandas ejecutivas, vencido el término para proponer excepciones, háyanse o no propuesto, se proceda a celebrar audiencia para concertar a las partes a conciliación, conocer el planteamiento definitivo de las posiciones de las partes y de esta forma prevenir cualquier tentativa de fraude con el proceso.

Creemos que el proceso laboral requiere de una reestructuración total, en nuestro entender existe una gran brecha que permite el fraude procesal frente al trabajador frente a acreedores.

En el derecho laboral se deben consagrar normas propias para evitar y sancionar la conducta temeraria de las partes y terceros, sin lugar a acudir a las normas del procedimiento civil.

Debe desaparecer el excesivo formalismo, como sucede con las legislaciones laborales más avanzadas donde imperan principios como el de IN DUBIO PRO OPERARIO, la súplica de la defensa deficiente, la liberación de la carga de la prueba al trabajador para lo cual se podría tener en cuenta lo siguiente : El juez tendrá la obligación de "tomar las medidas necesarias para hacer efectiva la economía, concentración y sencillez del proceso".

El juez eximirá de la carga de la prueba al trabajador cuando por otro medio esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos. El patrón deberá exhibir al contestar la demanda los documentos que debe conservar de acuerdo con la ley bajo la prevención que de no hacerlo, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador. Como se dijo, esta carga deberá cumplirse al contestar la demanda y debe comprender siempre fecha de ingreso del trabajador: antigüedad, faltas de asistencia del trabajador, causa de terminación de un contrato, constancia de haber dado aviso por escrito al trabajador de la fecha de su despido, el contrario, duración de la jornada de trabajo, vacaciones, monto y pago del trabajo.

En el proceso laboral debe aplicarse el sistema de los indicios que sigue el C.P.C., atendiendo a los principios especiales del derecho procesal laboral.

Creemos que es innegable la necesidad del recurso extraordinario de revisión en el proceso laboral para atacar aquellos procesos productos de colusión u otro acto temerarios de las partes en perjuicio de terceros y aún de ellos mismos.

En el proceso penal no se puede exigir al sindicato,

la obligación de probidad y buena fé, como las partes en el proceso civil, por aquella contradicción que puede surgir entre las leyes y el sentimiento natural del hombre de no ser sincero cuando tiene el máximo interés de lo contrario por defender su vida y libertad.

En relación con el fraude procesal como hecho punible, por razón del bien jurídico protegido consideramos que este delito no debe ser excarcelable. Esto redundará en favor de la administración de justicia.

La sanción debe ser más grave si el hecho se produce para perjudicar a un procesado.

La retención o el ocultamiento o la destrucción de un expediente judicial, acto temerario debe llevarse a la categoría de delito.

Baste lo anterior, para comprender cuál es la magnitud de la reforma que se requiere para que pueda aspirarse a una remoralización de la nación colombiana, a un reencausamiento dentro del orden legal, porque, sin lugar a dudas, la actual estructura constitucional no permite, por razones de índole económica, política - social, religiosa, etc., que las autoridades, corporaciones e instituciones, así como los ciudadanos, cumplan con

sus deberes, derechos, obligaciones y responsabilidades.

Nuestra carta fue elaborada por hombres y para hombres de buena fé, pero la buena fé, la honorabilidad, el cumplimiento del deber dentro del marco legal, el respeto a los derechos ajenos, ya no es moneda que circule entre nosotros, por ello no basta un mero enunciado de principios, sino que se hace un régimen riguroso, claro y preciso responsabilidades.

En Colombia, dentro del actual marco jurídico, todo es posible, y tan legal es el bien como el mal, la justicia como la inequidad, la impunidad para el adinerado como la sanción para el desvalido.

Por eso dicen que no hay peor injusticia, que la cometida con el pretexto de administrar justicia.

Pero lo que es más importante y que a largo plazo ha de buscarse, es una profunda transformación en los planes de los estudios de derecho saber la base de la socialización y moralización de ellos en las facultades respectivas, como instrumento idóneo en el escenario de esa lucha entre el poder y la realidad social que viven los pueblos y que se refleja en la lucha que entre la verdad formal y la verdad real vive el mundo del proceso.

El juez tiene los instrumentos que le da el poder político que no son, las más de las veces, los más conformes con la realidad social, pero le corresponde al juez tratar de conciliar la realidad-derecho y el derecho-proceso.

Por último nos queda decir que el fraude es uno de los más graves atentados contra el debido proceso, por desconocer principios éticos y morales y que por lo tanto debemos tomar conciencia al respecto y tener presente que el derecho procesal debe constituir el medio eficaz e idóneo para lograr la defensa o restablecimiento del derecho sustancial, pero por ningún motivo puede ni debe entenderse como el arma esgrimida por muchos profesionales para burlar, desconocer o entorpecer los derechos que a cada persona corresponden, así como la buena marcha de nuestra justicia.

Si lo cometido se cumple, habremos contribuido no solamente a una ciencia más rica, sino también a una mejor justicia.

BIBLIOGRAFIA

- ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios A.C.P. Colombiano Tomo II Volumen I. 1982. Editorial Temis.
- BERNAL CUELLAR, Jaime. Intervención de terceros en el proceso penal. Revista Instituto de derecho procesal colombiano. Vol. I. No. 1. 1984.
- Código Penal Colombiano. C.P.C. Editorial Temis S.A. Bogotá. Colombia 1986.
- Código de Procedimiento Civil Colombianos. C.P.C. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia 1987.
- Código de Procedimiento Laboral Colombiano. C.P.L.
- Código de Procedimiento Penal Colombiano. C.P.P. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia 1988.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de derecho procesal Tomo I. 1978.
- Enciclopedia CUMBRE. Editorial Cumbre S.A. México 1983.
- FLOREZ GACHARNA, Jorge. Ponencia presentada al VII congreso colombiano de derecho procesal. 1985.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Estudios de derecho procesal. Tomo I. 1984.
- PENAGOS, Gustavo. Código Contencioso Administrativo C.C.A. Tercera edición. Ediciones librería del profesional. 1986.
- REDENTI, Enrique. Derecho procesal civil. Tomo I. 1978.
- ZEISS, Walter. El dolo procesal. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1979.